

JUSTICIA 89

NUMERO II

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

tb

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

LEVA DE JUECES	261
EN ESTRADOS	
<i>Nuevas reflexiones sobre el derecho procesal</i> por José Luis Estévez	263
DACIONES EN CUENTA	
<i>El tribunal superior de justicia de Galicia</i> por Juan Montero Aroca	287
<i>Protección del derecho al honor y libertad de información</i> por Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi	321
<i>La consagración del escabinado en nuestro ordenamiento jurídico</i> por José Martín Ostos	337
<i>La nueva configuración del arbitraje en el derecho español</i> por Eduardo Font Serra	341
<i>Las medidas provisionales en las crisis matrimoniales</i> por Nicolás González-Cuéllar Serrano	387
<i>La competencia objetiva de los juzgados togados militares territoriales en la LO 6/1984, de 24 de mayo</i> por Agustín-Jesús Pérez Martín .	417
DESPACHO ORDINARIO	
<i>El juez esquiador</i>	435
COMISIONES ROGATORIAS	
<i>Los rasgos característicos del procedimiento penal francés</i> por André Vitu	441
<i>Improcedencia del juicio de amparo en materia político-electoral en derecho mexicano</i> por Edmundo Elías Musi	455
PARA MEJOR PROVEER	
<i>La libre prestación de servicios de abogados en España</i> por Jaume Solé Riera	467
EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS	
<i>Reseñas</i>	477
<i>Revista de revistas y obras colectivas (1986-I)</i>	485

© 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

Leva de Jueces

Han coincidido en el tiempo varios parámetros condicionantes: la poda de Jueces de edad proveya por acceso a la categoría de pensionistas, la descapitalización de la justicia de primer grado por relocalización de sus mejores valores en las oficinas de élite, pero sin asuntos, y el parto de no sé cuantos órganos judiciales de nuevo cuño que requieren de un servidor. El resultado ha sido un espectacular crecimiento de los ratios Juez/asunto, que deja pálidos a los mismísimos y boyantes resultados económicos de las Cajas de Ahorro y un aumento de los tiempos de espera para lograr audiencia. Para salir del paso ha habido que recuperar a muchos pensionistas, frustrando su merecido descanso, y lanzarse como desesperados a la leva de personal judicial. Lo grave del caso es que los resultados del reclutamiento no resultan halagüeños ni tranquilizadores, a nivel de la justicia de primer grado. Pueden tenerse dudas razonables de si se echa mano de lo que se puede o de lo que no encuentra otra colocación más gratificante en el mercado. Apenas queda lugar para una formación profesional acelerada, al estilo de los viejos cursos de capacitación. Dada la perentoriedad de funcionamiento de la cadena de producción judicial para que no se colapse el sistema, cualquier licenciado sustituye al operario desfalleciente sin más preocupación.

Por duro que sea admitirlo, parece como si nos hubiéramos empeñado en efectuar una selección inversa de servidores de la justicia y, lo que es peor, hipotecando el futuro. La tarea de juzgar requiere unos tiempos de maduración pausados para que unos simples catálogos de conocimientos más o menos extensos puedan adquirir el rango de prudencia jurídica. Todo ello porque los ciudadanos se merecen lo mejor de la cosecha.

NUEVAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO PROCESAL

José Lois Estévez
Catedrático de Epistemología Sociojurídica
Facultad de Derecho
Universidad de Santiago de Compostela

I

En la escena más acusadamente dramática de *El Alcalde de Zalamea*, D. Pedro Calderón de la Barca, casi al culminar un movido diálogo entre el protagonista, Pedro Crespo, y el general D. Lope de Figueroa, desliza la misma pregunta, matizada de curiosidad e ironía, que, en el fondo, también nosotros vamos a proponer aquí. Oigámosla, pues, primero, en el tenso *climax* del coloquio vibrante:

D. LOPE. Yo me he de llevar el preso.
Ya estoy en ello empeñado.

CRESPO. Yo por acá he substanciado
el proceso.

D. LOPE. ¿Qué es proceso?

CRESPO. Unos pliegos de papel
que voy juntando, en razón
de hacer averiguación
de la causa...

Pobre cosa era, a la verdad, un proceso para el flamante Alcalde de Zalamea. Formalmente, y en su género próximo, venía a reducirse a «unos pliegos de papel», recopilados con un orden y una intención.

Materialmente, y según su diferencia específica, tales pliegos compartían la finalidad de averiguar y poner en claro la *causa* invocada en la pretensión introductoria.

Desde Calderón a nuestros días han transcurrido unos tres siglos. Tres siglos cuajados de sucesos que han dejado huella imperecedera en la Historia. Recordemos que Calderón murió en 1681, casi en el momento en que «el siglo del genio» llegaba a su apogeo con la entrega por Newton de sus *Principia* a la Real Sociedad (1686). Desde entonces hasta el presente, ¡qué pasos de gigante han venido impulsando la Ciencia! La Matemática ha forjado para nosotros el Cálculo infinitesimal, las geometrías no euclidianas, la teoría de funciones, los grupos y matrices, los invariantes, el álgebra booleana, la teoría de funcionales, los tensores... Y tantas y tantas invenciones que apenas pueden seguirse. La Química, llegada literalmente al mundo por aquellas fechas, ¿qué progresos no hizo? ¿Quién podrá eludir una corriente de entusiasmo y simpatía ante la magnitud y la espectacularidad de las conquistas de que puede ufanarse? Y de la Física, ¿qué decir? ¡No sin razón se la ha llamado «aventura del pensamiento»! Ella ha sondeado atrevidamente el Universo con Kepler y Newton, ha rasgado el enigma de la luz, ha dominado la energía térmica, ha puesto a punto el poderoso arsenal de la electricidad y de la electrónica, ha hecho transparentes, con Roentgen, los cuerpos opacos, ubicua la noticia con Maxwell, Herz y Marconi; ha revolucionado el espacio y el tiempo con Lorentz y Einstein y ha escudriñado en los escondrijos del átomo gracias a Becquerel, Curie, Rutherford, Planck, Bohr, Broglie, Heisenberg, Schrödinger, Dirac y tantos otros... Finalmente, con los transistores y los circuitos integrados parece a punto de poner a nuestro servicio de veras una inteligencia artificial que potencie hasta lo imprevisible al pensamiento humano. La misma Medicina, tan apegada siempre a sus tradiciones humanísticas y tan propensa a ser concebida como Arte, ¿no se ha convertido en una Ciencia rigurosa cuya potencialidad inventiva y de creación parece desafiar todo límite? La Economía e, incluso, la Sociología, ¿cuánto no han madurado desde sus deslumbrados orígenes? ¡Todas las Ciencias y hasta la propia Filosofía han ido más allá de cualquier esperanza! ¡Estamos comenzando, como quien dice, y ya el asombro nos domina y nos tiene maravillados!

Ante este «haber» que anotamos en cuenta a las restantes Ciencias, ¿no se despierta la curiosidad de ustedes por someter a idéntico balance la Ciencia jurídica? ¿Qué resultado arroja la obra de nuestros predecesores? ¿Podremos sentirnos satisfechos de su contribución y

de la nuestra o no podremos evitar el reconocimiento de un sensible retraso?

Nadie negará, de seguro, que los tres últimos siglos se hayan mostrado también liberales en ofrecer al mundo altísimos juristas. Ni se pueden desconocer tampoco manifiestos avances. Para ilustrar lo primero basta con citar a Domat, Montesquieu, Pothier, Rousseau, Kant, Tronchet, Portalis, Hegel, Savigny, Bentham, Austin, Windscheid, Donoso, Jhering, Thon, Binding, Kohler, Gierke, Ehrlich, Stammler, Geny, Joaquín Costa, Romano, Cruet, Duguit, Hauriou, Kantorowicz, Heck, Del Vecchio, Kelsen, Heller, Schmitt... Y tantos y tantos otros que uno tiene que silenciar, so pena de hacer la relación interminable. Para acreditar lo segundo nos basta con establecer una contraposición entre los Ordenamientos positivos que conoció el siglo XVII, casi caóticos en toda su extensión, y los que nos rigen actualmente. La diferencia, bien visible, es demostración y apología bastante a la labor de los juristas.

Sin restar, pues, valor a ciertas realizaciones positivas, una duda puede asaltarnos: ¿Son nuestros progresos simples corolarios de una expansión auténtica del conocimiento jurídico o más bien mero resultado de un nivel cultural superior, de mayor riqueza informativa, de más estrecha cooperación internacional y más rigurosa sistemática? ¿Hasta qué punto cabrá sostener que el jurista de nuestros días deja muy atrás en los conocimientos propios de su especialidad a cualquier jurista del pasado?

II

Imaginemos que un milagro devolviera la vida a dos grandes hombres de la antigüedad: a Hiparco y a Cicerón, por ejemplo. No necesitamos ponderar la estupefacción que habrían de producirle a Hiparco las actuales conquistas científicas. Cuando nos preguntara qué sabemos de nuevo acerca del Sol y del sistema planetario, de las estrellas fijas, del Universo como conjunto, escucharía respuestas categóricas, sin divagaciones ni circunloquios. Y todos nuestros informes, enteramente inesperados y apenas creíbles para él, pese a todo su genio, lo sumirían en un éxtasis de admiración incontenible. ¡Qué diferente, en cambio, nuestro diálogo con Cicerón! Si sólo versara sobre Derecho, ¿creen ustedes que conseguiríamos impresionarlo? Si tratara de inquirir qué nuevos conocimientos habíamos acumulado en estos dos

milenios transcurridos, ¿qué podríamos contestarle? Hay, a la verdad, soluciones nuevas a bastantes cuestiones jurídicas; pero ¿son siempre incontrovertiblemente mejores que las que preveían en la época de Cicerón? En el plano exclusivamente jurídico ¿encontraría él nuestro mundo incomparablemente superior al suyo? ¿Se atreve alguien a formular una opinión tajante? Las íntimas dudas que todos tenemos son la mejor respuesta al problema planteado aquí: La Ciencia del Derecho no ha corrido en la misma línea que las demás, sino que se ha quedado notablemente rezagada.

No sé si alguno de ustedes, en fuerte discrepancia con mis alegaciones, cree que estoy incurriendo en notoria exageración. Acaso piense que bastarían instituciones tales como la esclavitud o el derecho de conquista, en que se basaba la grandeza romana, para fundar en favor nuestro una evidente superioridad. Pues bien, aunque nunca haya pretendido negar el carácter progresivo que parece presidir, en líneas generales, la evolución jurídica, tampoco me dispensaré de proponer ciertos motivos de perplejidad. Sí, la esclavitud repugna, sobre todo cuando se considera en teoría, en los enunciados abstractos que, con olvido del valor humano, parecían convertir al hombre en mera cosa. Sin embargo, ni el hombre fue jamás mera cosa, ni en la práctica la condición del esclavo era tan deplorable como propendemos a imaginar. En principio, es cierto que el esclavo quedaba sujeto al poder absoluto del *dominus*; pero esto no era en el Derecho Romano una contradicción interna, una excepción insólita e injusta contra las normas generales, sino la conclusión lógica de uno de sus postulados básicos: del alcance conferido de la *patria potestas*. La familia romana constituía un verdadero estado en miniatura, en donde el soberano era el pater; pero soberano absoluto y vitalicio. El único límite existente para moderar el poder que tenía el pater dimanaba de la tradición. Salvo los *mores maiorum*, no había intromisión ni injerencia pública en el orden doméstico. La *res publica romana* estribaba —no debemos olvidarlo— en una asociación —quizá diría mejor «confederación»— que, conservando sus prerrogativas e independencia, mantenían los jefes de familia para defenderse de enemigos comunes y colaborar entre sí. Dentro de la casa, la autoridad del padre carecía de toda otra limitación que los usos y la opinión pública. Y si esto valía para con la esposa y los hijos, ¿cómo podría establecerse excepción respecto a los esclavos?

Para quien cree que el Derecho es un conjunto de normas resulta por demás monstruoso que aparezcan consagrados principios como los

de la *patria potestas* romana. Por el contrario, para quien piense, como yo, que el Derecho consiste en las *normas vividas efectivamente por los hombres mientras están dando ser a la sociedad*, nada importan las puras posibilidades en tanto no se conviertan en realidades estadísticas de abuso evidente. Lo que cuenta es saber cómo trataban realmente los padres romanos a sus hijos, a sus mujeres y a sus esclavos. He ahí lo único decisivo. Pues bien, dejando aparte casos aislados —que ningún sistema jurídico puede evitar— el promedio estadístico era de buen trato. ¿Por qué? ¡Por la más elemental y fuerte de las razones! ¡Porque a los hijos, a las mujeres y a los esclavos se les tenía cariño y el cariño significa una protección más eficaz que cuantas pueda dispensar el Derecho. La prueba es que cuando el cariño falla y el Derecho interviene, la familia ya está perdida. Porque el Derecho, en el mejor de los casos, lo que hace es poner la fuerza al servicio de la razón; pero en la intimidad de la familia o reina el amor, que no sabe de razones ni admite la fuerza, o crearemos grandes solitarios en una forzada compañía.

Pero, ¿querían de veras los *patres* a sus esclavos? —acaso me pregunten ustedes. Naturalmente, pues, si no, ¿por qué habrían de conservarlos? Además, salvo los contados supuestos de antipatía instintiva —que se podrían resolver con la venta del esclavo— lo normal era quererlos, como a cuanto es propio, y como efecto del trato constante y familiar. Por eso los abusos constituían la excepción y no la regla. El simple hecho de la inhibición legislativa sirve de argumento. Si los abusos tendieran a generalizarse se habría sentido la necesidad de la intervención pública en defensa de una institución de la que entonces no se podía prescindir. No hubo que establecer limitaciones legales, luego hay que concluir que los excesos eran raros.

Así pues, no debe extrañar que, a despecho de la esclavitud y de tantos pueblos en poder de Roma, nuestra superioridad jurídica no tuviera que ser algo inconcuso para Cicerón. Lejos de eso, hay muchos puntos en los que el filósofo latino reivindicaría seguramente la preeminencia romana. ¿Cuáles son estos puntos? No hay lugar ahora para entrar en detalles, pero dos importantes aspectos no deben omitirse, ya que se relacionan con la tesis central en esta disertación. En primer término, y a diferencia de lo que ocurre en los sistemas jurídicos actuales, el Derecho Romano era un Derecho de juristas, donde la libre investigación científica predominaba, mientras que hoy, en cambio, nosotros no conocemos más que Derechos (si este nombre merecen) de filiación política o judicial. En nuestro tiempo (¡tan maduro!) si

preguntamos el «porqué» de una ley nos quedaremos sin respuesta jurídica. Se ha hecho «esto» así y no «eso» así por la accidental circunstancia de haber preferido lo primero un caudillo político o cierta mayoría partidista en una Cámara. Si preguntamos el «porqué» de una sentencia, se nos citará una fuente legal o un precedente o, en raras ocasiones, se querrá justificar como más plausible un nuevo derrotero. El clima político es tan asfixiante en nuestra época que la mayoría de los juristas pregonan, sin rubor alguno, algo tan peregrino como esto: *Que la doctrina científica no tiene valor de fuente del Derecho*. Si tal cosa quisiera decir que la opinión de este o de aquel especialista no se considerara bastante para fundar una sentencia, lejos de sentirme escandalizado, yo sería el primero en aplaudir. Pero, claro, la opinión de tal o cual jurisconsulto nunca podría calificarse de *doctrina científica*. De doctrina científica sólo merece el nombre la opinión de uno o varios jurisconsultos cuando, en fuerza de sus argumentos y por la convicción que generan, ha sido incorporada a ese sistema de asertos, inmunes a la crítica, al que en cada momento se denomina Ciencia del Derecho. Por tanto, el propósito —tan sospechoso como general y bien orquestado— de preterir la Ciencia jurídica en la enumeración de las fuentes litisdecisorias, sólo puede explicarse como *un efecto de la resistencia que opone el poder a las tentativas sociales de racionalizarlo*.

En esto estamos muy por debajo de los romanos. En Roma, el *ius* —que era un producto de la libre investigación científica— estaba tan por encima de las leyes que éstas se alteraban en él casi sin afectarlo. Las leyes podían perfeccionar el *ius* en algún detalle, pero le debían sumisión y respeto en lo esencial.

El otro motivo de evidente superioridad del Derecho Romano sobre los Ordenamientos actuales estriba en una más fina comprensión de la índole y finalidad del Derecho Privado. Aunque —hay que reconocerlo— la fórmula distintiva entre lo público y lo privado, que bajo la autoridad de Ulpiano nos transmite el Digesto (1, 1, 1, 2) es muy poco feliz, el tratamiento jurídico-procesal en cada una de ambas hipótesis fue, en la época clásica, de admirable sagacidad. Las cuestiones concernientes al *ius* desembocaban en *iudicia privata*, que no sólo afectaban exclusivamente a particulares, sino que las resolvía también un particular, un *iudex privatus*. El pretor interviene en la fase *in iure*, ejercitando su poder jurisdiccional, para garantizar, por así decirlo, las formas procesales de valor público. Pero si concede la acción, se procederá al nombramiento de juez y a la fijación del tema litigioso

mediante la *litis contestatio*. Con esto, el problema jurídico, que por ser «privado» no debe discriminarse con una norma «pública», quedará transferido al *iudex privatus*, quien decidirá mediante el asesoramiento de juristas.

El nombramiento de juez se hacía, en principio, por acuerdo libre entre las partes. Había, sí, ciertos requisitos muy generales de capacidad (p. e., no podían actuar como jueces los esclavos, ni las mujeres, etc.), pero en lo demás se mantenía el principio de que la cualidad más importante en un juez era merecer absoluta confianza a los justiciables. Para auxiliar a los interesados en la elección, el pretor elaboraba el *album iudicum* para que rigiese durante el año de su mandato. El *album iudicum* era simplemente una relación de personas idóneas para desempeñar el cargo de juez y comprendía, en la época clásica, miembros cualificados de las clases senatorial o ecuestre. De no estar las partes previamente conformes en que alguien en particular fuera nombrado, podían optar por cualquiera de la lista. En otro caso, haría el pretor la selección por sorteo.

El instinto político romano había dado así solución sagaz a un espinosísimo problema que nos trae de coronilla a nosotros: el problema de reducir el enorme impacto de arbitrariedad que los jueces «de oficio» infligen al Derecho, sin tener que renunciar a ninguna de las atribuciones que la propia índole de su función reclama.

Muy pronto dedicaremos unas palabras a tan alambicado asunto; ahora parece pertinente brindar respuesta a dos objeciones mudas que acaso estén, en su fuero interno, formulándose muchos de ustedes en este instante. Me reprocharán, en primer lugar, cierta exageración panegirista del Derecho Romano no conciliable con esa constante de superación dialéctica que muestra perceptiblemente la evolución cultural de la humanidad. Se preguntarán ustedes cómo el Derecho y el proceso romanos podrían haber conservado por siglos esa presunta preeminencia que doy la impresión de asignarles. Con mucha mayor experiencia y con tantas ciencias a nuestra disposición, ¿no vamos a ser capaces de sobrepasar nosotros las realizaciones políticas romanas, si no una por una, al menos en su conjunto?

La segunda objeción que acaso esgriman contra mí los muy críticos es mucho más profunda y ataca en su raíz la misma posibilidad de extraer en Derecho conclusiones preferenciales con fundamento predictivo evidenciable y reproducible.

En efecto, ustedes están más que legitimados para preguntarme cómo cabrá saber con certeza si un cierto Derecho es mejor o peor que

otro o si cierta versión particular o cierto proyecto conformativo de tal o cual institución jurídica —del proceso, por ejemplo— se granjea nuestra preferencia sobre éstos de acá o aquéllos de acullá.

Si han llegado a este resultado, les felicito a ustedes, pues justo para producir esa sensación he expuesto todo cuanto antecede. Ustedes recordarán que al comienzo de este artículo yo censuraba la descripción que Calderón de la Barca hacía del proceso. Ahora debo justificar mi repulsa, pues antes di por sobreentendidas mis razones; pero ¿no será mejor que endilgarle la reprimenda a Calderón, que no hablaba como técnico, reservar nuestros improperios para aquellos procesalistas que, aún hoy, no exhiben mayor riqueza conceptual que el incomparable dramaturgo?

III

La pregunta ¿qué es el proceso? puede recibir tres formas de contestación diferentes. Supongamos que quien nos la propone sea alguien que ignore casi todo lo que al Derecho se refiere: por ejemplo, un niño. Para hacerle entender lo que es el proceso podríamos llevarlo a presenciar un juicio penal, desde que se inicia hasta que concluye, y, a continuación, le haríamos ver que las actuaciones a que había asistido expresaban una de las muchas variantes que ha revestido, reviste y puede revestir el proceso sin dejar de ser... Iba a decir «lo que es», pero me corrijo tempestivamente y matizo, en aras del rigor: sin dejar de ser «eso en que hay que cifrarlo esencialmente».

Vamos a dejar, por el momento, en la penumbra, qué significan palabras tan cuidadosamente seleccionadas, para reflexionar, en cambio, sobre lo que se oculta tras esas tres operaciones gracias a las cuales nuestro interlocutor pudo haberse percatado de la intención significativa global del término «proceso». Nosotros, en verdad, dimos a entender qué evocaba tal denominación mediante el concurso de tres operaciones de muy diversa significación y estructura. Consistió la primera en *tomar contacto perceptivo* con ciertos hechos de la vida social humana; la segunda, en *representarse el campo de variabilidad permisible al concepto definido, conservando su esencia*; la tercera, en *aprehender la esencia propiamente dicha*. Las tres operaciones difieren obviamente, porque la primera descansa en la *intuición*; la segunda, aunque presupone también la intuición, se confía sobre todo a la *imaginación*; y la tercera exige de nosotros toda una *síntesis intelectual*.

Hay aún otro modo de advenir a la comprensión del proceso. Estriba en proporcionar al curioso la legislación procesal de un país e indicarle que ahí están descritos y definidos los tipos de proceso que en él se utilizan actualmente. El estudio de los textos legales, sobreentendiendo la intuición *virtual* de cada uno de los asertos integrantes, debe erigir en el espíritu la representación conceptual abstracta, capaz de unificar esa pluralidad de formas conocidas.

Salta a la vista que incluso tras el conocimiento vulgar completo de la legislación procesal de un país uno no llegaría a saber de veras *qué es «el» proceso* sin las otras dos operaciones mencionadas antes; es decir, sin representarse el campo de variabilidad admisible ni aprehender la esencia —de que depende aquél.

Esta última observación nos permite comprender una cosa: Que las dos vías de acceso iniciales, si muy distintas en su naturaleza, son equivalentes en el fin que persiguen. Ambas pretenden lo mismo: *brindar una ilustración intuitiva*. Ahora bien, la primera supone realmente una intuición; la segunda no pasa de intuición «virtual», o sea, lograda sintéticamente por rememoración articulada de los ingredientes que forman esa unidad significativa que se nos está dando con palabras.

No sé si habré conseguido que se hagan cargo de lo que quiero denotar cuando aludo a la intuición virtual. Pero un ejemplo (que no es —dicho sea entre paréntesis— sino una ilustración intuitiva) nos ahorrará largas explicaciones. Supongamos que ustedes no han visto nunca, ni siquiera en fotografía, el famoso «botafumeiro» de la catedral de Santiago y que yo tuviera que aclararles en qué consiste. Yo podría hacer dos cosas para conseguir mi propósito. Podría llevarles a la catedral de Santiago y mostrarles el instrumento y cómo funciona —que sería recurrir a la intuición propiamente dicha—; o podría decirles verbalmente: «El botafumeiro es un incensario gigante —de tales y tales medidas— que en fiestas muy solemnes, colgando por una cuerda de cáñamo muy gruesa de una polea, suspendida en elevada cúpula, es movido, a tirones, por cuatro hombres atléticos desde el otro extremo de la cuerda y va pendulando veloz todo a lo largo de una inmensa nave del gran templo, desprendiendo nubes de incienso y llamas y amagando desplomarse sobre los fieles, con el inevitable sobresalto de los turistas». A través de esta larga descripción y supuesta la intuición parcial previa de las palabras clave, yo habré logrado suscitar en ustedes la *intuición virtual* del objeto. Será un pálido remedo de la verdadera intuición; pero *la suple en lo posible*.

Pende todavía la tercera forma de esclarecer lo que se entiende por

proceso. Esta tercera forma constituye el «eldorado» de todos los procesalistas y tiene como blanco una definición esencial. La cosa no es para menos. La definición esencial, si no carece del correlato intuitivo iluminador, dice mucho más que los otros modos de conocer, ya que los presupone y los supera. Conociendo por *contacto perceptivo* continuado, tal como lo hace, por ejemplo, el personal subalterno de los Tribunales de Justicia, no sobrepasaremos el burdo empirismo propio de practicones. Estudiando exclusivamente las normas jurídicas tendríamos esa engañosa preparación que proporcionan ciertas Escuelas de Derecho saturadas de ese veneno esterilizante que se llama «sentido práctico», pero al que habría que calificar más bien como «practiconería sin sentido». Mediante el conocimiento de la esencia tenemos, en cambio, el compendio de toda la información necesaria para saber, pongamos por caso, cuál es en realidad el «debido proceso constitucionalmente exigible» y la clave para organizar los datos fragmentarios que lleguen a nosotros, sea cualquiera su fuente.

Está, pues, más que justificado el esfuerzo científico por desentrañar la esencia del proceso. Pero ¿logran dar con ella los procesalistas? ¿Saben siquiera qué es y cómo se investiga una esencia?

Si ustedes examinan las definiciones que del proceso nos ofrecen los tratadistas más autorizados, se encontrarán con algunas cosas desconcertantes. Verán, por ejemplo, que la inmensa mayoría de los autores definen, primero, el proceso, como si fuera algo existente por sí mismo, y sólo después definen el Derecho procesal con el latiguillo de que es «el Derecho del proceso» o «el Derecho que regula el proceso».

No me cansaré de argüir sobre la gravedad que reviste este vicio de origen. Si nos demandáramos qué es el Derecho matrimonial podría contestársenos, sin incongruencia, que «es el Derecho que regula el matrimonio», con tal de interpretar esta última palabra en sentido sociológico y no jurídico. No hay círculo vicioso en tal modo de proceder, porque el matrimonio *preexiste socialmente al Derecho*; porque mucho antes de que se pensara en regular jurídicamente lo que llamamos hoy «institución matrimonial» existían los fenómenos sociales a los que el Derecho definió después como «matrimonio». El Derecho se ha limitado a dar una determinada forma jurídica a una materia social con la que se contaba de antemano. He ahí por qué hay algo sumamente peligroso en esta imitación inconsciente que hacen los procesalistas de un hábito no del todo ilegítimo en el Derecho Civil: Su actitud confiere al proceso una existencia prejurídica y lo convierte en algún fenómeno sociológico mítico.

Ignoro si todos ustedes advierten hasta qué punto conduce a yerros irreparables este desenfoque inicial. Pero, por de pronto, induce a suponer falsamente que el proceso pueda ser también *una institución social puesta en forma jurídica*. Y en verdad que no hay tal. Todos los fenómenos sociales que uno quisiera concebir como gérmenes o bosquejos del proceso, o son propiamente su antítesis —como las guerras y conflictos intersubjetivos, los crímenes, la autotutela— o son formas transaccionales primitivas— los arreglos de todas clases. El proceso, al igual que el Derecho, plantea un dilema existencial: se da o no, sin término medio posible. El proceso es un invento social de carácter estrictamente jurídico; algo para cumplir una función jurídica pura y que, por eso, fuera del Derecho no tendría sentido.

Deriva de aquí la necesidad lógica de referir la inteligibilidad del proceso al Derecho Procesal y no viceversa. Entre otras razones, por la irresistible de existir instituciones de Derecho Procesal que no se confunden con el proceso. El Derecho Procesal, pese a lo que dan a entender con sus definiciones innumerables tratadistas, lejos de identificarse con el proceso, concierne también a otras instituciones diferentes. Lo extraño, lo que da grima por su desconcertante falta de lógica, es pregonar *urbi et orbe* que el Derecho Procesal es el «Derecho del proceso» y estudiar después en él con tranquila despreocupación cosas que se termina reconociendo que *no son procesos*, tales como la conciliación, el arbitraje, la jurisdicción de equidad, la jurisdicción voluntaria, etc. Entonces es inevitable preguntar: ¿En qué quedamos? ¿Es, o no, el Derecho Procesal el Derecho del proceso? Si lo es, no podrá tener cabida en él ninguna institución distinta; si no lo es, el proceso *constituirá una especie, no un género* y para definirlo habrá que referirse a las notas comunes, genéricas a las diversas especies.

Está bien claro ahora por qué la mayoría de los procesalistas no podía acertar con la esencia del proceso: Porque al tomarlo como algo sin plural ni paralelo, como el único exponente del Derecho Procesal, quedaban incapacitados para captar su *género próximo* y su *diferencia específica*; es decir, las dos nociones cuya conjunción determina la esencia. Faltos de esta luz, ¿cómo iban a poder fundar *juicios preferenciales consistentes*; cómo se pondrían en condiciones de decirle al Legislador qué tipo de proceso sería mejor o peor que otro y al Tribunal Constitucional *qué se ha de exigir a una colección de trámites con apariencias procesales para ser realmente el «debido» proceso que puede justificar una sentencia*; y qué actuaciones de parte o de órganos públicos deberían proclamarse lícitas, cuáles ilícitas y por qué así?

¿Cómo deslindar sin vacilaciones en el proceso lo *normal* de lo *patológico*?

Otra vez, para superar cualquier clase de pronunciamientos voluntaristas, nos es indispensable fijar con claridad meridiana la esencia y la *ratio essendi* del proceso. Y por ello no podremos excusar, primero, una toma de posición coherente en torno al Derecho Procesal.

IV

No querría, bajo ningún concepto, aburrir a ustedes con excesivas abstracciones, pues ya son bastantes las que pesan sobre este artículo. Permítanme, pues, que, por razones de amenidad, los argumentos abstractos substituyan una experiencia por hacer... en el reino de la fantasía.

Atrévase a imaginar conmigo que, de pronto, aparezca en el mundo un genio religioso, ungido de carismas, que arrastre tras de sí a ingentes y enfervorizadas muchedumbres. Su lema es: «Construyamos una ciudad sin mal, que haga contagioso el bien entre los hombres.» Miles de conjurados en su idea compran una vasta zona de tierras en un país, que no es necesario mencionar, y fundan allí «Nueva Luz», como ciudad modelo —una «polis» para nuestra época. Todos sus habitantes han hecho el voto más solemne de acatar escrupulosamente todas las normas de convivencia que han establecido de consuno para que cada uno conozca su deber; y no admiten allí a nadie que no haya contraído, con plena conciencia y garantías, un compromiso similar. Cualquier duda que pueda surgir respecto al alcance de un precepto, o cualquier omisión que deba suplirse, será resuelta por el Fundador o quien haga sus veces.

Imaginemos todavía que, por un tiempo, el que lleva durando ese experimento, el más revolucionario jamás acometido, *no se ha producido ni una sola infracción*. Y ahora preguntémosnos algunas cosas importantes: 1.º ¿En qué consiste el Derecho que rige en esta ciudad? 2.º ¿Existe un Derecho procesal allí? 3.º ¿Qué significación y alcance tiene la función, encomendada al Fundador o a su vicario, de aclarar dudas y suplir omisiones?

El Derecho —si así puede llamarse— que rige en esta *polis* es todo un ideal de cooperación y convivencia, perfectamente realizado, sin que haya la más mínima dualidad entre *proyectos* y *ejecución*, entre las *normas* y la *vida*. Dada la buena voluntad reinante, este Derecho es

mucho menos complicado que los que estamos acostumbrados a manejar y se reduce, como quería Platón (*República*, IV, 425, c y d), a las normas que no son consecuencias obvias de la *relación compatibilizadora* forjada entre las partes. Cuando los interesados, por ejemplo, llegan a un acuerdo sobre algo, no hace falta que nadie les diga, en lo substancial, qué implica tal compromiso para cada uno, pues en eso estriba la esencia misma de su convención. En cambio, para ordenar el tráfico o la salida de una multitud de un local o para el uso armónico de las cosas comunes o de dominio público hace falta partir de ciertas convenciones previas, variables entre amplios límites sin inferir a nadie perjuicio. Hay que estipular normas que, compatibilizando las libertades, eviten un desorden obstructivo.

Resulta, así, que incluso en una comunidad de santos hay un Derecho-Norma que es imprescindible. ¿Lo será igualmente un Derecho Procesal? ¡Todo depende de lo que uno quiera entender por este último! Más en particular aún, nuestro pronunciamiento vendrá condicionado por la calificación que atribuyamos a la intervención esclarecedora o subsanatoria del Fundador o su vicario. ¿La interpretación jurídica —nos deberemos cuestionar— es un *fin* consubstancial, privativo del Derecho Procesal o un *medio* de que éste se vale? Parece que un medio, pues no en vano la interpretación es de uso general en todas las ramas del Derecho. Cualquier norma ha de ser interpretada antes en su función directiva y pacífica que en su papel de *criterio preferencial* para zanjar polémicas. Con buena voluntad esencial puede haber *dudas*; pero no *conflictos*. ¿Consideraríamos cometido procesal *el mero dirimir las dudas a una parte*? Confesemos, primero, que la pregunta no es fácil de contestar. Aunque las concepciones en boga prejuzguen una respuesta negativa, ya que llevan a concluir que no hay Derecho Procesal sin proceso, ni proceso sin dualidad de partes; ya hemos visto qué insatisfactorio resulta este enfoque, por lo demás enteramente apriorístico. ¿No podremos llegar a otro por simple análisis?

Consideremos a las normas, sea cualquiera su procedencia, como una parte del Derecho. Creo que no es menester realizar tremendos esfuerzos intelectivos para demostrar cumplidamente que las normas, en cuanto tales, es decir, como proyectos que sugieren formas de compatibilización entregadas a la libertad, no agotan el Derecho. Por lo pronto, hay *actividades jurídicas* que son necesarias para hacer o establecer las normas, para interpretarlas y para garantizar su eficacia. Estas actividades pueden, a su vez, estar, en parte, *normadas* o proclamarse *discrecionales* o no estar normadas en absoluto. Cuando, por ejemplo,

el poder legislativo reside en una sola persona, a quien se atribuye también la soberanía, su actividad, al legislar, no está reglada; aunque no por eso se podría reputar *ajurídica*. ¿O acaso podría hacerse *ajurídicamente* el Derecho?

Cuando un amigable componedor o un árbitro en equidad o un oráculo religioso dictan sentencia, no existen normas procesales que los coarten; pero su actuación es *procesal* y su resultado *jurídico*. Más aún, en el Derecho-Norma —supuesta la buena voluntad para vivirlo— lo esencial es *normar con el módulo idóneo*. En el Derecho-Actividad, en el orden procesal que estamos resaltando, no priva la norma de compatibilización, sino la actuación compatibilizadora. Las normas procesales vienen después como *normas de optimización*, porque aquí lo esencial es que se logre «un» resultado: Que haya normas de compatibilización, que haya sentencias. He ahí la primera necesidad a satisfacer. Y a este objetivo se llega, primero, mediante actividades discrecionales; después, tratando de aproximarse al ideal, procurando mejoras.

Visto, pues, que hay dos grandes sectores en el Derecho, aquel cuya esencia es *ser norma* y aquel cuya esencia es *ser actividad*, ¿no encontramos ya, de otra manera, la distinción, mucho más artificial y menos clara, entre *lo material* y *lo procesal*? ¿No superamos, así, radicalmente, la obsoleta fórmula que trataba de contraponer un presunto Derecho *substantivo* a un Derecho *adjetivo*? ¿No llegamos también a la raíz misma de la distinción entre *lo privado* y *lo público*? ¿No es la versión subjetiva de la norma, vivida por las partes, «interpretación» *privada* y Derecho *privado*? ¿No habrá que calificar, asimismo, las actividades desplegadas para *normar* y *sentenciar* —los dos modos de hacer «públicamente» el Derecho— de interés y de conocimiento «públicos»?

No me corresponde a mí —juez y parte en el caso— emitir el fallo en este pleito. Lo dejo entregado al juicio de ustedes. En cambio, debo absolver posiciones en el interrogatorio capital que ha quedado pendiente. Debo decir que ni siquiera en Nueva Luz cabría prescindir del Derecho Procesal, según aquí se lo concibe. La inminente probabilidad de la duda y la mera posibilidad de conflictos vendrían a imponerlo. Por eso asoma un juez, aun en un Ordenamiento para santos. Más todavía: No cabe desconocer tampoco que todo Derecho «público» tiene un substrato *procesal*, porque se cifra y consiste en actos antes que en normas. ¿Y cómo se podría prescindir del Derecho «público» si representa el factor de *actualización*, de optimización, el ideal y la in-

vinción jurídica propiamente dicha? Aún me atreveré a decir más: Sin el auxilio del Derecho público, ¿quién podría discernir y elevar a norma la realidad jurídica privada que existe estadísticamente en lo social y segregarla de los hechos caóticos que la enmarañan y confunden?

Sí, el Derecho privado contiene el elemento material que siempre habrá de hallarse, como un dato, ya realizado ante nosotros. Y el «público» el elemento *formal*, *perfectivo*, que se descubre por contraste entre lo dado y lo deseable; el ideal de mejoramiento, renuente a tolerar la inercia del espíritu.

Frente a quienes niegan lugar al *ideal*, como si fuese nada, pretextando su mero «no-ser», por no contar entre los hechos, y frente a quienes se rebelan contra la realidad o la desconocen, como caos, sin el concepto «positivo» que la actualice, hay que concebir el Derecho como síntesis armonizadora entre lo que *estadísticamente existe ya* en la experiencia social por obra privada y lo que, no siendo aún, *debe* y *puede ser*, si atinadas prevenciones políticas lo incentivan.

Pero, ¡atención!, no vayamos a confundir el genuino Derecho «privado», que recibiendo este calificativo justo por emanar de las partes en ejercicio de su irrefragable autonomía contractual, no puede extenderse sino a ellas y les queda, en principio, reservado; con el Derecho —de carácter público— supletorio de aquél, que consta en libros de leyes como el Código civil o el de Comercio. Tampoco se dejen engañar por la idea, demasiado común, de que la *autonomía privada* sea un don gracioso que los legisladores, llevados de magnánima condescendencia, acuerdan conceder a sus inermes súbditos. No, la autonomía privada es un desganado reconocimiento de un hecho estadístico contra el que resulta impotente el poder público: el hecho de que el Derecho *sólo puede ser positivo en parte*, pues prospera como tal gracias a una *previa infraestructura cooperativa, espontáneamente lograda, que hace posible la coercibilidad general de las normas públicas, al reducir su ámbito de aplicabilidad a un mínimo*.

Tal vez, al culminar estos razonamientos, muchos de ustedes se demanden íntimamente a qué vendrá toda esta construcción y cuáles podrán ser sus consecuencias prácticas. Bien, para que no echen de menos mi respuesta, condensaré en tres puntos las conclusiones deducibles de mis premisas.

I. La primera impone una dilatación y un cambio profundo en lo que antes era un estrecho horizonte conceptual. El Derecho Proce-

sal, preconizado aquí, no se reduce al «conjunto de normas que regulan el proceso» sino a un orbe mucho más amplio: «a la suma de actividades tendentes a propulsar, preservar y optimizar proyectos públicos y realidades jurídicas de carácter privado».

En semejante «universo de discurso», el proceso no se presenta ya —según pretendía Satta— como algo singular, no genérico, sino único, que sólo cabría definir en tautología. Por el contrario, será uno entre muchos procedimientos: el que tiende a librar de interferencias tanto a los proyectos jurídicos en vías de realización como a sus eventuales protagonistas.

II. La segunda conclusión se hace patente mediante una parábola.

Imaginemos que no necesitáramos más y que siempre tuviéramos a nuestra disposición un juez único, lleno de Ciencia y experiencia, agudo y perspicaz, justo, ponderativo, ingenioso, desapasionado, ininfluenciable, lince ante el fraude y la mentira y capaz de inspirar a las partes una ilimitada confianza.

Si, en estas condiciones, pesara sobre nosotros la obligación de regular el procedimiento, ¿qué sería preferible hacer? ¿Idear *a priori* rígidos esquemas de audiencias confrontadas, de acreditamiento e indagación para que el juez se atenga estrictamente a ellos; o darle carta blanca para que, amoldando al caso la tramitación, pueda graduar su intervención según las circunstancias y las dudas inopinadas que puedan surgir?

No creo a nadie propenso a enredar a un juez «paradigmático» en una maraña de recetas prefabricadas. ¡Sería ciega soberbia o auténtico delirio pretender enseñarle por adelantado qué sería en cada coyuntura lo mejor! ¡Para un juez perfecto las normas procesales no pasarían de requilorios obstructivos e injustificados! Si existen es, precisamente, porque, a tenor del caso estadístico, carecemos, por desgracia, en el mundo de jueces así.

El apólogo nos enseña dos cosas. Una, que las normas procesales, hechas como Dios manda, tenderán a suplir, con siglos de Ciencia y experiencia, las limitaciones y deficiencias intelectuales y morales, propias de los jueces con que contamos, para brindar estadísticamente a las partes ciertos mínimos de previsión y seguridad. Otra, que el Ordenamiento procesal de un país no debe juzgarse con ojos encandilados hipnóticamente en la legislación, sino sopesando el comportamiento promedio de sus jueces y la fuerza de convicción que ampara sus sen-

tencias. Pues al fin y a la postre no hay Derecho malo con buenos jueces ni normas justas con jueces poco fiables.

III. La tercera conclusión atañe al gran problema latente en este escrito. ¿Cómo saber qué ha hecho la Ciencia por el proceso, de Cicerón acá? ¿Cómo será posible optar *científicamente* entre diversos modelos procesales? ¿Cuándo, en la conformación legal o en la tramitación de un proceso concreto, se han, o no, cumplido los requisitos indispensables para la tutela judicial *efectiva* de los derechos lesionados?

Todas estas importantísimas preguntas se contestan asimismo recorriendo a otro símil.

Al igual que muchos de ustedes, yo escribo este trabajo mediante una impresora matricial y un ordenador, gracias a un procesador de textos y a un sistema operativo de enlace, instrumentado sobre discos, capaces de registrar y devolver impulsiones magnéticas.

Como nadie ignora, hay muchas marcas de ordenadores en el mercado, compitiendo entre sí, y aun diversos modelos en cada marca, de muy diferente calidad y precios. Hay también varios sistemas operativos y numerosos procesadores de textos. En principio, todos funcionan; es decir, respondiendo al designio que se propuso su inventor, cumplen su cometido instrumental y transforman a nuestra conveniencia las informaciones confiadas a sus dispositivos de almacenamiento y conversión.

¿De qué depende la calidad de un ordenador? ¿Cómo y cuándo, en el momento de adquirirlo, nos cabe estar seguros de haber hecho una buena elección?

¡He ahí una pregunta general, que puede aplicarse a cualquier instrumento y aun a cualquier obra o creación humana!

El hombre actúa en todos sus trabajos con una lógica presupuesta, en virtud de la cual acomoda, cada vez con mayor perfección, los medios a los fines. Cuando el resultado perseguido se logra, aunque sea insatisfactoriamente, el inventor puede anotarse un éxito. Cuando el resultado traiciona el objetivo a conseguir, habrá que apuntarle un fracaso. Durante muchos siglos estuvo obsesionado el hombre por volar en aparatos más pesados que el aire. Lo intentó muchas veces, de muchos modos y siempre en vano. Un día los hermanos Orville y Wilbur Wright idearon un modelo de avión, muy rudimentario, pero que despegó y voló unos pocos metros. Era el éxito decisivo. En adelante, el camino quedaba diseñado ya: había que sobrepasar la consecución del objeto

inmediato y alcanzar el fin; es decir, el objeto *ideal*, el triunfo del propósito sin imperfecciones.

Aunque la perfección absoluta sea inasequible, la remisión al fin consiente hablar de una *eficiencia* mayor o menor, en el *rendimiento* y en el *esmero* con que trabaja cualquier útil. En el ordenador, ambas magnitudes dependen, en buena parte, de su *rapidez*, *capacidad* y, sobre todo, de su *fiabilidad*, o probabilidad de verse libre de averías; pero más aún, si cabe, de la calidad de los programas que lo movilizan.

Algo parecido sucede en el Derecho procesal, donde las personas (legisladores, jueces, funcionarios administrativos) desempeñan los cometidos del ordenador mientras que las normas procesales son equivalentes a los programas.

Lo que sucede en nuestro mundo es que la eficiencia de los ordenadores es muy superior a la eficiencia de nuestros jueces y ya no digamos de nuestros funcionarios administrativos y, más aún, de nuestros legisladores. El juez medio español dista mucho, a la verdad, de ser el mejor posible, pues el sistema que se utiliza para seleccionarlo es tan deficiente como su organización profesional. Pero, al menos, sus «programas de trabajo», es decir, las normas procesales por las que debe regirse, por defectuosas que nos parezcan en algunos aspectos, recopilan una experiencia secular y, en cuanto a su fin, *la más probable consecución de la verdad jurídica*; no tienen punto de comparación con el anacrónico voluntarismo partidocrático que inunda *ad nauseam* los órganos legislativos y la (llamada) Administración pública —para descrédito y vergüenza eterna de las constituciones que lo consagran.

Porque, claro, como «invento» *jurídico*, el Derecho Procesal no es sólo un medio para que haya leyes y decisiones judiciales y administrativas. ¡Para eso nos hubiéramos contentado con los decretos de los antiguos déspotas o con la jurisprudencia oracular! No; lo que el Derecho Procesal pretende es erradicar lo irreflexivo y lo arbitrario para que las fórmulas, tanto abstractas como concretas, aplicables a la discriminación de interferencias interhumanas, se inspiren realmente en las reglas lógicas, trascendentales y formales, que hacen probable la verdad jurídica.

En algunos países, la exigencia de «racionalidad» respecto a las leyes va paulatinamente integrando otra garantía constitucional asimilable al «debido proceso». Entre nosotros, por el contrario, dicha garantía, amén de confinarse únicamente al ámbito judicial, está muy lejos aún de haber superado en los procesos constitucionales ese instintivo decisionismo, tan propenso a la acepción de personas, que

complica al Tribunal Constitucional en las mismas irregularidades para cuya extirpación se ha creado.

Pues sin una definición válida de la *tutela judicial efectiva*, meras apariencias procesales, tramitaciones que expresivamente llamaría la calle «paripés», pueden, por los *arcana imperii*, provocar la inhibición del alto Tribunal y resultar cohonestadas contra Derecho.

Esto no podría ocurrir si estuviéramos bien advertidos de la analogía precedente. El Derecho Procesal, *en todas sus normas*, es el «software» al que se confía la probabilidad de acierto en las sentencias. Por tanto, *mientras no se demuestre otra cosa*, toda norma procesal ha de valer como condición presunta de verdad jurídica. La justificación de que no es así debe corresponder, *caso a caso*, al Tribunal que la invoque. En principio, cualquier requisito procesal inobservado hace que el proceso no sea el descrito como «debido» por la Ley. La subsanación de la falta será esencial para que no exista indefensión, si no se hace constar, mediante argumentos apodícticos, que la oportunidad perdida —y tardíamente recuperada— resulta indiferente para el fallo.

En este aspecto, por desgracia, la Jurisprudencia del T. C. deja bastante que desear.

Permítaseme acreditar mi afirmación con algunos ejemplos.

En sentencia de 16-VI-1982, dictada por la Sala 1.ª, se encuentra la siguiente afirmación: «La tutela jurisdiccional de los Tribunales resulta otorgada con plena eficacia cuando la decisión consiste en negar, no de forma arbitraria o irrazonable, la concurrencia de un presupuesto procesal necesario para conocer del fondo del proceso.»

Propuesta en estos términos, es obvio que la cuestión no está planteada correctamente. Pues en materia de presupuestos procesales el acierto del fallo al estimar o desestimar la excepción no se cifra en la calidad de los argumentos aducidos por el Tribunal, sino que finca sobre dos hechos y sobre una condición axiológica. En cuanto a los primeros, que falte, o no, el requisito y que el litigante afectado haya, o no, tenido la oportunidad de subsanar el defecto. En cuanto a lo segundo, que la exigencia del presupuesto procesal no atente al *contenido esencial* del derecho a la tutela judicial efectiva.

En este aspecto resulta más atinada la sentencia de 21-VII-1983, de la misma Sala, según la cual «el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva es el de obtener una resolución fundada en Derecho, salvo que exista alguna causa impeditiva prevista en la ley, *en cuyo caso habrá que determinar si la causa impeditiva afecta o no al*

contenido esencial del derecho, ya que, de acuerdo con el art. 53, 1 CE, el legislador ha de respetar tal contenido esencial».

Ni que decir tiene que el TC (del que brillan por su ausencia, en forma poco explicable, los procesalistas) no sólo no ha resuelto, sino que ni siquiera planteó con justeza el problema decisivo, latente aquí, a saber: *¿Cuándo los requisitos procesales menoscaban el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva?*

Excluyamos, ante todo, respuestas que vengan a parar en mero verbalismo (cosa en la que pecan con frecuencia los Tribunales). Una exégesis realmente esclarecedora no se efectúa jamás con sinónimos. Cualquier institución o forma procesal se justifica en cuanto sea instrumento de conocimiento que permita la decisión, garantía de igualdad entre los litigantes y acreditamiento de que el Juez aplica de veras el Derecho en vez de traicionarlo, simulando cumplirlo.

Para que un determinado procedimiento, trámite o formalismo sea constitucional debe hacer posible a las partes aportar, con igualdad de oportunidades, y al Juez obtener, sin hacer acepción de personas, todas las informaciones necesarias para discriminar según Derecho la interferencia en que aquéllas se ven envueltas. Por tanto, aunque en ningún caso el ritualismo debe nublar y menos opacar el fondo del asunto, la libre administración de los medios procesales por cada parte impone como consecuencia que los errores o el mal uso pesen sobre quien los cometa, con la consiguiente «santificación» de la cosa juzgada formal —que se hace imprescindible en todo proceso (sin exceptuar el administrativo, que muchas veces la desconoce).

Veamos otro ejemplo, sumamente significativo también. En sentencia de 26-XI-1984 (Sala 1.ª) se lee: «La inspección financiera y tributaria va dirigida a verificar la conducta fiscal del contribuyente y, en particular, a constatar la veracidad de sus declaraciones a la Hacienda Pública, y esa actividad investigadora conducirá a obtener las pruebas, en su caso, de que el contribuyente ha defraudado al Fisco, pero es evidente que no se le exige a éste la difícil prueba de su inocencia; lo único que se le impone es el deber de aportar los datos que puedan ayudar a la investigación.»

El error de calificación es aquí, asimismo, manifiesto. Si existiera para todo contribuyente la obligación de formular declaraciones veraces a la Hacienda Pública, quienes hubiesen cometido delitos fiscales tendrían también, pese al texto explícito del art. 24, 2 CE, el deber de confesarse culpables y declarar contra sí mismos. Igualmente esa supuesta obligación, consignada en la sentencia, de «aportar los datos

que puedan ayudar a la investigación», conduce inevitablemente, si se admite, a idéntico resultado de *autoinculpación para el reo*, porque, ¿de qué le sirve a éste no estar gravado con la obligación de declarar contra sí mismo si se le obliga, pecando de incongruencia, a presentar las pruebas de sus actos antijurídicos?

Más aún. Hay que afirmar rotundamente que desde el punto y hora en que existen los delitos fiscales, la pretendida obligación de declarar se volatiliza, y no puede concebirse sino como *carga*.

En efecto; contra el intento de configurar la declaración como un deber jurídico, nos sale al paso el siguiente dilema: O la tesis habría de valer sin acepción de personas (por obra del art. 14 CE), y no sería entonces conciliable con el derecho a la no-inculpación; u otorgaría al delincuente fiscal un trato más favorable que al contribuyente honesto, con la quiebra más inadmisibles de la igualdad interpersonal.

Un contribuyente que haya omitido su declaración no puede estar obligado a decirle al Fisco: «No declaro, porque declarar sería inculparme», puesto que así *se habría inculpado ya*. Luego tiene que ser posible no declarar sin justificar el por qué.

Veamos aún otros supuestos de gravedad muchísimo mayor. Tengamos, primero, en cuenta, como antecedente necesario, lo establecido en el art. 162, 1 b) CE: (Están legitimados) «Para interponer el recurso de amparo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.»

Por tanto, basta «invocar un interés legítimo» para resultar legitimado, al menos *prima facie*; pues, como ningún procesalista ignora, el desenlace de la legitimación se liga, inevitablemente, a la sentencia de fondo.

No creo que sea menester argüir cómo también este derecho constitucional al recurso de amparo tenga que formar parte de la *tutela judicial efectiva*, porque está integrado lógicamente, como condición de su respectiva virtualidad, con cada uno de los derechos fundamentales del art. 53, 1 (que serían meramente buenas intenciones si carecieran de acción protectora).

En aparente desarrollo del precepto anterior, el art. 50, 2 de la LOTC faculta a la Sala, con audiencia previa del solicitante, para acordar la inadmisibilidad de las demandas: a) deducidas respecto a derechos no susceptibles de amparo o b) que «carezcan manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional».

La excepción del apartado a) es congruente con el objeto del pro-

cedimiento en amparo. La *b*) o se subsume en la primera y peca entonces de perniciosa redundancia, o dice algo distinto y no se sabe qué, con lo cual, por una parte, puede servir como diafragma discriminatorio, con escarnio del art. 14 CE; o se interpreta, por otra, como una especie de cortapisa, basada en el «mérito para litigar», para excluir del recurso aquellas violaciones de los derechos fundamentales que el TC considere *a priori* como de poca monta. (Solución asimismo muy propicia a la aceptación de personas y a estimaciones arbitrarias).

Por desgracia, estos condicionamientos, quizás intencionados, de su Ley Orgánica han permitido al Tribunal Constitucional, «sacar del medio» gran cantidad de recursos con un doble expediente procesalmente harto heteróclito: 1.º Poniendo en duda *prima facie* la naturaleza constitucional de los derechos invocados; y 2.º exigiendo a los reclamantes, más allá del principio *da mihi factum dabo tibi ius*, no sólo la invocación y la prueba del hecho, sino, incluso, amén de concretar el derecho fundamental que consideren conculcado, el acreditamiento del sesgo jurídico en que se ha producido su violación. Lo cual, olvidando la tan repetida fórmula que insiste en la «maximalización de su contenido», hace a los derechos fundamentales de peor condición que todos los otros.

En una demanda ordinaria, con citar por su número el art. del CC o de cualquier otro cuerpo legal que ampare al actor, no se incurre ya en defecto legal en el modo de proponerla (que, por otra parte, no sería más que una excepción dilatoria). ¿Es, pues, admisible que en el recurso de amparo se lleve el formalismo hasta el extremo de obligar a los recurrentes a precisar de qué manera los hechos alegados violan el precepto constitucional esgrimido? ¿No es acaso ésta la operación subsuntiva consubstancial a la función discriminatoria que han de cumplir los Tribunales de Justicia?

Para colmo de males, la gran acumulación de recursos —debida, sobre todo, a la creciente propensión al despotismo que acarrearán las mayorías absolutas en cualquier democracia— han movido últimamente al legislador a librar de agobios al Tribunal Constitucional facultándolo para adoptar una medida insólita e innegablemente discriminatoria: proceder a una repulsión *a limine* de cualquier demanda, sin otro fundamento que el asenso unánime de sus magistrados.

Tales artimañas, enderezadas a la finalidad nada virtuosa de reducir, a cualquier precio, el número de asuntos, son la consecuencia de un tremendo yerro político-jurídico en que ha incurrido la Constitución.

En efecto, nuestra norma básica —muy deficiente en muchos aspectos— no fue la obra madura de un Poder constituyente, convocado *ad hoc* y debidamente asesorado por una Comisión de auténticos expertos.

Resultado de un previo pacto condicionante (el famoso, y aun no bien conocido, «Pacto de la Moncloa»), era incompatible con cualquier delegación *sin mediaciones* desde la base popular y por eso hubo de atribuirse a Cortes ordinarias, compuestas por partidos que se disputaban la hegemonía. Para ellos, la Constitución era, por una parte, un medio para alcanzar el poder; por otra, una traba indeseable para quienes se consideraban ya como futuros legisladores. De ahí que les interesara beneficiarse de sus apariencias, pero no sufrir las limitaciones que les imponía. Se comprende, así, que su art. 162, 1 haya restringido tan drásticamente la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad, que sólo intereses partidistas pueden inducir a plantearlo. Es decir, al «improvisado» constituyente no le preocupan, en absoluto, las violaciones de la «norma fundamental», salvo que, trascendiendo a la esfera política, le afecten. Por eso, pese a los términos generales del art. 124, ni siquiera el Ministerio Fiscal aparece legitimado para promover tales recursos, y la legitimación para su ejercicio se reserva sólo al Presidente del Gobierno, al Defensor del Pueblo, a 50 Diputados o Senadores y a los Gobiernos y Asambleas de las Comunidades Autónomas (que nada harán como no rece con ellos).

El art. 163 es también sintomático. Y, en parte, contradice al 117, que, afirmando que la justicia se administra por Jueces y Magistrados *independientes ... sometidos únicamente al imperio de la ley*; excluye que entre ley y jueces se entrometan intermediarios. Lo correcto desde la perspectiva de una Política *científica* del Derecho sería que los magistrados judiciales, respetando la jerarquía normativa, como intérpretes que son del Ordenamiento en su totalidad, aplicaran en los casos concretos la Constitución antes que las leyes, al igual que lo hacen los jueces norteamericanos, sin verse constreñidos a proponer archidilatorias cuestiones de inconstitucionalidad. No experimentarían entonces las partes la necesidad de acudir al recurso de amparo ante un Tribunal especial, no sólo muy expuesto a presiones políticas, sino, además, propenso a convertirse en un superlegislador al margen de toda filiación democrática y con dos contraindicaciones gravísimas: tener que sentirse desbordado por el número de asuntos y ser ajenas sus decisiones a la *compensación estadística* del error.

¿Cómo se explica que los redactores de la Constitución encomenda-

ran a un Tribunal, compuesto sólo por 12 miembros, todos los recursos de inconstitucionalidad y amparo? ¿Se quería, precisamente, que, abrumados los jueces por la magnitud de su tarea, tuvieran que patrocinar sin remedio actitudes cohonestatorias?

Parece muy difícil substraerse a esta sospecha, cuyo efecto, sobremanera penoso, sume en el descrédito a una institución tan importante. Un descrédito que, por buscado, repercute y descalifica el sistema político en su totalidad. Pues ¿quién podrá perdonarle a los redactores de la Constitución la cortedad de miras que demostraron al convertir el nombramiento de un Tribunal, cuya apartidismo es su mismísima substancia, en un prorrateo entre los partidos; al Gobierno, las presiones malencubiertas de que lo ha hecho víctima; y al propio Colegio las filtraciones impunes de sus sentencias, más algunas condescendencias evidentes con el Poder?

¡Cuando el Derecho Procesal se subestima o menosprecia no cabe obtener resultados más alentadores!

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA *

Juan MONTERO AROCA
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Significado tradicional del principio de unidad jurisdiccional. — 2. Nuevo sentido de la unidad derivado del Estado autonómico. — 3. El art. 149, 5.ª, CE, y la interpretación de «Administración de Justicia». — 4. El art. 152.1, II, y III CE y los Tribunales Superiores de Justicia. — 5. La contradicción entre Estatutos de Autonomía y la Ley Orgánica del Poder Judicial. — 6. La organización del Tribunal Superior de Justicia entre el Estatuto de Autonomía y la Ley Orgánica del Poder Judicial. — 7. La competencia del Tribunal Superior de Justicia. — 8. La casación basada en el Derecho civil gallego: A) El contenido del Derecho civil gallego; B) Infracción de la jurisprudencia; C) Fundamentación en la infracción de normas comunes y forales; D) Alegación conjunta de errores *in procedendo e in iudicando*. — 9. El «recurso» de revisión civil. — Nota bibliográfica.

1. SIGNIFICADO TRADICIONAL DEL PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL

Un estudio sobre el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o, más en general, sobre los tribunales superiores de justicia, si pretende ser coherente no puede realizarse de modo aislado. Ese órgano ju-

* Texto base de la conferencia dictada en Santiago de Compostela, el día 13 de diciembre de 1988, en las *Xornadas sobre as Reformas Orgánicas e Procesuais*, organizadas por la Consellería da Presidencia e Administración Pública de la Xunta de Galicia.

risdiccional sólo puede entenderse encuadrándolo en el marco del Poder Judicial y teniendo en cuenta las relaciones entre el Título VI y el art. 152 de la Constitución. Se hace así necesaria una visión más amplia, que ha de llevarnos a considerar lo que podemos titular consecuencias del principio de unidad Jurisdiccional sobre el Poder Judicial y las Comunidades Autónomas.

Hasta ahora, hasta la Constitución de 1978, el principio de unidad jurisdiccional tenía un único contenido, que hacía referencia a garantía de la independencia judicial. En efecto, a pesar de la terminología utilizada —que es técnicamente incorrecta por cuanto la jurisdicción es única por naturaleza— cuando durante el franquismo se aspiraba, desde las más diversas instancias, tanto políticas como técnicas, a la unidad jurisdiccional, en realidad lo que se estaba pidiendo era el reconocimiento pleno de la independencia judicial, atacado por aquél mediante sistemas indirectos.

A partir de la LOPJ de 1870 los jueces y magistrados españoles habían logrado una cierta independencia personal. Naturalmente no cabía hablar de un verdadero Poder Judicial, pero sí de jueces inamovibles que, arriesgando el ascenso en sus carreras, podían mantener una actitud independiente. Frente a esos jueces y a esa independencia del poder político acudió a un doble sistema de ataque:

1.º El sistema normal consistía en crear un tribunal especial por la competencia, dotando a sus jueces y magistrados de un estatuto orgánico propio, por lo menos en lo relativo al sistema de nombramiento y cese, pretendiendo suprimir o atenuar su independencia. Si en una materia concreta el poder político pretendía influir en las decisiones judiciales se creaba un tribunal especial con las características dichas. Este es el caso, por ejemplo, de los Juzgados y del Tribunal de Orden Público, creados por la ley de 2 de diciembre de 1963 y suprimidos por el RD-ley de 4 de enero de 1977.

2.º En otros casos no se creaba un tribunal especial sino que se ampliaba la competencia de otro ya existente, el cual, por otra parte, podía tener buenas razones para existir, aunque dentro de los límites que justificaban su propia existencia. El ejemplo más destacado en este sentido es el de los tribunales militares.

En este contexto parece claro que la aspiración a la unidad jurisdiccional era, en el fondo, aspiración a la independencia judicial, en cuanto garantía máxima del justiciable. Es sintomático que, en las reiteradas peticiones de supresión de tribunales especiales, se hiciera siempre referencia a aquéllos en los que la independencia judicial esta-

ba más amenazada, por estar su competencia próxima a la política (caso del Tribunal de Orden Público), mientras que otros tribunales especiales, menos implicados políticamente, eran olvidados en las peticiones de supresión (caso, por ejemplo, de los Tribunales Arbitrales de Censos).

El art. 117.5 CE, al establecer el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los tribunales, supone que los dos anteriores sistemas de ataque a la independencia son de imposible mantenimiento o reproducción.

Adviértase que la Constitución no está impidiendo la existencia de tribunales diversos por la competencia (de competencia especializada o especial), sino simplemente el mantenimiento de tribunales no independientes. Si antes de la Constitución existían tribunales en los que sus jueces y magistrados tenían un estatuto personal específico, que servía para atenuar o suprimir su independencia, el principio de unidad jurisdiccional va a significar que todos los jueces y magistrados habrán de estar sujetos a un estatuto orgánico único, y que éste habrá de ser de tal naturaleza que establezca y garantice su independencia.

En la Constitución, pues, se parte como principio informador del Poder Judicial de que los jueces y magistrados, integrantes del mismo, han de ser independientes, y, establecido el principio, tiende a garantizarlo con una serie de medidas; una de ellas es la unidad jurisdiccional. Esa garantía supone que todos los jueces y magistrados estarán sujetos al mismo estatuto, no pudiendo existir estatutos especiales. Esos jueces y magistrados integrarán los tribunales ordinarios.

La misma Constitución ha establecido algunas excepciones al principio y ha admitido o creado tribunales especiales (militares, jurado, consuetudinario y tradicional, de Cuentas, Constitucional). Salvados éstos, cualquier otro tribunal, en el que el estatuto de su personal jurisdiccional sea distinto del ordinario, está prohibido por la propia Constitución. Desde esta perspectiva sólo pueden existir: tribunales ordinarios y tribunales especiales admitidos expresamente por la Constitución. Todos los demás tribunales especiales están prohibidos.

2. NUEVO SENTIDO DE LA UNIDAD DERIVADO DEL ESTADO AUTONÓMICO

Si el anterior era el contenido tradicional del principio de unidad jurisdiccional, es preciso hablar ahora de un nuevo y segundo significado que viene indisolublemente unido a lo que se denomina Estado

de las Autonomías. En este nuevo sentido de lo que se trata es de determinar quién tiene competencia para organizar el Poder Judicial, es decir, para dictar leyes de desarrollo de la Constitución en el extremo referido al Poder Judicial, reglamentos y actos de ejecución.

La precisión de este nuevo sentido requiere marcar las diferencias entre las diversas clases de Estado, unitario, federal y autonómico. La clave de la distinción se encuentra en la distribución territorial del poder político.

Las diferencias entre esos modelos de Estado no deben buscarse en un simple plano cuantitativo, esto es, en una mayor o menor descentralización, que era el criterio de Kelsen, sino que hay que hacer referencia a algo cualitativo, a la existencia o no de varios centros de poder político dentro del Estado. Así en el Estado unitario el poder es uno en su estructura, en sus elementos humanos y en sus límites territoriales, existiendo una única organización política; por el contrario, en el Estado federal se dan las características opuestas, hasta el extremo de que los estados miembros tienen incluso capacidad constituyente, aunque sea siempre dentro del marco de la constitución federal.

En este contexto el Estado autonómico es un *tertium genus*, cuya comprensión requiere distinguir entre autarquía, autonomía y estado miembro.

1.º En el Estado unitario existe siempre centralización política, aunque pueda existir descentralización administrativa, por lo que son posibles entes de derecho público (municipios y provincias, principalmente) con competencia para realizar actividad administrativa dirigida al cumplimiento de fines públicos. La *autarquía* dota a estos entes de potestad administrativa, la cual ha de ejercerse para la ejecución de las leyes dictadas por el poder político, pero les sustrae toda posibilidad de dictar leyes. Es posible que los entes administrativos puedan dictar reglamentos, pero en todo caso se tratará de desarrollar leyes dictadas por un poder superior.

2.º La *autonomía*, según Zanobini, es la facultad que tienen algunos entes de organizarse jurídicamente, de crear un Derecho propio, que es reconocido como Derecho del Estado. La autonomía, pues, supone capacidad legislativa en quien la tiene y con ella descentralización política. Si la autarquía implica sólo descentralización administrativa dentro de un Estado unitario, la autonomía lleva a la descentralización política, con lo que el Estado unitario desaparece.

Ahora bien, la autonomía no puede implicar que la capacidad legislativa haya de referirse a todo tipo de materias; si esta capacidad fue-

ra total, el Estado mismo desaparecería, siendo sustituido por tantos estados como entes autónomos. Estos entes ejercen su autonomía, su capacidad legislativa, dentro de un campo de competencias previamente delimitado y reconocido.

Resulta así que en el Estado autonómico no es sólo el Estado el que legisla, también lo hacen los entes autónomos, pero delimitándose para éstos un campo de competencias. Ni que decir tiene que el ente autónomo también tiene potestades reglamentaria y administrativa.

Para comprender las diferencias entre autarquía y autonomía puede hacerse referencia a una consecuencia estrictamente procesal, como es la referida a la prueba de las normas jurídicas. Es sabido que objeto de la prueba son normalmente hechos, pero suele decirse también que puede recaer sobre normas jurídicas, y a continuación se añade que no necesita prueba el Derecho escrito, interno y general. Con la palabra «general» se está precisando que sí necesita prueba el derecho estatutario, el que emana de las entidades meramente administrativas (ordenanzas municipales, por ejemplo), pero que no la necesita el Derecho del Estado, aunque se dicte por una Comunidad Autónoma. De ahí la necesidad de que las leyes de Galicia se publiquen en el Boletín Oficial del Estado, además de en el Diario Oficial de Galicia (art. 13.2 EAG), mientras que las ordenanzas municipales no se publican en el Boletín Oficial del Estado. Al imponerse al juez el *iura novit curia* sobre las leyes de la Comunidad Autónoma es necesaria la publicación de éstas en el Boletín general.

3.º En el Estado federal los estados miembros tienen capacidad constituyente y, por lo tanto, pueden darse su propia constitución; ciertamente ello no significa libertad absoluta en el momento constituyente, por estar limitados por la constitución federal, que marca el reparto de competencias entre el Estado federal y los estados miembros, pero lo importante ahora es destacar que éstos, además de la capacidad legislativa, pueden darse su propia constitución que no necesita ser aprobada por el Estado federal. En otras palabras, si el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma será siempre una ley estatal, la constitución del estado miembro es una ley propia del mismo.

Es evidente que la Constitución española no configura ni un Estado unitario ni otro que pueda calificarse de federal. Estamos ante un Estado autonómico, integrado por diecisiete Comunidades Autónomas con capacidad legislativa, aunque ésta no sea plena. Lo que importa ahora es preguntarse si esa capacidad se extiende o no a desarrollar la

Constitución en materia de Poder Judicial, es decir, a si pueden o no organizar el Poder Judicial.

A esa pregunta responde el principio de unidad jurisdiccional en su nuevo y segundo significado. La unidad jurisdiccional significa ahora, además, que sólo el Estado tiene competencia para organizar el Poder Judicial. Las Comunidades Autónomas no tienen competencia ni legislativa, ni reglamentaria, ni administrativa respecto de ese Poder. La Constitución, principalmente en el Título VI, pero también en otros artículos, establece los principios básicos de la organización y del funcionamiento del Poder Judicial, y la unidad jurisdiccional supone la existencia de un único centro de poder capaz de desarrollar y ejecutar los preceptos constitucionales (sin perjuicio de alguna muy limitada competencia de las Comunidades Autónomas que se deriva de la propia Constitución, como es lo relativo a las demarcaciones judiciales).

La demostración de lo anterior requiere examinar lo que dispone el art. 149.1, 5.ª de la Constitución, atendiendo a su iter parlamentario y a la interpretación de lo que deba entenderse por «Administración de Justicia».

3. EL ART. 149.1, 5.ª CE Y LA INTERPRETACIÓN DE «ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA»

La norma dicha dispone: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 5.ª Administración de Justicia», y antes de afrontar su interpretación conviene conocer el iter parlamentario que se siguió hasta su plasmación en la Constitución.

El art. 138 del Anteproyecto de Constitución declaraba materia exclusiva del Estado: «28. La Administración de Justicia. El Estado fijará las bases que permitan armonizar el ejercicio de la función jurisdiccional en todo el Estado, de acuerdo con el principio de unidad judicial y de los distintos cuerpos profesionales que lo integran, sin perjuicio de la intervención de los Territorios Autónomos en la organización del mismo.» A este primer texto se presentaron pocas enmiendas, y todas las que cabe señalar por su trascendencia pretendían ampliar la intervención de las Comunidades Autónomas. Así las de Minoría Catalana, de Socialistas de Cataluña, del Grupo Vasco y de los Comunistas, que prácticamente representaban desvirtuar la unidad del Poder Judicial y la competencia exclusiva del Estado en esta materia.

La Ponencia, en su dictamen, no sólo no admitió ninguna de las enmiendas dichas, sino que además simplificó extraordinariamente el texto del en aquel momento art. 141, en el cual se afirmaba ya lo que después se diría en el texto definitivo.

Sobre esta base se centró la discusión en la Comisión del Congreso, en la que no se defendieron las enmiendas, limitándose Minoría Catalana, con la adhesión de otros grupos, a manifestar su reserva para una enmienda que presentaría al discutirse el contenido de los Estatutos de Autonomía, no de todos, sino de los específicos de la «fase más avanzada del desarrollo del estado de competencias autonómicas». Después aludiremos al contenido de esta reserva.

En el Senado se puso de manifiesto que por algún sector se pretendía la configuración de justicias regionales, pero los grupos mayoritarios mantuvieron el mismo texto.

La contundencia del mismo, que no viene limitado por alusiones, ni siquiera indirectas, en el propio art. 149 o en el 148, a competencias reglamentarias o de ejecución de las Comunidades Autónomas, no ha impedido la discusión en torno al significado que deba darse a la expresión «Administración de Justicia». Han surgido dos posiciones claramente enfrentadas:

1.ª Se sostiene por algunos que «Administración de Justicia» y «Poder Judicial» son términos equivalentes, y que con los dos se está haciendo referencia únicamente a los jueces y magistrados, que son los que administran justicia e integran el Poder Judicial, conforme al art. 117.1. De ello resultaría que cuando el art. 149.1, 5.ª se refiere a «Administración de Justicia» incluye únicamente al Poder Judicial, es decir a jueces y magistrados, quedando excluidos:

— Tanto los elementos personales que hacen posible que se administre justicia, pero que no la administran ellos, como es el caso del Ministerio fiscal, secretarios, oficiales, auxiliares, agentes, policía judicial y otros, a los que se designa como personal al servicio de la Administración de Justicia o que cooperan o auxilian a la Administración de Justicia, lo que evidencia que ésta es algo ajeno a cuyo servicio están,

— Como los elementos materiales, locales, muebles, medios de financiación, etc., que están también al servicio de la función, pero que no son la función misma.

Consecuencia de ello sería que cuando el art. 149.1, 5.ª dice «Administración de Justicia» se refiere sólo a la función del Poder Judicial, y no a la organización administrativa que está a su servicio. El Poder Judicial, en cuanto componente de la soberanía, debe ser competencia exclusiva del Estado, pero la organización administrativa que le sirve de soporte material no tiene por qué serlo y cabe su atribución a las Comunidades Autónomas.

2.ª Por otros se sostiene, en cambio, que no puede darse a la expresión «Administración de Justicia» un sentido tan preciso y delimitado, puesto que con ella se está englobando tanto al Poder Judicial como a las funciones, administrativas o de otra índole, de cooperación y auxilio del mismo, atendiendo para ello a dos tipos de razones:

— Terminológicas: En la Constitución no existe precisión a la hora de distinguir entre «Administración de Justicia» y «Poder Judicial», pues se habla de que los jueces y magistrados administran justicia (art. 117.1), pero también del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 121) y siempre hemos tenido una Ley Orgánica del Poder Judicial en la que se han incluido los jueces y magistrados y los demás elementos personales, y

— Sistemáticos: Si con el art. 149.1, 5.ª se quisiera decir sólo que los jueces y magistrados son competencia exclusiva del Estado, estaríamos ante una disposición superflua, por cuanto el gobierno de aquéllos ya viene atribuido, en el art. 122.2, al Consejo General del Poder Judicial que es órgano del Estado. Si el art. 149.1, 5.ª ha de añadir algo al anterior, debe necesariamente comprender a todos los elementos personales y materiales. Más en general este artículo se refiere a aquellas materias cuya atribución no se realiza de modo expreso en algún otro artículo de la Constitución.

En nuestra opinión, dar a la expresión «Administración de Justicia» un contenido técnico jurídico muy preciso carece de sentido, por cuanto su valor no es jurídico sino político. En otro lugar hemos explicado cómo la conversión en sinónimas de las expresiones «Administración de Justicia» y «Poder Judicial» ha perseguido siempre rebajar el poder a simple administración, incluyéndola en el marco de gobierno del Poder Ejecutivo, que es quien dirige a la Administración Pública. El mismo fin político se persigue cuando se habla de la Administración de Justicia como servicio público.

En ese contexto se comprende que los sostenedores de la primera posición estimen que el Título VI de la Constitución debería tener el epígrafe «De la justicia» y que la Ley Orgánica del Poder Judicial se debería denominar «Ley Orgánica de la Justicia», que curiosamente son las expresiones utilizadas en la Ley Orgánica del Estado de 1967 y en la Ley de Bases de 1974, aquella que no fue articulada y en la que se partía de la unidad de poder y coordinación de funciones.

El art. 149.1, 5.ª sólo puede interpretarse en el sentido de que la Administración de Justicia, todo lo que tradicionalmente se ha venido entendiendo por ésta, es competencia exclusiva del Estado, el cual asume en solitario la capacidad de organizarla. Más correcto y consecuente hubiera sido hablar siempre de Poder Judicial, manteniendo en el articulado todo de la Constitución el epígrafe de su Título VI, pero aún así el sentido parece claro. Insistimos con todo en que hoy debería existir un verdadero Poder Judicial, no mera Administración de Justicia.

4. EL ART. 152.1, II Y III CE Y LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Partiendo de lo dispuesto en el art. 149.1, 5.ª parecería que la Constitución no debería referirse, al establecer la organización territorial del Estado en su Título VIII, a órgano jurisdiccional alguno. Sin embargo, no es así. El art. 152, en el que se establece la organización institucional autonómica que han de regular los Estatutos aprobados por la vía del art. 151, esto es, los relativos a las Comunidades «más avanzadas», alude expresamente al Tribunal Superior de Justicia y contiene otras disposiciones orgánicas y procesales.

Ni en el Anteproyecto de Constitución ni en el Informe de la Ponencia existía referencia alguna al Tribunal Superior de Justicia. A los órganos de las Comunidades Autónomas más avanzadas se refería el apartado 6 de la Disposición Adicional del Informe de la Ponencia, sin aludir a órgano judicial alguno. La primera alusión proviene de una enmienda *in voce* de Minoría Catalana al discutirse en la Comisión del Congreso el Proyecto.

Recordemos que en la discusión del entonces art. 141 (definitivo, art. 149.1, 5.ª) Minoría Catalana manifestó su reserva para una enmienda que se formularía al tiempo de discutirse el contenido de los Estatutos de Autonomía. Pues bien, recogido en el art. 143 el apartado 6 de la Disposición Adicional del Informe, el relativo a los órganos de

las Comunidades Autónomas, Minoría Catalana propuso un nuevo artículo en el que se realizaban tres aportaciones:

1.ª Tribunal Superior de Justicia para las Comunidades que accedieran a mayor nivel de competencias.

2.ª Participación en la organización de las demarcaciones judiciales, y

3.ª Culminación de las instancias procesales en los órganos judiciales radicados en el territorio de la comunidad, sin perjuicio de la competencia del Tribunal Supremo.

A partir de aquí se levantó la veda del Poder Judicial único, especialmente para el Grupo Vasco que pidió ya que en los Estatutos se establecieran «los supuestos y las formas de intervención de las comunidades autónomas en la organización judicial de las mismas». La enmienda del Grupo Vasco fue rechazada, pero se admitió la de Minoría Catalana; fue aprobada y pasó al Senado.

En el Senado volvió a plantearse la discusión. Por un lado se pidió la supresión de los párrafos II y III del entonces art. 146 (ahora, 152.1) y por otro su ampliación. Las peticiones de supresión se basaban en la contradicción que suponían esos párrafos con la reserva constitucional exclusiva a favor del Estado en materia de Administración de Justicia y con la existencia del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, aparte de que implicaban la supresión del Tribunal Central de Trabajo, de la Audiencia Nacional y del recurso de apelación ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. La posibilidad de que los Estatutos concedieran otras facultades a las Comunidades fue nuevamente el objetivo de los senadores catalanes y vascos, y así Entesa dels Catalans se preguntaba: «¿Cómo vamos a suponer que no tendremos la facultad de intervenir en el nombramiento de un juez para asegurarnos que conoce el derecho y la lengua de la comunidad autónoma en la que se dan los supuestos de un derecho foral y de una lengua que tendrá carácter oficial?», y el Grupo Vasco se lamentaba de encontrarse «con que el tratamiento que ha recibido el tema de los Tribunales Superiores rompe por completo con la aspiración a la existencia de un poder judicial (vasco, se entiende), aspiración que la República no dudó en satisfacer».

Desde varias instancias se puso de manifiesto que el texto aprobado en el Congreso estaba pensado sólo para Cataluña, y UCD rompió el consenso proponiendo un texto que se refería a las Comunidades Autónomas en que hubiera dos Audiencias Territoriales. En el Pleno del Senado el consenso volvió las aguas a su cauce y, rechazando las postu-

ras extremas de unos y otros, los dos grupos mayoritarios llegaron al texto definitivo que, con ligeras modificaciones introducidas en la Comisión Mixta, fue el definitivo.

Vistos el texto del art. 152.1 y la discusión que le precedió, cualquier jurista que se limitara a una interpretación técnica, en lo relativo al Tribunal Superior de Justicia, tenía que llegar a estas conclusiones:

1.ª A pesar de hallarse aludido en el Título VIII el Tribunal Superior debería de integrarse en la planta y organización del Poder Judicial y puesto en relación con los principios de éste, según el Título VI, especialmente unidad jurisdiccional, independencia y gobierno autónomo.

2.ª El Tribunal Superior no es un órgano de las Comunidades Autónomas, sino un órgano del Poder Judicial, con sede territorial en las Comunidades.

Tanto es así que las Comunidades no tienen sobre ellos potestad legislativa, reglamentaria o administrativa alguna, en ninguno de los posibles aspectos que imaginarse pueda, ni siquiera en el ámbito del protocolo o ceremonial. En la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 1982 (BOE de 16 de julio) se resuelve el conflicto promovido por el abogado del Estado frente a la Generalidad de Cataluña respecto del decreto de ésta «estableciendo las normas de protocolo y ceremonial en el ámbito de la Generalidad de Cataluña», en cuanto afecta al Tribunal Superior y a su presidente. En la sentencia se afirma que la Generalidad no es competente para fijar la precedencia del Tribunal Superior o de su presidente, y ni siquiera para fijar su tratamiento honorífico. Lo dicho para Cataluña puede referirse en los mismos términos a Galicia.

3.ª Los Estatutos de las Comunidades Autónomas «más avanzadas», las constituidas por la vía del art. 151, debían aludir a la existencia del Tribunal Superior, pero sin contener otra disposición, pues el art. 152.1, II y III no debía ser desarrollado en los Estatutos sino en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4.ª En las demás Comunidades, las que lograran la autonomía conforme al art. 143, la creación del Tribunal Superior de Justicia era sólo posible, pero no necesario.

Lo discutible era la condición de la norma que estableciera dicho Tribunal. Nada impedía que la LOPJ dispusiera una organización judicial en la que se creara un Tribunal Superior en cada una de las Comunidades Autónomas, sea cual fuere su clase, pero respecto de los

Estatutos de Autonomía era forzoso distinguir: *a)* En los de la vía del art. 151 CE el Estatuto debía disponer expresamente su creación, remitiéndose para su completa regulación a la LOPJ, y *b)* En los del artículo 143 CE el Estatuto no podía disponer su creación y ello por la elemental razón de que si el Tribunal Superior no es un órgano de la Comunidad, por serlo del Poder Judicial del Estado, no cabía que aquél organizara a éste.

La discusión es ya inútil, pero la técnica legislativa merece siempre atención.

5. LA CONTRADICCIÓN ENTRE ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Si las cosas se hubieran desarrollado normalmente, esto es, si primero se hubiera dictado la LOPJ y después los Estatutos de Autonomía, algunos graves problemas jurídicos no se hubieran ni planteado. Por razones políticas, que no son aquí del caso, mientras la LOPJ se promulgó por fin el 1 de julio de 1985, los diversos Estatutos de Autonomía vieron la luz entre el 18 de diciembre de 1979 (el vasco y el catalán) y el 25 de febrero de 1983 (el castellano-leonés). El tercero en publicarse es el de Galicia, de 6 de abril de 1981.

En esta situación es comprensible —aunque no fuera lo correcto técnicamente— que en los diversos Estatutos se cayera en la tentación (en todos menos en el de La Rioja) de pretender desarrollar en parte la norma constitucional sobre el Tribunal Superior de Justicia. Más lógico fue, naturalmente, que cuando unos años después se dicta la LOPJ ésta regulara la materia y que lo hiciera con más detalle que los Estatutos.

Lo grave de esta doble regulación es que no existe una perfecta concordancia, siendo varios los aspectos regulados de manera distinta en el Estatuto de Galicia (ciñéndonos ahora a éste, pero lo mismo cabe decir de los demás, salvo La Rioja) y en la LOPJ. Sin aludir ahora a los casos concretos de discrepancia (pero piénsese por ejemplo en la integración de la Audiencia Territorial en el Tribunal Superior de Justicia y en la supresión de aquélla), lo verdaderamente importante es resolver la cuestión general de cómo se solucionan las contradicciones.

Hay que advertir que si no existiera norma especial que regulara la reforma del Estatuto la cuestión no se plantearía, por cuanto la

LOPJ, como ley orgánica posterior, modificaría sin más la ley orgánica anterior que es el Estatuto. El problema existe porque el art. 152.2 CE se remite, para la modificación de los Estatutos aprobados por la vía del art. 151, al procedimiento en ellos establecido, con la exigencia de referéndum, procedimiento que el Estatuto de Galicia regula en su art. 56. En los Estatutos aprobados por la vía del art. 143 CE, el artículo 147.3 de la misma se remite también al procedimiento establecido en cada Estatuto.

El problema puede plantearse en toda su crudeza formulando esta pregunta: ¿Puede la LOPJ reformar el Estatuto de Galicia (en realidad todos los Estatutos) en la materia concreta relativa al Tribunal Superior de Justicia? (realmente aquí también en todo lo relativo al Poder Judicial).

Aunque parezca paradójico puede ser conveniente empezar por estudiar el problema desde el punto de vista opuesto y preguntarse ¿hasta qué punto las normas sobre el Tribunal Superior contenidas en los Estatutos pueden limitar el contenido de la LOPJ? La respuesta a esta cuestión exige partir de la llamada reserva estatutaria del artículo 147 CE. Este artículo determina el contenido formal de los Estatutos, en el sentido de que los reduce a unas materias concretas y determinadas; ello significa lógicamente que los Estatutos no debían referirse a materias que han de ser objeto de otras leyes previstas en la Constitución.

Aunque no respecto de los Estatutos, sino de las leyes orgánicas, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 13 de febrero de 1981 (BOE de 24 de febrero), ha dejado claramente establecido que aquéllas no pueden regular las materias para las que la Constitución no ha previsto este tipo de ley de mayoría reforzada, y ello porque, si se admitiera esta corruptela, se estaría petrificando el ordenamiento jurídico al exigirse también la mayoría reforzada para su modificación. En todo caso, si incorrectamente se incluyera en una ley orgánica una materia no prevista para ella, aunque la ley no se estimara inconstitucional, sí habría que llegar a la conclusión de que se trataba de una ley «mezclada» que en parte era ley orgánica y en parte ley ordinaria, y en esta segunda parte la reforma no exigiría mayoría parlamentaria reforzada.

Lo mismo puede decirse de los Estatutos. Si éstos regulan materias no propias de la reserva estatutaria del art. 147 CE, estaríamos también ante una norma de mezcla; en parte sería Estatuto, con su especial procedimiento de reforma, y en parte sería ley orgánica o ley

ordinaria, con lo que habría que acudir al procedimiento correspondiente para la reforma.

Lo anterior supone que, en principio, los Estatutos no pueden determinar el contenido de la LOPJ, la cual en las materias propias de ella sólo está vinculada por la Constitución. Según ésta, en el territorio de algunas Comunidades Autónomas, las «más avanzadas», ha de existir necesariamente Tribunal Superior de Justicia y por lo tanto la LOPJ estaba obligada a crear ese Tribunal. Dicha necesidad no existe respecto de las demás Comunidades Autónomas y, en consecuencia, la LOPJ pudo en el territorio de éstas crear o no el Tribunal Superior, atendiendo simplemente al criterio del legislador estatal en la organización del Poder Judicial; si lo ha creado no es porque estuviera vinculado por los Estatutos de la vía del art. 143 CE, sino porque ésa ha sido la decisión libre del legislador.

En los dos casos las normas que se contienen en todos los Estatutos respecto del Tribunal Superior de Justicia (en realidad sobre todo el Poder Judicial) pueden de hecho haber sido modificadas por la LOPJ, y ello tanto en lo relativo a la organización como a la competencia del Tribunal.

6. LA ORGANIZACIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ENTRE EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA Y LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

La regulación del Tribunal Superior de Galicia se encuentra en la actualidad, aparte de la referencia constitucional, en dos tipos de normas: primero temporalmente en el Estatuto de 1981 y después en la LOPJ de 1985. Sin embargo, la jerarquía normativa es la inversa. En cualquier caso, el estudio de lo que sea el Tribunal Superior debe hacerse respecto de esas dos normas y lo vamos a hacer distinguiendo entre disposiciones de pura organización y aquellas otras que atienden a la competencia.

No creemos, con todo, que sea ahora necesario referirse a todos y cada uno de los aspectos de organización, pues se trata de algo que ya se ha realizado en varias ocasiones. Creemos que es de más utilidad centrarnos en el contenido del Estatuto y ver la incidencia que sobre él ha producido la LOPJ.

Así, hay que hacer mención de:

a) El sentido de «culminar»

Tanto en la CE (art. 152.1, II) como en el EAG (art. 21) y en la LOPJ (art. 70) se dice que el Tribunal Superior de Justicia «culminará» la organización judicial en su ámbito territorial. El término «culminar» no es el más apropiado por equívoco. Si a la palabra le damos su verdadero significado, esto es, grado más elevado que se puede tener, es evidente que el Tribunal Superior no culmina organización judicial alguna, pues siempre habrá que referirse al Tribunal Supremo, que sí culmina la organización judicial en todos los órdenes (art. 123 CE). Y si con ello lo que pretendió decirse es que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia culmina una parte de la organización judicial del Estado, lo mismo podría decirse de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción respecto del partido judicial o de las Audiencias Provinciales sobre la provincia.

Lo equívoco proviene del art. 152.1, II CE, en el que no se supo decir que la Comunidad Autónoma sería una división territorial a efectos de la organización judicial del Estado, al frente de la cual aparecería el Tribunal Superior, y que éste habría de ser el órgano jurisdiccional último para el conocimiento de los asuntos que se basaran en el Derecho propio de la Comunidad, aparte de lo que se dirá después sobre las instancias procesales.

b) Las Audiencias Territoriales

La Disposición Adicional 4.ª de la CE contiene una breve alusión a las Audiencias Territoriales, al referirse al caso de las Comunidades Autónomas donde tengan su sede más de una Audiencia de esta clase, y se prevé que en los Estatutos de Autonomía podrán mantenerse las dos, distribuyendo la competencia entre ellas, siempre de conformidad con lo previsto en la LOPJ.

Con base en este precepto el Estatuto de Andalucía de modo expreso (art. 48.2) y el de Castilla-León de modo tácito (art. 21.1) mantuvieron las dos Audiencias Territoriales de su territorio, pero lo que importa ahora es que en el Estatuto de Galicia (como sucede, por otra parte, en casi todos los demás) se dice expresamente que la Audiencia subsistirá y que se integrará en el Tribunal Superior.

A pesar de todo lo anterior la LOPJ suprime estas Audiencias. Su art. 26, al establecer los órganos judiciales, no se refiere a ellas y las Disposiciones Adicionales 2.ª y 3.ª y la Transitoria 2.ª regulan la supre-

sión y el período transitorio. En este punto la LOPJ modifica los Estatutos.

El único problema es el de la posible constitucionalización de las Audiencias Territoriales, dada la mención que de ellas hace la Disp. Adicional 4.ª CE. Sin embargo, en nuestra opinión, esta pretendida constitucionalización no se produjo. La Disposición dicha es una norma permisiva y de remisión; permite a los Estatutos de las Comunidades donde existieran dos Audiencias mantener las dos, pero dentro de lo previsto en la LOPJ, y ésta puede, habida cuenta de la creación del Tribunal Superior de Justicia, suprimir las Audiencias.

c) *Instancias procesales*

Esta materia se aborda con evidente error en todos los Estatutos. En ellos se afirma que ante el Tribunal Superior se agotarán las sucesivas instancias procesales, disposición que es contraria a lo establecido en el art. 152.1, III CE, el cual se limita a establecer que las instancias procesales se agotarán ante órganos judiciales radicados en el territorio de la Comunidad en que esté el órgano competente en primera instancia, de donde no cabe deducir que la última instancia haya de corresponder precisamente al Tribunal Superior de Justicia.

En la actualidad existen procesos civiles y penales de cuya segunda y última instancia conocen los Juzgados de Primera Instancia (a pesar del nombre) y las Audiencias Provinciales en materia civil, y los Juzgados de Instrucción y las mismas Audiencias Provinciales en materia penal, y no cabe suponer que los Estatutos hayan pretendido establecer, por poner unos ejemplos, que de la segunda y última instancia de los juicios verbales y de faltas haya de conocer necesariamente el Tribunal Superior de Justicia.

Por esta razón el art. 21 del EAG, en este aspecto concreto, es desconocido en la LOPJ. Ésta regula la competencia de los Tribunales Superiores sin aludir para nada a que ante ellos tengan que agotarse las sucesivas instancias. Dado el error en que habían incurrido los Estatutos, ésta era la única solución posible.

Naturalmente la LOPJ parte de que las instancias, en sentido técnico estricto, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el territorio de la Comunidad, cuando en ella esté el órgano competente para conocer de la primera, que es a lo que se reduce el mandato constitucional, en la cual no se recoge nada que pueda equipararse al principio del juez natural.

d) *Presidente del Tribunal Superior de Justicia*

El art. 23.1 del EAG, relativo al nombramiento del presidente del Tribunal Superior, se reitera y completa en el art. 336 de la LOPJ. El Consejo General del Poder Judicial, con arreglo a lo dispuesto en el art. 122.2 CE, tiene facultades decisorias en materia de nombramientos de jueces y magistrados; la Comunidad Autónoma no tiene participación alguna en el nombramiento.

En algunos Estatutos se especifica que el nombramiento será publicado en el periódico oficial de la Comunidad, pero adviértase que la Comunidad se limita a publicar obligatoriamente un nombramiento que le viene impuesto desde fuera, sin que tenga capacidad alguna de discusión. Por otra parte, el nombramiento habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado y a él habrá de estarse a todos los efectos.

e) *Magistrados y secretarios*

El art. 23.2 del EAG contiene una simple norma de remisión a la LOPJ respecto del nombramiento de magistrados y secretarios del Tribunal Superior, con lo que en realidad estamos ante una norma inútil. Para estos nombramientos debe estarse a los arts. 330 y 331 (magistrados), 333 (presidentes de Sala) y 476 y 479 (secretarios) de la LOPJ.

Con carácter general para todo el personal judicial el art. 25 del EAG establece como mérito preferente, para la resolución de los concursos y oposiciones, la especialización en Derecho gallego y el conocimiento del idioma del país, norma que a su vez se matiza y completa en el art. 341 de la LOPJ distinguiendo:

1. Respecto del presidente del Tribunal Superior, el Consejo General del Poder Judicial valorará como mérito la especialización en derecho especial o foral y el conocimiento del idioma, sin atribuirle calidad de preferente, y se confirma en el art. 32.5 de la LD y PJ.

2. Respecto de los demás nombramientos por concurso (sin referencia a la oposición), se dejan para un reglamento futuro los criterios de valoración, como mérito preferente, del conocimiento del Derecho civil especial o foral y del idioma (sin referencia a otras ramas del ordenamiento jurídico).

3. Con relación al o los magistrados especiales de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior, el art. 330.3 LOPJ alude a jurista de reconocido prestigio, sin más, y lo mismo el art. 32.2 LD y PJ.

f) *Convocatoria de concursos y oposiciones*

El art. 24.1 del EAG dispone que la Comunidad Autónoma puede instar del órgano competente la convocatoria de concursos y oposiciones para cubrir las plazas vacantes en Galicia de todo el personal judicial, de acuerdo con lo que disponga la LOPJ, y ésta, en su art. 315, reitera la disposición añadiendo «de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley». Esto obliga a distinguir:

1. Oposiciones y concursos para ingresar en la carrera judicial y cuerpos del personal al servicio de la Administración de Justicia: Dado que la convocatoria es nacional y sin plazas determinadas la instancia de una Comunidad Autónoma no puede tener efecto jurídico alguno sobre el órgano competente (que es el Ministerio de Justicia).

2. Concursos de traslado: Aquí la convocatoria sí se refiere a plazas determinadas, pero la LOPJ no dice qué efectos producirá la instancia de la Comunidad interesada. Cuando se trata de jueces y magistrados estamos ante una facultad decisoria del Consejo General del Poder Judicial, que en la LOPJ no tiene limitación o vinculación alguna; si se trata de personal al servicio de la Administración de Justicia, la facultad decisoria del Ministerio de Justicia tampoco está vinculada.

No nos hemos referido en este epígrafe a diversos aspectos de organización que no son ni específicos ni problemáticos respecto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sede, salas en otras provincias, magistrados que integran las salas). Lo que realmente nos ha importado sobre la organización es poner de manifiesto la existencia de dos tipos de normas en el Estatuto de Autonomía de Galicia. Unas son reiteradas sin más en la LOPJ, con lo que las primeras se convierten en inútiles, dado que en la jerarquía normativa es preferente la LOPJ respecto de la organización de los tribunales (por ejemplo, nombramiento de presidente y magistrados del Tribunal Superior). Otras han sido modificadas por la LOPJ, aunque en ésta no se diga literalmente que se reforma el Estatuto (caso de la supresión de las Audiencias Territoriales o de aspectos de los concursos y oposiciones).

7. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Partiendo del hecho de que la Constitución no hace referencia alguna de modo directo a la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque sí de modo indirecto, al considerar al Tribunal Su-

premo superior en toda España y en todos los órdenes jurisdiccionales (art. 123 CE), la competencia de aquéllos viene establecida de modo parcial en los Estatutos y con carácter general en la LOPJ, y aun respecto de ésta hay que tener en cuenta su constante remisión a otras leyes.

A la hora de ordenar sistemáticamente esa competencia parece conveniente ir de lo más simple a lo más complejo y de lo general a lo específico. Hay que advertir de entrada que no es éste el momento para referirse al agotamiento de las instancias procesales y su relación con el juez natural.

Lo más simple y general es la competencia relativa a las recusaciones y a las cuestiones de competencia. En ellas no vamos a entrar, pues las primeras no ofrecen problemas respecto del Tribunal Superior, aunque exista alguna laguna, y en las segundas se mantiene la regla del superior jerárquico inmediato y común.

a) *Sala de lo Social*

En el art. 75 LOPJ se distingue, con base en la naturaleza de la instancia, entre:

1.º En única instancia, de los procesos que la ley establezca sobre controversias que afecten a intereses de los trabajadores y empresarios en ámbito territorial superior al de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma.

Para comprender esta disposición hay que ponerla en relación con lo que establece el art. 67 LOPJ respecto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, a la cual se atribuye el conocimiento, en única instancia: 1) De los procesos de impugnación de convenios colectivos con ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma, y 2) De los procesos sobre conflictos colectivos con efectos sobre un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma.

Resulta así que habrá que distinguir tres ámbitos territoriales en estos dos procesos especiales: 1) Provincial o inferior: Competencia de los Juzgados de lo Social, 2) Comunidad Autónoma: De la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, y 3) Superior a una Comunidad Autónoma: Competencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

A esos dos procesos se refieren las bases 28.ª y 29.ª del Proyecto de Ley de Bases del Procedimiento Laboral, en la cual no se especifica más sobre la competencia. También el art. 59 de la Ley 38/1988 de

Demarcación y de Planta Judicial hace referencia a esos procesos, con los ámbitos territoriales dichos, y dicta normas transitorias hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Procedimiento Laboral.

2.º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de la Comunidad Autónoma. Estamos aquí ante una norma de remisión a la futura Ley de Procedimiento Laboral, y en el Proyecto de Ley de Bases se insiste en la terminología de recurso de suplicación, al cual se sigue atribuyendo naturaleza cuasi casacional. En el art. 60 de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial no se da nombre al recurso.

b) *Sala de lo Contencioso-Administrativo*

La atribución de competencia a los diversos órganos que componen el orden judicial contencioso-administrativo se realiza atendiendo, básicamente, al ámbito territorial de competencia del órgano administrativo que dicta el acto o disposición impugnado. Ahora bien, partiendo de esta base ni en el Estatuto de Autonomía (art. 22.1, c) ni en la LOPJ (arts. 58, 74 y 91) se realiza una atribución completa de la competencia, por cuanto existen abundantes remisiones a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por ello, para no limitarnos a copiar el art. 74 LOPJ, parece conveniente distinguir dos criterios básicos que dan lugar, a su vez, a cuatro subcriterios. Los dos criterios son: 1) Quién dicta el acto o disposición impugnado, y 2) Sobre qué materia versa uno u otra. Si estos criterios se conjugan podemos obtener cuatro subcriterios:

1.º Acto dictado por órgano de la Comunidad Autónoma con relación a normas emanadas de ella: La competencia para la primera instancia se distribuye entre los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y la Sala del Tribunal Superior de Justicia; en el primer caso cabrá recurso de apelación ante el Tribunal Superior; en el segundo se tratará de instancia única, sin que exista posibilidad de recurso ante el Tribunal Supremo.

2.º Acto dictado por órgano de la Comunidad aplicando normas dictadas por el Estado: Aquí la competencia para la instancia se repartirá también entre el Juzgado y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior, pero lo que importa es que contra las resoluciones dictadas por ésta sí podrá darse recurso ante el Tribunal Supremo.

3.º Acto dictado por órgano del Estado aplicando normas estata-

les: Independientemente de las instancias cabrá, en su caso, recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

4.º Acto dictado por órgano del Estado aplicando normas de la Comunidad: Este supuesto será de difícil pero no imposible realidad práctica y, en su caso, no podrá concederse recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

En síntesis, habrá que partir de la existencia de dos sistemas normativos. Cuando se trate de materias cuya legislación corresponde a la Comunidad Autónoma, ante órganos judiciales radicados en la misma se agotarán todas las instancias y grados, independientemente de quien dicte el acto administrativo impugnado. Cuando se trate de ejecutar la legislación del Estado cabrá, en su caso, recurso de casación ante el Tribunal Supremo, independientemente de quien dicte el acto impugnado.

Por este camino se desarrolla el art. 58 de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial, aunque haciendo referencia todavía al recurso de apelación y no al de casación ante el Tribunal Supremo, y disponiendo que la duda sobre competencia entre los tribunales Supremo y Superior se resuelve aplicando los arts. 52 LOPJ y 81 a 83 LEC, es decir, estimando que el primero es superior al segundo.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia unificará la interpretación de las normas administrativas emanadas de la Comunidad Autónoma; el Tribunal Supremo hará lo propio con la legislación estatal. Y ello independientemente de la naturaleza jurídica de la actividad procesal, aunque deberá cumplirse el mandato constitucional de agotar las instancias ante tribunal radicado en la Comunidad, si en ésta se inicia el proceso.

c) *Como Sala de lo Penal*

En la organización del Tribunal Superior de Justicia existe una Sala de lo Civil y Penal (art. 72 LOPJ), con competencias muy heterogéneas. Vamos a referirnos ahora a la *competencia penal*:

1.º De las causas penales que el Estatuto de Autonomía disponga. Efectuada la remisión al Estatuto resulta que la Sala conocerá de los procesos penales por actos delictivos (hay que entender delitos y faltas) cometidos, en el territorio de Galicia y durante su mandato, por los miembros del Parlamento gallego (art. 11.3), por el presidente y los miembros de la Junta (art. 18). Si el acto delictivo se comete

fuera del territorio de Galicia, la competencia corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

2.º De las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal, por delitos o faltas cometidos en el ejercicio del cargo en la Comunidad Autónoma, siempre que la competencia no corresponda al Tribunal Supremo, lo que sucede cuando se trata del presidente y magistrados del propio Tribunal Superior de Justicia.

En estos dos supuestos la competencia se extiende a todo el proceso penal. De ahí que la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y de modificación de diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal, añada un apartado según el cual para la instrucción de las causas se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor que no formará parte de la misma para el enjuiciamiento.

d) Como Sala de lo Civil

Aludiremos después de manera especial a la competencia para conocer de los recursos de casación y revisión. Ahora aludimos sólo a la única instancia de:

1.ª Demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio del cargo, dirigidas contra el presidente y miembros de la Junta y contra los miembros del Parlamento gallego. Dado que en el Estatuto de Galicia no existe aforamiento al Tribunal Supremo, la competencia es del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

2.ª Demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio del cargo, contra todos o la mayor parte de los magistrados de una Audiencia Provincial o de cualquiera de sus secciones.

8. LA CASACIÓN BASADA EN DERECHO CIVIL GALLEGO

Poniendo en relación el art. 22.1, a) del EAG y el art. 73.1, a) de la LOPJ, resulta que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia tendrá competencia para conocer del recurso de casación que establezca la LEC contra las resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho civil gallego. Normalmente el recurso procederá contra las

resoluciones, dictadas en grado de apelación, por las Audiencias Provinciales, pero también será posible la casación *per saltum*, contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia.

Estamos aquí, sin duda, ante uno de los más graves problemas que presentará nuestro Derecho procesal. Para hacer frente al mismo es preciso ir aclarando aspectos parciales enormemente controvertidos. Algunos de ellos son:

A) El contenido del Derecho civil gallego

La respuesta a esta primera cuestión pasa, en mi opinión, por determinar el sentido que deba darse al art. 149.1, 8.ª CE y su referencia a «los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Dicho de otra manera, el Derecho civil gallego del art. 22.1, a) del EAG y el Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad del art. 73.1, a) de la LOPJ, es aquél al que se extiende la competencia legislativa de Galicia, de acuerdo con lo que dispone el art. 149.1, 8.ª CE, que se refiere a «la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan».

Reconocido que la Constitución ha supuesto abandonar definitivamente la unificación del Derecho civil, y que los derechos forales no son ya transitorios sino algo que los parlamentos de las Comunidades Autónomas pueden y deben, no ya simplemente conservar, sino modificar y desarrollar, en la determinación de lo que sea la competencia legislativa de la Comunidad gallega pueden mantenerse tres posturas, prescindiendo de ciertas exageraciones según las cuales Derecho civil gallego sería todo aquél que se aplica en Galicia, independientemente de su origen:

Esas posturas son:

1.ª La extrema por exceso entiende que la competencia legislativa civil de las Comunidades Autónomas con Derecho regional, o con Derecho civil territorial o regímenes civiles nacionales, se extiende a todas las materias que no han sido reservadas de modo exclusivo al Estado en el art. 149.1 CE, con lo que la determinación se realiza por exclusión.

Se acudiría así al art. 149.1 CE y se examinarían número por número sus referencias al derecho privado y su atribución exclusiva al Estado; esto es, nacionalidad, legislación mercantil, propiedad intelectual e industrial, aplicación y eficacia de las normas jurídicas, formas

del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho. Todo lo demás quedaría dentro de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas.

Así las cosas cuando el EAG y la LOPJ se refieren al recurso de casación competencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la infracción de normas de Derecho civil gallego, se comprendería todo el derecho privado menos lo indicado en el párrafo anterior, y ello aún en el caso de que el Parlamento gallego no hubiera legislado todavía sobre materias de su competencia. Ese Derecho civil gallego estaría integrado por dos tipos de normas: las propias, las dictadas por el Parlamento gallego (incluyendo hoy la Compilación de 1963), y las de derecho supletorio, dado que éstas rigen en Galicia sólo porque el ordenamiento gallego lo permite.

2.ª La extrema por defecto entiende que el art. 149.1, 8.ª CE atribuye competencia legislativa a algunas Comunidades Autónomas sólo con relación a los supuestos institucionales tradicionales, característicos de los respectivos territorios y divergentes del ordenamiento jurídico civil, es decir, del llamado Derecho común. Ello supone que «la conservación, modificación y desarrollo» ha de limitarse a las actuales compilaciones, por lo que el recurso de casación competencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha de basarse en la infracción de las normas de la Compilación de 1963 en el momento presente, sin perjuicio de su modificación futura por el Parlamento gallego, o incluso de su complemento o desarrollo.

3.ª En el término medio pueden registrarse diversas opiniones en las que la referencia a las compilaciones como límite de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas no debe entenderse hecha al texto en sí, sino a los principios propios del mismo. En este sentido lo importante es admitir que las diversas compilaciones no son simples normas excepcionales con relación al Código Civil, sino expresiones de sistemas jurídicos propios y distintos del común, que responden a principios informadores específicos.

En este sentido deben entenderse las conclusiones 2.ª y 3.ª del Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución, celebrado en Zaragoza en 1981, que hacen referencia a esos «principios informadores» y a la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas hasta donde lleguen los mismos.

Esta posición intermedia tiene el riesgo evidente de la ambigüedad,

de la necesidad de precisar en cada compilación cuáles son esos «principios informadores», con lo que la cuestión está requiriendo una decisión política que no podrá —aunque se pretenderá— justificarse jurídicamente. Decisión que habrá de controlar el Tribunal Constitucional mediante una sentencia también política.

Ante esta triple opción el intérprete debe partir de una única base: la Constitución, integrándola con el Estatuto de Autonomía de Galicia, y prescindiendo de opiniones o deseos personales. En este sentido lo discutido es, en el fondo, si la competencia legislativa del Parlamento gallego se refiere sólo a las instituciones jurídicas conocidas hasta ahora como forales o si puede referirse a otras instituciones, bien entendido que por instituciones jurídicas forales entendemos no sólo las recogidas en el derecho escrito sino también las consuetudinarias.

En este dilema nos inclinamos por la primera solución: la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma se refiere a «la conservación, modificación y desarrollo» de lo que se tenía con anterioridad a la Constitución, sin que pueda ampliarse a instituciones ya previstas en el Derecho común. La palabra «desarrollar», que es la de sentido más amplio, no puede significar que se incluyan en la legislación civil de Galicia instituciones ya reguladas por la legislación civil del Estado; su techo se encuentra en la adecuación de las instituciones forales a cada momento histórico, incluso incluyendo nuevos aspectos de las antiguas instituciones o haciendo frente a la necesidad de satisfacer nuevas situaciones.

En cualquier caso, cuando el Derecho común actúa como supletorio, éste no podrá entenderse como Derecho civil gallego, a la hora de determinar la competencia en casación del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. La casación gallega se justifica en tanto que unificadora de la jurisprudencia respecto de las instituciones jurídicas propiamente gallegas; respecto del resto esa función unificadora, con alcance en todo el Estado, ha de corresponder a un órgano único, el Tribunal Supremo.

B) *Infracción de la jurisprudencia*

La infracción de normas de Derecho civil gallego, como base para la casación competencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ha de entenderse en el sentido de incluir también a la jurisprudencia formada por dicho Tribunal. La aplicación del art. 1.692, 5.º de la LEC ha de referirse a la infracción de las normas del Derecho civil gallego o

de la jurisprudencia del Tribunal Superior, precisamente de la forma da al conocer de esos recursos de casación.

A la conclusión anterior hay que llegar partiendo: 1) de la función de la casación en general, y 2) de la función del Tribunal Superior de Justicia de Galicia respecto de la casación específica por infracción de normas de Derecho civil gallego.

En su origen el recurso de casación, atendida la finalidad política del mismo, no perseguía la unificación de la jurisprudencia. Baste recordar aquí que Robespierre y los revolucionarios franceses en general estimaban que la facultad de interpretar la ley correspondía al poder legislativo, e incluso que «en un Estado que tiene una constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley». La finalidad unificadora aparece claramente en la Ley de 1 de abril de 1837, por la que se suprimió el *référé* obligatorio y se estableció que el tribunal de instancia quedaba vinculado después de que las Secciones Unidas se habían pronunciado sobre la segunda casación. A partir de aquí se consagró la unidad de la jurisprudencia como fin esencial del recurso de casación.

Con rango constitucional (art. 123 CE), el Tribunal Supremo tiene confiada la misión de formar y unificar la jurisprudencia respecto de la aplicación del Derecho del Estado, con lo que se está defendiendo la unidad de este ordenamiento jurídico. Con las mismas razones el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que es a su vez el órgano jurisdiccional último en la aplicación del ordenamiento jurídico autonómico, debe formar y unificar la jurisprudencia con relación a este otro orden normativo.

Inadmisibles serían que los procesos concluyeran ante el Tribunal Superior de Justicia cuando se aplicara Derecho estatal o común, sin posibilidad de recurso de casación ante el Tribunal Supremo; tan inadmisibles que sería inconstitucional. Pero igualmente sería inadmisibles que no se admitiera la formación de jurisprudencia por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia cuando la norma aplicable sea foral y que se negara la estimación del recurso de casación específico por infracción de esa jurisprudencia.

C) *Fundamentación en la infracción de normas comunes y forales*

La función unificadora a que hemos hecho antes alusión parece evidente en línea de principio. Si la casación se basa en infracción de Derecho común, será competente el Tribunal Supremo, y si atiende a

la infracción de derecho propio de la Comunidad, habrá de atribuirse al Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Ahora bien, este enunciado es eminentemente teórico y olvida el hecho de que normalmente los recursos de casación no se presentarán distinguiendo con tal nitidez entre los dos conjuntos normativos, y ello tanto porque en un mismo motivo se alegue la infracción de normas comunes y forales, como porque se articulen varios motivos, unos de infracción de norma común y otros de infracción de norma foral.

Desde la LOPJ estaba resuelto el caso de que el recurso de casación se fundamente en infracción de precepto constitucional. Según el artículo 5.4 de dicha Ley, en este caso la competencia corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional. Esta disposición se corrobora en el art. 54.1, a) y f) de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial, el cual ha añadido que si el Tribunal Supremo, en la decisión del recurso, estimase que no concurre la infracción de precepto constitucional invocada, y si además se hubiere fundado en normas de Derecho civil, foral o especial, remitirá las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia que corresponda. Se producirá así la ruptura de la unidad del recurso.

La doctrina venía discutiendo la manera de solucionar los casos de fundamentación conjunta, tanto en un motivo como en acumulación de motivos, y se han ofrecido cuatro sistemas:

1.º Que correspondiera en todo caso al Tribunal Supremo: Con ello los Tribunales Superiores de Justicia quedarían vaciados de competencia y no cumplirían su función de formación y unificación de la «jurisprudencia foral», incumpléndose de hecho las disposiciones estatutarias.

2.º Que se dividiera la unidad del recurso de modo tal que, prohibiéndose la fundamentación de motivo complejo que aludiera a normas común y foral, unos motivos fueran de la competencia del Tribunal Supremo y otros de la del Tribunal Superior de Justicia: Esta solución se ha presentado calificándola de coste de la organización territorial del Estado que diseña el Título VIII de la Constitución, pero lo cierto es que dicho «coste» es inaceptable.

3.º Atribuyendo la competencia a uno u otro Tribunal atendiendo a la índole de la relación jurídica básica, es decir, por el tema primordial del debate forense: Olvida que la casación no es un recurso ordinario, en el que se cuestione lo mismo que en las instancias, sino que

es un recurso extraordinario, limitado por la ley y por los motivos aducidos por el recurrente; lo que en él se discute no es una relación jurídica, sino unos motivos, por lo que, aun siendo la base una institución foral, el motivo alegado puede referirse a la infracción de una norma de Derecho común.

4.º Atribuir la competencia al Tribunal Superior de Justicia: Ello supone restar competencia al Tribunal Supremo, pero viene siendo el sistema preferido por el Gobierno. Así se desprende del art. 1.686 del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil para acomodarla a la Ley Orgánica del Poder Judicial, presentado públicamente por el anterior ministro de Justicia en junio de 1986, pero sobre todo de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial, a la que antes nos hemos referido.

En dicha Ley la norma básica, en lo que ahora importa, es el artículo 54.1, a2), según el cual «cuando el recurso de casación se fundamente conjuntamente en infracción de normas de Derecho civil común y de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad, corresponderá entender de él a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma», pero se completa añadiendo, en la letra d), que las dudas sobre competencias entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores se resolverán aplicando los arts. 52 LOPJ y 81 a 83 LEC, es decir, entendiendo que al Tribunal Supremo no se le pueden plantear cuestiones de competencia y que las decisiones de éste han de ser acatadas por los Tribunales Superiores.

D) Alegación conjunta de errores «in procedendo» e «in iudicando»

Si mejor o peor —dependerá de opiniones— ha quedado resuelto el problema de la fundamentación conjunta del recurso de casación en la infracción de normas comunes o forales sustantivas, queda por resolver el de la fundamentación conjunta del recurso en normas procesales y en normas forales. Naturalmente cuando, sea cual fuere el derecho material aplicado en la sentencia de instancia, el recurso se fundamente sólo en la infracción de normas procesales, no hay duda sobre la competencia del Tribunal Supremo. La duda aparecerá cuando exista fundamentación conjunta.

Habrá que advertir de entrada que cabe una posibilidad de que la norma procesal sea autonómica. Nos referimos a lo que dispone el art. 149.1, 6.º, CE, a la legislación procesal que se derive de las particularidades del derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma, aunque

sería deseable que la norma se interpretara restrictivamente, entendiendo que las especialidades procesales sean «necesarias», no simplemente posibles.

Salvo lo anterior, las normas procesales son siempre estatales y su interpretación última corresponde al Tribunal Supremo. Asimismo, no cabe decir que la casación por errores *in procedendo* debe atribuirse al Tribunal Superior de Justicia, dado el «carácter instrumental que tiene todo lo referente a la forma del proceso, en cuanto encaminada a resolver la justa decisión de las cuestiones de fondo», por cuanto ello supone desconocer sin más la diferente naturaleza de las normas procesales respecto de las materiales; la norma procesal es siempre de derecho público, mientras que la material puede serlo o no.

Cuando hablamos de errores *in procedendo* estamos incluyendo toda infracción de normas orgánicas y procesales, sea cual fuere el motivo del art. 1.692 LEC que deba invocarse, es decir, aun en el supuesto de que hubiera de alegarse el núm. 5.º de dicho artículo, lo que será necesario, por ejemplo, cuando se trate de infracción de las normas legales sobre valoración de la prueba, que son procesales a pesar de su ubicación en el Código Civil.

La Ley de Demarcación y de Planta Judicial no soluciona este problema, con lo que deja abierta la discusión, por ahora doctrinal, pero en su momento jurisprudencial. La solución teórica parece evidente: el Tribunal Superior de Justicia no puede ser el último órgano en resolver sobre la aplicación de unas normas de competencia estatal, con lo que se podría dar lugar a nueve «pequeñas jurisprudencias procesales», vulnerándose la previsión constitucional respecto del Tribunal Supremo (art. 123 CE). Sin embargo, prácticamente esta solución daría lugar a la ruptura de la unidad de los recursos, ruptura que podría referirse además al fondo del recurso, pues la aplicación de la norma procesal puede determinar también el contenido de fondo de la sentencia (piénsese en la valoración de la prueba o en la congruencia).

En el dilema teórico-práctico es precisa una solución legal que pueda ser controlada directamente por el Tribunal Constitucional. En nuestra opinión los inconvenientes prácticos no pueden desvirtuar la solución teórica y será preciso romper la unidad del recurso, admitiendo —aquí sí— los costes del Estado de las Autonomías.

9. EL «RECURSO» DE REVISIÓN CIVIL

La referencia de algunos Estatutos de Autonomía (exactamente nueve) a la revisión, atribuyéndola al Tribunal Superior de Justicia «en las materias de Derecho civil gallego» [art. 22.1, a)], por ejemplo, ha merecido las más duras críticas, las cuales se agudizaron cuando en ello insistió la LOPJ [art. 73.1, b)]. Se ha afirmado así que «dicha atribución resulta inexplicable e impracticable», siendo fruto de la impremeditación del legislador estatutario (V. Moreno), se ha calificado de «auténtico despropósito» (De Diego Díez), de «dislate procesal» (Monón), etc.

Todas esas calificaciones provienen de que se ha incurrido en un craso error: la revisión, el «juicio» de revisión, no guarda relación alguna con el derecho material aplicado en la sentencia firme que se impugna; la revisión atiende sólo y exclusivamente a errores de hecho, y de ahí las causas o motivos del art. 1.796 LEC, no a errores de derecho. Ello es tan evidente y ha sido tan destacado por la doctrina que no es preciso insistir.

En ocasiones se había defendido que la atribución de competencia objetiva de modo exclusivo al Tribunal Supremo no era del todo razonable, opinándose que la competencia debería atribuirse al mismo órgano jurisdiccional que dictó la sentencia que se impugna. En cualquier caso se partía de la consideración de que el Tribunal Supremo, como órgano de casación, no cumplía en este caso con su función específica de unificación de la jurisprudencia, por lo que si se atribuía a otro órgano jurisdiccional no se vulneraría la previsión constitucional de reserva a favor del Tribunal Supremo de la superioridad en todos los órdenes judiciales.

Es perfectamente admisible, por lo tanto, una norma que, para evitar los problemas derivados de la referencia en algunos Estatutos y en la LOPJ a la materia de Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad, atribuya la competencia para conocer de todos los «juicios» de revisión al Tribunal Superior de Justicia. Esto es lo que hace el art. 54.2 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, según el cual «los recursos de revisión se resolverán por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia cuando la sentencia firme impugnada hubiese sido dictada por un Juzgado o Tribunal con sede en la Comunidad Autónoma cuyo Estatuto de Autonomía hubiese previsto tal atribución». Éste es el caso del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. En general, *vid.* J. MONTERO, *La unidad jurisdiccional. Su consideración como garantía de la independencia judicial*, en *Libro homenaje a Guasp*, Granada, 1984, en *Justicia* 84, I, y *Trabajos de Derecho procesal*, Barcelona, 1988.

Para la aspiración política de la unidad jurisdiccional hay que recordar las distintas declaraciones de la Junta Democrática de España y de la Plataforma de Convergencia Democrática, así como la declaración de 26 de marzo de 1976 de Coordinación Democrática. En la aspiración técnica las conclusiones del III Congreso de la Abogacía (Valencia, 1954) y del IV Congreso (León, 1970), así como las de las reuniones de Derecho procesal (I, Sevilla, 1965, y VII, Valencia, 1972), aparte de infinidad de trabajos individuales, que hoy están superados, pero *vid.* MONTERO, *Unidad de jurisdicción y tribunales especiales*, en *Rev. de Der. Judicial*, Barcelona, 1981; LATOUR, *Unidad de jurisdicción*, en *Rev. de Der. Judicial*, 1970, 41; FAIRÉN, *Notas sobre jurisdicciones especiales*, en *Rev. de Der. Procesal Iberoamericana*, 1971, 1; TOHARIA, *Modernización, autoritarismo y administración de justicia en España*, en suplementos de *Cuadernos para el Diálogo*; GIMENO, *Fundamentos de Derecho procesal*, Madrid, 1981.

Sobre el significado postconstitucional, aparte del trabajo inicial de MONTERO, *vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, *La jurisdicción: unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales*, los dos en *El Poder Judicial*, Madrid, 1983, tomos I y III.

La Constitución ha dado origen a un grave problema terminológico que es preciso aclarar. Nos referimos a la distinción entre, por un lado, Tribunales de competencia general u ordinaria y Tribunales de competencia especializada o especial, y, por otro, Tribunales ordinarios y Tribunales especiales por el estatuto de sus jueces y magistrados. Cuando se habla de tribunales de competencia general, especializada o especial se hace referencia a la manera de atribuirles competencia; cuando se habla de Tribunales ordinarios y especiales se hace referencia al estatuto orgánico. La Constitución no prohíbe la existencia de Tribunales de competencia general, especializada o especial, pero sí prohíbe la existencia de Tribunales especiales por el estatuto (salvo los que ella misma admite, que son: militares, jurado, consuetudinario y tradicional, de Cuentas y Constitucional).

2. La cita de KELSEN en *Teoría general del Estado y del Derecho*, México, 1969, p. 376, pero en realidad la idea preside todo el capítulo V de la Segunda parte. La de ZANOBINI en *Caratteri particolari dell'autonomia*, en *Scritti vari*, 1950. Para la distinción entre Estado federal, unitario y autónomo, *vid.* SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, I, Padua, 1979, pp. 145 y ss.; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padua, 1976, pp. 871 y ss.; FERRANDO BADÍA, *El Estatuto unitario, el federal y el Estado regional*, Madrid, 1978, y especialmente *Teoría y realidad del Estado autonómico*, en *Rev. de Política Comparada*, III, 1980-1981; en el texto seguimos básicamente a este último autor.

Respecto del objeto de la prueba puede verse cualquier manual, y así MONTERO, ORTELLS y G. COLOMER, *Derecho jurisdiccional*, II, 1.º, Barcelona, 1989, lección 32.º; también ALCALÁ-ZAMORA, *La prueba del derecho consuetudinario*, en *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, 1934, y RAMOS MÉNDEZ, *La prueba del Derecho extranjero*, en *Rev. Jur. de Cataluña*, 1980, y en *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelona, 1987.

Por RD de 6 de noviembre de 1987 se produjo el traspaso a la Comunidad Autónoma del País Vasco de algunas funciones relativas a la provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia, lo que se hizo en virtud de los arts. 35.3 y 13.1 del Estatuto de Autonomía.

3. La discusión parlamentaria de la Constitución se consulta más fácilmente en *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, 4 vols., Madrid, 1980.

En general, para Administración de Justicia y Estado de las Autonomías, DÍAZ VARCÁCEL, *El Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas*, en *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1983, y *Poder Judicial y Comunidades Autónomas*, en *El Poder Judicial*, 3 vols., cit., Madrid, 1983, y en el mismo CILLÁN, *La Administración de Justicia en el Estatuto vasco*; CRUZ VILLALÓN, *La Administración de Justicia en el Estatuto de Andalucía*, y DÍEZ MORENO, *El Poder Judicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco*.

Respecto de las dos posiciones enfrentadas: 1.º) VILASECA, *Competencias de Cataluña en materias de Administración de Justicia*, en *Primeras Jornadas sobre Administración de Justicia en Cataluña*, Barcelona, 1983, y 2.º) DE OTTO PARDO, *Organización del Poder Judicial y Comunidades Autónomas*, en *Documentación Jurídica*, 1985, núms. 45-46, pp. 63-64, como autores a destacar.

Sobre el enfrentamiento «Administración de Justicia» versus «Poder Judicial» en la terminología política, vid. MONTERO, *Potestad, órgano y función jurisdiccionales (Un ensayo contra «Administración de Justicia»)*, en *Trabajos de Derecho Procesal*, cit.

Para la terminología «De la justicia» y «Ley Orgánica de la Justicia», vid. VILASECA, *op. cit.*, pp. 414 y 419.

4. Para la naturaleza de las normas en que se establece el Tribunal Superior de Justicia en las Comunidades Autónomas de la vía del art. 143 CE es definitivo MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, II, Madrid, 1984, pp. 35-36. La polémica en torno a si podía existir Tribunal Superior en esas Comunidades es ya inútil, pero en su día se negó por PÉREZ GORDO, *El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, 1982, tal posibilidad.

5. La incidencia de la LOPJ en general sobre los Estatutos de Autonomía ha sido estudiada por MUÑOZ MACHADO, *Derecho público*, cit., I, Madrid, 1982, pp. 296 y ss., y *Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1981; también DE OTTO PARDO, *op. cit.*; un resumen puede verse en MONTERO y ORTELLS, *Derecho jurisdiccional*, I, Barcelona, 1987, pp. 97-99.

La necesidad de que en una «ley mezcla» se precise que es materia de ley orgánica y que lo es de ley ordinaria puede verse, por ejemplo, en la LO 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y de modificación de determinados preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal, en donde la Disposición Adicional 2.ª dice que los arts. 4 y 7 tienen carácter de ley ordinaria.

6 y 7. Para la organización del Tribunal Superior de Justicia en general, vid. RAMÓN VALVE, *Estudi sobre una possible estructura de l'Administració de Justicia a Catalunya*, en *Rev. Jur. de Catalunya*, 1978, 4; MARTÍNEZ VARES, *Poder Judicial y Comunidades Autónomas*, en *III Jornadas de Estudios Andaluces*, Granada, octubre de 1979; AYA ONSALO, *La Administración de Justicia en el Estatuto de Autonomía*, en *Rev. Vasca de Administración Pública*, 1982, 4; ROBLES GARZÓN, *El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*, en *Rev. de Estudios Regionales*, 1982, núm. 10; CASTRO FERNÁNDEZ, *Los Tribunales Superiores de Justicia*, en *Gestión automatizada en el ámbito de la Justicia*, Barcelona, 1983; GONZÁLEZ GUTIÉRREZ-BARQUÍN, *Notas sobre autonomías y Administración de Justicia*, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1983, núm. 1039; CAPELL Y BERGADÁ, *El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: organización y competencias*, en *Primeras jornadas sobre la Administración de Justicia en Cataluña*, cit.; ELIZALDE PÉREZ, *El principio de unidad jurisdiccional y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas: una interpretación federalista en perspectiva comparada*, en *El Poder Judicial*, II, cit.; LASARTE ALVAREZ y MORENO CATENA, *Los Tribunales Superiores de Justicia y sus competencias*, en *El Poder Judicial*, II, cit.; PÉREZ GORDO, *Problemática procesal y orgánica del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas*, en *El Poder Judicial*, III, cit.; CLIMENT GONZÁLEZ, *El Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma Valenciana*, en *Rev. Poder Judicial*, 1984, núm. 10; HUERTA FIGALDO, *La jurisdicción contencioso-administrativa y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, en *Rev. de Derecho Político (UNED)*, 1984, núm. 21; ARGULLÓS I MURGADAS, *Els Tribunals Superiors de Justicia i la jurisdicció contencioso-administrativa*, en *Estudios sobre el Proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Barcelona, 1985; CANO BARRERO, *Los Tribunales Superiores de Justicia*, en *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, cit.; CARBALLAL PERNAS y MOVILLA ALVAREZ, *La casación y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, en la anterior *Jornadas de estudio*, cit.; RODRÍGUEZ AGUILERA, *Tribunales Superiores de Justicia: un problema de articulación de competencias*, en las *Jornadas de estudio*, cit.; GARBERI LLOBREGAT, *Aproximación a la problemática de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, en *La Ley*, 1985, 2; MONTÓN REDONDO, *Atribuciones de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, en *La Ley*, 1986, 2; BARONA VILAR, *El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas; en especial el de la Comunidad Valenciana*, en *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, 1987, núm. 7, y FERNÁNDEZ ALVAREZ, *La Administración de Justicia en Aragón: el Tribunal Superior de Justicia*, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1988, núm. 1493.

Para la problemática sobre las instancias procesales y el juez natural, ROMBOLI, *Il giudice naturale*, Milán, 1981; PIZZORUSSO, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1975; en el Derecho alemán, MARX, *Der gesetzliche Richter im Sinne von art. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz*, Berlín, 1969; DOMÍNGUEZ y otros, *El derecho al juez natural*, en *La Ley*, 1982, 23 y 24 de XII.

8. A) Las exageraciones a las que nos referimos en el texto son, por ejemplo, las de PUIG SALELLAS, *El concepte de Dret civil català a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, en *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, 1980; de BADOSA COLL, *L'àmbit del Dret civil català*, en *Materials de las II Jornades de Dret Català a Tossa*, 29-IX a 2-X de 1982, o de RODRÍGUEZ AGUILERA, *El Poder Judicial en las Comunidades Autónomas*, en *Rev. Jur. de Catalunya*, 1981, p. 781, que también ha llegado a decir que tiene carácter regional todo el Derecho civil vigente en el territorio correspondiente. Posiblemente, en primer lugar, A. d'ORS, *Los derechos civiles regionales de la España moderna*, en *La formación histórica del derecho moderno en Europa*, II, Florencia, 1977, y *El regionalismo jurídico*, en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973.

1.º Para esta primera postura es paradigmático ROCA TRIAS, *Las competencias legislativas en materia civil de la Generalitat de Cataluña y su influencia en la competencia del futuro Tribunal Superior*, en *Primeras Jornadas sobre la Administración de Justicia en Cataluña*, cit., pp. 483 y ss.

2.º Aquí hay que citar a LASARTE ALVAREZ, *Autonomías y derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, y LASARTE y MORENO CATENA, *Los Tribunales Superiores de Justicia y sus competencias*, en *El Poder Judicial*, II, cit., pp. 1690 y ss. También ELIZALDE, *Prelación de normas civiles en el sistema de*

fuentes de las Comunidades Autónomas, en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, II, Madrid, 1979, pp. 127 y ss.

3.ª Pueden verse DELGADO ECHEVARRÍA, *La potestad legislativa de la Generalitat de Catalunya sobre el Derecho civil catalán*, en *Jornades sobre l'Estatut...*, cit., y LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, I, 1, Barcelona, 1982. En este sentido se concluyó en el Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos Civiles Territoriales en la Constitución de 1981.

B) Sobre la finalidad general de la casación, CALAMANDREI, *La cassazione civile*, ahora en *Opere Giuriche*, VI, núm. 150, y la ley de 1 de abril de 1837 en números 181 y ss.

También ELIZALDE, *La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia: posibilidad y límites*, en *El Poder Judicial*, II, cit., pp. 1071 y ss.

C) Para la discusión doctrinal, la ruptura de la unidad del recurso como «coste» de la organización territorial del Título VIII de la Constitución, en DE OTTO PARDO, *op. cit.*, p. 74, y la referencia a la índole de la relación jurídica básica, en CASTRO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 21.

D) La consideración del carácter instrumental de la forma del proceso, en CASTRO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 22. Sobre el nuevo art. 1.692 LEC debe verse SERRA, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coordinados por V. Cortés), Madrid, 1985, pp. 833 y ss.

9. Las citas literales en V. MORENO, *Derecho procesal* (con otros), I, II, 2.ª, Valencia, 1988, p. 73; DE DIEGO DÍEZ, *La revisión ante los Tribunales Superiores de Justicia*, en *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, I, Madrid, 1987, p. 567, y MONTÓN, *Atribuciones de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, en *La Ley*, cit.

Sobre la naturaleza jurídica del «juicio» de revisión, *vid.* CALVO SÁNCHEZ, *La revisión civil*, Madrid, 1977; DOVAL DE MATEO, *La revisión civil*, Barcelona, 1979, y, sobre todo, FAIRÉN, *Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho procesal*, en *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, 1955.

Para la atribución de la revisión al mismo órgano que dictó la resolución firme impugnada, *vid.*, por ejemplo, GÓMEZ ORBANEJA (con HERCE), *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1976, p. 460.

PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN *

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

SUMARIO:

I. STC 104/1986, de 17 de julio. — II. STC 165/1987, de 27 de octubre. — III. Sentencia 8 de julio de 1968, TEDH (Caso Lingens). — IV. STC 6/1988, de 21 de enero. — V. STC 107/1988, de 8 de junio. — VI. Observaciones críticas. — VII. Y una sugerencia.

I. STC 104/1986, DE 17 DE JULIO

En un trabajo reciente, y desde un punto de vista más general, exponíamos las interrelaciones y problemas que suscita la colisión entre algunos aspectos de los derechos de la personalidad y la libertad de información.¹ Ahora nos vamos a circunscribir sólo a los que se plantean al enfrentar el derecho al honor con la libertad de información, según los razonamientos del Tribunal Constitucional.

El TC, con la sentencia 104/1986 de 17 de julio (Ponente señor To-

* El presente trabajo está destinado a los Estudios en homenaje al Profesor D. Víctor Fairén Guillén.

1. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, *Libertad de información y derechos de la personalidad*, en *Justicia*, 88, n.º IV, pp. 801 y ss.

más y Valiente) sentó una importante doctrina en su fundamento jurídico Quinto, que debemos aquí reproducir:

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

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

Y continúa el TC con el párrafo segundo:

Esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor.

o, dicho con otras palabras, el hecho de que el art. 20 de la Constitución «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidos a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática (sentencia del TC 6/1981, de 16 de marzo), otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales.

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

II. STC 165/1987, DE 27 DE OCTUBRE

Una delimitación y restricción a esta orientación se produjo con la sentencia del TC 165/1987, de 27 de octubre (Ponente señor Díaz Eimil), cuando en su fundamento jurídico Décimo, podemos leer:

La libertad de información... este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. Esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales del que los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio, pero sí significa que el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios tan anormales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas, en cuyo caso debe entenderse, como mínimo, que la relación de preferencia que tiene la libertad de información respecto al honor se invierte en favor de este último, debilitando la eficacia justificadora de aquélla frente a lesiones inferidas a éste.

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

Y prosigue la sentencia:

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

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

Para efectuar esta ponderación el TC añade la siguiente matización:

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

Es decir, que ante la posible intromisión en el honor de las personas privadas, que sería ahora el «valor preferente» frente a la libertad de información que lo lesione, habría, finalmente: 4) Que efectuar la distinción «entre información de hechos y valoración de conductas personales».

La apelación que en esta sentencia se efectúa a la doble distinción entre «personalidades públicas y personas privadas» de un lado, «información de hechos y valoración de conductas personales», de otro, encuentran un antecedente preciso y posible pauta interpretativa, aunque no se indique, en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Lingens de un año antes.

III. SENTENCIA 8 DE JULIO DE 1986, TEDH (CASO LINGENS)

En efecto, el TEDH, con su sentencia de 8 de julio de 1986, en el conocido como caso Lingens, resolvió el recurso presentado por el señor Lingens, periodista, contra el Gobierno Austríaco, por lo que entendía infracción de la libertad de prensa al haber sido condenado por difamar al ex Canciller Kreisky con una serie de artículos en la revista Profil.²

El citado periodista alegó en su recurso ante el TEDH la violación del art. 10 del Convenio que establece en su apartado I: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.»

El TEDH, tras recordar en el fundamento jurídico 41 que «la libertad de expresión, consagrada en el art. 10 apartado I del Convenio, es uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática y una de las condiciones más importante para su progreso y el desarrollo individual...», afronta en el fundamento jurídico 42, su repercusión en las «personalidades públicas»:

La libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes públicos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira al Convenio. Por consiguiente, los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular; el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas.

2. Citamos la presente sentencia por la traducción que aparece en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n.º 75, julio de 1987, efectuada por D. José M.ª Tejera Victory.

Por lo que concierne a resolver si los fragmentos por los que se acusaba al señor Lingens eran objetivamente difamatorios, tales como los términos empleados de «el peor oportunismo» (o el «oportunismo más odioso o aborrecible»), «inmoral» e «indigno», el acusado alegó que se trataba de juicios de valor formulados en el ejercicio de su libertad de expresión, y como se recoge en el fundamento jurídico 45:

... lo que estaba en juego no era su derecho a difundir informaciones, sino su libertad de opinión y su derecho de dar a conocer sus ideas...

En opinión del Tribunal, además se debe distinguir cuidadosamente, fundamento jurídico 46:

entre hechos y juicios de valor. Mientras que la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba.

Finalmente, el Tribunal en este caso estableció que «la injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión del señor Lingens no era necesaria en una sociedad democrática para la protección de la reputación ajena y fue desproporcionada con la legítima finalidad perseguida» (fundamento jurídico 47). Por consiguiente, y por unanimidad, declara que se violó el art. 10 del Convenio (Fallo 1.º) y concede al recurrente señor Lingens una cantidad en concepto de «justa indemnización» (Fallo 2.º).

IV. STC 6/1988, DE 21 DE ENERO

La sentencia del TC (Sala 1.º) 6/1988 de 21 de enero (Ponente señor Díez-Picazo y Ponce de León), es también muy interesante porque profundiza en uno de los aspectos que antes en otras sólo quedó apuntado.

En efecto, en el fundamento jurídico 5 se plantea la diferenciación entre:

la libertad de expresión consagrada por el art. 20.1, a), de la Constitución, y el derecho a la información reconocido en el apartado 1, d), del mismo artículo ... que obliga a dilucidar cuál de los derechos o libertades se encuentra en juego en el presente caso, pues es lo cierto que, aunque algunos sectores doctrinales hayan defendido su unificación o globalización, en la Constitución se encuentran separados. Presentan un diferente contenido y es posible

señalar también que sean diferentes sus límites y efectos, tanto *ad extra* como *ad intra* en las relaciones jurídicas, especialmente las de carácter laboral, en quien ejerce el derecho fundamental se puede encontrar unido con otras personas. En el art. 20 de la Constitución la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa, en cambio, sobre hechos, o tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables. Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo, o dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión. Ello aconseja, en los supuestos en que puedan aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del art. 20 al elemento que en ellos aparece preponderante. La comunicación informativa, a que se refiere el apartado d) del artículo 20.1 CE, versa sobre hechos (TEDH, caso Lingens, sentencia de 8 de julio de 1986) y sobre hechos específicamente «que puedan encerrar trascendencia pública».

Más adelante, y en este mismo fundamento jurídico, el TC indica también que:

la comunicación que la Constitución protege es, de otra parte, la que transmita información veraz... Cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio.

Hay que subrayar de esta sentencia la doctrina que sienta en cuanto a la delimitación conceptual, por los diferentes contenidos, de la libertad de expresión frente a la libertad de información, esto es, la distinción entre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos —de trascendencia pública—, de otro, bien veraces o cuanto menos demostrativos de haberse transmitido como consecuencia de un deber de diligencia —«que se pueda contrastar con datos objetivos»— en quien informa. Igualmente, cómo el requisito de la «veracidad» en la información que se transmite no puede ser absoluta ya que, de otro modo, «la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio». Es necesario, pues, un deber de diligencia del informador, «el que los hechos hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos». Aunque «la información rectamente obtenida y difundida» no quiere decir que su total exactitud sea incontrovertible, como normalmente acontece en toda sociedad plural y libre.³

V. STC 107/1988, DE 8 DE JUNIO

La sentencia del TC 107/1988 de 8 de junio de 1988, de la Sala 1.ª (Ponente señor Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer), incide igualmente en otras cuestiones del mayor interés para el objeto de nuestro trabajo.

En el fundamento jurídico Segundo se plantea acertadamente la cuestión, al señalar como:

debe establecerse que en el conflicto confluyen dos perspectivas que es preciso integrar. La que enjuicia o valora la conducta del sujeto en relación con el derecho al honor que se dice lesionado y aquella otra, cuyo objeto es valorar si dicha conducta en relación con la libertad de expresión o información en ejercicio de la cual se ha invadido aquel derecho.

La integración de esa doble perspectiva obliga al órgano jurisdiccional que haya apreciado lesión del derecho al honor a realizar un juicio ponderativo a fin de establecer si la conducta del agente se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión en ejercicio de la cual se ha inferido la lesión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y es sobre el resultado de esa valoración donde al Tribunal Constitucional le compe-

3. Vid. también los comentarios que a esta sentencia ha realizado CASAS VALLÉS, *Sobre la libertad de información y sus límites*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1988, n.º 3, pp. 173 y ss.

te efectuar su revisión con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad de expresión se manifiesta constitucionalmente legítimo o denegararlo en el supuesto contrario.

Tras este correcto planteamiento, la sentencia del TC trata de ofrecer los criterios básicos para profundizar en este necesario juicio ponderativo afirmando lo siguiente:

Dicha valoración debe estar presidida por dos pautas o parámetros esenciales, referidos, una, a la clase de libertad ejercitada —de expresión o de información— y, la otra, a la condición pública o privada de las personas afectadas por su ejercicio.

Respecto a la primera pauta, la sentencia sigue la doctrina ya enunciada por el propio Tribunal en su sentencia 6/1988 de 21 de enero, reiterando:

la configuración dual que normativiza a nivel constitucional la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión en la que tiene su origen y con la cual sigue manteniendo íntima conexión y conserva elementos comunes— la libertad del art. 20.1, a), tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor, y el de la libertad del art. 20.1, d), el comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente sobre hechos que puedan considerarse noticiables.

Al hilo de esta primera pauta, la sentencia desarrolla una doctrina original antes sólo apuntada por el propio TC, cuando se reconoce:

Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por el otro, cuya dificultad de realización destaca la citada sentencia TC 6/1988, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de estas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumbe su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del artículo 20.1, d), de la Constitución, y, por tanto, resulten innecesarios a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa.

Por tanto, en el decir constitucional, sólo los hechos que puedan considerarse noticiables son susceptibles de prueba, mientras que la expresión de las ideas, pensamientos, opiniones, creencias y juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no la requerirían. Es más, ni siquiera el genérico deber de diligencia en su averiguación o el de contrastarlos con datos objetivos le serían de aplicación. Esta tesis no la compartimos y más adelante volveremos sobre ella. Recordemos, no obstante, que supone la aceptación de la tesis ya enunciada por el TEDH en el caso *Lingens* cuando, como vimos, textualmente afirmaba: «En opinión del Tribunal se debe distinguir entre hechos y juicios de valor. Mientras que la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba.» Recordemos también cómo el propio TC, en su sentencia 165/1987 de 27 de octubre, ya antes examinada, también distinguía, reconociendo la dificultad que comporta, «entre información de hechos y valoración de conductas personales». ¿Pero es que esta valoración de conductas personales no implica acaso un juicio de valor que debería al menos poder contrastarse con hechos?

La segunda pauta interpretativa según el TC se refiere a la condición pública o privada de las personas afectadas por el ejercicio de las libertades de expresión o de información.

En efecto, la sentencia, en el propio fundamento jurídico Segundo, alude a:

que las libertades públicas del art. 20 de la Constitución... solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejercitan en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen y contribuyen, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia, y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.

Y más adelante:

Por el contrario, la eficacia justificadora de dichas libertades pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y enjuiciamiento públicos son innecesarios, por tanto, para la formación de la opinión pública libre en atención a la cual se les reconoce su posición prevalente.

También esta pauta nos recuerda la posición adoptada por el TEDH en el caso *Lingens*, aunque se trataba, como sabemos, el que «los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular». Incluso el propio TC en su ya tan citada sentencia 165/1987 también apuntó esta misma orientación cuando distinguía: ...«si la información no se refiere a personalidades públicas, que al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad, sino a personas privadas que no participan voluntariamente en la controversia pública...».

VI. OBSERVACIONES CRÍTICAS

La dirección emprendida por el TC con las cuatro sentencias que hemos reseñado, en las que ha ido perfilando, delimitando y profundizando la doctrina a aplicar en este conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, suscita asentimientos, también algunos dissentimientos e incluso alguna extrañeza en no haber considerado todavía otras vías en el estudio del problema.

Encomiables las palabras, discurso y afirmaciones que emplea el TC para enaltecer las libertades de expresión y de información: «de las que es destinatario el pueblo, constituye uno de los ejes del pluralismo político y uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática»; «el aspecto institucional que tiende a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político»; «necesaria premisa de la opinión pública libre...»; «medio de formación de la opinión pública»; etc.

Pero este loable empeño no encuentra, a nuestro juicio, un tratamiento parecido en la delimitación conceptual de los diversos derechos de la personalidad, entre los que se encuentra el derecho al honor. Ciertamente había que huir del criterio tradicionalmente utilizado por

la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de los delitos contra el honor, esto es, el ser insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* en aquellos supuestos en que la acción penalmente sancionable haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades.

Hay que convenir igualmente en que en los supuestos de conflicto «se impone siempre una necesaria y casuística ponderación entre ambos derechos fundamentales», o, por decirlo con certeras palabras del Tribunal Supremo: «Existe una jerarquía intraconstitucional de los bienes o valores integrados en la ley fundamental pero en su determinación no cabe establecer reglas absolutas e inflexibles, sino que éstas han de fijarse en función de las circunstancias concurrentes. El perfil de los derechos, en principio, no es nunca absoluto ni ilimitado; sus notas y fronteras, cuando colisiona con otro u otros, vendrán determinados por razones de ponderación y en su caso de preferencia» (STS 21 de enero de 1988).

Para efectuar este juicio de valoración y de ponderación, caso por caso, el TC ha señalado dos pautas principales.

La primera se refiere a determinar si esas declaraciones tienen por objeto «pensamientos, ideas, opiniones, creencias y juicios de valor», o si versan sobre «hechos, o tal vez, más restringidamente, sobre aquellos hechos que puedan considerarse noticiables o noticiosos».

Como es sabido, esta distinción entre opiniones y hechos encuentra innumerables precedentes en la jurisprudencia norteamericana y constituye uno de los puntos más controvertidos conduciendo a un casuismo verdaderamente prolijo y enervante, según ha sido puesto de relieve autorizadamente.⁴

Con lo que no podemos estar de acuerdo es con que, establecida esta distinción, el TC afirme que sólo los hechos pueden probarse, mientras que a los juicios de valor, opiniones, criterios, no puede exigírseles tal prueba. Esta afirmación, efectuada también en el caso *Lingens*, sigue la conocida expresión acuñada por la jurisprudencia del TS norteamericano «de que no existen opiniones falsas» (*Gertz v. Welch*, 418 US 323 /1974/). Por el contrario, creemos puede mantenerse cómo muchas opiniones y juicios de valor tienen su fundamento en un elemento fáctico, por lo que muchas veces es perfectamente posible demostrar la «verdad o falsedad» de una opinión o juicio negativo, precisamente

probando la verdad o falsedad de los hechos que constituyen la premisa.⁵ Por tanto, la proposición que formula el TC no parece convincente como criterio general, máxime si se interpretan siempre como lícitas todas las declaraciones que se reputen opiniones o juicios de valor aunque colisiones con otros derechos fundamentales, como en este caso el derecho al honor. No existiría ilicitud ni se podría imponer en su caso sanciones contra esas opiniones o juicios de valor.

Además, el TC omite totalmente otros aspectos relevantes al aceptar esta dicotomía hechos/juicios de valor, que habrían iluminado esta problemática, tales como la amplitud del denominado «derecho de crónica», su distinción con el «derecho de crítica», sus respectivos límites e incidencias respecto a las libertades de expresión e información. Cuestiones importantes sobre las que será necesario que en el futuro se pronuncie.

La segunda pauta, que ya vimos ofrece el TC, es la que atañe a «la condición pública o privada de las personas afectadas por el ejercicio de las libertades de expresión o información».

Este criterio, en principio, parece bastante razonable, y ha sido reiteradamente utilizado en la jurisprudencia norteamericana y también en el caso *Lingens*. Pero hay que hacer alguna observación.

Por emplear las palabras del TC, sentencia 107/1988, «el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe democracia», exige que cuando nos encontremos ante «personas públicas o que ejercen funciones públicas o resulten implicadas en asuntos de relevancia pública, deben soportar un cierto riesgo en que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados». No así aquellas otras «personas privadas que no participan voluntariamente en la controversia pública», como decía el propio TC sentencia 165/1987.

Sin necesidad de entrar aquí en cómo se deban entender las expresiones antes mencionadas por el TC, que por su evidente carácter genérico y amplio son susceptibles de abarcar un elenco muy variado de personas, tales como político, actores famosos, funcionarios de alto nivel, magnates de la banca e industria, personas y personajes de las llamadas revistas del corazón, etc., no deja de suscitar cierta inquietud ese «plus» de riesgo en cuanto a la licitud de las opiniones o juicios de valor que les afecten negativamente a algunos de ellos. Por ejemplo,

4. Vid. P. SALVADOR y otros, *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Madrid, 1987; MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona, 1988.

5. Véase también, en este mismo sentido, la certera nota de ZENO ZENCOVICH, *Tutela della reputazione e manifestazione del pensiero nella Convenzione europea per i diritti dell'uomo*, en *Foro italiano*, 1987, parte IV, p. 50.

en un régimen democrático-electoral, el hombre público —político— ¿no debería velar aún más por su honor o reputación para tener éxito en la vida política y poder ser elegido o reelegido, que él casi se presume que por ser político debe sufrirlo y aguantarlo todo?

De esta forma se soslaya en la interpretación constitucional la dimensión social y política del honor, que no se basa entonces en parámetros exclusivamente individuales o individualistas y que parece ser el único hilo conductor en el razonamiento del TC.

Por lo demás, la enunciación del principio conduce inevitablemente a reconocer con carácter general la existencia de una presunción *iuris tantum*: el que una categoría de personas, las denominadas «públicas», deben sufrir ese «riesgo en sus derechos de la personalidad» ante determinadas opiniones o juicios de desvalor. Parece inevitable, repetimos, que se producirán las interpretaciones opuestas, contradictorias, y el casuismo jurisprudencial irá en aumento.

VII. Y UNA SUGERENCIA

Debemos finalizar estos comentarios mostrando la extrañeza por la ausencia en el planteamiento hasta ahora formulado por el TC de otro criterio interpretativo. Habíamos aludido a él en otro trabajo anterior⁶ y conviene aquí reproducir su idea fundamental.

En una sociedad democrática la información representa el fundamento de la participación del ciudadano en la vida del país y por tanto del mismo correcto funcionamiento de las instituciones. La posición del proceso informativo que desarrollan los medios de comunicación de masas, no puede ser considerada entonces en términos exclusivos institucionales de situaciones o derechos de libertad, ya que aun siendo éstos esenciales no expresan por sí solos de forma adecuada la tutela del bien o interés individual. No basta, pues, resaltar el alto papel atribuido a la actividad informativa y a quien la desarrolla, es preciso tener en cuenta también la posición de aquéllos a quienes se dirige tal actividad y su incidencia en la esfera pública o privada de los mismos para conseguir un cuadro real y completo de la situación de que se trate.

El legislador ha tenido presente estas exigencias para restringir el

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

Dicho con otras palabras, la alta misión tan destacada y reitera por el TC respecto a las libertades de expresión y de información: «la de contribuir a la formación de la opinión pública, íntimamente ligada al pluralismo político», no se justifica, exclusivamente, por esos tan laudables objetivos generales perseguidos por el legislador constituyente, sino que, además, está condicionada por sus destinatarios, esto es, porque aquellas libertades deben contribuir a la promoción y formación humanas, o lo que es lo mismo, «al libre desarrollo de la personalidad» (art. 101 de la Constitución) de los ciudadanos.

De esta forma, la actividad informativa —comunicación de noticias e ideas— no es una actividad que se justifique por sí misma, ya que está orientada y dirigida a los ciudadanos. Esta interpretación personalista es también imprescindible. La difusión de noticias y opiniones hace que la persona sea al mismo tiempo sujeto y objeto de la información, y por ello sirve decisivamente a la formación de la libre personalidad de los ciudadanos. Esta exigencia primaria y primordial implica también el respeto de la «dignidad y los derechos inviolables que le son inherentes» (art. 10.1 CE), y no cabe duda que la incidencia de la actividad informativa sobre los mismos no es asunto baladí.

En este sentido merece la pena repetir las palabras de un estudioso italiano, Perlingieri, en cuanto expresivas de una misma orientación, que compartimos: «La actividad de la información, en particular, resulta constitucionalmente relevante por dos órdenes de razones paralelas: como posición autónoma de libertad expresiva y organizativa, y como instrumento de desarrollo de los sujetos destinatarios interesados o no en el contenido precípua de la información. Ambos aspectos se reconducen a la cláusula general de tutela de la persona, de tal forma que la actividad informativa no es nunca culturalmente neutra ni es actividad en función de sí misma, sino que está siempre constitu-

7. PERLINGIERI, *Información, libertad de prensa y dignidad de la persona*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, n.º 2, p. 19. También CUFFARO comparte y desarrolla estas ideas en diversas partes de su *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Nápoles, 1986.

6. *Libertad de información y derechos de la personalidad*, cit., pp. 804, 825 y 826.

cionalmente garantizada para que contribuya, al igual que cualquier otra actividad humana, al desarrollo del hombre, y de su efectiva participación en la vida comunitaria.»

Concluimos reconociendo la exactitud de las palabras del TC al referirse a las libertades de expresión y de información que se concretan y exigen «el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe sociedad democrática», pero, no lo es menos y convendría también decirlo, que la democracia también se funda sobre el respeto de «los derechos individuales, de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes», que son, además, «fundamentos del orden político y de la paz social» (art. 101. CE).

LA CONSAGRACIÓN DEL ESCABINADO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

JOSÉ MARTÍN OSTOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Cádiz

Desde hace relativamente poco tiempo —nos atrevemos a afirmar que desde la aprobación de la Constitución de 1978— se emplean con cierta frecuencia en España los términos escabinato y escabinado. Generalmente, ello tiene lugar cuando la doctrina aborda el estudio del tema del jurado y del preceptivo desarrollo normativo del art. 125 del texto fundamental.

En tales supuestos, los autores suelen contraponer distintos modelos de participación popular en la administración de justicia, presentando en ocasiones, frente al jurado tradicional, de origen sajón y que algunos denominan puro, el escabinato o escabinado, también llamado jurado de tipo mixto. Respecto al segundo, se acostumbra igualmente a concluir que resulta indiferente el vocablo que se use, pues ni escabinato ni escabinado están recogidos hasta la fecha de modo oficial en nuestra lengua.

Sin embargo, como es bien sabido, el escabinado sí ha sido conocido por algún sector de la doctrina patria en anteriores momentos históricos. Baste traer a colación, a finales del siglo pasado —concretamente, en el año 1888—, las palabras del ilustre jurista Francisco de Asís Pacheco, quien, en el prólogo a su afamada obra comentando la Ley del Jurado, dice que el escabinato tiene muchos partidarios y, aún más, que, en su opinión, «el jurado es una preparación para el escabinato».

Años más tarde, en el mes de junio de 1933, a propósito del debate sobre la exclusión de determinados delitos de la competencia del Tribunal del Jurado, el no menos insigne jurista Jiménez de Asúa se expresa así: «Por eso tiene hoy tanta defensa esa institución del escabinato que en Alemania apunta y que en Italia existe, en donde al lado del Tribunal de los jueces de Derecho están adscritos los hombres legos para juzgar de todo, del hecho y del Derecho, del delito y de la pena» (al respecto, cedemos ante la tentación de recomendar la lectura del Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española, en tales fechas).

Por último, más próximo en el tiempo, podemos citar a la Asociación judicial «Justicia Democrática»; entre las conclusiones del Congreso Nacional, celebrado durante el mes de enero de 1977, se menciona expresamente a los tribunales de escabinos (*Los jueces contra la dictadura*, Madrid, 1978).

Igualmente, es conocido que en los debates parlamentarios de 1978, correspondientes a la elaboración del vigente texto constitucional, no hubo referencia alguna a la comentada modalidad de participación popular en la administración de justicia. Por el contrario, toda la atención se centró en el jurado de tipo tradicional; de este modo, el definitivo art. 125 recoge dicho término, sin ningún añadido. Resulta conveniente recordar aquí las atinadas observaciones del Prof. Alejandro, en su interesante trabajo *La justicia popular en España* (Madrid, 1981), en el sentido de que el legislador constituyente parecía no conocer la figura del escabinato y su creciente difusión por distintos países de nuestro entorno geográfico y cultural.

Tras la aprobación de la Constitución, se produce en España un manifiesto interés por el tema del jurado y, especialmente, por la modalidad del escabinato. Al frente es obligado reconocer la presencia de los Profs. Fairén Guillén y Gimeno Sendra. Ambos contemplan detenidamente el posible desarrollo legislativo del constitucional art. 125 y se pronuncian claramente por la modalidad del escabinato, en vez de por la reinstauración en nuestro ordenamiento jurídico del modelo tradicional. Después, diversos procesalistas hemos profundizado en la misma dirección.

Como apuntamos más arriba, a la hora de abogar por el desarrollo del mandato constitucional conforme al aludido escabinato, el estudio topa a menudo —entre otras consideraciones mejor fundadas— con el argumento de los partidarios del jurado puro de que el anterior término es ajeno por completo a nuestra tradición jurídica. Pues bien,

dicha objeción, desde el año 1987, ha perdido consistencia; esto se debe en gran medida a la Ley Orgánica de la competencia y organización de la jurisdicción militar, de 15 de julio (BOE, de 18) de ese año.

En efecto, aunque sólo sea en su exposición de motivos, la citada disposición consagra el término escabinado en nuestro ordenamiento jurídico y, lo que es más importante, a continuación recoge en su normativa la esencia de esta institución, como reconocimiento de lo dispuesto en la Constitución de 1978. De este modo, en el párrafo séptimo de la exposición se afirma: «la tecnificación jurídica de los órganos es otra de las finalidades de la Ley, que respeta, no obstante, la tradicional composición mixta de los Tribunales castrenses de técnicos en Derecho y profesionales de las Armas y que tiene también su respaldo constitucional en la institución del Jurado. Así se consigue una acertada administración de justicia al proceder parte de los juzgadores, del ambiente en que se ha producido el hecho que será objeto de su decisión». Más adelante, en el párrafo decimotercero, se añade literalmente: «a partir del Tribunal Militar Central, ya aparece el escabinado al que antes se había hecho referencia...». Es decir, el legislador explica que, en la jurisdicción militar, el escabinado viene a ser un desarrollo de la institución constitucional del jurado.

Respecto al articulado de esta ley, son varios los preceptos de la misma que se refieren a la composición de los órganos jurisdiccionales castrenses conforme al modelo apuntado. En los artículos 36, 39, 41, 46, 49 y 51 de la citada Ley Orgánica, se regulan tanto la heterogénea composición del Tribunal Militar Central y de los Tribunales Militares Territoriales, atendiendo a la distinta procedencia de sus miembros, como la designación de los correspondientes Vocales Militares, de extracción castrense, aunque no pertenecientes a cuerpo jurídico alguno. Esto es, en dichos Tribunales intervienen, junto a Vocales Togados de carrera y, por tanto, con conocimientos de Derecho, otros profesionales de la milicia —llamados aquí Vocales Militares— que *a priori* se presentan sin ese bagaje jurídico.

A nuestro entender, después de esta disposición legal, ya no puede mantenerse sin paliativos que el escabinado sea un término y, lo que es peor, un instituto, ajeno por completo a nuestro léxico y a nuestro ordenamiento jurídico. Aunque a través de una original forma de participación en la administración de la justicia castrense, podemos afirmar que ello constituye un primer paso en el desarrollo del art. 125 de la Constitución de 1978 bastante diferente del que preconizan los partidarios del tradicional jurado sajón. Lo expuesto no sólo significa

la consagración legal del vocablo «escabinado» (al menos, en la Exposición de motivos de una Ley Orgánica) y de una determinada forma de participación en la justicia (algo *sui generis*, por supuesto), sino que representa un importante paso legislativo dado en pro de una moderna y flexible interpretación del referido mandato constitucional.

LA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO ESPAÑOL

EDUARDO FONT SERRA
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Concepto, fundamento y límites del arbitraje. — III. El convenio arbitral. Su forma, contenido y efectos. — IV. El arbitraje institucional. — V. Los árbitros. — VI. El proceso arbitral. — VII. El laudo arbitral. La ausencia de recursos contra el mismo. — VIII. La acción de nulidad contra el laudo. — IX. La ejecución del laudo arbitral. — X. La ejecución en España de los laudos arbitrales.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es una institución que está alcanzando cada día mayor auge a nivel internacional, pero su implantación en nuestro Derecho interno ha sido casi nula. En pocas ocasiones se acude a un arbitraje de equidad, y en menos a un arbitraje de derecho.

El auge del arbitraje internacional se debe a una serie de factores que han sido destacados por los estudiosos del tema: A) Ante la ausencia de una jurisdicción superestatal existe un lógico recelo de cada parte, en una negociación internacional, para supeditar sus eventuales diferencias a los tribunales del Estado de la otra parte. Se prefiere situar la eventual contienda en ámbito neutral. B) Muchos de los conflictos que plantea el comercio internacional no pueden ser resueltos satisfactoriamente con la estricta aplicación de normas jurídicas. Para su resolución, se precisan conocimientos de los que los jueces acos-

tumbran a carecer. Es lógico que los comerciantes prefieran someterse a árbitros concededores de costumbres, prácticas y usos comerciales internacionales. C) Las asociaciones internacionales de comerciantes han sabido obviar la lógica dificultad de que las partes lleguen a un acuerdo en el nombramiento de los árbitros, instituyendo tribunales arbitrales internacionales que han adquirido gran prestigio. D) El arbitraje supone una solución rápida frente a la tradicional lentitud de la Administración de Justicia,¹ lentitud que se agrava por la cantidad de trámites y organismos que son necesarios para la comunicación judicial internacional. E) En el mundo de los negocios, no interesa a los litigantes la publicidad que conlleva el pleito judicial, pues tal publicidad acabará enconando las posiciones y rompiendo, de modo definitivo, todo tipo de relaciones comerciales entre los contendientes. F) Gracias a los Tratados Internacionales, queda garantizada la eficacia ejecutiva de la sentencia arbitral internacional en el país donde deba hacerse efectiva.²

Ante este apogeo a nivel internacional del arbitraje, llama la atención el poco arraigo de la institución entre nosotros. La nueva Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (en adelante LA) pretende, y esperamos que logre, superar esta situación.

La falta de implantación de arbitraje en nuestro Derecho se ha debido a una defectuosa previsión de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953. Por una parte, no se concibió el arbitraje como un cauce lo suficientemente amplio para solucionar conflictos de todo tipo y, por otra, se imposibilitó el arbitraje institucional, con la prohibición de diferir a un tercero el nombramiento de los árbitros.³ Es una Ley, se ha dicho, que nació muerta, alejada de la problemática real, desconocedora de las exigencias del tráfico jurídico y, desde luego, negadora de la propia función del arbitraje frente a la jurisdicción estatal.⁴

En este estado de cosas, la nueva Ley de Arbitraje ha sido bien reci-

1. No cabe duda que los períodos de mayor auge de la institución arbitral coinciden con los de declive de los tribunales estatales. Cf. ORTIZ NAVACERRADA, *Ley 36/88, de 15 de diciembre, de Arbitraje: aspectos procesales*, *Act. Civ.*, n. 2, de 15 de enero de 1989, p. 149.

2. Cf., al respecto, CREMADES, *El arbitraje en los contratos comerciales de carácter internacional*, en *Estudios sobre el arbitraje*, Madrid, 1977, pp. 11 y ss.

3. En la Exposición de motivos de la Ley 36/1988, de Arbitraje, se hace referencia, entre otros, a estos defectos de la Ley de 1953, que la nueva Ley quiere corregir.

4. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1981, p. 209.

bida. El Consejo General de la Abogacía Española, al emitir informe sobre el Anteproyecto de Ley, lo estimó «poco proclive a los formalismos, respetuoso al máximo con la voluntad de las partes, abierto al arbitraje institucional, opuesto a la fácil impugnación, limitativo de las causas de nulidad, encauzador con prudencia de la intervención judicial y facilitador, en su caso, de la ejecución forzosa».

Por nuestra parte, al margen de cualquier valoración de conjunto de la nueva Ley, estimamos positivo el esfuerzo realizado por el legislador para uniformar nuestro arbitraje con las previsiones de los Convenios Internacionales firmados por España: el Protocolo de Ginebra de 1923 y el Convenio para su aplicación de 1927; el Convenio de Nueva York de 1958; y el Convenio de Ginebra de 1961. No se puede olvidar que los Tratados Internacionales, una vez publicados en el BOE, entran a formar parte de nuestro Ordenamiento interno (art. 1, 5.º CC). Ello significa que vienen a coexistir, en nuestro Derecho, los arbitrajes realizados de acuerdo con nuestra Ley interna y aquellos que han tenido lugar conforme a las normas de los Convenios Internacionales. La diferencia estriba en que el laudo arbitral, generalmente en materia comercial, dictado de acuerdo con estos últimos precisa del *exequatur*. En consecuencia, adaptar nuestras normas internas de arbitraje a las previsiones de los Tratados Internacionales es, en todo caso, clarificador.

II. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y LÍMITES DEL ARBITRAJE

Para estudiar el concepto y fundamento del arbitraje en nuestra Ley 36/1988 será preciso prestar atención especialmente a cuatro de sus preceptos: los arts. 1, 11, 37 y 53. El art. 1 define el arbitraje como aquella institución mediante la cual «las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que pueden surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho». Según el art. 11, «el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones sometidas a arbitraje». De acuerdo con el art. 37, «el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada». Por último, el art. 53 prescribe que, cuando el laudo no haya sido cumplido, «podrá obtenerse su ejecución forzosa».

De estos preceptos legales resulta que los particulares pueden pac-

tar qué cuestiones litigiosas en materias de su libre disposición sean resueltas por árbitros, impidiendo que conozcan los órganos jurisdiccionales, y que se atribuye a la resolución arbitral caracteres de cosa juzgada y ejecutoriedad. En consecuencia, a través del arbitraje, la Ley permite excluir a los tribunales estatales y sustituirlos por árbitros, que vienen a desempeñar cometidos jurisdiccionales, pues sus decisiones tienen caracteres en todo similares a los de las resoluciones judiciales.

Así pues, sólo desde una perspectiva jurisdiccional se puede explicar el arbitraje,⁵ pues sin este enfoque no cabe comprender ni los efectos del convenio arbitral, ni los del laudo. El convenio desplaza la jurisdicción de los jueces a los árbitros,⁶ dado que positivamente obliga a acudir a éstos, y negativamente excluye a aquéllos (art. 11 LA). El laudo goza de efectos idénticos a la cosa juzgada (art. 37 LA) y su ejecución se realiza por los trámites establecidos para las sentencias (art. 53 LA). Es decir, nos hallamos ante unos efectos que tienen un alcance jurídico que rebasa el poder dispositivo de las partes. Sólo el

5. Respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, la doctrina está dividida en dos sectores: los partidarios de las teorías contractuales y los de las teorías jurisdiccionales. Una detallada exposición de estas posturas y sus variantes puede hallarse en SERRA DOMÍNGUEZ, *Naturaleza jurídica del arbitraje*, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 371 y ss. Cf., también, GONZÁLEZ MONTES, *La excepción de compromiso*, *Rev. Der. Proc. Iber.*, 1975, pp. 418 a 424. Más recientemente, ALMAGRO NOSETTE, *La ejecución del laudo arbitral*, *Revista Universitaria de Derecho Procesal UNED*, Madrid, 1988, n.º 0, pp. 18 y ss. También nuestro TS ha tomado postura en el tema y, aunque por regla general se atribuya naturaleza privada al arbitraje (entre otras, S 25 de mayo de 1979, RA 1894: «de manera que la fuerza vinculante del laudo se basa en la voluntad misma de los contratantes manifestada al pactar la previa sumisión a la decisión arbitral»), no faltan sentencias que contemplan su carácter jurisdiccional (entre otras, la S 9 de octubre de 1984, RA 4767: «el Estado, al conceder a los particulares libertad para disponer de la suerte de unos intereses materiales, les permite que la resolución de sus litigios civiles, en los que no haya implícito un interés público, se entregue por ellos, no a los tribunales estatales, sino a un organismo extraoficial denominado arbitraje»). Ya en S de 19 de febrero de 1944, siendo ponente DE LA PLAZA, quedaban dibujadas estas dos posiciones antagónicas. Cf. CARRERAS, *Contribución al estudio del arbitraje*, *Ensayo de Derecho comparado*; FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1962, p. 447.

6. La fundamentación de esta posibilidad legal de desplazar la jurisdicción, que sólo puede hallarse en la renunciabilidad de los derechos y el consecuente poder de disposición de su titular, es expuesta por CARRERAS, *Contribución al estudio del arbitraje*, *Ensayo de Derecho comparado*; FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1962, pp. 434-436.

Estado puede atribuir tales efectos, previa exclusión de su propia jurisdicción.⁷

En conclusión, se puede afirmar que, aunque dependa de la voluntad de las partes pactar el convenio arbitral, no es esta voluntad la que puede excluir válidamente la jurisdicción, ni atribuir al laudo los caracteres de cosa juzgada y ejecutoriedad. La manifestación de la voluntad de las partes, mediante el convenio, y la posterior aceptación de los árbitros, son sólo las condiciones a las que la ley vincula los poderes jurisdiccionales que otorga a los árbitros, desplazando hacia ellos la función jurisdiccional que habitualmente desempeñan jueces y tribunales. Cumplidas tales condiciones, la atribución de la jurisdicción a los árbitros es independiente de la voluntad de las partes y se produce porque así lo quiere el Estado a través de la ley.⁸ Esta idea ha sido expresada, recientemente, por la S del TC 43/1988 de 16 de marzo con las siguientes palabras: «a quienes dicha Ley permite optar, renunciando a la jurisdicción estatal, por la del árbitro o árbitros».

No se opone a la jurisdiccionalidad de la función arbitral, que los árbitros no puedan ejecutar el laudo firme y deba acudirse para ello al juez de primera instancia (art. 53 LA). Como afirma Carreras, en la función jurisdiccional cabe distinguir claramente dos vertientes: la ejecutiva, que requiere de actos imperativos, para cuya realización se precisa de la «potestas» del Estado; y la declarativa, caracterizada por la «autoritas», que es realizada, tanto históricamente como en la actualidad, por quien carece de potestad. Esta segunda vertiente es la más excelsa y la que en mayor grado caracteriza a la función jurisdiccional. En el arbitraje, precisamente, incumbe a los árbitros, carentes de potestad, decir lo justo en el caso concreto, realizando la función que más caracteriza la jurisdicción.⁹

Afirmado el carácter jurisdiccional del arbitraje, debemos precisar, después, que no siempre que se acude a terceros, para que deriman un conflicto entre particulares, nos hallamos ante árbitros, a cuyas resoluciones el Estado atribuya caracteres de cosa juzgada y ejecutoriedad.

Así, se puede acudir a terceros para que decidan sobre meras cues-

7. FENECH, *El arbitraje en Derecho español*, en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., p. 417. Argumenta este autor que las partes no pueden otorgar, en el ámbito del Derecho privado, a un tercero más de lo que tienen —*nemo dat quod non habet*—.

8. GONZÁLEZ MONTES, *La excepción de compromiso*, *Rev. Der. Proc. Iber.*, 1975, p. 425.

9. CARRERAS, *Las fronteras del juez*, en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., p. 111.

ciones de hecho, bien como peritos dirimientes (como ejemplo se acostumbra a citar el art. 347 del C Co),¹⁰ bien para completar o integrar una relación jurídica no definida en su totalidad (es el clásico supuesto del art. 1.447 CC). En estos casos, nos hallamos ante los llamados arbitadores, cuya función no es juzgar conforme a derecho o equidad.¹¹

Tampoco en todos los casos en que se acude a terceros para que juzguen, resolviendo conflictos jurídicos, estamos ante árbitros propiamente dichos, pues el arbitraje, para ser válido, debe ajustarse a las prescripciones de la LA (art. 3, 1). Cuando de forma distinta, y sin atenerse a las normas de la LA, se pacte la intervención dirimente de uno o más terceros, el arbitraje será lícito en virtud del principio *pacta sunt servanda*, siempre que no contradiga el art. 1.255 CC, aunque su efectividad dependerá de la posterior voluntad de los contratantes. Deliberadamente la nueva Ley, lo mismo que la anterior de 1953, condiciona la obligatoriedad y validez de la decisión del arbitraje no formal a que, después de emitida, sea aceptada expresa o tácitamente por las partes; en definitiva, la voluntad de éstas puede privar al arbitraje informal de toda su eficacia.¹²

Sólo habrá arbitraje propiamente dicho cuando éste se desarrolle ajustándose a las prescripciones de la LA, decidiendo los árbitros la

10. GUASP, aunque alude a estos peritos dirimientes como una modalidad de juicio arbitral, se inclina después por considerar este juicio arbitral como un supuesto de prueba pericial legal. Cf. GUASP, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, p. 69.

11. La distinción doctrinal entre el árbitro y el llamado arbitrador, que es llamado para completar o integrar una relación jurídica, ha sido recogida en numerosas ocasiones por nuestro TS. Cf., entre otras, SS 2 de mayo de 1985 (RA 2254), 8 de noviembre de 1985 (RA 5517), 10 de marzo de 1986 (RA 1168) y 11 de diciembre de 1987 (RA 9417). En la S de 10 de marzo de 1986 se indica que el art. 1.447 del CC «no estatuye arbitraje alguno en sentido procesal y propio de la institución y, por lo tanto, en el de impedir el conocimiento por la jurisdicción ordinaria de la controversia, sino pura y simplemente el de tener el precio por cierto, cuando se ha dejado su señalamiento al arbitrio de una persona determinada».

12. Con anterioridad a la Ley de 1953, la jurisprudencia de nuestro TS entendía que lo resuelto por estos árbitros era de obligado cumplimiento, pudiendo pedirse su efectividad a través del juicio declarativo que correspondiera. Cf. PRIETO CASTRO, *La nueva regulación del arbitraje, Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, 1964, p. 454. A partir de la Ley de 1953, al condicionarse la validez y obligatoriedad del laudo a su posterior aceptación por los contratantes, se priva al arbitraje informal de la eficacia que le era peculiar; y ello lo hace el legislador deliberadamente, como pone de manifiesto el principal inspirador de aquella Ley. Cf. GUASP, *El arbitraje en Derecho español*, Madrid, 1956, p. 73.

cuestión litigiosa con sujeción a derecho o en equidad —según su leal saber y entender—, a elección de las partes (art. 4, 1 LA).

Además, no pueden ser objeto de arbitraje todo tipo de cuestiones litigiosas presentes o futuras que puedan surgir entre los particulares, sino que el art. 2 de la LA —aparte de excluir del ámbito de aplicación de la Ley los arbitrajes laborales— delimita negativamente lo que puede ser objeto de arbitraje.¹³

Por prescripción del art. 2 de LA, no podrán ser objeto de arbitraje:

A) «Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución». Es decir, a través del arbitraje, los particulares no pueden volver a plantear conflictos jurídicos que ya fueron resueltos definitivamente por los tribunales de justicia con eficacia de cosa juzgada, aunque no se excluyen del ámbito del arbitraje cuestiones que estén pendientes de resolución judicial en primera, segunda instancia, o en casación.¹⁴ Tampoco se prohíbe que los litigantes pacten que los árbitros resuelvan aspectos que favorezcan el cumplimiento voluntario de las resoluciones judiciales. Ahora bien, la dicción legal, «aspectos derivados de su ejecución», no significa que los árbitros desarrollen actividad ejecutiva de ningún tipo, pues carecen de potestad al respecto.

B) «Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.» Esta prescripción legal viene a recoger el contenido del art. 14 de la Ley de 1953 que, después de establecer que sólo podían comprometerse aquellas materias sobre las que las partes tenían poder de disposición, prohibía comprometer sobre materia disponible indisolublemente unida a otra que no lo fuera. En consecuencia, quedan excluidas del arbitraje todas las materias relativas al estado civil y condición de las personas, filiación, paternidad, incapacitación, etc...; y, por razones obvias, aquellas otras cuestiones que les estén inseparablemente unidas.

C) «Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el MF en representación y defensa de quienes, por carecer de capa-

13. Los límites del arbitraje se hallan en el límite general de las normas de orden público, límite que varía en el tiempo y en el espacio, según la oportunidad de cada momento y la concepción jurídica del legislador. Cf. CARRERAS, *Contribución al estudio del arbitraje, Ensayo de Derecho comparado*, en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., p. 438.

14. SERRA DOMÍNGUEZ trata ampliamente el tema. Cf. *El proceso arbitral, en Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., pp. 587 a 590. También alude a esta cuestión PRIETO CASTRO, *Una nueva regulación del arbitraje, en Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, ed. cit., pp. 479 y ss.

alidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.» Esto es, no pueden tampoco ser objeto de arbitraje todas aquellas materias en las que el legislador prevé la intervención tutelar del MF en el ámbito privado, por converger los intereses particulares con el orden público.

III. EL CONVENIO ARBITRAL, SU FORMA, CONTENIDO Y EFECTOS

El convenio arbitral es el instrumento donde se manifiesta la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Se trata de un contrato sometido a las normas obligacionales generales de nuestro Derecho, aunque excepcionalmente será válido el arbitraje, instituido por la sola voluntad del testador, para solucionar las diferencias que puedan surgir entre los herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia (art. 7 LA).¹⁵

Una de las novedades fundamentales de la Ley de 1988 es que sustituye nuestro sistema de duplicidad de convenios arbitrales por el de convenio único. La nueva Ley, que podía haber optado por continuar el sistema tradicional español con dos tipos de convenio, ha preferido, a nuestro entender acertadamente, el régimen de convenio único. Como es sabido, tanto la tradición jurisprudencial —completando el sistema de la LEC—, como posteriormente la Ley de 1953, se situaban en el Derecho comparado en los regímenes que se pronunciaban por dos tipos de convenios: el contrato preliminar o cláusula compromisoria y el contrato de compromiso. Esta duplicidad de convenios, al implicar un contrato de compromiso con rígidos requisitos de forma y contenido, evitaba controversias sobre la validez del mismo y la posterior actuación de los árbitros,¹⁶ pero solía conllevar defectuosas consecuen-

15. Se mantiene por la nueva Ley esta modalidad excepcional de arbitraje testamentario que introdujo el legislador de 1953. Este arbitraje testamentario, cuyo precedente se halla en el Derecho alemán, ha de limitarse a las discrepancias que puedan surgir en la distribución o administración de la herencia. No puede abarcar cuestiones, como las legítimas, de las que el testador no puede disponer. Cf. PRIETO CASTRO, *Una nueva regulación del arbitraje, Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, ed. cit., pp. 462 y ss. O'CALLAGHAN, *El contrato de compromiso según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988*, Act. Civ., n.º 1, de 8 de enero de 1989, p. 8. Serrano duda de la efectividad y carácter vinculante de esta modalidad de arbitraje. Cf. SERRANO, *El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988*, Act. Civ., n.º 8, de 26 de febrero de 1989, p. 516.

16. CARRERAS, *Estudio comparativo de la Ley española de Arbitraje*. FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., p. 458.

cias en cuanto al efecto de exclusión de la jurisdicción de la cláusula compromisoria, imposibilitando que el arbitraje se llevase a cabo cuando existía mala fe en una de las partes.

El sistema de convenio único, aparte de remediar, como analizaremos después, la defectuosa configuración de la cláusula compromisoria en nuestro Derecho, viene a uniformarlo con las normas de los Convenios Internacionales.

Ya los Acuerdos de Ginebra de 1923 y 1927 atribuyeron, cuando se trataba de arbitraje internacional, iguales efectos a las dos modalidades de convenio arbitral en los regímenes donde existían, aunque después se dejaba la apreciación de su validez y eficacia al Derecho aplicable, que no era otro que el establecido por la regla de conflicto.

La convención de Nueva York de 1958 convierte la aparente unificación ginebrina en real, al unir, en cuanto efectos y forma, el compromiso y la cláusula compromisoria, fundiéndolos en un concepto único: el llamado acuerdo por escrito. El art. II, 1, de esta Convención establece: «Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito, según el cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.»

El Convenio europeo de Ginebra de 1961 es todavía más explícito al establecer en su art. I, 2, a: «Se entenderá por acuerdo o compromiso arbitral, bien sea una cláusula compromisoria incluida en el contrato, bien sea un compromiso, contrato o compromiso separado, firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes.»¹⁷

En aras, también, a la efectividad en el ámbito internacional, se establece por el art. 6, 1 de la LA que el convenio arbitral es un pacto

17. Sobre el convenio arbitral en los Tratados Internacionales, cf. RAMOS, *Las cláusulas de arbitraje internacional y su validez desde el punto de vista del Derecho español*, en *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelona, 1987, pp. 79 y ss.

con sustantividad propia, incluso cuando se haya suscrito como un acuerdo accesorio de un contrato principal; y para remarcar esta sustantividad, el art. 8 de la LA prevé que la nulidad de un contrato no llevará consigo necesariamente la del convenio arbitral accesorio. En definitiva, viene a consagrarse legislativamente «el principio de separabilidad del convenio arbitral accesorio de un negocio principal».¹⁸ Esta autonomía del convenio arbitral respecto al contrato en que se halle inserto, difícil de entender desde el punto de vista del Derecho interno,¹⁹ tiene su significado en el arbitraje internacional. Supone que una puede ser la Ley aplicable al fondo del asunto, y otra al convenio arbitral que se regirá por la norma de conflicto.²⁰

En cuanto a la forma, la nueva Ley de Arbitraje se atiene igualmente a la normativa de los Tratados Internacionales. Establece, en su art. 6, que el convenio arbitral deberá formalizarse por escrito, entendiéndose que existe tal formalización no sólo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental.

La locución «acuerdo formalizado por escrito», que emplea la Ley, plantea algunos problemas en torno a la validez del pacto y su interpretación en supuestos límites. Muchos de estos problemas han sido tratados por los estudiosos del arbitraje en el ámbito internacional.²¹ Nosotros queremos detenernos en uno solo de estos problemas, al que se hace alusión expresamente en el párr. 2 del art. 5 de LA. Se trata del convenio arbitral que se halle en un contrato con clausulado general, que denote unilateralidad en su redacción. En este supuesto, el aludido párr. 2 del art. 5 de LA prescribe que la validez del convenio arbitral y su interpretación se acomodarán a lo prevenido por las disposiciones en vigor respecto a estas modalidades de contratación. Ello significa, en nuestro Derecho, que la validez e interpretación del convenio arbitral, contenido en el clausulado de un contrato de adhesión,

será sometido a una interpretación restrictiva, dada la hermenéutica generalizadora de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios. Y es que, en estos casos, la cláusula de arbitraje se presenta como un pacto que el consumidor o usuario no puede evitar, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.²²

Respecto al contenido, se disciplina el convenio arbitral con dos estipulaciones necesarias: 1) la voluntad inequívoca de los contratantes de someterse a arbitraje; y 2) la fijación o determinación de las relaciones jurídicas en las que hayan surgido, o puedan surgir, las cuestiones litigiosas que decidirán los árbitros.

En lo referente a la voluntad inequívoca de los contratantes de someterse a arbitraje, se complementa por el art. 5 de la LA con una disposición, a nuestro entender innecesaria: «así como expresar la obligación (de los contratantes) de cumplir tal decisión (de los árbitros)». Decimos disposición innecesaria, dado que, si los contratantes convienen someterse a arbitraje, ya están admitiendo que deberán cumplir —incluso contra su voluntad—, la resolución arbitral, pues el laudo podrá ejecutarse por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias, lo que no depende del pacto previo de los laudantes, sino de que el Estado atribuye al laudo una ejecutoriedad incondicionada.

Respecto a la fijación o determinación de las relaciones jurídicas en las que hayan surgido o puedan surgir las cuestiones litigiosas que se someterán a arbitraje, el sistema del convenio único cambia totalmente el régimen anterior. Ya no se exige, como sucedía con el contrato de compromiso, determinar el litigio existente entre los laudantes que se sometía a los árbitros, sino que basta, como ocurría con el contrato preliminar o cláusula compromisoria, una fijación de la relación o relaciones jurídicas en que puede surgir la futura controversia. En definitiva, lo único que no se permite es la total y absoluta indeterminación, pues ello supondría la renuncia a la jurisdicción estatal en todas las controversias jurídicas que pudieran surgir entre dos particulares, lo que sería tanto como renunciar al derecho constitucional a la tutela judicial proclamada en el art. 24 de la CE.

Que el convenio arbitral deba tener un contenido necesario mínimo no significa que las partes no puedan completarlo con otros pactos que

18. Así lo expresa la Exposición de motivos de la nueva Ley.

19. Que la nulidad del pacto principal no lleve consigo necesariamente la del pacto accesorio es calificado como una regla de dudosa corrección técnica. Cf. SERRANO, *El arbitraje en la Ley de 5 de diciembre de 1988*, Act. Civ., n.º 8, de 26 de febrero de 1989, p. 517.

20. RAMOS, *Las cláusulas de arbitraje internacional y su validez desde el punto de vista del Derecho español*, Arbitraje y proceso internacional, ed. cit., pp. 90 y 91.

21. REMIRO BROTONS, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Madrid, 1980, pp. 69 y ss.

22. Ver especialmente el art. 10 de Ley 26/1984.

producirán los efectos que les sean propios. Algunos de estos pactos están previstos en la LA.

Así, el párr. 2 del art. 4 de LA permite a las partes que opten por el arbitraje de derecho o el de equidad. También la Ley de 1953, como es sabido, permitía esta opción. Ahora bien, en el supuesto de que no se hubiera realizado opción expresa por una de las dos modalidades de arbitraje, la Ley de 1953 entendía que las partes optaban por el arbitraje de derecho; en cambio, la nueva Ley de 1988 establece que, en tal caso, se debe presumir que se ha elegido el arbitraje de equidad. La opción realizada por el legislador en la Ley de 1953 era correctísima en técnica legislativa, pero se mostró poco adecuada a las necesidades sociales. En efecto, la técnica jurídica era perfecta: dado que el arbitraje de derecho supone renuncia sólo a la jurisdicción y el de equidad implica, además, renuncia a la aplicación de las normas del Ordenamiento jurídico, cuando nada se ha pactado, la interpretación debe ser restrictiva, entendiéndose que sólo se renuncia a la jurisdicción. Ahora bien, esta técnica legislativa —correcta— resulta poco adecuada a las conveniencias de la sociedad pues, en la práctica, en la mayoría de ocasiones que se acude al arbitraje, por la propia naturaleza de las cuestiones que se someten al mismo, se buscan fundamentalmente soluciones de equidad y de buena composición.²³ Atendidas estas razones, hay que considerar como una solución realista la de la nueva Ley, cuando prevé que, en el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad, salvo que se trate de un arbitraje institucional, dadas las características de este tipo de arbitraje, en el que debe estarse al Reglamento de la Asociación o Corporación que lo efectúe.

Por su parte, en el art. 9 de LA se contemplan dos estipulaciones facultativas (podrán convenirse en el convenio o como acuerdos complementarios posteriores) que, si se han pactado, facilitarán la formalización del arbitraje, como son la designación de los árbitros y la fijación de las reglas del procedimiento arbitral.

Precisamente, para facilitar también el futuro arbitraje, atendidos los pocos requisitos de contenido necesario del convenio, la nueva Ley establece, en su art. 9, otro requisito facultativo —que a su vez es la puerta de entrada del arbitraje institucional—, consistente en que pueda diferirse a una tercera persona el nombramiento de los árbitros,

23. Cf. DE LA OLIVA SANTOS y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Lecciones de Derecho procesal*, tomo V, Barcelona, 1987, p. 259.

dejando claro, a su vez, que ninguna de las partes debe quedar en situación de privilegio respecto a la designación de los árbitros, bajo sanción de nulidad del convenio arbitral.

En el ámbito de los efectos del convenio arbitral, el art. 11 de la nueva LA obliga a las partes «a estar y pasar por lo estipulado», esto es, someterse al arbitraje, lo que significa, positivamente, la investidura de los árbitros y, negativamente, la exclusión de la jurisdicción.

El efecto positivo del convenio, consistente en la sumisión a los árbitros, sólo podrá producirlo la voluntad concorde de las partes, en defecto de la cual se establece un procedimiento de formalización judicial. Con ello, se quiere garantizar legalmente la designación de los árbitros, incluso contra la voluntad de uno de los contratantes. Nos ocuparemos posteriormente de este procedimiento.

Desde su aspecto negativo, la eficacia del convenio se produce con la exclusión de la jurisdicción. Se establece, al respecto, por la Ley que el convenio arbitral «impedirá a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante la oportuna excepción. Las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial. En todo caso, se entenderá que renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción».²⁴

En orden a la eficacia negativa del convenio arbitral, debemos llamar la atención sobre dos cuestiones: A) La nueva Ley, al eliminar la duplicidad de convenios arbitrales, supera la defectuosa regulación de la cláusula compromisoria que, como es sabido, no siempre producía el efecto negativo de excluir la jurisdicción. B) La anterior excepción de compromiso (que por la disposición adicional tercera de la nueva LA, es denominada sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, e incluida en los arts. 533 y 1.464 de la LEC) se regula, al parecer, como una excepción de previo pronunciamiento, olvidando el legislador establecer un trámite adecuado para su sustanciación.

24. Nos hallamos ante una excepción en el sentido más propio de la palabra, o hecho excluyente, de un modo similar a la anterior excepción de compromiso, que sólo podía apreciarse por los tribunales si era invocada por el demandado. Cf., entre otras, SS 8 de noviembre de 1983 (RA 6068) y 8 de julio de 1987 (RA 5186). Hay que indicar, también, que este efecto de excluir la jurisdicción se halla previsto en el Protocolo de Ginebra de 1923 (art. 4), en el Convenio de Nueva York de 1958 (art. II, 3) y en el Convenio de Ginebra de 1961 (art. VI).

Veamos estas dos cuestiones planteadas:

A) Se supera la defectuosa eficacia de la cláusula compromisoria: La Ley de Arbitraje de 1953 supuso sobre la LEC potenciar la eficacia de la cláusula compromisoria, posibilitando la formalización judicial del compromiso pero, en cambio, la cláusula compromisoria perdió la función de excluir la jurisdicción, que sólo se atribuyó al compromiso.²⁵ El contrato preliminar no podía fundamentar la excepción de compromiso, y si no se había iniciado el procedimiento de formalización judicial (que implicaba un requerimiento notarial previo), no podía oponerse la excepción. Le bastaba, en consecuencia, al contratante de mala fe acudir a la jurisdicción antes de que la otra parte solicitara la formalización judicial del compromiso, para que el contrato preliminar quedase privado de su efecto negativo. Esta defectuosa configuración, que había sido denunciada (al poco de promulgarse la Ley de 1953) por la doctrina científica,²⁶ finalmente no pasó por alto a nuestro TS que, en sentencia de 15 de septiembre de 1986 (RA 4.709), después de afirmar que la cláusula compromisoria debía tener una vida y eficacia plena, para lograr esta eficacia acude a la ficción de considerar el requerimiento notarial previo como el primer acto del procedimiento de formalización judicial del compromiso. Digamos que la actual LA, al eliminar la duplicidad de convenios, supera automáticamente los inconvenientes aludidos, pues el convenio arbitral único cumple siempre su función de excluir la jurisdicción, si uno de los contratantes lo invoca como excepción.

B) La excepción, denominada por la nueva Ley de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, es una excepción de carácter previo, para la que no se establece trámite adecuado de sustanciación: A pesar de que la disposición adicional 3.ª de la LA incluya la excepción en el art. 533 de la LEC, no nos hallamos ante una excepción dilatoria, sino ante una cuestión en torno a la jurisdicción de los tribunales, que se asemeja a la declinatoria de jurisdicción,²⁷ aunque no quepa plantear

ni resolver cuestiones de jurisdicción o de competencia entre jueces y árbitros. Así, según establece el párr. 2 del art. 11 LA, las partes podrán renunciar por convenio al arbitraje pactado y se entenderá que renuncian, si se someten a los tribunales. El actor se someterá tácitamente, interponiendo la demanda ante el juez, y el demandado por el hecho de hacer, una vez personado en juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción. Es decir, el demandado no puede contestar, porque si contesta la demanda se somete al hacer una gestión diversa a la de sólo proponer en forma la excepción. Consecuentemente, si el demandado no quiere someterse tácitamente, deberá presentar un escrito en el que sólo interponga la excepción, planteando, por tanto, una cuestión de previo pronunciamiento, que deberá suspender el curso del pleito principal. Mientras que el art. 79 de la LEC prevé la vía incidental para la sustanciación de las cuestiones de competencia por declinatoria, la nueva LA no hace previsión alguna respecto a la excepción de sumisión a arbitraje. La posible interpretación de que se trata de una excepción de especial pronunciamiento que, si se estima, debe dar lugar a una sentencia absolutoria en la instancia, no nos parecería nunca adecuada, pues vendría a perpetuar una lamentable tradición de procesos inútiles, cuyas sentencias no entran en el fondo de la cuestión planteada.

IV. EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL

El arbitraje institucional o administrado es el arbitraje confiado a una institución especializada en la materia, como suelen ser, en el ámbito mercantil internacional, las Cámaras de Comercio internacionales, por citar tan sólo las instituciones arbitrales más conocidas.

El arbitraje institucional se nos presenta como la gran innovación de la Ley de 1988. El art. 10 permite que se encomiende la administración del arbitraje y la designación de los árbitros, de acuerdo con sus Reglamentos arbitrales, que se protocolizarán notarialmente, a:

- a) Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.
- b) Asociaciones y entidades, sin ánimo de lucro, en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.

pese a sus puntos de contacto con la incompetencia de jurisdicción y la litispendencia.

25. Nuestra jurisprudencia, a partir de 1953, se cansó de repetir que sólo el compromiso excluía la jurisdicción. Así, por ejemplo, SS 7 de junio de 1978 (RA 2222), 11 de octubre de 1979 (RA 3388), 6 de octubre de 1983 (RA 5232), 3 de febrero de 1986 (RA 411) y 1 de abril de 1987 (RA 2480).

26. CARRERAS, *Estudio comparativo de la Ley española de arbitraje*, en FERNÁNDEZ y CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., pp. 460 y ss.

27. GONZÁLEZ MONTES, *La excepción de compromiso*, *Rev. Der. Proc. Iber.*, 1975, pp. 440 y ss., mantiene que nos hallamos ante una excepción autónoma,

Las ventajas que presenta el arbitraje institucional sobre el llamado arbitraje *ad hoc* sólo se han podido observar —al no ser posible, hasta ahora, el arbitraje administrado en nuestro Derecho—, en el ámbito internacional. Cuando se encomienda la administración del arbitraje a una institución, se viene a garantizar, según se dice, la estabilidad y la eficacia del arbitraje.²⁸

Pensamos que, con el arbitraje institucional interno, se podrán superar algunas dificultades que aparecen en el arbitraje no administrado, cuando habiendo convenido las partes el arbitraje, no se ha previsto la designación de los árbitros o, habiéndose previsto, alguna de las partes se resista al nombramiento.

Pese a todo, no vamos a realizar vaticinios positivos ni negativos, que podrían esconder valoraciones tendenciosas. El arbitraje institucional ni es la solución a la sobrecarga de trabajo de nuestros jueces, ni es una cesión anticonstitucional de funciones jurisdiccionales realizada en deprecio de nuestros tribunales. El tiempo nos dirá si la expectación que despierta en estos momentos el arbitraje institucional se traduce o no en un aumento de la eficacia de la institución arbitral en nuestro Derecho interno.

V. LOS ÁRBITROS

Para ser árbitro es preciso, en primer lugar, tener capacidad y no estar incurso en incompatibilidades y, después, estar legitimado para intervenir en el supuesto concreto de arbitraje.

1. Capacidad para ser árbitro e incompatibilidades

Respecto a la capacidad de las personas para desempeñar la función arbitral, el art. 12 de la LA nos da una regla general para las dos modalidades de arbitraje y una regla específica para el arbitraje de derecho. La regla general es que los árbitros deben hallarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles. La regla específica, para los arbitrajes de derecho, es que los árbitros deben ser abogados en ejercicio, excluyéndose, por tanto, a los letrados no ejercientes.

28. REMIRO BROTONS, *El arbitraje en los contratos comerciales de carácter internacional*, en *Estudios sobre arbitraje*, ed. cit., pp. 18 y ss.; *El arbitraje comercial en España*, en *Estudios sobre arbitraje*, ed. cit., pp. 137 y ss. ITURRIAGA-GOITIA, *España ante la reforma de la Ley de Arbitraje*, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n. 1485, p. 1089.

Además de concurrir en un sujeto estas condiciones que le capacitan para ser árbitro, se exige también que el sujeto capaz no se halle incurso en incompatibilidad. Se impone, al respecto, veto legal a los jueces, magistrados, fiscales en activo, y a todo funcionario público que ejerza funciones retribuidas por arancel.

2. La legitimación de los árbitros

Si una persona reúne las condiciones que le capacitan para ser árbitro, y no está incurso en incompatibilidad legal, puede desempeñar la función arbitral. Pero, junto a estos requisitos de capacidad, deben concurrir en el sujeto capaz otros condicionamientos que le permitan actuar como árbitro en un litigio determinado. A la posibilidad de desempeñar la función arbitral en un supuesto concreto, se le puede llamar legitimación. Depende: A) de un elemento positivo: el nombramiento y la aceptación; y B) de un elemento negativo: la ausencia de causas de recusación.

A) El nombramiento de los árbitros

La regla general es que el nombramiento de los árbitros se realice de común acuerdo por los contratantes. A falta de acuerdo, se puede acudir a la llamada formalización judicial.

Junto a estos dos sistemas principales para el nombramiento de los árbitros, se establecen otros tres: las partes pueden diferir a un tercero la designación de los árbitros; si se acude a una institución, el nombramiento se realizará conforme al Reglamento arbitral de la misma; y, por último, se establece un sistema de nombramiento para los supuestos en que el árbitro designado deba ser sustituido.

a) Nombramiento de común acuerdo

Salvo que se haya acordado diferir a un tercero el nombramiento, o encomendado el arbitraje a una institución, son los contratantes quienes deben designar los árbitros.

El nombramiento de los árbitros de común acuerdo puede realizarse en el convenio arbitral, o en un acuerdo complementario posterior (art. 9, 1 LA).

b) Nombramiento a través del procedimiento de formalización judicial

Si las partes no se pusieren de acuerdo en la designación de los árbitros, se procederá, a instancia de cualquiera de los interesados, a la formalización judicial del arbitraje (art. 38, 1 LA).

La formalización judicial del arbitraje es un procedimiento con una finalidad distinta a la de la formalización judicial del compromiso en la Ley de 1953.

Con la formalización judicial del compromiso se venía suplir, por parte del juez, la resistencia de uno de los laudantes a realizar el contrato arbitral, es decir, el convenio arbitral era el objeto del procedimiento. El auto que daba lugar a la formalización judicial del compromiso, además de designar los árbitros, debía contener todos los elementos necesarios de la escritura de compromiso e incluso, en su caso, fijar las cuestiones a resolver por los árbitros.²⁹

La situación creada por la nueva Ley es totalmente diversa. La formalización judicial versa sólo sobre el nombramiento de los árbitros. El convenio arbitral sólo puede entrar en el procedimiento de formalización de un modo eventual, en cuanto que la negativa a la designación de árbitros de uno de los contratantes puede fundamentarse en la inexistencia del convenio, o en que el otro contratante quiere designar árbitros distintos, o a través de un sistema distinto del previsto en el convenio. El propio conflicto, y las cuestiones de fondo a resolver por los árbitros, no pueden ser objeto de este procedimiento de formalización, pues deben haberse determinado en el convenio y, en base al mismo se delimitarán por los árbitros.³⁰ En definitiva, el proce-

29. S 4 de marzo de 1985 (RA 1004): «... Conforme a lo normado en el art. 10 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, y concretamente en los n.º 2 y 4 de dicho precepto legal, ha de ser el juez y no las partes, a la vista de lo alegado y solicitado por la que interesó formalización del compromiso, ante la negativa del contrario justificada notarialmente, quien ha de fijar las cuestiones a resolver en las que, sin necesidad de precisarlas, se comprendan todos los aspectos que a la cuestión a decidir en arbitraje afecte, y concretamente los que excepcione la otra parte... La resolución judicial en que se fijan las cuestiones que se han de decidir es la que debe guiar la actuación del árbitro, cual evidencia el n.º 4 del art. 10 de la Ley de Arbitraje, en adecuada sumisión al principio de congruencia y para no incurrir en extralimitaciones en su actuar decisor... Dado que, al tener que someterse el laudo a los concretos y precisos extremos fijados en el auto formalizador del compromiso...»

30. Según leemos en la Exposición de motivos de la LA: «Se encomienda a los árbitros, en defecto de acuerdo de las partes, la delimitación de la controversia sometida a arbitraje, lo que permitirá descargar a la Administración de

dimiento de la nueva Ley no es propiamente de formalización judicial, sino simplemente de designación judicial de los árbitros.

Ortiz Navacerrada piensa que, en todo caso, se van a debatir en este procedimiento de formalización cuestiones ajenas a la propia designación de los árbitros. Siendo esto así —razona este autor—, la falta de delimitación de la controversia arbitral en este cauce procesal, facilitará la extralimitación de los árbitros y el incremento de los recursos de anulación al respecto.³¹ No somos de la misma opinión. El procedimiento de formalización judicial es sólo un procedimiento de designación de los árbitros por vía judicial, y cualquier tema ajeno a la designación, aunque pueda entrar incidentalmente en el procedimiento, no puede ser —ni conviene que sea—, debatido y decidido en sede de designación judicial de los árbitros.

La competencia para conocer del procedimiento de formalización judicial corresponde al juez de primera instancia del lugar donde deba dictarse el laudo; en su defecto, a elección del actor, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados (art. 39, 1 LA).

El procedimiento —que no precisa intervención de procurador y letrado, pues la Ley no lo exige— se inicia por medio de un escrito, en el que el actor expone las circunstancias de la falta de acuerdo para el nombramiento de los árbitros, acompañando los documentos fundadores de su derecho, es decir, los documentos acreditativos del convenio arbitral (art. 39, 2 LA).

Presentado este escrito, documentos y copias, el juez procederá conforme a las formalidades previstas para el juicio verbal (art. 39, 3 LA); es decir, dentro del segundo día dictará providencia convocando a las partes a una comparecencia, señalando día y hora al efecto. Entre la citación y la celebración de la comparecencia deberá mediar un término que no baje de 24 horas, ni exceda de 6 días (art. 721 y 726 LEC).

La incomparecencia del demandante o de todos los demandantes o de sus representantes, dará lugar a que se les tenga por desistidos de su pretensión de nombramiento judicial de los árbitros, condenándoles al pago de las costas, salvo que el demandado o alguno de los demandados o de sus representantes manifiesten su interés por la formalización, en cuyo caso, se celebrará el acto sin asistencia del deman-

Justicia de algunas de las funciones que actualmente tiene encomendadas en la formalización judicial del arbitraje.»

31. ORTIZ NAVACERRADA, *La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje: aspectos procesales*, *Act. Civ.*, n.º 2, de 15 de enero de 1989, pp. 153 a 156.

dante (art. 40, 2 LA). La incomparecencia del demandado o de alguno de los demandados o de sus representantes no suspende la celebración del acto (art. 42, 1 LA).

Si el juicio verbal se celebra, en el acto de la comparecencia el juez oye a los que hayan comparecido, y les invita a ponerse de acuerdo sobre la designación de los árbitros (art. 41, 1 LA). Si se llegara al acuerdo, el procedimiento finalizaría.

El desacuerdo puede estar en que el demandado alegue que no se deduce la existencia del convenio arbitral de la documentación aportada por el actor. En tal caso, el juez deberá examinar previamente esta cuestión, pues si estima que no consta de manera inequívoca la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, no procederá el nombramiento de árbitros y deberá rechazar la formalización judicial por medio de auto (art. 42 LA).

Si el desacuerdo está en el nombre de los árbitros que deban designarse —supuesto al que deben asimilarse los de incomparecencia del demandado, o incomparecencia del actor que no implique desestimación, ante la voluntad del demandado de seguir la formalización judicial— se procederá del modo previsto en el art. 41, que es el siguiente: si no hay convenio que verse sobre la designación de los árbitros o modo de designarlos (pues si hubiera convenio al respecto, el juez debería atenerse al mismo) y las partes no se ponen de acuerdo, se procede al sorteo y, en su defecto, al nombramiento directo por el juez.

El sorteo se realizará entre los nombres incluidos en la lista de abogados en ejercicio que solicitará el juez de primera instancia al Colegio Profesional de la circunscripción judicial correspondiente o al Consejo General de la Abogacía. La lista estará formada por abogados, con más de 5 años de ejercicio profesional, que voluntariamente se hayan ofrecido, siempre que no se hallen en los siguientes supuestos: haber incumplido un encargo arbitral anterior; haber incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de funciones arbitrales; o tener nota desfavorable en su expediente personal. El Ministerio de Justicia podrá regular, como requisitos para la inscripción en la lista, la práctica en los respectivos Colegios de Abogados de pruebas que acrediten la preparación, experiencia y capacidad de los solicitantes (art. 41, 2 y 3 LA).

El sorteo se hará en proporción de tres —titular y dos suplentes— por cada árbitro. Con ello se hace posible la sustitución en caso de renuncia, abstención, recusación aceptada o incapacitación sobrevenida (art. 41, 4 LA).

Cuando no fuese posible el nombramiento por sorteo (porque el Colegio Profesional no haya remitido lista de abogados en ejercicio al juzgado, en la referida lista no haya nombres suficientes, etc.), se procederá al nombramiento judicial directo: el juez designará libremente a abogados en ejercicio, si se tratare de arbitraje de derecho (art. 41, 5, *in initio* LA).

En el caso de arbitraje de equidad, el sistema para la designación de los árbitros en el procedimiento de formalización es mucho más sencillo. El juez de primera instancia habrá solicitado a los Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, y otras Corporaciones, la remisión de las listas de profesionales colegiados. Atendiendo a estas listas, y partiendo del común acuerdo o propuestas de las partes, el juzgador realiza la libre designación de los árbitros que estime convenientes (art. 41, 5, *in fine* LA).

El procedimiento, en todo caso, finaliza por auto, accediendo o denegando la formalización o designación judicial de los árbitros.

El auto accediendo a la formalización judicial no es susceptible de recurso alguno pero, como no prejuzga la validez del convenio arbitral, con posterioridad al procedimiento desarrollado ante los árbitros, podrá acudir al llamado recurso de anulación del laudo (art. 42, 2 LA).

El auto denegatorio de la formalización será apelable. Contra la resolución de la Audiencia no cabrá recurso alguno, y los puntos que hayan sido objeto de debate no podrán ser, en su día, objeto de declaración de nulidad (art. 42, 3 LA). Ello se debe a que, por una parte, la denegación de la formalización judicial sólo procede cuando el juez considere, por los documentos aportados, que no consta la voluntad inequívoca de los contratantes de someterse a arbitraje (art. 42, 1 LA) y, por otra, que del recurso de apelación conoce el mismo Órgano que después será competente para el proceso de anulación. Es decir, sería incoherente volver a debatir, en el proceso de anulación, lo que ya se debatió en el recurso de apelación anterior ante el mismo tribunal.

c) *Nombramiento diferido a un tercero*

El art. 22 de la Ley de 1953 prohibía pactar que una tercera persona nombrara a los árbitros, por considerar arbitrario tal sistema de designación.³² Tal prohibición, como hemos indicado antes, impidió el arbitraje institucional en nuestro Derecho.

El párr. 2 del art. 9 de la Ley de 1988 establece, en cambio, que las

32. GUASP, *El arbitraje en Derecho español*, Barcelona, 1956, p. 151.

partes podrán diferir a un tercero, ya sea persona física o jurídica, la designación de árbitros. Tal pacto podrá constar en el convenio arbitral o realizarse a través de un acuerdo complementario posterior (artículo 9, 1 LA).

d) Nombramiento conforme al Reglamento de la institución en los supuestos de arbitraje institucional

Si las partes deciden encomendar la administración del arbitraje a una institución, están aceptando, de antemano, que el arbitraje se efectúe de acuerdo con su Reglamento, según preve el párr. 1 del art. 10 de LA. Ello supone, naturalmente, que el nombramiento de los árbitros se realizará también según estatuya el Reglamento arbitral de la corporación o asociación.

Los Reglamentos arbitrales de estas instituciones y sus modificaciones se protocolizarán notarialmente (art. 10, 2 LA). Además, se exige que las instituciones arbitrales, en sus Reglamentos, respeten los requisitos exigidos por la LA, sin que puedan ser designados árbitros quienes carezcan de capacidad, estén incurso en incompatibilidades, o quienes hubieran incumplido un encargo arbitral anterior, o incurrido en responsabilidad declarada judicialmente en el desempeño de funciones arbitrales (art. 14 LA).

e) Nombramiento en caso de sustitución

Cuando deba sustituirse a alguno de los árbitros nombrados, cualquiera que sea la causa por la que haya que designar un nuevo árbitro (no aceptación del cargo, renuncia, abstención, recusación aceptada, incapacitación sobrevenida, fallecimiento, etc.), se hará por el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituido (art. 19 LA).

Como complemento de esta regla, el párr. 2 del art. 38 prohíbe expresamente acudir al procedimiento de formalización judicial, si los árbitros hubieren sido designados directamente por las partes, y todos o alguno de ellos no aceptasen o se imposibilitasen para emitir el laudo, o si la corporación o asociación a la que se encomendó el arbitraje no aceptase el encargo. En estos casos quedará expedita la vía judicial para resolver la controversia. La razón de ser de esta prescripción, que prohíbe la formalización judicial en estos supuestos, se halla sin lugar a dudas en el principio de confianza: las partes aceptaron someterse a unas personas determinadas únicamente porque les reconocían autori-

dad para decidir.³³ De todos modos, la consecuencia de esta prescripción legal es que queda en manos de los árbitros, e indirectamente de las partes que los designaron, provocar la ineficacia del convenio arbitral.

f) Notificación del nombramiento y aceptación del cargo

Sea cual sea el modo como se designó a los árbitros, se les debe notificar fehacientemente el nombramiento para su aceptación (art. 15, 1 LA).³⁴

La aceptación del cargo por los árbitros se realizará por escrito ante quien los designó. Si en el plazo de 15 días, a contar desde el siguiente a la notificación del nombramiento, no hubieran aceptado el cargo, se presumirá la no aceptación (art. 15, 2 LA).

En la misma forma, y con los mismos efectos, se procederá en los casos en que la designación se hiciera por medio de una institución (art. 15, 3 LA).

La naturaleza jurídica de la relación que se produce entre los contratantes y los árbitros como consecuencia del nombramiento y la aceptación del cargo ha sido calificada como un punto oscuro en la doctrina.³⁵

En efecto, la doctrina procesal se ocupa del tema tangencialmente, acudiendo al mandato o al arrendamiento de servicios.³⁶ El propio Guasp, que examina más detenidamente el problema, no descarta que la figura deba incluirse en alguno de estos dos contratos, pese a que tenga sustantividad propia: «el contrato de dación y recepción de arbitraje». Este peculiar contrato de dación y recepción es calificado por Guasp como un contrato de naturaleza jurídica discutible. Lo intenta explicar no sólo acudiendo a la teoría obligacional, sino con la ayuda de la teoría del oficio y de lo que él llama «favores de la vida cotidiana»,

33. SERRA DOMÍNGUEZ, *El proceso arbitral*, en *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., p. 593.

34. El modo de realizar esta notificación será habitualmente a través de Notario. De todos modos, cuando el nombramiento se haya realizado a través del auto accediendo a la formalización judicial, bastará notificar este auto a los árbitros nombrados, dado que las resoluciones judiciales, según prevé el art. 260 de LEC, pueden notificarse a todas «las personas a quienes se refieran».

35. SERRA DOMÍNGUEZ, *El proceso arbitral*, en *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., p. 590.

36. Cf. PRIETO CASTRO, *Una nueva regulación del arbitraje*, *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, ed. cit., pp. 469 y ss.

que no pueden ser interpretados con el mismo rigor que los contratos.³⁷

Por nuestra parte, pensamos con Serra Domínguez que el tema de la relación jurídica que surge entre árbitros y litigantes sólo puede explicarse desde una perspectiva jurisdiccional.³⁸ Como hemos afirmado antes, se produce un desplazamiento de la jurisdicción de los jueces hacia los árbitros, desplazamiento que es autorizado por el Estado a través de la ley. Los árbitros no realizan su función como un mandato ni como un servicio, sino como un oficio público limitado temporalmente, sustituyendo al juez. Dado que el Estado no tiene previstos medios económicos para el desarrollo de la función arbitral, se regula legalmente que estos medios sean aportados por los contratantes, que deben proveer de fondos a los árbitros y atender los honorarios y gastos que pueda originar el arbitraje.

g) Número y composición del tribunal arbitral

El número de árbitros será siempre impar, como más apto para evitar empates de votos. A falta de acuerdo, los árbitros serán tres; es decir, no se fija el límite máximo de cinco como en la Ley de 1953.

En los arts. 13 y 20 de la LA se dan reglas para la designación del presidente y del secretario del colegio arbitral.

Para ambos cargos se acude al acuerdo entre las partes y, a falta de éste, a la elección que realicen los árbitros entre ellos. Si con estos sistemas fuera imposible la designación, será nombrado presidente el árbitro de mayor edad. En cuanto al secretario, no se prevé un sistema que obligue siempre a designarlo, pese a que su función sea estrictamente necesaria en el colegio arbitral.

Cuando la administración del arbitraje se haya encomendado a una corporación o asociación, la designación del presidente del colegio se hará de acuerdo con su Reglamento.

B) La ausencia de causas de recusación en los árbitros

Digamos, ante todo, que la LA prescribe la abstención de los árbitros, aunque de un modo bastante confuso. Así, en el párr. 3 del art. 12, se establece que no podrán actuar como árbitros quienes tengan con

las partes o con la controversia que se les somete alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un juez; y después, en el art. 41.4, se prevé la sustitución del árbitro designado por sorteo que se abstenga.

Ahora bien, pese a la prescripción del art. 12 «no podrán actuar como árbitros», el árbitro no tiene el deber de abstenerse, pues si fuera así no se explicaría que el párr. 3 del art. 17 de la LA imponga al árbitro la obligación de poner de manifiesto a las partes las causas que pueden determinar su recusación. En consecuencia, pensamos que la abstención de los árbitros se prescribe como una mera facultad que, cuando no es utilizada, debe ponerse en conocimiento de los contratantes, para que éstos puedan hacer uso de su derecho de recusar, como un remedio de segundo grado.

En cuanto a la recusación de los árbitros, se establecen como causas las mismas que dan lugar a la recusación de jueces y magistrados, es decir, las del art. 189 de la LEC.

El párr. 2 del art. 17 de la LA prevé que las causas de recusación pueden ser anteriores y posteriores a la designación de los árbitros: «Los árbitros sólo son recusables por causas que hayan sobrevenido después de su designación. También podrán serlo por causas anteriores cuando no hubieren sido nombrados directamente por las partes, o cuando aquéllas fueron conocidas con posterioridad.» La razón del distinto tratamiento de las causas anteriores y posteriores es bien simple: se estima que las partes deben conocer a los árbitros que nombran de común acuerdo y, por tanto, que conocieron los motivos anteriores de posible parcialidad y, pese a ello, no reputaron que disminuían la imparcialidad del árbitro.³⁹ Ahora bien, cuando la causa, siendo objetivamente anterior, sea subjetivamente posterior en el conocimiento del recusante, se permite la recusación.

Por otra parte, la recusación de los árbitros es una recusación peculiar. Se regulan causas de recusación, pero no existe incidente alguno para llevarla a cabo. Puede decirse que, en su caso, la recusación del árbitro sólo puede hacerse valer con posterioridad a la emisión del laudo y por la vía del recurso o proceso de anulación. En efecto, el art. 18 de la LA establece que, sólo si el árbitro recusado acepta su recusación, será apartado de sus funciones, y que si no la aceptare, el recusante podrá hacer valer la recusación en proceso posterior solici-

37. GUASP, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, pp. 137 y ss.

38. SERRA DOMÍNGUEZ, *El proceso arbitral*, en *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., p. 591.

39. Cf., al respecto, S 11 de febrero de 1987 (RA 704).

tando la anulación del laudo, en concreto a través de la causa n.º 2 de anulación del art. 45 de la LA.

3. *Derechos y obligaciones de los árbitros*

El nombramiento y aceptación del cargo arbitral supone una serie de obligaciones y derechos.

El deber fundamental del árbitro, en el lenguaje contractualista del art. 16 de la LA, es «cumplir fielmente su encargo», incurriendo en responsabilidad por los daños y perjuicios que cause, mediando dolo o culpa.

Respecto a esta responsabilidad, en los arbitrajes encomendados a una corporación o asociación, se concede al perjudicado acción directa contra la misma por los daños y perjuicios que causen sus árbitros, es decir, la institución arbitral asume solidariamente la responsabilidad de éstos. El perjudicado podrá dirigir su acción, en su caso, contra los árbitros, contra la institución, o contra los árbitros y la institución conjunta y solidariamente.

Como contrapartida de sus obligaciones, tanto los árbitros como las instituciones arbitrales podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender a sus honorarios y a los gastos que se produzcan en la administración del arbitraje.

VI. EL PROCESO ARBITRAL

Una lectura apresurada del Título IV de la nueva LA podría llevar a pensar que viene a establecerse para cualquier modalidad de arbitraje una libertad procedimental similar a la del arbitraje de equidad en la Ley de 1953. Ahora bien, pese a lo que dispone el n.º 2 del art. 21 de la LA, el desarrollo del procedimiento arbitral no se deja a la «voluntad de las partes», a «las normas establecidas» por la institución arbitral o «al acuerdo de los árbitros», dado que el n.º 1 del mismo artículo fija los principios esenciales a los que debe ajustarse el arbitraje y, además, los arts. 22 y ss. prescriben disposiciones legales de obligado cumplimiento en el procedimiento arbitral.

En el ámbito de los principios esenciales se establece que el proceso arbitral deberá ajustarse a los de audiencia e igualdad. Son principios fundamentales, pues sin ellos no se produciría la contradicción, siendo imposible la imparcialidad de los árbitros. No podría hablarse propiamente de proceso arbitral.

Por su parte, las disposiciones legales de obligado cumplimiento en el procedimiento arbitral vienen a trazar unos cauces en todo similares a los que se prevén en los procesos judiciales. Al respecto, se prescriben las tradicionales fases de alegaciones, pruebas y conclusiones, estableciéndose, además, el impulso oficial por el párrafo 2 del art. 22 de la LA: «La inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo, ni le privará de eficacia.»

Bien es verdad, sin embargo, que dado el carácter de las normas reguladoras del procedimiento arbitral, las partes —y los árbitros en su defecto— pueden complementar las mínimas exigencias procedimentales de la Ley. Así pues, nos hallamos ante un procedimiento de gran flexibilidad y que, además, en ningún caso podrá ser lento, dado que el laudo dictado fuera de plazo es nulo.

1. *Sujetos del proceso arbitral*

Los sujetos del proceso arbitral son, por una parte, los árbitros, cuya capacidad y legitimación ya hemos examinado y, por otra, los contratantes del convenio arbitral.

«Las partes —prescribe el n.º 3 del art. 21 de la LA— podrán actuar por sí mismas o valerse de abogado en ejercicio.» No se prevé, en consecuencia, la postulación a través de procurador de los tribunales.

2. *Objeto del proceso arbitral*

El objeto sobre el que va a versar el proceso arbitral es la cuestión o cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, según se haya acordado en el convenio arbitral.

Cuando el convenio se suscriba con la cuestión litigiosa ya surgida, será fácil saber cuáles son los puntos que deben ser objeto de debate y de decisión arbitral. No ocurrirá lo mismo cuando el convenio —como acostumbra a suceder— se haya suscrito sin que el conflicto exista. En estos casos, o los contratantes coinciden en la delimitación de su controversia o necesariamente surgirán problemas en torno al *tema decidendi*.⁴⁰

En la Ley de 1953 el objeto del arbitraje quedaba delimitado en el contrato de compromiso o, en su defecto, en el auto de formalización

40. ORTIZ DE NAVACERRADA, *La Ley 36/88, de 5 de diciembre de Arbitraje: aspectos procesales*, *Act. Civ.*, n.º 2, de 15 de enero de 1989, p. 157.

judicial del mismo. En la nueva Ley, de su contexto, resulta que el tema del arbitraje lo fijan los árbitros atendiendo los términos del convenio arbitral. No cabe otra interpretación, atendiendo a la Exposición de motivos de la Ley: «Se encomienda a los árbitros, en defecto de acuerdo de las partes, la delimitación de la controversia sometida a arbitraje.»

Los problemas que puedan suscitarse ante la falta de delimitación precisa inicial del objeto del arbitraje, si bien no afectarán al debate procesal, pueden provocar la falta de efectividad del laudo. Así, el tema del arbitraje en toda su amplitud entrará siempre en el debate de las partes, pues la configuración procedimental del trámite de alegaciones, como veremos, permite que todas las partes puedan conocer las posiciones de las demás, antes de manifestar las suyas propias en toda su extensión. Sin embargo, la falta de una delimitación precisa del tema del arbitraje puede provocar que queden puntos litigiosos sin resolver por los árbitros, o que se resuelvan cuestiones que no podían ser objeto de arbitraje o que no podían entenderse sometidas a la decisión de los árbitros.

3. Requisitos del proceso arbitral

A) Lugar

Salvo lo acordado en el convenio arbitral, o lo que dispongan los Reglamentos de las instituciones arbitrales en su caso, los árbitros decidirán el lugar donde se desarrollará el arbitraje, y asimismo el lugar donde se deba realizar cualquier actuación concreta, notificándolo a las partes (art. 24, 1 LA).

Para recibir notificaciones, las partes podrán designar un domicilio al efecto. De no ser así, se entenderá como domicilio el del propio interesado o el de su representante (art. 24, 3 LA).

B) Tiempo

Los árbitros no están sujetos en el desarrollo del arbitraje a plazos determinados, salvo lo que acuerden las partes, y sin perjuicio de lo que legalmente se establece respecto al plazo para dictar el laudo (artículo 25, 1 LA).

El procedimiento empieza cuando los árbitros hayan notificado por escrito a las partes la aceptación del arbitraje (art. 22, 1 LA). Su du-

ración vendrá dada por el plazo del que disponen los árbitros para dictar el laudo. Este plazo, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa, será de 6 meses, contados desde la fecha de la aceptación del cargo, o desde el día en que fuera sustituido el último de los componentes del colegio arbitral (art. 30, 1 LA).

Para el cómputo del plazo hay que atender a los criterios jurisprudenciales interpretativos de la Ley de 1953, por ser totalmente aplicables a lo establecido en la nueva Ley. El *dies a quo*, que quedará excluido del cómputo, será la fecha de la aceptación o de la sustitución del último componente del colegio arbitral,⁴¹ no se excluirán los días inhábiles, y el último día del plazo será el *dies ad quem*.⁴²

El plazo, si así lo acuerdan las partes, podrá prorrogarse o suspenderse.⁴³ En los supuestos de formalización judicial, entendemos que tales determinaciones podrán ser tomadas por el juez.⁴⁴ La prórroga, que deberá notificarse a los árbitros antes de la expiración del plazo inicial (art. 30, 1 LA), en la práctica suele acordarse a petición de los propios árbitros, ante las dificultades que hallan para cumplir su misión en ciertos supuestos. Si mediare prórroga, a efectos del cómputo, ambos lapsos de tiempo vienen a formar uno solo sin solución de continuidad.⁴⁵ Por lo que respecta a la suspensión, se exige que se acuerde por un plazo cierto y determinado (art. 31 LA).

C) Idioma

Salvo acuerdo de las partes, el idioma o idiomas que deban utilizarse en el proceso arbitral, lo determinarán los árbitros, notificándolo a

41. SS 13 de junio de 1984 (RA 3238) y 23 de mayo de 1987 (RA 3559).

42. Este modo de computar lo fundamenta la jurisprudencia en el carácter no procesal del plazo, siendo de aplicación el art. 5 del CC. SS 1 de junio de 1976 (RA 2616), 7 de octubre de 1978 (RA 3009), 20 de mayo de 1982 (RA 2584), 2 de febrero de 1983 (RA 799), 24 de septiembre de 1984 (RA 4334) y 6 de octubre de 1987 (RA 6721).

43. La Ley de 1953 no preveyó la posibilidad de prórroga, pero tal posibilidad fue admitida por la jurisprudencia, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. SS 25 de noviembre de 1980 (RA 4390), 9 de febrero de 1984 (RA 583) y 27 de febrero de 1985 (RA 777). También se admitió que la suspensión pudiera acordarse judicialmente. Cf. S 2 de julio de 1984 (RA 3786).

44. La posibilidad de prorrogar el plazo judicialmente, en los supuestos de formalización judicial del compromiso, fue admitida jurisprudencialmente. Dicho criterio debe ser igualmente aplicable a los supuestos de formalización judicial de la nueva LA. Cf. SS 4 de febrero de 1983 (RA 807), 15 de junio de 1983 (RA 3526), 13 de junio de 1984 (RA 3238), 25 de febrero de 1986 (RA 853) y 6 de octubre de 1987 (RA 6721).

45. Cf. SS 2 de febrero de 1983, 6 de diciembre de 1984 y 6 de octubre de 1987.

las partes. No podrán elegir un idioma que ninguna de las partes conozca o que no sea oficial en el lugar donde deba desarrollarse el arbitraje (art. 24, 2 LA).

4. Fases del proceso arbitral

En el proceso arbitral cabe distinguir tres fases: fase de alegaciones, fase probatoria y fase de eventual audiencia para conclusiones.

A) Fase de alegaciones

Las alegaciones de las partes se formularán en los plazos preclusivos fijados discrecionalmente por los árbitros, según establece el art. 25, 2 de la LA.

Una peculiaridad singular del proceso arbitral es la configuración de la fase de alegaciones. No se distinguen las clásicas posturas de actor y demandado, separándose al respecto de la contradicción que produce la inicial demanda y posterior contestación en el proceso judicial. En el arbitraje hay un sistema de simultaneidad de alegaciones sobre el objeto a debatir. Al decir de Guasp, el conflicto se produce en bloque.⁴⁶ Inmediatamente, las partes deben contestarse mutuamente sus respectivas alegaciones.

En este momento inicial, al presentar sus escritos de alegaciones, las partes pueden oponerse al arbitraje, denunciando la falta de competencia objetiva de los árbitros, o la inexistencia, nulidad o caducidad del convenio (art. 23, 1 LA); de todos modos, hay que señalar que, en lo que respecta a la falta de competencia objetiva de los árbitros, la denuncia de parte es sólo un remedio de segundo grado, puesto que puede ser apreciada de oficio por los árbitros (art. 23, 3 LA).

Sobre el momento procesal en que los árbitros deban pronunciarse sobre estas cuestiones, aunque la Ley guarde silencio, no creemos que deban esperar al final del procedimiento, pues nos hallamos ante cuestiones que, por naturaleza, son de previo pronunciamiento.

Si los árbitros estiman estas cuestiones de carácter previo, quedará expedito el camino para el proceso judicial, sin que quepa recurso alguno contra su resolución. En cambio, la decisión arbitral desestimatoria podrá impugnarse, pero al solicitarse la anulación judicial del laudo en su caso (art. 23, 2 LA).

46. GUASP, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, p. 157.

B) Fase probatoria

La LA no establece plazo alguno para la proposición y práctica de la prueba, debiendo estar, en su caso, a lo acordado por las partes o por los árbitros.

Lo que sí prescribe la Ley, respecto a la fase probatoria, es que los árbitros practicarán las pruebas que estimen pertinentes, a instancia de parte o por propia iniciativa, y que las partes o sus representantes deberán ser citados a todo acto de prueba (art. 26 LA).

Los árbitros, para la práctica de pruebas que no puedan efectuar por sí mismos (por ej., por exigir requerimientos a terceras personas), podrán solicitar el auxilio del juez de primera instancia del lugar donde se desarrolle el arbitraje, según prescribe el art. 27 de la LA.

El auxilio judicial se solicitará, por escrito, por parte del árbitro o del presidente del colegio arbitral al juez del lugar donde deba efectuarse la citación judicial u ordenarse la diligencia probatoria. El juez —que rechazará fundadamente, sin ulterior recurso, las pruebas contrarias a las leyes— procederá a practicar la prueba conforme a las reglas de la LEC, bajo su exclusiva dirección, entregando testimonio de las actuaciones al solicitante (arts. 43 y 44 LA).

La práctica de las pruebas ante los árbitros se lleva a cabo bajo el principio de intermediación, hasta tal punto que, si en el curso del arbitraje se incorpora un nuevo árbitro en sustitución de otro anterior, se volverán a practicar todas las pruebas realizadas con anterioridad, salvo si el árbitro se considerase suficientemente informado por la lectura de las actuaciones (art. 28 LA).

C) Eventual audiencia a las partes para conclusiones

La audiencia a las partes para conclusiones no es un trámite necesario, sino que es potestativo de los árbitros acordarla o no una vez practicadas las pruebas (art. 29 LA). En su caso, los árbitros deberán determinar también, a nuestro entender, si tales conclusiones deben realizarse por escrito u oralmente.

5. La documentación del procedimiento arbitral

Al promulgarse la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, la doctrina procesal puso de relieve que, a diferencia del sistema de la LEC que imponía un procedimiento arbitral bajo la fe pública de un secretario judicial, los árbitros aparecían actuando sin la presencia de

fedatario alguno. Ellos mismos debían documentar su propia actividad.⁴⁷ El planteamiento legal sigue siendo el mismo con la nueva Ley de 1988.

Indudablemente, la ausencia de fedatario público puede suponer una dificultad para el control de la recta tramitación del procedimiento arbitral,⁴⁸ quitando efectividad a la causa de nulidad del n.º 2 del art. 45 de la LA, prevista para el supuesto de que, en el desarrollo de la actuación arbitral, no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley. Pese a todo, no hay por qué dudar de las facultades y buena voluntad de los árbitros para realizar una correcta documentación de su actividad. Además, como es sabido, no faltan árbitros que protocolizan notarialmente no sólo el laudo, sino la práctica totalidad de los actos del procedimiento arbitral.

VII. EL LAUDO ARBITRAL. LA AUSENCIA DE RECURSOS CONTRA EL MISMO

El laudo arbitral produce efectos idénticos a la cosa juzgada (art. 37 LA), efectos que, como hemos señalado anteriormente, no pueden ser concedidos por la voluntad de las partes, sino por el Estado que equipara el laudo a la sentencia judicial.

También, en su forma externa, el laudo es similar a la sentencia. Se dictará por escrito y expresará el nombre y circunstancias personales de los árbitros y las partes, el lugar donde se dicta, la cuestión sometida a arbitraje, las alegaciones de las partes, una sucinta relación de pruebas practicadas y la decisión arbitral (art. 32, 1 LA).

Cuando los árbitros decidan una cuestión conforme a derecho, su laudo será motivado (art. 32, 2 LA). Por el contrario, no se exige motivación en el arbitraje de equidad, donde los árbitros fallan según su leal saber y entender, buscando soluciones de concordia y armonía.⁴⁹

La formación de la voluntad del colegio arbitral se lleva a cabo me-

dante votación, decidiendo por mayoría de votos, dirimiendo los empates el presidente. Si no se logra un acuerdo mayoritario, el laudo será dictado por el presidente (art. 34 LA). Así pues, la falta de mayoría no deja sin efecto el convenio arbitral, como ocurría a tenor del art. 27 de la Ley de 1953.

El laudo será firmado por los árbitros, que podrán hacer constar su parecer discrepante. Si alguno de los árbitros no lo firmare, según prescribe el art. 33 de la LA, se entenderá que se adhiere a la decisión de la mayoría. Con este precepto legal se viene a resolver el problema que se planteaba, durante la vigencia de la Ley de 1953, cuando un árbitro, después de la tramitación del arbitraje, dejaba de concurrir a la votación del laudo o, después de la votación, se negaba a firmarlo. Es obvio que la formación de la voluntad del colectivo arbitral debe requerir la concurrencia de todos los árbitros nombrados; ahora bien, no puede admitirse que un árbitro, después de haber tramitado el arbitraje, pueda impedir el dictado del laudo o provocar la nulidad del mismo con su ausencia. Por ello, aunque la jurisprudencia consideraba indispensable la presencia de todos los árbitros para la emisión del laudo,⁵⁰ superaba este criterio cuando su rígida aplicación suponía que «la validez del laudo quede al arbitrio del (árbitro) renunciante y, en definitiva, de la parte que lo propuso».⁵¹

El laudo se protocolizará notarialmente⁵² y se notificará fehacientemente a los laudantes (art. 33, 2 LA), los cuales, a partir de la fecha de la notificación, podrán solicitar la aclaración del laudo, o impugnarlo ejercitando una acción de nulidad.

Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos debidamente justificados de los árbitros, los gastos notariales, los derivados de notificaciones y práctica de pruebas y, en su caso, el coste del servicio prestado por la institución arbitral. Salvo pacto en torno a las costas, cada parte deberá satisfacer sus propios gastos y los comunes por mitad, a no ser que los árbitros apreciaran mala fe o temeridad (art. 35 LA). Nótese que, contrariamente al criterio del vencimiento acogido por la LEC en

47. PRIETO CASTRO, *La nueva regulación del arbitraje, Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, ed. cit., p. 472. CARRERAS, *Estudio comparativo de la Ley española de Arbitraje*. FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., p. 465. SERRA DOMÍNGUEZ, *El proceso arbitral, Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., p. 596.

48. La S de 28 de abril de 1988 alude a que la Sala «no cuenta con todos los antecedentes de que éste (el árbitro) dispuso, sino sólo con los que proporcionan el propio laudo y aquellos que hubieren sido protocolizados».

49. SS 14 de noviembre de 1984 (RA 5553), 8 de noviembre de 1985 (RA 5517), 14 de julio de 1986 (RA 4507) y 30 de mayo de 1987 (RA 3853).

50. SS 14 de abril de 1976 (RA 1810) y 13 de julio de 1982 (RA 4232), que vienen a recoger la doctrina de bastantes sentencias anteriores. (Muchas de estas sentencias anteriores son recogidas por SERRA DOMÍNGUEZ, *El proceso arbitral, Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., p. 601.)

51. Véase la interesante S de 14 de julio de 1986 (RA 4507).

52. La fecha de emisión del laudo es la del instrumento público que lo contiene. Cf. SS 1 de junio de 1976 (RA 2616) y 6 de diciembre de 1984 (RA 6036).

su reforma de 1984, la LA se inclina por el criterio de la temeridad en cuanto a las costas del arbitraje.

Dentro de los cinco días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes podrá pedir la corrección de errores de tipo material o la aclaración de conceptos oscuros u omisiones. Los árbitros deberán resolver dentro de los diez días siguientes, protocolizando su decisión notarialmente y notificándola fehacientemente a las partes. Si en el plazo indicado no hubieran resuelto, se entenderá que deniegan la corrección o aclaración (art. 36 LA).

El recurso de aclaración, como es sabido, no es propiamente un recurso. Tampoco lo son los demás medios de impugnación del laudo regulados en la nueva LA. Tal ausencia de recursos jurisdiccionales contra el laudo es coherente con el desplazamiento de la jurisdicción producido por el convenio arbitral. Si las partes han querido someterse a un tercero y no a un juez, sería incoherente que la decisión de aquél pudiera ser modificada en segunda instancia por éste.⁵³

Así pues, debemos afirmar que los mal llamados recursos contra el laudo arbitral no son propiamente recursos. No lo es el de revisión, que prevé el art. 37 de la LA, pues se trata de un juicio rescisorio del laudo firme cuando concurren las causas taxativas previstas en la LEC. Tampoco es un recurso jurisdiccional el de anulación del laudo, regulado en los arts. 45 y ss. de la LA, sino que nos hallamos ante el ejercicio de una acción, solicitando la nulidad del laudo cuando concurren las causas previstas legalmente. Precisamente, durante la vigencia de la Ley de 1953, el recurso de casación y principalmente el de nulidad evitaban, en numerosas ocasiones, que el interesado ejercitara una acción de nulidad a través de un proceso jurisdiccional.⁵⁴ Al suprimirse por la nueva LA los referidos recursos de casación y nulidad, era obligado establecer el cauce procesal para el ejercicio de la posible acción de nulidad contra el laudo.

53. FENECH, *El arbitraje en Derecho español*. FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., p. 426. Durante la vigencia de la Ley de 1953 la propia jurisprudencia puso de relieve, en alguna ocasión, la contradicción que implicaban los recursos de casación y nulidad. Así, por ejemplo, S 28 de abril de 1988 (RA 3283): «... Las partes se sometieron a la jurisdicción del árbitro con exclusión de los órganos estatales... y el que sea ahora un órgano jurisdiccional quien resuelva el conflicto, comporta cierta contradicción.»

54. ALMAGRO, *La ejecución del laudo arbitral*, *Rev. Univ. Der. Proc. UNED*, 1988, n.º 0, p. 25.

VIII. LA ACCIÓN DE NULIDAD CONTRA EL LAUDO

Desde hace tiempo, un sector de la doctrina procesal española venía manteniendo la necesidad de otorgar una acción de nulidad contra el laudo, para poder plantear, en el ámbito del proceso declarativo, problemas que no podían canalizarse a través de los límites taxativos del recurso de nulidad de la Ley de 1953. El propio TS vino a admitir, al respecto, la posibilidad de acudir a un proceso declarativo para solicitar la nulidad del laudo.⁵⁵

En esta línea —y al suprimirse los recursos jurisdiccionales contra el laudo— la nueva Ley permite ejercitar una acción de nulidad, pero que sólo puede fundarse en causas taxativas. Equivocadamente, a esta acción de nulidad se la llama recurso, probablemente porque su interposición produce los anómalos efectos de impedir la firmeza y la ejecución —incluso la provisional— del laudo. Sin embargo, y pese a la dicción legal, no nos hallamos ante un recurso, dado que la acción de nulidad no provoca un nuevo conocimiento de lo que fue objeto del arbitraje.

El art. 45 de la LA enumera las causas que pueden dar lugar a solicitar la anulación del laudo, adaptándose al respecto a las previsiones de los Convenios Internacionales suscritos por España.⁵⁶

Pasemos al análisis de los motivos de nulidad enumerados por el art. 45 de la LA.

Motivo 1: «Cuando el convenio arbitral fuere nulo.»

Si dejamos aparte la nulidad del convenio por carecer los contratantes de capacidad para obligarse, y atendemos al articulado de la LA, pueden producirse los siguientes supuestos legales de nulidad: A) Cuando el convenio contenga como sometidas a arbitraje las materias

55. SERRA DOMÍNGUEZ, *El proceso arbitral*, en *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., pp. 612 y ss. Cf., asimismo, la jurisprudencia citada por este autor en la p. 613 del aludido trabajo. CARRERAS, *Contribución al estudio del arbitraje, Ensayo de Derecho comparado*, en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, p. 541. En contra de la opinión de estos autores, se manifiesta ALMAGRO partidario de que las causas de nulidad se hagan valer por medio de recursos, nunca por medio de acciones autónomas. Cf. ALMAGRO, *La ejecución del laudo arbitral*, *Rev. Univ. Der. Proc.*, UNED, 1988, n.º 0, pp. 29 y ss.

56. Las causas de nulidad del laudo del art. 45 de la LA vienen a coincidir con las que permiten denegar el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero en los Tratados Internacionales comerciales. Cf., al respecto, el art. V del Convenio de Nueva York de 1958.

excluidas por el art. 2 de la LA; B) Cuando el convenio no contenga las dos estipulaciones necesarias previstas en el art. 5, 1 de la LA, es decir, la voluntad inequívoca de los contratantes de someterse a arbitraje y la determinación de las relaciones jurídicas en las que hayan surgido o puedan surgir las cuestiones litigiosas que deben decidir los árbitros; C) Cuando el convenio se halle dentro del clausulado de un contrato de adhesión y deba interpretarse, de acuerdo con el art. 5, 2 de la LA, que ha venido impuesto a la parte débil; D) Cuando el convenio no se adapte a las diversas modalidades de formalización por escrito previstas en el art. 6 de la LA; y E) Cuando el convenio coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros (art. 9, 2 LA).

En cambio, no se podrán amparar en este motivo primero del art. 45 de la LA las alegaciones de nulidad referidas al procedimiento de formalización judicial del arbitraje, dado que este procedimiento versa sobre la designación de los árbitros, sin prejuzgar la validez del convenio arbitral.⁵⁷

Motivo 2: «Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley.»

Este motivo segundo de nulidad comprende dos submotivos: A) La inobservancia de las normas legales previstas para el nombramiento de los árbitros; y B) La inobservancia de los principios y formalidades legales en la actuación de los árbitros.

A) La inobservancia de las normas legales previstas para el nombramiento de los árbitros.

Este submotivo incluye: a) el nombramiento de algún árbitro que carezca de capacidad para serlo o esté incurso en incompatibilidad legal; b) la intervención en el arbitraje de algún árbitro que no estuviera legitimado, al no haberse ajustado su nombramiento y aceptación del cargo a las prescripciones legales; c) la actuación de un colegio arbitral que no se haya ajustado a lo previsto en la Ley, respecto al número de árbitros y composición del tribunal; d) que haya concurrido a dictar el laudo algún árbitro incurso en una causa de recusación pues,

57. ORTIZ NAVACERRADA, *La ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: aspectos procesales*, en *Act. Cív.*, n.º 2 de 15 de enero de 1989, p. 161.

como hemos señalado anteriormente, la recusación de los árbitros es una recusación peculiar, en cuanto que si éstos no aceptan voluntariamente su recusación, el recusante sólo puede hacerla valer solicitando posteriormente la anulación del laudo.

B) La inobservancia de los principios y formalidades legales en la actuación de los árbitros.

A tenor de este submotivo se producirá la nulidad del laudo arbitral cuando el proceso arbitral no se haya ajustado a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes,⁵⁸ o cuando no se hayan respetado las disposiciones de obligado cumplimiento en el procedimiento arbitral.

La ausencia de un fedatario público en el procedimiento arbitral puede dificultar la prueba de este submotivo de nulidad. Sólo cuando se hayan levantado actas detalladas de las actuaciones arbitrales, o se hayan protocolizado notarialmente, podrá alegarse con efectividad la inobservancia de los principios y formalidades legales en la actuación de los árbitros.

Motivo 3: «Cuando el laudo se hubiere dictado fuera de plazo.»

En torno al plazo para dictar el laudo, su inicio, su cómputo, su prórroga y suspensión, nos remitimos a lo tratado anteriormente al abordar los requisitos del proceso arbitral. Si el laudo es dictado fuera de plazo, operará esta causa de anulación.

Queremos poner de relieve aquí, que nuestra jurisprudencia, que fundamentaba la nulidad del laudo dictado fuera de plazo exclusivamente en que dicho plazo operaba como condición resolutoria del convenio arbitral (contrato de compromiso de la Ley de 1953),⁵⁹ en estos últimos años parece adoptar una concepción más jurisdiccional del arbitraje, al referirse continuamente a la «pérdida de la función jurisdiccional de los árbitros» cuando el laudo se dicta fuera de plazo.⁶⁰

Motivo 4: «Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no puedan ser

58. El TS, refiriéndose al arbitraje de equidad regulado en la Ley de 1953, recordaba continuamente que los árbitros debían dar a las partes la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimaren necesarias. Cf., por todas, S 1 de diciembre de 1986 (RA 7188).

59. Cf. SS 24 de junio de 1970 (RA 3229) y 1 de junio de 1976 (RA 2616).

60. Cf. SS 20 de mayo de 1982 (RA 2584), 2 de febrero de 1983 (RA 799), 6 de diciembre de 1984 (RA 6036) y 6 de octubre de 1987 (RA 6721).

objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal.»

Este motivo de anulación contempla la extralimitación de los árbitros bajo dos aspectos:

Primero: cuando resuelvan puntos que el convenio no ha sometido a su decisión.

Segundo: cuando fallen sobre cuestiones que, aun habiéndoseles sometido, no pueden ser objeto de arbitraje. En este segundo aspecto, la extralimitación de los árbitros concurrirá con la causa 1.ª y con la causa 5.ª de anulación del propio art. 45 de la LA. Con la causa 1.ª, dado que el convenio arbitral será nulo por haber sometido a arbitraje cuestiones que no pueden ser objeto del mismo; y con la causa 5.ª, porque el laudo que decida cuestiones que no pueden ser objeto de arbitraje será contrario al orden público.

La extralimitación, de acuerdo con este motivo de anulación, no tiene por qué conllevar siempre la anulación total del laudo. Dado que éste puede contener diversos pronunciamientos, la nulidad no afectará a los pronunciamientos en los que los árbitros no se hayan extralimitado, siempre que la nulidad parcial pueda ser declarada sin afectar a la cuestión principal.

Es indispensable, también, referirnos aquí a la doctrina jurisprudencial en torno a la extralimitación arbitral. Como es sabido, la LEC contemplaba —con términos gramaticales coincidentes con los del motivo 4.º del art. 45 de la LA— la extralimitación de los árbitros como motivo de casación en el arbitraje de derecho y de nulidad en el arbitraje de equidad. Entendemos que la doctrina elaborada por nuestro TS será atendida por las Audiencias cuando conozcan del proceso de anulación del laudo.

La referida doctrina jurisprudencial en torno a la extralimitación de los árbitros puede sintetizarse en los siguientes puntos:

A) Los árbitros se extralimitan cuando deciden cuestiones que no les fueron sometidas por los contratantes a través del convenio arbitral. De ahí que el convenio sea el punto de referencia para apreciar la extralimitación.⁶¹

B) Si los árbitros no pueden salirse de los límites del convenio

arbitral, es preciso que previamente sepan cuáles son estos límites, lo que exige interpretar el convenio. Al respecto, «la jurisprudencia de esta Sala ha sido uniforme y reiterada en cuanto a declarar que, si bien los árbitros no pueden traspasar los límites objetivos del compromiso, tampoco están obligados a interpretarlo con demasiada restricción, apartándose de la misión amistosa y cordial confiada, porque el fin del TS al resolver esta clase de recursos es dejar sin efecto lo que constituye exceso en el laudo... reduciéndose en el recurso a examinar si hubo o no exceso jurisdiccional, traspasando los límites objetivos del compromiso, no atendiendo para ello a la literalidad de las cláusulas compromisorias, sino procurar inducir la voluntad de las partes, doctrina de la que son exponentes una diversidad de sentencias, siendo de citar, entre ellas, las de fechas 17 de abril de 1943, 9 de octubre y 14 de noviembre de 1984, y 17 de septiembre de 1985».⁶²

C) La extralimitación no puede confundirse con el mayor o menor grado de acierto de los árbitros. El TS no podía declarar nulo el laudo por estimarlo erróneo,⁶³ pues como declaró el TC, en S 43/1988 de 16 de marzo, ello constituiría paradójicamente extralimitación del tribunal jurisdiccional (el TS), «desde la perspectiva de la indebida atribución arbitral de fondo y de la exclusión del juez predeterminado por la Ley y el convenio de las partes».

Motivo 5: «Cuando el laudo fuera contrario al orden público.»

El laudo será contrario al orden público cuando vulnere las normas y principios que tengan tal alcance en nuestro Ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el orden público es un concepto relativo que está en función de las circunstancias de tiempo y lugar e incluso de las concepciones jurídicas del legislador en cada momento histórico. Ello significa que cabe interpretar de diversos modos lo que sea el orden público. De ahí que, para delimitar el concepto, en la Exposición de motivos de la LA se indique que el orden público será interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución. Es decir, el laudo arbitral será nulo, si atenta contra los derechos y libertades constitucionales,

62. Ver también SS 25 de mayo de 1979 (RA 1894), 4 de junio de 1980 (RA 2398), 9 de octubre de 1984 (RA 4767), 17 de septiembre de 1985 (RA 4273), 14 de julio de 1986 (RA 4507), 30 de noviembre de 1987 (RA 8703) y 15 de diciembre de 1987 (RA 9507).

63. SS 16 de febrero de 1982 (RA 690) y 15 de junio de 1983 (RA 3526).

61. S 2 de febrero de 1978 (RA 548).

según la interpretación que haga de los mismos, en cada momento histórico, el TC.

Estas cinco causas de nulidad, analizadas someramente, se harán valer a través de un proceso especial, al que el legislador llama recurso de anulación.

Es de lamentar que se venga a crear un nuevo procedimiento especial, de instancia única, ante un órgano —la Audiencia Provincial— que tiene habitualmente competencia funcional para conocer en segunda instancia. No podemos comprender la tendencia constante del legislador de crear nuevos procedimientos, ni es justificable la proliferación de procedimientos especiales en nuestro Ordenamiento procesal. Además, no existía impedimento alguno para que la petición de nulidad del laudo se sustanciase a través de un procedimiento declarativo ordinario.

El procedimiento especial —en el que es preceptiva la intervención de abogado y procurador (art. 51 LA)— se inicia por medio de un escrito, que deberá presentarse en el plazo de 10 días hábiles desde la notificación del laudo o desde su aclaración (art. 46, 2 LA). En este escrito de demanda se deberán alegar los motivos de anulación y realizar la proposición de prueba (art. 46, 3 LA). Se acompañarán los documentos acreditativos del convenio arbitral, del laudo, y los testimonios pertinentes de las actuaciones arbitrales, previniéndose, respecto a estos últimos, que sean reclamados por el Tribunal a los árbitros, si el litigante no hubiera podido obtenerlos (art. 47 LA).

Las demás partes contestarán la demanda —podrán impugnar por escrito el recurso, según la dicción legal— en el plazo de 20 días. En el mismo escrito realizarán la proposición de prueba (art. 48, 1 LA).

Las pruebas se practicarán en el plazo máximo de 20 días (art. 48, 2 LA).

Dentro de 6 días, desde la terminación del plazo concedido para la práctica de las pruebas, las partes podrán solicitar vista pública. La Sala accederá a ella dentro de los 2 días siguientes, si al menos una parte lo pidiere (art. 49, 1 LA).

Dentro de los 10 días siguientes a la vista, o a la terminación del plazo para la práctica probatoria si no se ha solicitado vista, la Audiencia Provincial dictará sentencia, dando o no lugar a la anulación del laudo. Esta sentencia no es susceptible de recurso alguno (art. 49, 2 LA).

Durante la sustanciación de este proceso especial de anulación del laudo pueden solicitarse medidas cautelares.

La nueva LA, que no ha considerado oportuno regular medidas cautelares durante la tramitación del arbitraje, las establece en función del recurso de anulación del laudo. Con ello, se pretende evitar que se acuda al proceso de anulación con la única finalidad de aplazar la ejecución del laudo. Pensamos que, al respecto, hubiera sido más adecuado conservar la ejecución provisional del laudo que permitía la Ley de 1953. Llama la atención además que, con anterioridad a la reforma de la LEC de 1984, sólo cupiera ejecutar provisionalmente el laudo y no las sentencias judiciales, y que, precisamente, cuando ya es posible la ejecución provisional de las sentencias, la nueva LA suprima la ejecución provisional del laudo.

Las medidas cautelares innominadas —las conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo cuando alcance firmeza— se podrán solicitar, durante la pendencia del proceso de anulación ante el juez de primera instancia que fuere competente para la ejecución posterior del laudo (art. 50, 1 LA).

La petición se formulará por escrito, acompañando copia del laudo y, previa una anómala comparecencia de las partes (que nos parece totalmente inadecuada atendiendo la naturaleza y finalidad de las medidas cautelares), el juez resuelve en el plazo de 3 días (art. 50, 3 LA).

El auto que dicte el juez adoptando medidas cautelares —auto que no es susceptible de recurso— podrá señalar los afianzamientos o contracautelas que considere oportunos (art. 50, 2 LA).

Las medidas cautelares acordadas tendrán efectividad hasta que recaiga resolución judicial en el proceso de anulación del laudo (art. 50, 4 LA).

IX. LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

De un modo general, el art. 52 de la LA dispone que los laudos serán ejecutables «conforme a lo establecido en la presente Ley, dentro de la extensión y límites de la jurisdicción española».

Y lo establecido es que, una vez firme el laudo arbitral —por no haberse formulado demanda de anulación dentro del plazo previsto, o por haber recaído sentencia no dando lugar a la misma—, puede obtenerse la ejecución, acudiendo al juez de primera instancia del lugar donde se haya dictado el laudo (art. 53 LA). Como hemos indicado, en repetidas ocasiones, el árbitro carece de la potestad imprescindible para los actos coercitivos de ejecución.

La ejecución se solicita por escrito, al que se acompañará necesariamente copia autorizada del laudo y los documentos acreditativos de la notificación a las partes y del convenio arbitral (art. 54, 1 LA). También se acompañará, en su caso, testimonio de la sentencia dictada por la Audiencia, en la que no se dé lugar a la demanda de anulación del laudo (art. 54, 2 LA).

El juez, antes de despachar la ejecución, debe examinar el título y dar traslado de la petición al ejecutado.

El examen judicial del título —es decir, de todos los requisitos que le hacen apto para su ejecución— no equivale a la homologación del laudo prevista en otros sistemas procesales,⁶⁴ sino que es una constatación que no exige una resolución judicial posterior. Ahora bien, este examen del título comporta que el juez compruebe que el laudo se ha obtenido con observancia de todos los preceptos imperativos que disciplinan el arbitraje. El juez no podrá despachar ejecución, por ejemplo, en virtud de un laudo nulo por referirse a materias excluidas del arbitraje, o por ser contrario al orden público.⁶⁵

Realizado el examen judicial del título, se disciplina por el art. 55 de la LA que se dé traslado de la petición de ejecución a la otra parte. Este traslado, previo al despacho de la ejecución, supone una peculiaridad del proceso de ejecución del laudo, que no se inicia *inaudita parte debitoris*. El ejecutado, en el plazo de 4 días, puede alegar dos motivos que imposibilitan la ejecución: 1.º La pendencia del recurso de anulación, acreditándolo documentalmente, en cuyo caso se suspenderá la ejecución hasta que recaiga resolución en el referido proceso; y 2.º La anulación judicial del laudo, que se acreditará mediante testimonio de la sentencia que la declare, en cuyo supuesto el juez no despachará la ejecución (art. 55, 1 LA).

Con buen criterio, la nueva LA no permite oponer, además de estos dos, otras causas que impidan el despacho de la ejecución. Por una parte, el juez habrá comprobado la correcta aplicación por los árbitros de las normas imperativas de la Ley de Arbitraje, al examinar el laudo

64. Prieto Castro entiende que esta actividad judicial es homologación del laudo. Cf. PRIETO CASTRO, *La nueva regulación del arbitraje*, en *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, ed. cit., p. 483.

65. FENECH, *La ejecución de las sentencias arbitrales*, en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., pp. 532 y ss. Este autor realiza un magnífico estudio de las reglas imperativas de arbitraje, cuyo cumplimiento debe ser controlado por el juez antes de despachar la ejecución. El análisis realizado por el Prof. Fenech, al que nos remitimos, es trasladable a la nueva regulación del arbitraje.

como título ejecutivo. Por otra, el ejecutado, con anterioridad al trámite de la ejecución, habrá podido acudir al proceso de anulación del laudo, en base al art. 45 de la LA, que contempla casos muy amplios de nulidad. El incidente de ejecución que se propugnaba por un sector de la doctrina, en base de motivos que comportaban nulidad radical, o en base a causas que provocaban la anulabilidad, sobre puntos no comprendidos en los motivos de los recursos jurisdiccionales,⁶⁶ tenía su razón de ser durante la vigencia de la Ley de 1953. En la actualidad, permitiéndose acudir a un proceso de anulación, los posibles problemas de impugnación de laudos nulos deben quedar resueltos definitivamente con anterioridad a la ejecución. La postura del demandado, oponiéndose incidentalmente a la ejecución, alegando nulidad del laudo, sería intempestiva, en cuanto que dispuso del momento procesal oportuno para la impugnación.

Evacuado el traslado de la petición de ejecución a la otra parte, sin que haya sido procedente suspender o denegar la ejecución, el juez dictará auto despachando la ejecución (art. 55, 2 LA) y, a partir de este momento, el procedimiento se acomoda a las normas comunes para la ejecución de las sentencias.

No podemos dejar de aludir aquí al problema que puede plantearse en torno al posible acceso a la casación contra los autos dictados en apelación en el procedimiento de ejecución del laudo. Durante la vigencia de la Ley de 1953 podía sostenerse que cabía casación contra estos autos en el arbitraje de derecho, pero no en los supuestos de arbitraje de equidad, dado que sólo son susceptibles de casación los autos que dictan las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de las sentencias, cuando resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia, o se provea en contradicción con lo ejecutoriado, siempre que quepa recurso de casación contra la sentencia del asunto principal. Pese a lo cual, la propia doctrina jurisprudencial no era uniforme al respecto y la

66. FENECH sostenía que el ejecutado podía promover un incidente declarativo, oponiéndose a la ejecución, en base a causas de nulidad que no podían hacerse valer a través de los recursos de casación y nulidad. Cf. FENECH, *La ejecución de las sentencias arbitrales*, en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., pp. 538 y ss. Asimismo, SERRA, *El proceso arbitral*, en *Estudios de Derecho procesal*, ed. cit., p. 612. En contra de este incidente de ejecución, se manifestaba Almagro, sosteniendo que las acciones de nulidad fueron absorbidas históricamente por los recursos y, en consecuencia, el ejercicio autónomo de las acciones de nulidad era redundante e intempestivo. Cf. ALMAGRO, *La ejecución del laudo arbitral*, *Rev. Univ. Der. Proc.*, UNED, 1988, n.º 0, pp. 29 y ss.

reforma de la LEC de 1984 dejó el tema todavía más confuso.⁶⁷ En la actualidad, vigente la nueva Ley de Arbitraje de 1988, al no proceder los recursos de casación y nulidad contra el laudo, el problema queda definitivamente resuelto.

X. LA EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE LOS LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

La nueva LA, en su Título IX, quiere resolver el problema de la eficacia en España de los laudos dictados en el extranjero a través de formalidades diversas de las prescritas en el Ordenamiento jurídico español, cubriendo la laguna legislativa que existía al respecto.

Convendrá precisar, primeramente, qué debe entenderse por laudo extranjero, pues siendo cierto, estrictamente, que laudo extranjero es aquél que no ha sido pronunciado en España (art. 56, 2 LA), también lo es que debe ser considerado extranjero tanto el laudo internacional como el laudo extranjero interno. El primero —dictado conforme a las reglas de los Tratados arbitrales internacionales suscritos por España— acostumbra a referirse a materias comerciales, y presenta como peculiaridad que puede ser pronunciado incluso dentro de nuestras fronteras (siempre que se presenten componentes extranjeros).⁶⁸ El segundo es el dictado en el extranjero, conforme a las leyes estatales extranjeras.

En el régimen de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953 se interpretó que los laudos arbitrales extranjeros podían ejecutarse como si se tratara de sentencias extranjeras, es decir, previa obtención del *exequatur*. Sin embargo, existió una cierta resistencia jurisprudencial a aplicar el sistema convencional de arbitraje internacional, que se entendía subordinado a la Ley, cuyos preceptos restrictivos respecto al

67. Véase el buen planteamiento de este tema que realiza ALMAGRO, *La ejecución del laudo arbitral*, Rev. Univ. Der. Proc., UNED, n.º 0, pp. 32 y ss. Hay que citar también, al respecto, la S 1 de julio de 1988: «El recurso de casación aquí interpuesto y sustanciado, en cuanto dirigido a impugnar un auto dictado en ejecución de un laudo de equidad, no tiene encaje en el n.º 2 del art. 1.687 de la LEC en que pretende apoyarse, toda vez que: a) no se trata aquí, como concretamente se establece en dicho numeral, de un auto dictado en ejecución de sentencia pronunciada en un juicio declarativo ordinario de los comprendidos en el n.º 1 de dicho precepto; b) siendo el de casación un recurso extraordinario presidido por el interés público, en cuanto su objeto principal es velar por la fuerza de la aplicación de la norma jurídica y la uniformidad de la doctrina, la interpretación de los presupuestos que lo regulan no puede realizarse, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, con criterios hermenéuticos amplios, sino restrictivos.»

arbitraje internacional eran de inexcusable observancia por razones de orden público. De todos modos, finalmente acabó prevaleciendo el criterio jurisprudencial conforme al que los textos de los Convenios internacionales de arbitraje firmados por España eran de aplicación exclusiva, con independencia de la barrera que suponía la interpretación restrictiva de la Ley de 1953.⁶⁹ Además, no podía olvidarse, a partir de la reforma del CC que, según su nuevo art. 1,5, las normas de los Convenios Internacionales entraban a formar parte del Ordenamiento interno, siendo de aplicación directa desde su publicación en el BOE.

En este estado de cosas, el párr. 1 del art. 56 de la nueva LA viene a establecer que los laudos arbitrales extranjeros serán ejecutados en España de conformidad con los Tratados Internacionales que formen parte del Ordenamiento interno y, en su defecto, de acuerdo con las normas de la LA.

Entre los Tratados Internacionales firmados por España en materia de Arbitraje hay que referirse al Protocolo y Convenio de Ginebra de 1923 y 1927, respectivamente, al Convenio de Nueva York de 1958, ratificado por España el 12 de mayo de 1977, y al Convenio de Ginebra de 1961, ratificado por España el 5 de marzo de 1975.

A falta de Tratados Internacionales, los laudos arbitrales extranjeros se ejecutarán de acuerdo con las normas de la LA, es decir, siempre que no deba denegarse el *exequatur* por defectos formales o por concurrir las causas previstas en su art. 59.⁷⁰

Respecto al procedimiento para solicitar la ejecución del laudo extranjero, el art. 58 de la LA remite expresamente a las reglas establecidas en la LEC para la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, es decir, a los arts. 956, 957 y 958.

Si se deniega el *exequatur* del laudo extranjero por defectos formales, se prevé por el art. 58, 2 LA que puede volver a solicitarse, una vez subsanados dichos defectos.

En lo que afecta a la denegación del *exequatur* por razones de

68. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1981, pp. 213 y 214.

69. Los autos del TS que iniciaron esta tendencia jurisprudencial fueron los de 11 de febrero y 8 de octubre de 1981. Sobre esta línea jurisprudencial, y en general sobre el sistema de arbitraje basado en los Convenios arbitrales internacionales, cf. RAMOS, *Arbitraje y proceso internacional*, Barcelona, 1987, especialmente los trabajos: *Arbitraje internacional. Confirmación de una doctrina jurisprudencial*, pp. 131 y ss.; y *Las cláusulas de arbitraje internacional y su validez desde el punto de vista del Derecho español*, pp. 73 y ss.

70. A diferencia de las sentencias, a falta de Tratados, no se acude a la reciprocidad ni, en su defecto, a las circunstancias del art. 954 de la LEC.

fondo, el art. 59 de la LA distingue entre causas de denegación apreciables de oficio y causas apreciables a instancia de parte o del Ministerio Fiscal.

Las causas de denegación apreciables de oficio son que el laudo sea contrario al orden público y que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones que, conforme a la Ley española, no sean susceptibles de arbitraje. Nos hallamos ante la manifestación de un principio, común en todos los Ordenamientos, que prohíbe la aplicación de la Ley extranjera cuando resulte contraria a los más elementales principios y normas nacionales de obligado acatamiento. De ahí que, en tales supuestos, la Sala del TS deba declarar, de oficio, no haber lugar al reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

Cuestión distinta, que debe ser denunciada por la parte interesada o por el Ministerio Fiscal, es la nulidad del laudo por contrariar la propia Ley extranjera que lo regula. Al respecto, y según ordena el art. 59 de la LA, se denegará el reconocimiento y ejecución en los siguientes supuestos: a) si el convenio arbitral es nulo conforme a la Ley que resulte aplicable; b) cuando, en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral, no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la Ley que resulte aplicable; y c) cuando los árbitros hayan resuelto puntos no sometidos a su decisión.⁷¹

Para conceder o denegar el *exequatur* en estos supuestos, el TS deberá acudir a la Ley extranjera que resulte de aplicación o a la que deba actuarse atendiendo a las normas del Tratado Internacional.⁷² De acuerdo con el art. 12 del CC, se deberán aplicar las normas de conflicto que resulten del Derecho español, pero la LA, en sus arts. 60 y ss., ha querido especificar algunas normas de Derecho Internacional Privado y, para salvar cualquier laguna, el art. 63 y último de la LA realiza una remisión al Título preliminar del CC.

71. Iriarte realiza un análisis crítico de las omisiones e imprecisiones del art. 59 de la LA (art. 60 del Proyecto); concluyendo que lo óptimo hubiera sido una simple remisión al Convenio de Nueva York de 1958. Cf. IRIARTE, *El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros según el art. 60 del Proyecto de Ley de Arbitraje. Análisis crítico*, Act. Civ., n.º 31, de 29 de agosto - 4 de septiembre de 1988, pp. 1901 y ss.

72. La eficacia ejecutiva del laudo en el arbitraje internacional viene subordinada a la validez del convenio arbitral de acuerdo con las normas del Tratado, que acostumbra a remitir a la Ley aplicable. El problema, en muchas ocasiones, está en saber cuál sea la Ley aplicable al pacto arbitral. Cf. RAMOS, *Las cláusulas de arbitraje internacional y su validez desde el punto de vista del Derecho español. Arbitraje y proceso internacional*, ed. cit., pp. 83 y 84.

LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS EN LAS CRISIS MATRIMONIALES

Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO:

1. Introducción. — 2. Naturaleza de las medidas provisionalísimas. — 3. Su regulación en el Código Civil. — 4. La Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1981, de 7 de julio. — 5. Los artículos 1881, 1882 y 1883 LEC. ¿Puede el marido solicitar las medidas? — 6. Competencia objetiva. — 7. Competencia territorial. — 8. Intervención del Ministerio Fiscal. — 9. Medidas previstas en los artículos 1881, 1882 y 1883 y procedimiento para su adopción: 9.1. La separación provisional (1.881.1.º); 9.2. Entrega de los hijos menores de 7 años (1.881.2.º); 9.3. Decisión sobre las ropas, enseres y muebles que reciba para ella y los hijos que se le confíen; 9.4. Decisión sobre el domicilio en que habrá de residir; 9.5. Procedimiento para la adopción de las medidas de los arts. 1.881 y 1.882.º; 9.6. Procedimiento para la adopción de la medida del artículo 1.883. — 10. Otras medidas no reguladas en la LEC. — 11. Resolución judicial, recursos y presentación de la demanda.

1. INTRODUCCIÓN

Las medidas provisionales que pueden solicitarse antes o durante la tramitación de un proceso de nulidad, separación o divorcio se regulan en nuestro Derecho de modo disperso en distintos textos legales. El Código Civil (CC), la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), la Disposición Adicional 4.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio (DA 4.ª) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) contienen la normativa aplicable. El artículo no es sólo disperso, sino también incompleto y con-

tradictorio, exigiendo su complejidad un gran esfuerzo en la selección e interpretación de los preceptos.

En esta materia las modificaciones introducidas por las reformas sustantivas del Derecho de familia y las procesales no son acertadas y han provocado nuevos problemas sin solucionar los que ya existían. Las sucesivas reformas procesales, además de técnicamente defectuosas, han sido siempre «regulaciones de urgencia» en espera de una ordenación sistemática del proceso matrimonial que nunca llega,¹ y en este punto la doctrina es unánime en la crítica del legislador.²

Nuestro trabajo tiene por objeto seleccionar e interpretar las normas vigentes para construir un procedimiento de adopción de medidas provisionalísimas sobre la base de la finalidad que cumple esta institución.

Antes de comenzar con el estudio de su naturaleza es conveniente realizar una aproximación lingüística a los términos empleados y distinguir ya los dos tipos de medidas que en la expresión genérica «medidas provisionales» se comprenden.

1. En 1958 la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril, por la que se modificaron determinados artículos del CC y de la LEC, relativos al matrimonio y a la situación jurídica de la mujer, reconocía que «con ella se trata sencillamente de servir las necesidades de una reforma inmediata, sin renunciar al propósito de que en una reforma futura, sea parcial o total, pueda ponerse a tono en toda su extensión la Ley Procesal vigente con el CC». Igual propósito animó al legislador de 1981, quien, en la Ley de 7 de julio (núm. 30), por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, manifiesta en las Disposiciones Adicionales: «en tanto no se modifique la LEC, se observarán las siguientes normas procesales...». Y la LEC se reformó tres años después, por Ley 34/84 de 6 de agosto, pero fue una reforma urgente. Por supuesto no se regularon coherentemente los procesos matrimoniales, aunque se hizo una referencia a ellos en la Disposición Derogatoria y se modificaron los arts. 1.881 y 1.885. En vista del resultado hubiera sido mejor que no los hubiese, siquiera, mencionado.

2. Sobre las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sirvan como ejemplo las palabras de MORENO CATENA: «... constituyen un cuerpo disperso y falto de sistema, donde se establecen (sólo en las nueve primeras) una serie de reglas procedimentales más que procesales, sin formularse principios rectores precisos de la actividad judicial». *Derecho procesal*, t. I, v. 2, obra colectiva, Valencia, 1987, p. 221.

Acerca de la reforma de la LEC por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, dice CORTÉS DOMÍNGUEZ: «El legislador de 1984 muestra grandes y graves lagunas en su capacidad y técnica legislativa (...). Esta situación es grave y produce escándalo; muestra sencillamente el descuido con que se ha legislado; patentiza que el legislador no ha tenido en cuenta las implicaciones de su reforma y que ni siquiera ha estado atento a las reformas legislativas de muy última hora.» *Comentarios a la reforma de la LEC*, Madrid, 1985, pp. 983 y 984.

Como señala Ramos, «la denominación "medidas", aunque no es demasiado técnica, es suficientemente gráfica y expresiva y cuenta con abolengo en nuestra tradición jurídica». «Mediante la misma se hace referencia en líneas generales al fin de protección que persiguen y al carácter de prevención con que se adoptan.»³ En la misma terminología con que se denomina esta institución parece que late la finalidad de aseguramiento y la palabra «medida» produce la impresión de que son decisiones adoptadas con cierta sumariedad.

El adjetivo «provisionales», utilizado genéricamente, es predicable tanto de las medidas que se solicitan antes de la presentación de la demanda (art. 104 CC), mejor llamadas «provisionalísimas», «provisionales previas» o «previas», como de aquellas que se instan al presentar la demanda o posteriormente (arts. 102 y 103 CC), denominadas «provisionales coetáneas», «coetáneas», «simultáneas» o simplemente «provisionales».

2. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS

Tradicionalmente se ha discutido la naturaleza de las medidas provisionales y provisionalísimas, preguntándose la doctrina si pueden considerarse cautelares y si son de carácter contencioso o de jurisdicción voluntaria.

Ocupémonos ahora del primer problema. La mayoría de los autores se inclinan por definirlos como medidas cautelares.⁴ Serra y Ramos aceptan esta tesis, pero matizadamente. Serra excluye la *litis expensas*⁵ y Ramos sólo la mantiene respecto de la medida de separación, en la cual se podrían encontrar los elementos (instrumentalidad, temporalidad y homogeneidad) y los presupuestos de las medidas cautelares, si bien estos últimos «presentan particularidades propias de los procesos de estado hacia los que se preordena la medida». Así el *fumus boni iuris* tiene en ellas un significado peculiar. Ramos considera que está basado en «el dato objetivo de la incoación o posi-

3. RAMOS y SERRA, *Las medidas cautelares en el proceso civil*. RAMOS, *Medidas provisionales en relación con las personas*, Barcelona, 1974, p. 120.

4. Aunque los obstáculos que la doctrina discrepante opone son muy serios. CORTÉS DOMÍNGUEZ, basándose en que las sentencias constitutivas no admiten ejecución y que no existe *periculum in mora*, rebatiendo la tesis de Ramos, niega que se trate de auténticas medidas cautelares. *Op. cit.*, p. 985.

5. *Teoría general de las medidas cautelares*, en *Las medidas...*, cit., pp. 52 y 53.

ble incoación de un proceso matrimonial». También el *periculum in mora* debe entenderse desde parámetros diferentes al de otras medidas cautelares: los peligros derivados de la larga duración del proceso imponen la conveniencia de regular provisionalmente la situación de separación, junto con «la necesidad de facilitar a la mujer la preparación de la demanda».⁶

Dejando al margen la naturaleza de las medidas provisionales y ciñendonos a las provisionalísimas, puede afirmarse que gozan éstas de una naturaleza «mixta», adjetivo que es atribuible a la institución en su conjunto y a alguna de las medidas en concreto. Semejante consideración ecléctica de las medidas no resulta extraña si se contemplan las variadas finalidades que las medidas previas a la presentación de la demanda deben cumplir.

En primer lugar tienden a alcanzar un doble objetivo: remover los obstáculos que puedan alzarse en el ejercicio del derecho de acción de uno de los cónyuges por la actitud que el otro pueda mantener;⁷ y asegurar la igualdad de ambos consortes en cuanto a los medios materiales de que dispondrán en el proceso (*litis expensas*).

También gozan de naturaleza cautelar. Está presente en la medida de separación, aunque en sus presupuestos, como hemos visto, latan los variados fines de esta institución; otras son medidas cautelares en sentido estricto (expresamente se recogen en el art. 103, 2 y 3).

Sólo queda referirnos, como última finalidad perseguida, a la ne-

6. *Op. cit.*, pp. 127 a 137. Acerca de la imposibilidad de existencia de medidas cautelares respecto de sentencias constitutivas, opina RAMOS: «El carácter público de estos procesos permite adoptar medidas que manifiesten dicha pendencia respecto del estado civil controvertido, que anticipen de alguna manera los efectos de la sentencia, provisional e independientemente de la solución que pueda recaer, o en otro caso que tutelen los efectos secundarios o derivados de la propia acción del Estado» (p. 129).

7. La acción, como derecho subjetivo público de carácter constitucional, tiene por objeto el ejercicio de la actividad jurisdiccional y se encuentra recogido, como es conocido, en el art. 24 CE (vid. GIMENO, *Fundamentos de Derecho procesal*, Madrid, 1981, pp. 127 a 149). Su vulneración, en caso de producirse, derivará de la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, su ejercicio también puede ser dificultado por los particulares. No es por ello extraño que el legislador, actuando conforme al art. 9.2 CE, trate de remover los obstáculos que en la práctica puedan presentarse antes de que uno de los cónyuges ejercite su derecho de acción, para asegurar su efectividad y la libertad y de actuación en el proceso. Sibie la infracción de derechos fundamentales por los particulares y la imposibilidad de recurrir en amparo ante el TC frente a ella, por carecer aquéllos de legitimación pasiva, puede consultarse CASCAJO-GIMENO, *El recurso de amparo*, Madrid, 1984, pp. 72-73 y 116-124.

cesidad de regular provisionalmente la situación creada por la separación que, con efectos personales y económicos complejos, exige solución judicial urgente a los problemas que pueden presentarse en el corto espacio de tiempo de vigencia para el que las medidas provisionales están concebidas.

Una segunda cuestión consiste en determinar si son de carácter contencioso o constituyen auténticas actuaciones de jurisdicción voluntaria. Su solución es difícil, pues dada la naturaleza «mixta» por la que hemos abogado podría defenderse su similitud con las actuaciones de jurisdicción voluntaria si ponemos el acento en la finalidad de protección de la libertad de actuación del solicitante, como hace Cortés Domínguez;⁸ o afirmarse, con Ramos,⁹ su carácter contencioso, aun «desdibujado», si partimos de su naturaleza cautelar.

Si bien es correcta la consideración que la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 realizaba respecto al procedimiento de adopción de medidas provisionales coetáneas como contencioso (aunque mantenía su regulación en el Libro III de la LEC), el problema no se resuelve de modo tan sencillo en lo que concierne a las provisionalísimas (que la citada Exposición de Motivos también consideraba de carácter contencioso) y, por ello, aunque sería técnicamente correcta su ubicación en la LEC en lugar distinto al que ocupan las actuaciones de jurisdicción voluntaria (porque en definitiva los fines de la institución se hallan preordenados a un proceso futuro) la finalidad esencial de estas medidas, el aseguramiento de la libertad del solicitante que le permita interponer la demanda, explica su actual inclusión en el Libro III.

3. SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El art. 104 CC, en su párrafo primero, permite al cónyuge «que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimo-

8. «La intervención judicial, por tanto, se limita a homologar el ejercicio legítimo de este poder de un modo automático, en una función típica de jurisdicción voluntaria y, por consiguiente, totalmente alejada de lo que entendemos por jurisdicción contenciosa». *Op. cit.*, p. 986.

9. «Tampoco puede negarse el carácter contencioso de las medidas previas, aunque en éstas dicha cualidad puede aparecer desdibujada. Ello se justifica por la limitación de las cuestiones debatidas, algunas de las cuales no admiten controversia, y por el carácter de urgencia y prevención que preside su concesión, lo cual justifica la exclusión del debate previo, bajo pena de dilaciones que imposibiliten el fin para el que están previstas.» *Op. cit.*, p. 125.

«solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores».

Los términos de la norma son claros y autorizan la solicitud de todos los efectos y medidas de los arts. 102 y 103. Sin embargo, las medidas provisionales como institución tutelar persiguen finalidades diversas, como hemos mantenido, pero unidas en un rasgo común esencial: la necesidad de asegurar los intereses del solicitante de un modo urgente. Ya sea para poner a su disposición medios materiales semejantes a aquellos de los que dispondrá presumiblemente el otro cónyuge en el futuro proceso, para asegurar su libertad de actuación, o sus intereses patrimoniales, o para regular provisionalmente una situación en la que la convivencia se ha vuelto insostenible, la actuación judicial tan sólo se justifica si no puede esperarse a concretarse en el trámite de medidas provisionales una vez presentada la demanda.

De seguirse otra interpretación no se entendería la razón de la existencia de dos procedimientos distintos para la adopción de medidas provisionales y provisionales. Sería absurdo que antes de presentar la demanda pudiera solicitarse cualquiera de los «efectos» y «medidas» de los arts. 102 y 103 CC, sean cuales sean las circunstancias puestas en conocimiento del juez, pues el procedimiento aplicable, como luego veremos, participa en la misma finalidad de resolución provisional de situaciones de urgencia que late en la propia naturaleza de estas medidas previas.¹⁰

4. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 4.ª DE LA LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO

La DA 4.ª establece en su párrafo primero:

«Las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos 70 y 104 del Código Civil se dictarán previos los trámites establecidos

10. También la vejatoria institución del «depósito de la mujer casada» estaba prevista para situaciones urgentes. Por otra parte, los antecedentes históricos de las medidas provisionales hacían referencia a la urgencia (antecedentes citados por RIVERO en *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, Madrid, 1984, pp. 732 y ss.). El art. 81 del Proyecto de Código Civil de 1851 establecía: «Al admitir la demanda de divorcio, o antes, si hubiera urgencia, se adoptarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes...» La Ley de Matrimonio Civil de 1870, en su art. 80, se expresaba en parecidos términos: «Admitida la demanda de divorcio, o antes si la urgencia del caso lo requiere, se acordará judicialmente...»

en los artículos 1.884, 1.885 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Este precepto, como ha puesto de manifiesto unánimemente la doctrina, es cuando menos sorprendente: los arts. 1.884 y 1.885 LEC sólo establecen la no obligatoriedad de intervención de abogado y procurador, la imposibilidad de plantear cuestiones de competencia y la prórroga del plazo de 30 días concedido en el art. 104 CC, pero no se regula ningún procedimiento para la adopción de las medidas. Además carece de sentido declarar aplicable al procedimiento correspondiente al art. 70 CC el art. 1.885 LEC.¹¹

Los problemas que presenta tan desafortunada redacción sólo pueden solucionarse mediante el análisis del significado de la expresión «concordantes».

Es incorrecto equiparar el procedimiento de fijación judicial del domicilio conyugal (art. 70 CC) y el de adopción de medidas provisionales (art. 104 CC). Los artículos «concordantes» no son los mismos en uno y otro caso. El art. 1.881 LEC no guarda absolutamente ninguna relación con el art. 70 CC y, sin embargo, tras su nueva redacción por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, no nos ofrece dudas su vigencia y su aplicabilidad en relación con el art. 104 CC.

Nos inclinamos a pensar que para la fijación judicial del domicilio en caso de desacuerdo de los cónyuges son aplicables las normas generales de jurisdicción voluntaria (arts. 1.881 a 1.824 LEC) y el artículo 1.884 al que se remite la DA 4.ª, debiéndose citar en todo caso a ambos a una comparecencia. Parece razonable la postura de Entrena Klett al considerar que en estos supuestos «no existe contradicción sino una mera discrepancia sobre un punto concreto, pero en el que se desea la subsistencia del vínculo y de la unidad familiar».¹² Además, es el criterio legal para situaciones idénticas. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, prevé en su Disposición Transitoria 10.ª:

«Mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicarán las normas de jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan:

11. Vid. ALMAGRO, *Derecho procesal*, t. I, vol. 2, obra colectiva, cit., p. 60.

12. ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio*, Pamplona, 1984, 2.ª ed., p. 626, nota 5.

2.º Para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente.»

También son aplicables los arts. 1.811 a 1.824 LEC para la determinación del procedimiento de adopción de medidas provisionales. Aunque quizá técnicamente su ubicación en el Libro III no sea la más adecuada, ya sostuvimos que el estudio de las finalidades de las medidas no hacen absolutamente irrazonable tal posición sistemática y, además, el criterio legal no es el de exigencia de una estricta naturaleza para la posible aplicación de las normas generales de jurisdicción voluntaria, sino que mantiene un criterio flexible en función de la «urgencia» de la situación, como demuestra la Disposición Transitoria transcrita.

En todo caso, sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de los artículos 1.881 a 1.824 LEC, la expresión «concordantes» de la DA 4.ª alude más concretamente, en relación con las medidas provisionales, a los arts. 1.881, 1.882 (en cuanto siga siendo aplicable) y 1.883 LEC.

5. LOS ARTÍCULOS 1.881, 1.882 Y 1.883 LEC.

¿PUEDE EL MARIDO SOLICITAR LAS MEDIDAS?

El art. 1.881 LEC se refiere sólo a la mujer casada y no menciona al marido, lo que plantea el problema de la posible abrogación, en 1984, del art. 104 CC en cuanto permite la solicitud de las medidas a ambos cónyuges.

El legislador, al abordar la reforma urgente de la LEC en la Ley 34/1984, de 6 de agosto, no realizó una ordenación coherente del procedimiento para la solicitud y adopción de medidas provisionales, sino que se limitó a suprimir de los arts. 1.881 y 1.885 las referencias a la «querrela por amancebamiento», ya sin sentido (si bien continúan presentes en la redacción de otros artículos), y también a suprimir la facultad de apreciación discrecional de la «necesidad y urgencia del caso» que el art. 1.881 concedía al juez.

Con anterioridad a la aprobación de la reforma citada, la doctrina entendía que el art. 1.881 había sido abrogado en este punto por la Ley 30/1981, de 7 de julio, dados los términos del art. 104 CC, o

por la misma Constitución (CE), al tratarse de una norma discriminatoria para el marido.

Tras la entrada en vigor de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, no puede sostenerse que prevalezca el art. 104 CC, ni considerar el juez abrogada tal norma por la CE. En caso de encontrar una contradicción insalvable entre ésta y el art. 1.881 LEC, debe plantear una «cuestión de inconstitucionalidad» al Tribunal Constitucional (TC) (art. 35 LOTC). Lo que a nuestro juicio ha de hacerse es una interpretación de las normas que permita conciliar el art. 14 CE, el 104 CC y el 1.881 y ss. LEC. Para ello hemos de ser conscientes de una realidad social que el intérprete de la ley no puede desconocer por imperativo del art. 3 CC: aunque repudiemos consideraciones discriminatorias que conciben a la mujer como un ser débil y siempre necesitado de protección, no podemos olvidar que en la vida diaria son tristemente frecuentes los «malos tratos» de los que son objeto muchas mujeres, económicamente dependientes, por regla general, de sus maridos. No es discriminatorio entender que la LEC marca a estas mujeres un procedimiento muy adecuado (o al menos debería serlo) para la efectiva tutela de sus derechos.¹³

Interpretada así la voluntad de la Ley (aunque ciertamente la no referencia al marido sea un descuido del legislador) no puede estimarse que el art. 1.881 sea inconstitucional, pues la expresa mención de la mujer en esta norma (y en los dos artículos siguientes) no derogaría lo establecido en el art. 104 CC y el marido podría solicitar medidas provisionales en las mismas circunstancias y con idénticos efectos que la mujer.

No vemos otra posibilidad de realizar una interpretación que tienda a la conservación de las normas en cuanto pueda mantenerse su constitucionalidad (criterio que señala, entre otras, la STC 93/1984, de 16 de octubre), si bien resulta sumamente criticable que el art. 104 CC no haya sido desarrollado por normas procesales que contemplen expresamente a ambos cónyuges.

13. En este sentido también DÍAZ SABINO, *Cuestiones generales del proceso de divorcio*, en *Justicia* 86, IV, pp. 1008 a 1010.

Ya la Exposición de Motivos de la Ley de 24 de abril de 1958 decía: «Se ha procurado asegurar seriamente los derechos y legítimos intereses de los cónyuges, singularmente los de la mujer, de ordinario más expuestos a sucumbir» (aunque estas palabras, sobre todo en el contexto de la Ley donde se enmarcan, sí manifiestan un claro espíritu paternalista).

6. COMPETENCIA OBJETIVA

La competencia objetiva para el conocimiento de las solicitudes de adopción de medidas provisionales se encuentra establecida en el art. 1.881 LEC, que la atribuye a los Juzgados de Primera Instancia (habrá de entenderse de Familia, donde existan).¹⁴

La doctrina considera, casi unánimemente, abrogado por la Ley de 24 de abril de 1958 el párrafo tercero de la regla 20 del art. 63 LEC, que otorgaba competencia a los Juzgados municipales para la adopción urgente de las medidas de «depósito de personas», antecedente histórico de las provisionales.¹⁵ Sin embargo, aunque pudiera resultar cierta tal abrogación, hubiera sido más segura la derogación expresa, porque en realidad no existe una contradicción lógica completa entre la norma de competencia del art. 1.881 y lo establecido en el art. 63.20, punto 3.º LEC. Es evidente que el precepto cuya vigencia se niega «ofrece en la actualidad menor fundamento, debido a que hoy la facilidad de comunicación es mucho mayor», como ya resaltara Jareño,¹⁶ pero desde una lógica estricta esto no impide la existencia en algún caso de «circunstancias particulares que lo exigieren» (la intervención de los Jueces de Distrito), supuesto que contempla la norma. Como mucho este argumento decidiría al juez a ser más estricto en la apreciación de la particularidad de las circunstancias.

7. COMPETENCIA TERRITORIAL

Como norma de competencia territorial el art. 1.881 establece que la mujer (o el marido, hay que entender) podrá solicitar las medidas «del Juez de Primera Instancia de su domicilio».

Tras la reforma de la LEC por la Ley 34/1984 que supuso, como hemos repetido, la nueva redacción de este artículo, no es admisible considerar territorialmente competente a otro Juzgado por lo establecido en la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 30/1981, pues si tal precepto hubiera sido de aplicación en relación con las medidas provisio-

14. El art. 1.881 no menciona todas las medidas que actualmente pueden solicitarse, pero la lógica obliga a considerar al mismo juez competente para adoptarlas todas.

15. Vid. RAMOS, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

16. *Manual de medidas provisionales relacionadas con los procesos matrimoniales e hijos de familia*, Barcelona, 1963, pp. 30 y 31.

nales perdería en este punto su vigencia frente a lo dispuesto en la norma posterior.

El domicilio a estos efectos del cónyuge solicitante será por lo común el domicilio conyugal, es decir, el fijado de común acuerdo por el marido y la mujer o de conformidad con lo establecido en el artículo 70 CC en caso de discrepancia. Sin embargo, como ha puesto de relieve Ramos, si la residencia de los cónyuges no coincide, la finalidad de las medidas exige tomar en consideración, para la atribución de competencia territorial, la efectiva residencia del solicitante,¹⁷ aunque en estos casos será más fácil poner en duda la «necesidad» de la solicitud, si es que ésta tiene relevancia en la actualidad como mantenemos en este trabajo.

Un grave problema que plantea la atribución de competencia territorial del art. 1.881 surge respecto a la eficacia de la norma, dados los términos del art. 1.884 LEC («ni podrán plantearse cuestiones de competencia»). Para solventar la contradicción entre la aplicación del artículo 1.884 y la efectiva vigencia del foro de competencia del artículo 1.881 sólo existen dos vías de solución, apuntadas por Ramos: considerar que en este caso la ley ha querido establecer una regla de competencia territorial inderogable y admitir el examen de oficio del juez de su propia competencia; o interpretar que el art. 1.885 tan sólo se refiere a la declinatoria y a la inhibitoria, siendo admisible la denuncia de parte de la incompetencia territorial como cuestión previa. Ninguna de las soluciones es plenamente convincente. La primera supone una derogación del criterio general sin que expresamente se establezca, y la segunda «produce una inevitable dilación en la consecución de las medidas». El citado profesor, al que hemos seguido en el planteamiento de esta contradicción, propone *de lege ferenda* la expresa admisión de la primera posibilidad.¹⁸

17. RAMOS, apoyándose en la jurisprudencia y en la posición sostenida por la mayoría de la doctrina, mantiene que «teniendo en cuenta la finalidad de las medidas y la existencia de situaciones de hecho en las que la mujer ostenta un domicilio distinto al de su marido (...), el domicilio que ha de tenerse en cuenta a efectos de la competencia territorial es el de la efectiva residencia de la mujer». *Op. cit.*, p. 153.

18. RAMOS, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

8. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

A tenor del art. 1.815 LEC, el Ministerio Fiscal intervendrá en las actuaciones de jurisdicción voluntaria:

«cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad.

... emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente».

Según la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 30/1981:

«En todos los procesos a que se refieren las normas anteriores será parte el Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes.»

Por tanto, en los casos establecidos en este párrafo primero de la DA Transitoria, sin perjuicio de adoptar urgentemente las medidas que sean precisas, el Juez deberá interesar la participación del Ministerio Fiscal.

9. MEDIDAS PREVISTAS EN LOS ARTS. 1.881, 1.882 Y 1.883 Y PROCEDIMIENTO PARA SU ADOPCIÓN

Estas medidas coinciden con las que el art. 67 CC permitía solicitar a la mujer antes de su reforma (su redacción se realizó por Ley de 24 de abril de 1958). En la actualidad no se corresponden con los «efectos» y «medidas» de los arts. 102 y 103 a los que se remite el art. 104 CC.

9.1. La separación provisional (1.881.1.º)

La posibilidad de separación, que antes justificaba la existencia de las medidas provisionales por las graves consecuencias de toda índole que acarrearaba la separación sin autorización, no es ya, por sí misma, el fundamento de todo el sistema de medidas previas.¹⁹

19. «La fijación del domicilio de la mujer casada, determinación del uso de la vivienda común y custodia de la mujer casada menor de edad no son más que medios de realizar la separación provisional». RAMOS, *op. cit.*, p. 132.

El art. 105 CC dispone:

«No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de 30 días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los dos artículos anteriores.»²⁰

En consecuencia, la autorización judicial de separación no constituye el nervio de las medidas provisionales, salvo que se interprete de forma extremadamente rígida la exigencia de razonabilidad de la causa que contiene este precepto, lo cual no resulta convincente, como inmediatamente veremos.

En virtud del art. 105, el marido o la mujer pueden separarse sin tener consecuencias jurídicas adversas y cabe deducir que obtener el permiso judicial para hacer lo que ya les es autorizado por la ley no será el interés que les guíe al solicitar las medidas.

Por otro lado, la solicitud de separación tiene efectos «automáticos», pues en todo caso el juez ha de concederla, y por ello decíamos que no puede ser estricta la interpretación de la «causa razonable» que el art. 105 menciona. Sería absurdo impedir a un cónyuge separarse por su propia voluntad si no alega muy sólidas razones mientras los jueces autorizan la separación en cuanto se solicita y sin examen de causa alguna.

En realidad, la supresión de los requisitos de «urgencia y necesidad del caso» realizada por el art. 26 de la Ley 34/1984 se sitúa en el marco del art. 1.881 LEC que no sólo contempla la medida de separación, pero una interpretación teleológica e histórica de las normas nos conduce a entender subsistentes tales requisitos respecto de aquellas medidas que son instrumentales de la separación, las que regulan sus efectos de modo provisional, que son en la actualidad el centro de esta institución.

Nadie solicitará al juez que le autorice a separarse²¹ si no es con la

20. Para VEGA SALA, «el nuevo art. 105 CC permite establecer de hecho y a iniciativa de uno de los cónyuges unas auténticas medidas provisionales previas, si bien reducidas a la única medida de la separación». *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Barcelona, 1982, pp. 208 a 210.

21. Las facilidades que para la separación de hecho concede la Ley se manifiestan con claridad en la STS de 31 de enero de 1985 (RA 210): «No ataca a la moral ni a las buenas costumbres que la esposa (...) convenga con él (su cónyuge) una separación extrajudicial y resuelvan provisionalmente sobre la custodia y cuidado de los hijos (...) no cabe incluir lo acordado en el art. 1.814 CC, cuando ello se refirió a la situación económica del matrimonio y no afectó para nada a la sustancia del vínculo, ni a los derechos de filiación, que son indispensables.»

intención de que le sea permitido recoger a sus hijos, ropas, dinero y se solucione el problema de la vivienda con vistas a la iniciación de un proceso matrimonial, que afrontará manteniendo durante ese tiempo una vida digna.²²

El automatismo que impone al juez el art. 1.881 aboga por la interpretación de que es «causa razonable» suficiente, a efectos del artículo 105 CC, la seria intención de iniciar un proceso matrimonial, y no permite las decisiones caprichosas que un cónyuge pueda imponer a otro.

La posición defendida, mantener la discrecionalidad del juez para valorar la necesidad y urgencia de adopción de las medidas provisionales, no es, ni mucho menos, aceptada por todos los autores. Podemos destacar entre las opiniones contrarias la de Zanón Masdeu, quien, antes de la reforma de la LEC, ya entendía derogada la concesión de discrecionalidad al no hacer referencia la DA 4.ª de la Ley 30/1981 al art. 1.881 LEC. Incluso mediante la adopción de medidas de mutuo acuerdo por los cónyuges «a presencia judicial» o «por medio de convenio regulador».²³

El juez, desde luego, deberá resolver en el sentido solicitado por ambos cónyuges (si han comparecido los dos y los acuerdos no son gravemente perjudiciales para uno de ellos o para los hijos), lo cual no significa que puedan presentarse ante el juez con convenio regulador solicitando la adopción de medidas provisionales. No es su función, ni es el cauce procesal oportuno para tal pretensión.

22. El art. 26 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la LEC, fue introducido en el Senado, constituyendo tal intervención, a nuestro parecer, una reforma legislativa poco afortunada. Su motivación fue explicada por el Presidente del Senado en el mensaje dirigido al Congreso al devolver el Proyecto, ya enmendado, de la Ley: «La Cámara Alta ha introducido, asimismo, en el Proyecto a ella remitido, un nuevo artículo, el 26, destinado a modificar dos preceptos de la LEC cuya reforma se considera perentoria: los arts. 1.881 y 1.885; tanto porque recogían figuras derogadas o en desuso en el ordenamiento, como porque otorgaban una facultad discrecional a los órganos jurisdiccionales que la Cámara considera en este tipo de asuntos inviable.» BOCG II Leg. Serie A. 30-IV-1984, n.º 30, pp. 320 a 340.

23. ZANÓN MASDEU, *El divorcio en España. Ley de 7 de julio de 1981*, Barcelona, 1981, pp. 366 y 367.

RIVERO comparte la opinión de SANCHO REBULLIDA: «En el ámbito en que el juzgador puede moverse con cierta discrecionalidad (medidas del art. 103), comparto la opinión de Sancho Rebullida, que por idénticas razones entiende que —el juez puede, y aun debe, atender sólo a las cuestiones más urgentes, al modo de las antiguas medidas provisionales, dejando el resto para la fase litigiosa—. *Comentarios...*, cit., p. 733.

9.2. Entrega de los hijos menores de siete años (1881.2.º)

«Ratificada la mujer en su instancia, el juez concederá la separación provisional y colocará en poder de aquélla los hijos del matrimonio menores de siete años» (1.881.2.º).

A pesar de los términos literales de la norma, el absoluto automatismo en la entrega de los hijos a la mujer solicitante no creemos que constituya la interpretación adecuada. Como hemos visto, la supresión de los requisitos de necesidad y urgencia se realizó pensando en la mera separación de los cónyuges que, en todo caso, el juez debe autorizar, pero el resto de las medidas provisionales mantienen en común la exigencia de estos dos requisitos para su adopción.

Cuando la mujer solicite al juez autorización para separarse y existan hijos menores de siete años, lo justo sería que éste accediera a encomendarle su custodia cuando la situación lo exija por resultar necesario a la vista de las circunstancias que le hayan sido puestas de manifiesto, conservando, por tanto, un gran margen de discrecionalidad (exactamente igual que cuando lo solicite el marido). Sin embargo, el arbitrio judicial es mucho menor en ésta que en otras medidas.

El art. 159 CC establece:

«Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.»

Aunque la restricción de la discrecionalidad del juez nos parece criticable, pues es consecuencia de la presunción legal de la mayor aptitud de TODAS las madres para cuidar de los hijos, es éste el criterio seguido por el legislador y tan sólo el TC podría declarar su inconstitucionalidad (si bien en un proceso constitucional, al concurrir una causa específica de discriminación —por razón de sexo— del artículo 14 CE, debería el legislador justificar estrictamente la razonabilidad de la desigualdad).²⁴

Por todo ello, el juez sólo deberá entregar los hijos al padre, sea quien sea el solicitante de las medidas, cuando concurran «motivos especiales».

24. Vid. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, pp. 385 a 389, y las Sentencias del TC 58/1982, de 28 de julio, y 81/1982, de 21 de diciembre, allí citadas.

Estas afirmaciones no impiden, en cualquier caso, que la interpretación por los jueces de los términos «motivos especiales» se realice con especial flexibilidad, pues de otro modo pueden provocarse situaciones de gravísima injusticia. Recordemos que en virtud de lo dispuesto en el art. 96 CC el juez se encuentra vinculado en la decisión sobre el domicilio conyugal a lo resuelto en relación con los hijos y que, por otro lado, las medidas provisionales pueden acordarse sin audiencia del otro cónyuge. Además, el TC, en Sentencia núm. 13/1982, de 1 de abril,²⁵ ha declarado que el juez debe tener presente en sus decisiones discrecionales «la observancia de la Constitución y, por tanto, de los principios generales contenidos en la misma», siendo la igualdad uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE).

Otro motivo de crítica a la norma del párrafo segundo del art. 1.881 es la falta de referencia a los hijos menores, mayores de siete años. El art. 103 CC no distingue entre ellos y dispone en su número primero que el juez determinará «con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir con el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía», decisiones que el juez habrá de adoptar en el auto en que acuerde la separación provisionalísima.

Por último, por razones excepcionales, el art. 103.1.ª, 2.º, permite que los hijos sean encomendados a otra persona o institución idónea, a los que se les conferirían las funciones tutelares, ejercidas bajo la autoridad del juez.

9.3. Decisión sobre las ropas, enseres y muebles que reciba la mujer para ella y los hijos que se le confíen (1.881.3.º)²⁶

Como ha señalado Ramos estos términos no deben ser interpretados de modo restrictivo.²⁷ Creemos, en base a ello, que puede consi-

25. La STC 13/1982, de 1 de abril (S 2.º) se pronuncia sobre la presunción de inocencia y la valoración del dato de la homosexualidad de uno de los cónyuges para la decisión sobre la custodia de los hijos en la resolución judicial sobre medidas provisionales.

26. Aunque conservemos la terminología legal, téngase en cuenta lo ya expuesto sobre la solicitud de medidas por el marido.

27. *Op. cit.*, p. 148.

derarse incluido el dinero dentro de la palabra «muebles», pues además, aunque el art. 346, 2.º, CC, establece que «cuando se use tan sólo la palabra "muebles" no se entenderán comprendidos el dinero..., ni otras cosas que no tengan por destino amueblar o alhajar las habitaciones», permite incluirlo si «del contexto de la ley o de la disposición individual resulta claramente lo contrario».

No puede concebirse que pueda el solicitante de las medidas abandonar el domicilio sólo con sus ropas, enseres y muebles, pero sin dinero, manteniendo su nivel de vida habitual hasta que el juez adopte la medida oportuna en relación con los auxilios económicos, previa a la cual habrá de darse audiencia al marido por imperativo del art. 1.885 LEC. Además, la única justificación coherente de la necesidad de citar al marido (o a la mujer, si es éste quien trata de obtener la medida) para darle audiencia consiste en admitir que su cónyuge pudo llevarse consigo el dinero necesario para mantenerse hasta la resolución judicial sobre auxilios económicos. Aunque algún autor ha mantenido una posición distinta,²⁸ no pensamos que en la actualidad el fundamento de la norma sea la «mayor trascendencia» de la medida. Sin duda son más importantes las decisiones relativas a los hijos o el domicilio y pueden adoptarse «inaudita parte».

9.4. Decisión sobre el domicilio en que habrá de residir (art. 1.882)

La antigua y discriminatoria institución del «depósito de la mujer casada» ha permanecido larvada en la facultad que el art. 1.882 concede al juez para decidir a su arbitrio el lugar de residencia de la mujer solicitante de la separación, quien, según este precepto, debe exponer las razones de su elección de domicilio.

El art. 1.882 no fue reformado en 1984 y, por tanto, puede considerarse abrogado por normas posteriores a su redacción (en 1958), en particular por la CE.

Su párrafo primero no tiene ya virtualidad ninguna. En él se dispone la elección judicial del domicilio de la solicitante menor de edad, norma que resulta discriminatoria para la mujer pues «el matrimonio produce de derecho la emancipación» (art. 316 CC) y un menor emancipado, «como si fuera mayor» (art. 323, 1.º, CC) es libre para elegir el domicilio que desee.

28. Vid. GONZÁLEZ-ALBREGRE, *Sistematización procesal de las medidas provisionales en relación con la mujer casada y separación de los cónyuges*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1968, p. 53.

El párrafo segundo del art. 1.882 puede también entenderse abrogado por la CE, pero nos parece más correcto realizar una interpretación de la norma adecuada a los principios constitucionales que permita mantener en parte su vigencia: el cónyuge solicitante podría razonadamente pedir que se le permitiera vivir separado del otro en el domicilio conyugal, lo cual, evidentemente, implica la salida del otro cónyuge de la vivienda, por lo que se entiende que la ley otorgue al juez un gran margen de discrecionalidad, traducido en que sólo en supuestos excepcionales podrá decretar tal medida. Sólo accederá cuando sea estrictamente necesaria para salvaguardar los derechos de quien en ese caso sería el titular del interés más necesitado de protección y cuando la finalidad perseguida (la libertad de actuación del solicitante o incluso la protección de su integridad física) no pueda alcanzarse por medios menos lesivos para los derechos del otro cónyuge, o cuando el solicitante que pretende permanecer en el domicilio conyugal debe hacerse cargo de la custodia de los hijos menores (artículo 96 CC), lo cual es un argumento más a favor de la ponderación discrecional del juez de los intereses de los menores sin sujetarse a presunciones legales discriminatorias (*vide supra*, 9.2).

Históricamente nuestra doctrina mayoritaria ha sostenido una posición contraria a la posibilidad de que la mujer solicitara permanecer en el domicilio conyugal y fuera autorizada a ello. Ramos, sin embargo, tras recoger esta postura, adopta una posición flexible.²⁹ Más recientemente se han mostrado de acuerdo con tal posibilidad Fosar³⁰ y O'Callaghan.³¹

Por supuesto, si el domicilio señalado en la solicitud no es el conyugal sino otro, no podrá el juez denegar su autorización. Sería inad-

29. *Op. cit.*, pp. 142 y 143. Este autor concluye: «El centro de gravedad de la cuestión se traslada a las motivaciones que la mujer haga de su elección, determinando éstas en definitiva la concesión del domicilio solicitado.»

30. «Sería absurdo que en las medidas urgentes que estamos contemplando saliere por necesidad la mujer con algunos hijos del domicilio conyugal cuando la lógica debe exigir en muchos casos que sea el marido el que salga.» *Estudios de Derecho de familia*, t. II. *La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, V, 2.º, Barcelona, 1982, p. 665.

31. Este profesor opina que «el derecho de ocupación de la vivienda familiar», cuya naturaleza analiza en su trabajo, «se constituye únicamente por resolución judicial», y entre las resoluciones cita las adoptadas como medidas previas, añadiendo después que la ocupación «será directa y coactiva...». *El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, *Actualidad Civil*, n.º 19, mayo de 1986, p. 1336.

misible que valorara la conveniencia para cualquiera de los cónyuges de residir en el lugar que escoja.

9.5. Procedimiento para la adopción de las medidas de los arts. 1.881 y 1.882, 2.º

El art. 1.881 exige a la mujer que se ratifique en su instancia en su párrafo primero y, en el tercero, que se realice el inventario de las ropas, muebles y enseres.

No se exige la audiencia del marido, en contraposición con lo establecido en el art. 1.883, respecto a la solicitud de auxilios económicos.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 34/1984 algunos autores mantenían que los arts. 1.881 y 1.883 habían sido abrogados por la DA 4.ª de la Ley 30/1981. Así, López Barja de Quiroga afirmaba que los trámites apropiados eran los establecidos en los arts. 1.896 y ss. LEC.³² Otros, que existía una laguna no integrable por la referencia a los artículos «concordantes» mencionados por la citada DA.³³

Parte de la doctrina ha entendido que la adopción de medidas de esta importancia sin la audiencia del cónyuge violaría el principio de contradicción³⁴ y resulta, por ello, inconstitucional, por lo que sería siempre necesario citar al cónyuge a una comparecencia antes de acordar cualquier medida.³⁵ Además se argumenta que el art. 104 CC, al remitirse al 103 del mismo texto legal, incorpora al procedimiento de medidas provisionales la necesidad de audiencia que en esta norma se contempla para adoptar medidas provisionales una vez presentada la demanda.

No podemos estar de acuerdo con ninguno de los dos argumentos.

La ya repetidamente citada intervención legislativa en 1984, dando una nueva redacción al art. 1.881, no permite al intérprete inventar una audiencia que en tal norma no se prevé. Puede entonces estimarse inconstitucional pero, en primer lugar, tan rotunda declaración habría

32. *Regulación procesal de la Ley de Divorcio*, Barcelona, 1983, p. 38.

33. Vid. MUÑOZ SABATÉ, *El proceso matrimonial*, Barcelona, 1981, pp. 127 a 129.

34. Para GONZÁLEZ-ALFRE «parecería aconsejable que a la solicitud siguiera una comparecencia en la que ambas partes manifestaran sus respectivas pretensiones». *Op. cit.*, p. 57. También MUÑOZ SABATÉ opina que siempre el juez debería oír a los cónyuges antes de conceder las medidas y que el trámite procesal correspondiente consiste «en un acto verbal en donde previa citación comparecerían personalmente los cónyuges», criterio que consideraba legalmente correcto al entender derogados los arts. 1.881 y 1.883.

35. Vid. MORENO CATENA, *op. cit.*, p. 238.

de realizarla el TC y, en tanto no se pronuncie, los jueces sólo pueden aplicar la ley, sin perjuicio de plantear, si lo consideran pertinente, una cuestión de inconstitucionalidad. En segundo lugar, no parece que en este caso la audiencia del cónyuge sea un requisito ineludible, consecuencia del principio constitucional de contradicción (derivado del art. 24.1 que prohíbe la «indefensión» y del art. 24.2 que reconoce el derecho a un proceso «con todas las garantías»³⁶). Recordemos que las medidas provisionales están pensadas para situaciones urgentes y conserva el juez discrecionalidad suficiente para no acordar las que son instrumentales de la separación cuando no encuentre razones para ello.

Si la medida que se solicita, de carácter aseguratorio, instrumental, como hemos dicho, de la medida cautelar de separación, sólo tiene sentido si es de adopción inmediata, no tendría lógica ninguna exigir la celebración de una comparecencia a la que habría de citarse a ambos cónyuges, pues quizás se dejara desamparado al solicitante durante un margen de tiempo suficiente como para hacer ineficaz ya la adopción de la medida (pensemos, por ejemplo, en un caso en el que peligre la integridad física de uno de los cónyuges por los malos tratos de que es objeto)³⁷.

El TC ha mantenido en la Sentencia de 22 de abril de 1981³⁸ que «la diversidad de los supuestos contemplados en el Libro III LEC nos obliga a no sentar conclusiones generales sobre la necesidad o no de intervención de quienes puedan considerarse afectados en sus derechos por actos de jurisdicción voluntaria» y que «la falta de notificación o traslado puede no producir indefensión si, en virtud de la solicitud prevista en el art. 1.813 LEC, existe ocasión de alegar sin limitación lo que se estime procedente por quien ostente un interés legítimo, atendiendo sobre todo al menor rigor formal y exclusión de la preclusión que se derivan de los arts. 1.816 y 1.818 LEC, y que existe la posibilidad de oposición prevista en el art. 1.817 LEC y que no alcancen los efectos de la cosa juzgada a la resolución adoptada en un expediente de jurisdicción voluntaria, lo que permitirá un posterior plan-

36. Vid. GIMENO, *Derecho procesal*, t. I, vol. 1, obra colectiva, cit., pp. 347 y 348.

37. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal*, t. I, vol. 2, obra colectiva, cit., p. 549 (aunque no se refiere estrictamente a las medidas provisionales, sino a las cautelares en general).

38. STC 22-IV-1981. RA 202/80, S 1.º. Ponente: M. Díez de Velasco. BOE 21-V-1981. Supl. 121.

teamiento de la misma cuestión en un procedimiento contencioso». En otras sentencias se ha reafirmado la doctrina que permite la ausencia de controversia en ciertos procedimientos de carácter aseguratorio por la inexistencia o limitación de la cosa juzgada (STC 41/1981 de 18 de diciembre, 64/1985 de 17 de mayo...).

El otro cónyuge será oído después de presentada la demanda, o antes, admitiendo la posibilidad de que recurra en reposición el auto por el que se adoptan las medidas. Por otra parte, el juez, si lo considera necesario, puede citar a ambos cónyuges a una comparecencia antes de dictar el auto resolutorio de la solicitud, según lo establecido en el art. 1.813 LEC, o puede pedirlo quien tenga interés legítimo (el cónyuge, evidentemente), como este mismo precepto permite.

Una vez sentadas estas ideas podemos rebatir también el argumento derivado de la remisión del art. 104 CC al 103, que incluiría la necesidad de «audiencia» en el procedimiento de adopción de medidas provisionales. Una lectura atenta de la norma nos induce a desaharlo. La obligación que el art. 103 impone al juez de oír a ambos cónyuges no es un «efecto» o «medida» (que constituyen el contenido normativo de unos preceptos —arts. 102 y 103— que se incorporan a otro —art. 104—) sino una disposición que indica cómo adoptarlos en los supuestos que la norma donde se halla contempla, aquellos en los que la demanda ha sido presentada. En los arts. 102 y 103 se regulan las medidas provisionales «coetáneas», no las provisionales que, como vimos, cumplen una función distinta y se tramitan por cauces diferentes.³⁹

39. En contra de lo expuesto, MASCARELL NAVARRO mantiene, ya tras la reforma de la LEC por la Ley 34/1984, que las referencias sustantivas a las medidas provisionales realizadas en los arts. 1.881 y ss. habían sido derogadas por la Ley de 7 de julio de 1981, quedando así sólo subsistente la regulación procedimental de los arts. 1.881 y 1.883, es decir, la ratificación del solicitante y la audiencia del otro cónyuge, que cree siempre necesaria por aplicación del art. 130 CC. *Nullidad, separación y divorcio*, Madrid, 1985, pp. 401 y 302. No compartimos su opinión porque minusvalora el hecho de que el art. 1.881 fuera redactado en 1984, y si existiera contradicción con el art. 104 CC, la solución lógica sería entender abrogado tal artículo, o pensar que las medidas no contempladas por el art. 1.881 son como «personajes en busca de autor», utilizando el ejemplo literario empleado por Luis Fernando SAURA (*De los efectos y medidas provisionales en la Ley 30/81, Justicia 82*, II, pp. 70 y ss.), quien opina que las medidas provisionales son como los famosos protagonistas de Pirandello (basándose en que los arts. 1.881 y ss. fueron derogados por la CE).

Si siguiéramos la argumentación de MASCARELL NAVARRO tampoco podríamos solucionar el problema acudiendo a las normas generales de jurisdicción volun-

9.6. Procedimiento para la adopción de la medida del art. 1.883

Para decidir sobre los «auxilios económicos»,⁴⁰ por imperativo del art. 1.883 sí es necesaria la audiencia del marido (o de la mujer), aunque sólo si acude a la primera citación.

Lo razonable será hacerla coincidir con la comparecencia que proceda en caso de haberse solicitado otras medidas y tratar los «auxilios económicos» conjuntamente con las *litis expensas* y las medidas cautelares oportunas (art. 103.3 CC).

10. OTRAS MEDIDAS NO REGULADAS EN LA LEC

Las medidas provisionalísimas no contempladas en los arts. 1.881, 1.882, 2.º y 1.883 LEC han de adoptarse por los trámites supletoriamente aplicables a las actuaciones judiciales de jurisdicción voluntaria, por la razones que ya tuvimos ocasión de exponer (*vide supra*, 2).

Estas medidas se entiende que son instrumentales de la separación y pueden ser adoptadas en el mismo auto en el que se acuerden las previstas en los artículos arriba citados si su naturaleza lo permite. Así, la revocación de consentimientos y poderes del art. 102.1.º, CC y el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro

taria, pues esta autora considera que la construcción del procedimiento con tales normas «repugnaría la naturaleza contenciosa de los mismos».

Tampoco compartimos la posición del Magistrado CLIMENT, quien, pese a reconocer que en principio debiera seguirse el dictado de la ley en cuanto a la ausencia de audiencia en determinadas medidas «por exigencias de garantía y seguridad jurídica», aboga por la adecuación de «ese precepto (el art. 1.881) a la realidad (que toma su base de la experiencia cotidiana) y, en consecuencia, establecer como criterio general a seguir en todos los casos en que se soliciten medidas provisionalísimas, la previa audiencia de los consortes en comparecencia conjunta». El argumento de que «en la práctica diaria (...) ha sido preciso variar, en muchos casos, lo que antes había sido decretado atendiendo sólo a lo manifestado o solicitado por uno de los cónyuges» no es decisivo y sólo nos induce a solicitar de los jueces mayor rigurosidad en la apreciación de la urgencia y necesidad que, entendemos, son base de las medidas; sin que sea indicio de falta de diligencia su modificación posterior, pues quizá con las medidas se trataba de evitar males muy graves, y es preferible sacrificar ciertos intereses para salvaguardar otros que permitir que sufran irremediablemente los más necesitados de protección. En cualquier caso, CLIMENT acaba solicitando la reforma legal, pues reconoce, aunque lo critique, lo que es procedente según la LEC. *Los procesos matrimoniales y la experiencia de cada día*, Poder Judicial, n.º 3, 1982, pp. 71 a 76.

40. Sobre la naturaleza de estas medidas, vid. RAMOS, *op. cit.*, p. 148. Los distingue de los alimentos en sentido técnico.

cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, del art. 102.2.º, medidas que se explican por la nueva situación de separación (las hemos llamado «medidas» y no «efectos» porque pensamos que deben ser solicitados expresamente, dado el tenor literal del art. 104 CC). Naturalmente, cualquiera de los cónyuges podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y el Mercantil (art. 102 CC).

Sí creemos que deberán seguirse los trámites de los arts. 1.811 y ss. LEC para la adopción de las medidas que a continuación se exponen, con la audiencia del otro que permite, ahora sí, el art. 1.813 y que en estos casos se convierte en obligatoria ante la importancia de los intereses en juego y la no necesidad ya de proceder con la urgencia que pudo imponer la situación que provocó la separación en relación con la recogida de los hijos y la salida del domicilio:

- medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno respecto a la vivienda familiar, bienes y objetos del ajuar (artículo 103.2.º, CC);
- medidas relacionadas con la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, las *litis expensas* y las medidas cautelares procedentes (art. 103.3.º, CC), que deberán resolverse conjuntamente con la decisión sobre auxilios económicos, como ya hemos indicado;
- señalamiento, atendidas las circunstancias, de los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno de los cónyuges, y adopción de las reglas que se deban observar en la administración y disposición, así como en la obligada rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban los cónyuges, o los que adquieran en lo sucesivo (art. 103.4.º, CC);
- determinación en su caso del régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio (art. 103.5.º, CC).

Los dos últimos grupos de medidas no podrán normalmente ser adoptados antes de la presentación de la demanda. Puede que en algún supuesto sea necesario acordar previamente alguna de las medidas comprendidas en los núms. 4 y 5 del art. 103, previa comparecencia, pero dado que en estos procedimientos no es obligatoria la intervención de abogado y procurador y los trámites ofrecen menores garantías

que los establecidos en los arts. 1.896 y ss. LEC, parece que cuando no sea estrictamente necesario el juez debe posponer su decisión a momento posterior al comienzo del proceso con la presentación de la demanda, tras el cumplimiento de los trámites previstos en el procedimiento de medidas provisionales. Acudir con abogado y procurador para solicitar las medidas previas, e incluso con convenio regulador, con la intención de obtener la misma resolución judicial que podría lograrse con la solicitud de medidas coetáneas, sin que concurra ninguna circunstancia que justifique la aplicación de las normas de una institución tutelar, como son las que regulan las medidas provisionales, confunde de tal modo la finalidad de éstas que en la práctica acaban perdiendo su intrínseca naturaleza de amparo para convertirse en un sistema simplificado y cómodo de obtener unas medidas (que quizás continúen vigentes hasta el final del proceso) sin respetar el procedimiento adecuado para regular una más larga situación de separación.

Además, la confusión que intentamos describir contribuye al desconcierto judicial respecto a las normas aplicables, y dada la ausencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo que unifique la interpretación de la ley realizado por los Juzgados de Primera Instancia en esta materia, en cada uno se seguirá un procedimiento diferente, debido también a la compleja búsqueda de preceptos aplicables a que nos ha sometido el legislador y a la propia flexibilidad que, como hemos visto, preside la regulación de esta institución, pensada para situaciones un tanto excepcionales que demanden soluciones urgentes.

La dicción del art. 104 CC es un serio obstáculo a esta configuración restrictiva de las medidas provisionales pues en él no se hacen excepciones. La supresión de la discrecionalidad judicial para la apreciación de la necesidad y urgencia de la solicitud tampoco nos ayuda, pero la interpretación adecuada a la realidad social, histórica, sistemática y teleológica de las normas nos permite construir un sistema que, en nuestra opinión, es coherente.

En todo caso, tampoco son convincentes interpretaciones excesivamente rigurosas. Se ha dicho que el art. 104 CC puede haber sido abrogado por el art. 1.881 LEC en cuanto a la posibilidad de adopción de medidas no contempladas en esta última norma, pero no pensamos que tal cosa haya sucedido.⁴¹

41. CORTÉS DOMÍNGUEZ se plantea «el problema formal de si después de la reforma de 1984 ha quedado derogado el art. 104 por obra de los arts. 1.881 y

El acercamiento a la función de las medidas provisionales que anteriormente realizamos explica que un cónyuge pueda solicitar cualquier medida de los arts. 102 y 103; que el juez haya de autorizar siempre la separación; adoptar, sin audiencia si lo cree conveniente, las medidas recogidas en los arts. 1.881, 1.882, 2.º y 1.883 LEC en caso necesario; y que el resto puedan ser acordadas, si son de urgente adopción, tras la comparecencia de ambos.

11. RESOLUCIÓN JUDICIAL, RECURSOS Y PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

La resolución judicial en la que se adopte la medida debe revestir la forma de auto. Aunque la doctrina se encuentra dividida respecto al sistema de recursos⁴² opinamos que cabe utilizar los recursos de apelación y de reposición.⁴³

También puede solicitarse la reforma del auto si durante la vigencia de las medidas provisionales se produce un cambio en las circunstancias que justificaron su adopción (*rebus sic stantibus*). Como apoyo a esta afirmación puede citarse el art. 1.893 LEC, que permite la modificación de las medidas provisionales «a petición de

1.885 comprendidos en la Ley 34/84». Concluye el citado profesor que a pesar de las oscuridades de la Disposición Derogatoria y de que la solución formal estriba en entender derogado el art. 104 CC (pues no está incluido en la excepción establecida en el párrafo segundo de la Disposición Derogatoria de la Ley 34/84) «esta solución choca abiertamente con la lógica jurídica y una interpretación medianamente razonable de ambas normas», inclinándose por una interpretación que entienda el supuesto del art. 104 como más amplio que el del art. 1.881 y manteniendo que «por consiguiente cabe argüir que las medidas concretas del art. 1.881 deben ser otorgadas en todo caso siempre que se pidan, mientras que las otras (las que vienen recogidas en los arts. 102 y 103) las adoptará el juez si lo estima conveniente y siempre con audiencia de los interesados». *Comentarios...*, cit., pp. 984 y 985.

42. GONZÁLEZ-ALBREGO opina que no cabe recurso alguno. *Op. cit.*, p. 56.

43. El recurso de reposición regulado en el Libro I LEC («Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y voluntaria») puede ser utilizado para impugnar estas resoluciones judiciales (vid. ALMAGRO, *op. cit.*, p. 577).

La apelación se tramitará ante la Audiencia Provincial (art. 1 de la Ley de 7 de julio de 1968) por los trámites de los incidentes. Se admitirá en un solo efecto si el recurrente es el cónyuge no solicitante (art. 1.820 LEC) y en ambos si es el solicitante (art. 1.819 LEC).

En ningún caso tienen acceso a la casación, y no por lo establecido en la Disposición Adicional 5.ª, j, de la Ley 30/1981, sino porque como ha establecido la jurisprudencia «por su carácter cautelar y por ser, como expresamente se titulan, provisionales, no tienen acceso a la casación» (STS 28-IV-82 - RA 1966).

parte basada en hechos posteriores» y el art. 91 CC que autoriza la modificación de las determinadas en la sentencia «cuando se alteren sustancialmente las circunstancias». Sin embargo, a causa del corto espacio de tiempo para el que se conciben, lo normal será la solicitud de medidas provisionales una vez presentada la demanda.

A tenor de lo dispuesto en el art. 104 CC los «efectos y medidas» sólo subsistirán «si dentro de los 30 días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el juez o tribunal competente». Si ésta es admitida las medidas provisionales serán sustituidas por las provisionales si se solicitan, o pervivirán hasta el fin del proceso (arts. 91 y 106 CC).

La redacción del art. 104 CC presenta fundamentalmente cuatro problemas.

El primero consiste en dilucidar si el plazo concedido es ampliado por lo establecido en el art. 1.885 LEC en su párrafo segundo:

«Dicho plazo podrá ampliarse por otro igual si se acredita a satisfacción del juez que por causas no imputables a la mujer ha sido imposible intentar la demanda.»

La contestación ha de ser afirmativa. El plazo es prorrogable en los términos de la norma transcrita. Como señala Cortés Domínguez, «el párrafo segundo del art. 104 CC está derogado o complementado con lo establecido en el art. 1.885».⁴⁴

El segundo problema estriba en averiguar cuál es la naturaleza de este plazo. En primer lugar ha de aclararse si es un plazo material o procesal. Se ha defendido que como marca la limitación en el tiempo de unas medidas de derecho sustantivo, es un plazo material.⁴⁵ Sería procesal sólo en el sentido de que es un acto procesal, la presentación de la demanda, el que despeja esta limitación del plazo de vigencia y permite la subsistencia de las medidas provisionales hasta que se adopten las provisionales. Con esta limitación del período de vigencia la ley pretende ser fiel a la naturaleza de las medidas e impedir que permanezcan indefinidamente en el tiempo. El plazo, por todo ello,

44. *Comentarios...*, cit., p. 987.

45. Vid. Cortés Domínguez, *op. cit.*, pp. 987 y ss. «Este no es como se ha podido pensar un plazo de caducidad; en realidad, las posibilidades de interponer la demanda, cumplido el plazo, no perecen en absoluto. El plazo que se establece no es sino el tiempo de vigencia, necesariamente limitado, del poder de separación provisional.» En este sentido también Rivero, *op. cit.*, p. 734.

sería material y, por tanto, no habría que excluir en el cómputo los días inhábiles (art. 5 CC).⁴⁶ La argumentación es muy sólida y está bien fundamentada, pero nosotros no la compartimos en su totalidad (si en cuanto sostiene que no se trata de un plazo de caducidad), pues puede perjudicar gravemente a los solicitantes. Suscribimos las palabras de Muñoz Sabate: «sería una injusticia que se contabilizaran los días en que la propia ley impide a las partes cumplir con el requisito que aquélla le exige». Por tanto, los días inhábiles deben descontarse (art. 304 LEC).⁴⁷ Ante la alternativa de determinar si un plazo es procesal o material sólo cabe inclinarse por este último cuando no sea posible hacerlo por el primero. En el supuesto que estudiamos, al ser la presentación de la demanda una actuación procesal que decide la vigencia de las medidas, no carece de sentido pronunciarse por la naturaleza procesal del plazo. Además, el art. 304 LEC, en relación con el art. 1.812 del mismo texto legal, y los arts. 182 y 185 LOPJ resultan un obstáculo insalvable para quien justifique no descontar los días inhábiles por la ubicación del procedimiento de adopción de medidas provisionales en el Libro III LEC.

Por otro lado, también es razonable comenzar a contar el plazo desde que el solicitante tuvo conocimiento de la resolución judicial en que se determinaron las medidas (por notificación u otro medio), aplicando el art. 303 LEC.

Además de ampliar la duración del período de vigencia de las medidas, el art. 1.885 LEC dispone que también quedan sin efecto si se justifica la inadmisión de la demanda, e incluso el art. 1.893, 3.º establece más adelante que «igual comunicación y a los mismos efectos (del juez que conozca la demanda y para provocar la pérdida de vigencia de las medidas) podrá hacerse en el caso de inadmisión de la demanda o querrela prevista en el párrafo segundo del art. 1.885» (la referencia a la querrela —por amancebamiento— es un motivo más de crítica al legislador). De conformidad con la doctrina reiteradísima de nuestro TC sobre subsanabilidad de los actos, resulta adecuado entender que la mera inadmisión de la demanda no puede implicar

46. Cortés Domínguez piensa que «el plazo para interponer la demanda y por consiguiente el de prórroga es de orden material; por esto y por la colocación de la norma que comentamos en el Libro III de la LEC, en virtud del art. 1.812, han de contabilizarse todos los días, incluso los que son inhábiles, a efectos procesales». *Op. cit.*, p. 987.

47. Igual opinión sostiene López Alarcón, *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid, 1983, p. 404.

efectos tan graves como el decaimiento de los efectos de las medidas, pues sería totalmente desproporcionado siempre que pudiera, dentro de plazo, presentarse demanda admisible.

Un tercer problema surge si comparamos los términos utilizados en la redacción del art. 104 y los de la DA 6.ª de la Ley 30/81. En el primero tan sólo se habla de presentación de la demanda y en el segundo de «petición» o «solicitud». No parece que decaiga la vigencia de las medidas si los cónyuges inician el procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo por los trámites de la DA 6.ª citada, pero sí demuestra que la ley no concibe la solicitud de medidas provisionales si los cónyuges están de acuerdo, pues en tal caso no serían necesarias ni de urgente adopción.

El cuarto y último problema del que vamos a ocuparnos en relación con el art. 104 CC tampoco es de fácil solución. Trataremos de exponer algunas ideas sin ánimo de ser exhaustivos. La referencia que el art. 104 realiza al «tribunal» sólo puede ser entendida como relativa a los «Tribunales Eclesiásticos», porque está claro que la competencia objetiva en los procesos matrimoniales corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, según la Ley 30/1981.⁴⁸ Sin embargo, tal interpretación es muy discutida.⁴⁹ Prieto Castro concibe como un error la derogación del art. XXIV del Concordato de 1953, en el que se preveía que la jurisdicción civil adoptara las medidas provisionales cuando se acudiera a los Tribunales Eclesiásticos.⁵⁰ Frente a posiciones totalmente contrarias de autores como López Barja de Quiroga⁵¹ o Calvente⁵² opinamos que si el art. 80 CC concede eficacia en el orden civil a las resoluciones dictadas por los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico y a las decisiones pontificias sobre

matrimonio rato y no consumado, aunque hayan de declararse ajustadas a Derecho del Estado, es lógico que se permita a los cónyuges, en las circunstancias y con los efectos expuestos en este trabajo, solicitar del juez civil medidas provisionales y provisionales. La propia naturaleza de las medidas lo exige.

No es ciertamente un buen apoyo a esta opinión la expresión «tribunal» del art. 104, pues excluiría de la protección a los que soliciten una decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. En realidad será difícil que en la práctica se plantee el problema, pero tampoco vemos serias razones para impedirles solicitar las medidas.

Sí podemos invocar a favor de nuestra tesis la norma del art. 22, 5.ª LOPJ, la cual establece la competencia de la Jurisdicción española «cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España». ¿Por qué van a ser discriminados quienes acudan a un Tribunal Eclesiástico frente a los que acuden a tribunales extranjeros, cuando el propio ordenamiento les permite someterse a él y otorga eficacia civil a sus resoluciones? Además, el art. 80 CC remite al art. 954 LEC, el cual establece los requisitos para que las ejecutorias de los Tribunales extranjeros tengan fuerza en España, por lo que no carece de base asimilar su tratamiento legal.

Aunque la admisión de eficacia civil de las resoluciones canónicas se interprete con criterios restrictivos, no vemos qué ventajas se derivan de la negación de la posibilidad de solicitud de medidas provisionales.

48. Vid. VEGA SALA, *op. y loc. cit.*

49. Un canonista como GARCÍA BARRIUSO opina que «es claro que ese Juez o Tribunal al que se refiere es exclusivamente el civil y no el eclesiástico, puesto que la competencia judicial se refiere a la que corresponda dentro del propio fuero (DA 3.ª)». Este autor cree que la base legal para solicitar medidas provisionales en caso de acudir después a los Tribunales Eclesiásticos se encuentra en el art. VI del Acuerdo con la Santa Sede. *Matrimonio y divorcio hoy en España*, Madrid, 1984.

50. «No creemos que esta supresión se pueda considerar como una victoria del poder civil, ni constituye un acierto.» PIETRO-CASTRO, *Medidas provisionales en causas de nulidad*, en *Curso de Derecho matrimonial y procesal para profesionales del Foro*, 4, Salamanca, 1980. Recogido por LÓPEZ ALARCÓN, *op. cit.*

51. *Op. cit.*, pp. 27 a 29.

52. *Del proceso civil matrimonial. Consideraciones generales. Poder Judicial*, n.º 3, 1982, p. 68.

LA COMPETENCIA OBJETIVA DE LOS JUZGADOS TOGADOS MILITARES TERRITORIALES EN LA LO 6/1984, DE 24 DE MAYO

AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ MARTÍN
Ayudante de Derecho Procesal
Universidad de Oviedo

SUMARIO:

1. Introducción. — 2. Antecedentes. — 3. Incidencia del Derecho internacional en la regulación del *habeas corpus*. — 4. La regulación del *habeas corpus* en el Derecho comparado. — 5. La Constitución española de 1978. — 6. Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo. — 7. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El *habeas corpus* representa una de las mayores conquistas del ciudadano contra el arbitrio de las autoridades en la privación de uno de los primeros derechos humanos del individuo —la libertad individual, surgiendo históricamente, como señalaba Silveira, a fin de que no se produzcan situaciones como la siguiente:

«... Hubo un tiempo en Inglaterra en que los hombres y mujeres eran presos sin justa causa, y mantenidos en cárcel durante meses y a veces durante años, privados de un juzgamiento imparcial o de cualquier juzgamiento... Hubo mucha injusticia y mucho sufrimiento fue infligido por ese sistema malo y vergonzoso de poner presos a los hombres sin juicio, y muchas fueron las reclamaciones hechas contra ese sistema...».¹

El procedimiento de *habeas corpus* ha sido regulado en nuestro

1. A. SILVEIRA, *La justicia inglesa de hoy*, RDPr. (Argentina), Año 1955, p. 116.

país por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo,² si bien es cierto que, previa a la vigente regulación del indicado procedimiento en el ordenamiento jurídico español, un importante sector procesalista español —Almagro Nosete y Gutiérrez-Alviz y Armario— se había manifestado a favor de una específica regulación del *habeas corpus*. Para Almagro Nosete el *habeas corpus* constituía «...el mejor medio para tutelar la libertad por privación injusta de la misma, con independencia de las figuras delictivas y responsabilidades de todo orden en que se hayan podido incurrir por los causantes de aquélla...».³

En el presente trabajo pretendemos detenernos en la regulación de una de las excepciones a la competencia objetiva del órgano jurisdiccional para la incoación del procedimiento de *habeas corpus*. La competencia objetiva en el procedimiento de *habeas corpus* aparece regulada en el art. 2.º de la Ley de 24 de mayo de 1984 y, conforme al mismo, corresponde la incoación del procedimiento de *habeas corpus* a todos los Juzgados de Instrucción.

Las excepciones a la regla general se recogen en los párrafos 2.º y 3.º del art. 2.º, al conceder competencia objetiva a los Juzgados Centrales de Instrucción para los supuestos previstos en el art. 55, 2.º de la CE y al Juez Togado Militar Territorial⁴ de la cabecera de la circunscripción jurisdiccional militar en la que se efectuó la detención en el ámbito de la jurisdicción militar.

Más concretamente queremos comprobar, al abordar el estudio referido, si aparece, desde alguno de los puntos de vista, doctrinal, legislativo o de derecho comparado, justificada la última de las excepciones a la competencia objetiva referida.

La posibilidad de que el Juez de Instrucción pueda delegar en el de Distrito la instrucción del procedimiento del *habeas corpus* o de que el Juez de Distrito pueda actuar «a prevención» en la sustanciación del procedimiento, dado el silencio legal al respecto, es negada por Gimeno Sendra.⁵

2. En desarrollo del mandato constitucional recogido en el párrafo 4.º del artículo 17 de la CE.

3. J. ALMAGRO NOSETE, *El derecho procesal de la nueva Constitución*, RDPIb., Año 1978, p. 874.

4. Sustituimos la mención legal al Juez Togado Militar por la de Juez Togado Militar Territorial, de acuerdo con el párrafo 3.º del art. 61 de la LO 4/1987, de 15 de julio, lo cual no supone sino un mero cambio terminológico, puesto que los Juzgados Togados Militares fueron creados por la LO 9/1980, de 6 de noviembre, en virtud de la cual se procedía a la modificación del Código de Justicia Militar de 1945.

5. Vid. *El proceso de habeas corpus*, Madrid, 1985, p. 75.

2. ANTECEDENTES

1. Antecedentes remotos:

1.1. *Habeas Corpus Act*:

Es, sin duda, en la legislación inglesa y, más concretamente, en su «Magna Charta Libertatum de Inglaterra» donde se encuentran los antecedentes más remotos del *habeas corpus* al concederse «el derecho de todo hombre a ser juzgado por sus iguales» e integrándose, de esta forma, el *habeas corpus* en la Common Law de Inglaterra.

Fue, sin embargo, en el año 1679, durante el reinado de Carlos II, cuando por el Parlamento se aprobó el *Habeas Corpus Act*, texto donde se concedía a todos los hombres «el derecho de exigir un juicio imparcial dentro de un tiempo razonable». El texto indicado iba a suponer la positivización del derecho a la imposibilidad de una detención arbitraria.

Pero la «Ley de *habeas corpus*» no se limitaba a conceder el indicado derecho, sino, lo que fue más importante, estableció un medio por el cual los más pobres y desamparados podían exigir que les fuese asegurado efectivamente el derecho, al reconocerse la posibilidad ante la reducción a prisión de cualquier hombre o mujer, ya por el Rey o por orden de cualquier corte de justicia, él o ella, o amigos en su nombre, de obtener lo que se llamaba *Writ of habeas corpus*, que suponía realmente una orden para el director de la prisión en la que está encarcelada la persona, o para quien quiera que la mantuviese presa, para presentarla a un juez que pueda determinar si la prisión es justa o injusta.

La Ley de *habeas corpus* iba más allá de lo indicado al establecer la obligación que pesaba sobre todo juez, magistrado u otra persona que tenga el poder de conceder una orden de *habeas corpus* para hacerlo, y si rehusaba, estaba sujeta inmediatamente al pago de una multa.

Concreta Soriano los adelantos que supuso el *Habeas Corpus Act* de 1679 en los puntos siguientes: a) Existencia de plazos concretos para la entrega del detenido ante el juez, variables conforme a la mayor o menor distancia del lugar del apresamiento respecto al lugar de residencia del juez; b) regulación de unas condiciones óptimas del lugar y tiempo para el ejercicio del *habeas corpus*, amén de una amplia

legitimación personal, y c) exigencia de responsabilidades a los funcionarios que hubieran atentado contra el derecho a la libertad personal.⁶

Debemos concluir la breve referencia al origen anglosajón del *habeas corpus* con la referencia a la conclusión siguiente: «...El *Habeas Corpus Act*, de 1679 representó la culminación de un proceso de perfección del viejo *writ* en este contexto. La versatilidad y fuerza expansiva del *habeas corpus* comportó su extensión a la protección de numerosos supuestos de las relaciones jurídicas de carácter privado... Esta nueva experiencia arranca del *Habeas Corpus Act* de 1816 y ha transformado el *habeas corpus* en el genuino instrumento procesal inglés para la defensa de la libertad de las personas...».⁷

1.2. El derecho de «manifestación de persona» en el Reino de Aragón:

Fairén Guillén, procesalista español que más profundamente ha estudiado la «manifestación aragonesa», se remonta en el estudio de los antecedentes históricos de la indicada institución hasta la *actio de libero exhibendo* del Derecho Romano e, incluso, encuentra en el Derecho visigodo algunas muestras de la indicada garantía procesal, nacida para la protección del derecho a la libertad.

Un cúmulo de recursos procesales —denominados procedimientos forales aragoneses— dirigidos a la protección de la seguridad jurídica de las personas y objetos se reconocían en el ordenamiento foral aragonés.

De entre los indicados recursos merece especial referencia el «procedimiento de manifestación de personas», vigente entre 1428 y 1592, dirigido a la protección del derecho a la libertad personal —especialmente tutelada por la Corona de Aragón— cuyos orígenes se remontan al Fuero de Ejea de los Caballeros de 1365 y al Fuero de las Cortes de Teruel de 1428.

Dos fases integran el indicado procedimiento. En la primera etapa aseguratoria se trataba de proteger a la persona del detenido arbitrariamente y en ella había audiencia contradictoria en la que se exponían sus alegaciones, tanto el manifestado como los acusadores y autoridades que le habían detenido. Concluida la primera etapa —que no

6. Vid. *El derecho de habeas corpus*, Madrid, 1986, p. 56.

7. R. SORIANO, *La protección de la libertad personal en el Derecho anglosajón: el «writ» de «habeas corpus»*, *Justicia* 86, p. 632.

interrumpía el procedimiento penal ordinario— la causa quedaba pendiente de sentencia a dictarse en el proceso ordinario principal.

Sólo cuando el proceso penal ordinario concluía con una sentencia condenatoria se abría la segunda de las fases del procedimiento de manifestación que constituía un auténtico proceso declarativo ante la Justicia Mayor de Aragón, donde había réplica y dúplica, así como la posibilidad de aportación de alegaciones y pruebas dentro de los plazos establecidos. Esta fase concluía con la sentencia del Justicia Mayor que podía suponer la confirmación o revocación de la sentencia dictada en el procedimiento penal ordinario.

Importantes diferencias encuentra Gimeno Sendra entre el histórico *habeas corpus* y el actual y que se concretan en las siguientes: 1) el procedimiento actual pertenece al control «difuso» de los Juzgados ordinarios, frente a la jurisdicción «concretada» del Justicia de Aragón, ante quien se desarrollaba el procedimiento de «manifestación de personas», y 2) ampliación del ámbito «subjetivo» y «objetivo» de aplicación del actual *habeas corpus* ya que el mismo resulta procedente ante cualquier género de sospecha de detención ilegal.⁸

Concluimos esta somera referencia al derecho de «manifestación de persona» en el Reino de Aragón con la mención de Fairén Guillén, autor que ofrece una amplia bibliografía destinada al estudio de la indicada institución,⁹ a la importancia de la institución aragonesa, como garantía procesal que no tiene nada que envidiar al *habeas corpus* de los ingleses, desautorizando la importancia que los constitucionalistas españoles han dado al mismo.

2. Antecedentes inmediatos de la Ley Orgánica del *Habeas Corpus*:

2.1. Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Algunos autores han querido encontrar algún indicio de *habeas corpus* en el art. 286 de la LECrim. Frente a lo cual, Martín Ostos ha

8. *La protección jurisdiccional del derecho a la libertad: el «habeas corpus»*, *Rev. Jca. La Ley*, núm. 1337, Año 1985.

9. Vid. *Consideraciones sobre el proceso aragonés de «manifestación de personas» en relación con el «habeas corpus» británico*, *RDPr.*, Año 1963, pp. 9-47. *La defensa del derecho de libertad personal en la Historia en la actualidad española*, *RPP*, Año 1972, pp. 9-58. *La reforma procesal penal: reintroducción del recurso de manifestación*, *RGLJ*, Año 1976, pp. 345-380. *Comentarios a la Constitución de 1978: el «habeas corpus» del art. 17, 4.º, y la manifestación de personas*, *RAP*, Año 1979, pp. 7-54.

remarcado una importante diferencia entre el mencionado precepto y el procedimiento de *habeas corpus*, puesto que mientras que el art. 286 de la LECrim. recoge una obligación concreta que pesa sobre la autoridad administrativa, el procedimiento estudiado se inicia a instancia de parte.¹⁰

Mencionaremos, sin embargo, por la directa relación que pueden tener con el procedimiento de *habeas corpus* las «advertencias» que en los arts. 389, 393 y 394 de la LECrim. se hacen a los Jueces sobre la prohibición de utilización en los interrogatorios a los procesados de cualquier «género de coacción o amenaza», pudiendo incurrir en responsabilidad disciplinaria («a no ser que incurriera en mayor responsabilidad»).

Y, por último, recordar el art. 520 de la LECrim. —calificado por Fairén Guillén como «vago e insuficiente»—,¹¹ conforme al cual «la detención ... deberá efectuarse de la manera y forma que perjudique lo menos posible a la persona y a la reputación del inculpado».

2.2. Anteproyecto de Bases para el Código Procesal Penal, aprobado por la Comisión General de Codificación el 11 de julio de 1970:¹²

El anteproyecto atribuye, entre otros derechos del detenido o preso, el siguiente:

«Establecimiento de un procedimiento especial para poner fin a la detención y prisión preventiva arbitraria y otro para obtener la reparación por los daños ocasionados por detenciones o condenas injustas.»¹³

A semejanza del proceso aragonés de «manifestación», del *habeas corpus* anglosajón y del juicio de amparo o similares de Hispanoamérica, el Anteproyecto pretende establecer un control jurisdiccional sobre las detenciones o prisiones que fueren acordadas por autoridades no judiciales.

10. *El procedimiento de «habeas corpus»*, Rev. Jca. La Ley, Año 1983, tomo III, p. 1047.

11. *Vid. «Habeas corpus» y «manifestación»*, en *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, tomo I, Madrid, 1983, p. 386.

12. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, Gabinete de Estudios, *Cuadernos informativos*, núm. 10, *Exposición y anteproyecto de bases para el Código procesal penal (Texto adoptado por el Pleno de la Comisión en sesión del día 10 de julio de 1970)*.

13. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Crónica de la codificación española*, tomo 3 (Procedimiento Penal), Madrid, 1970, p. 394, al recoger la base vigésimo segunda menciona el procedimiento indicado.

El procedimiento que se intentaba establecer pretendía privar sumaria e inmediatamente a las autoridades no judiciales del conocimiento del expediente administrativo a fin de determinar la ilegalidad o no de la detención.

La referencia al indicado procedimiento aparece en la Base XXII («De los juicios especiales»), al señalarse:

«... se establecerá un procedimiento en el que el Juez de lo penal, tras de oír, tanto a la persona que acordó la medida como al privado de libertad, y practicando con urgencia las diligencias que estime precisas, resolverá lo que proceda. Si comprobare la falta de competencia para la privación de libertad o su ilegalidad, acordará, como primera medida, la inmediata libertad del detenido o preso. El incumplimiento de la orden judicial determinará la sanción penal correspondiente.»¹⁴

Ninguna excepción se menciona a la regla general en la competencia objetiva de los Juzgados de Instrucción para la incoación del procedimiento indicado.

En la propia Exposición que acompañaba al Anteproyecto de Bases se afirmaba, en relación al procedimiento para la obtención de las reparaciones por los daños materiales y morales que hubiese podido ocasionar la detención, procesamiento o condena injusta, lo siguiente:

«... Si por exigencias en la protección de intereses públicos se somete a detención, proceso o prisión a personas que posteriormente resultan inocentes, nada más humano y lógico que sea quien repare su injusticia... Al establecer una reparación económica, y puesto que no está ya en su mano el hacer desaparecer la existencia del acto injusto, el Estado hace cuanto prácticamente está en sus manos para paliar el mal producido...»¹⁵

3. INCIDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA REGULACIÓN DEL *habeas corpus*

La primera de las menciones, dentro del presente apartado, hemos de hacerla al art. 5.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, de 10 de diciembre de 1948, en virtud de la cual quedan

14. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Crónica de la codificación española*, tomo 3, *op. cit.*, p. 396.

15. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Crónica de la codificación española*, tomo 3, *op. cit.*, p. 385.

prohibidas toda clase de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; no existiendo mención en dicho texto internacional a los recursos procesales contra la violación de los indicados derechos humanos.

Por su parte, el art. 5.º del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España mediante Instrumento de 29 de setiembre de 1979, establece el derecho a la libertad y seguridad de toda persona humana, procediendo, con posterioridad, a la enumeración de una serie de supuestos en los que está permitida la privación de libertad: menores a efectos de su presentación ante la autoridad competente; personas susceptibles de propagar enfermedades contagiosas; personas sometidas a expediente de expulsión o extradición, etc.

El art. 5.4 del mencionado texto internacional habla del derecho a presentar ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie, en breve plazo, sobre la legalidad de su privación de libertad, si fuere ilegal. El concepto de «autoridad» habilitada por la Ley para ejercer funciones judiciales no admite interpretaciones extensivas que engloben a órganos no incardinados en la jurisdicción ordinaria.

Igualmente, los arts. 7.º, 9.º y 10.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento de 13 de abril de 1977, mencionan la prohibición de toda clase de tortura, pena inhumana o degradante, derecho de todo individuo a la libertad y seguridad personales, a ser informado, en todo momento, de las razones de su detención y a ser presentado ante un Tribunal cuando fuere privado o detenido ilegalmente, sin entrarse en especificaciones acerca del órgano ante el que deberá realizarse la indicada presentación y, por supuesto, entendiéndose que la alusión a Tribunal viene referida al predeterminado legalmente.

Por su parte, la resolución del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, adoptada el 27 de junio de 1980 y relativa a la libertad provisional, por razones humanitarias y sociales, ha aconsejado la reducción en la aplicación de la detención provisional al mínimo compatible con la justicia, recalcando la obligación de presentar al detenido cuanto antes, ante el Juez habilitado legalmente para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, pudiendo toda persona detenida ejercitar el derecho a los recursos y a la petición de su inmediata puesta en libertad.

Constatamos que la Ley de 24 de mayo de 1984 contempla sintéti-

camente todos los supuestos previstos en la indicada Convención Europea, pudiendo considerarse extendida toda su aplicación al supuesto contemplado en la sentencia del THDH de 18 de junio de 1981 (caso WILDE OOMS y VERSYP, referido a un supuesto en el que los demandantes se presentaron voluntariamente a la Policía y pese a ello se les reconoce el derecho al *habeas corpus*).

Otras manifestaciones del THDH relacionadas con el derecho al *habeas corpus* han sido la sentencia de 27 de junio de 1968 (caso NEUMEISTER), de 10 de noviembre de 1969 (caso MATZNETTER), de 24 de octubre de 1979 (caso WINTERWERP) y de 4 de diciembre de 1979 (caso SCHIESSER).¹⁶

La mención realizada a los Tratados y Convenios internacionales resulta obligada ya que los mismos resultan, de acuerdo con el art. 10 del texto constitucional, de eficacia y aplicación por los Jueces y Tribunales españoles al haberse transformado en parte de nuestro ordenamiento jurídico interno.

4. LA REGULACIÓN DEL *habeas corpus* EN EL DERECHO COMPARADO

1. Introducción:

Una breve referencia se impone, con anterioridad a entrar en el análisis detenido del procedimiento de *habeas corpus*, al estudio del *habeas corpus* en el Derecho comparado al objeto de poder apreciar posibles influencias del indicado ordenamiento jurídico en nuestra legislación y, sobre todo, analizar el modo en que se aborda la regulación de la competencia objetiva en el Derecho constitucional comparado.

Lo primero que nos llama la atención es la amplitud con que en los países hispanoamericanos se ha constitucionalizado el recurso de *habeas corpus*, aun cuando la eficacia en la aplicación del mismo cuente con múltiples obstáculos y, por tanto, el *habeas corpus* en los indicados países no pase de ser una garantía formal.¹⁷

Por el contrario, en los países europeos el *habeas corpus* es un recurso que desde sus orígenes anglosajones se traslada a Estados Unidos y América del Norte, siendo, por tanto, de reciente incorpora-

16. Vid. recopilación de todas las reseñadas en *Documentación del Congreso de los Diputados*, núm. 10, Madrid, 1983, pp. 79, 99, 122, 154 y 182.

17. Cf. R. SORIANO, *El derecho de «habeas corpus»*, op. cit., p. 89.

ción la mencionada institución a las Constituciones de los países europeos. Lo señalado no implica que los textos constitucionales europeos no recojan procedimientos reales que permitan una eficaz defensa procesal de los derechos de la persona.

2. El *habeas corpus* en los ordenamientos jurídicos hispanoamericanos:

2.1. México:

Comenzamos recordando que fue el amparo la primera de las instituciones procesales que se recogieron en el ordenamiento jurídico mexicano en relación con la defensa de todo el ordenamiento jurídico en general. El amparo es introducido, por primera vez, en la Constitución de 1840 y, más concretamente, en su art. 53.¹⁸ El art. 64 del texto constitucional recogía la regulación de la competencia objetiva en el conocimiento del amparo al prescribir la misma en favor de los «jueces de primera instancia para conocer de las actuaciones del Legislativo y del Ejecutivo»; mientras que «contra las actuaciones judiciales conocerán el juez o Tribunal superior jerárquico al que dictó la resolución impugnada».

En los arts. 101 y 102 de la vigente constitución yucateca de 1917 se regulan las garantías jurisdiccionales de los derechos y libertades fundamentales, concediéndose a los Tribunales de la federación atribuciones para conocer «de las leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías».¹⁹

2.2. Argentina:

Para abordar el estudio del *habeas corpus* en Argentina es necesario aproximarnos a la legislación ordinaria de dicho país ya que su vigente Constitución de 1853 no recoge realmente las garantías propias

18. «Corresponde a la Corte Suprema de Justicia del Estado de Yucatán amparar en el goce de sus derechos a los que pidan su protección contra las leyes y los derechos de la Legislatura, que sean contrarios a la Constitución; o contra las providencias del Gobernador o Ejecutivo reunido, cuando en ellas se hubiera infringido el Código Fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte en que éstos o la Constitución hubiesen sido violados.»

19. México no conoce el *habeas corpus* como tal, si bien hemos de considerar que el amparo constitucional se constituye en una institución procesal básica.

del *habeas corpus*. Y en este sentido, los arts. 617 a 645 del Código de Procedimiento Criminal argentino recogen una específica regulación de la defensa de las libertades personales de los individuos.

La competencia en el procedimiento de *habeas corpus* se concede al Juez o Magistrado de primera instancia de la jurisdicción propia del lugar donde el funcionario desempeña sus funciones; siendo posible la aplicación con efecto devolutivo y no suspensivo²⁰ ante la Corte de apelaciones.

2.3. Brasil:

El estudio del *habeas corpus* en Brasil nos ha permitido apreciar la existencia de un instrumento procesal específico para la protección de los derechos y libertades fundamentales que recibe la denominación de «mandamiento de seguridad».

Junto a dicha institución aparece el *habeas corpus* en la Constitución de los Estados brasileños, aun cuando previamente había sido recogido por las constituciones estatales y la doctrina jurídica.

En la vigente Constitución brasileña de 1967, junto con el «mandato de seguridad» se regula el *habeas corpus* en el art. 153, párrafo 20.

La competencia objetiva en el procedimiento de *habeas corpus* se concede a la Corte Suprema de Justicia federal y a los Jueces y Tribunales Electorales. El Tribunal Federal Supremo conoce del recurso de *habeas corpus* cuando la autoridad o los actos o delitos están sujetos al conocimiento de este Tribunal o cuando hubiere peligro de consumarse la violencia, antes de que otro Juez o Tribunal pueda conocer del *habeas corpus* siempre que esté conectado a delitos electorales y de los comunes conexos con ellos. En definitiva, la competencia objetiva en el procedimiento de *habeas corpus* también en Brasil aparece concedida a la jurisdicción ordinaria.

2.4. Bolivia:

Será en el denso art. 8.º de la Constitución boliviana de 1938 —transcrito literalmente por las Constituciones de 1945 y 1947— donde se

20. Existe una excepción al principio general y que consiste en conceder ambos efectos, devolutivo y suspensivo, de la resolución del juez de primera instancia cuando se trate de una persona detenida por el Poder Ejecutivo en virtud de las atribuciones que le concede el art. 23 de la Constitución al Presidente de la República durante el estado de sitio.

regula, con detalle, un procedimiento para la obtención de la libertad del detenido ilegalmente que, sin embargo, no recibirá el nombre de *habeas corpus*.²¹

Del indicado precepto podemos señalar, en relación con lo que a nosotros nos preocupa en el presente trabajo, que la incoación del recurso no se hace ante una alta magistratura, sino que puede presentarse ante un juez de partido, es decir, ante el juez más próximo geográficamente al lugar donde se encuentra el detenido.

2.5. Ecuador:

La primera recepción constitucional del *habeas corpus* se produce en Ecuador en 1929.

La competencia objetiva en el procedimiento de *habeas corpus* aparece concedida al Presidente del Concejo del Cantón en que se encuentra el detenido o quien hiciera sus veces, de acuerdo con el tenor del art. 187, párrafo 4.º de la Constitución de 1946.

3. El *habeas corpus* en los textos constitucionales europeos-occidentales:

3.1. Irlanda:

Del extenso art. 40 de la vigente Constitución irlandesa, nos interesa destacar su punto 4.2, en el que se regula un procedimiento semejante al *habeas corpus*, aun cuando no aparezca mencionado con tal nombre, cuyo conocimiento corresponde al Tribunal Superior, que no habrá de ser confundido con el Tribunal Supremo de Irlanda ya que tal y como se desprende del art. 34,2.º de la Constitución, dicho Tri-

21. Dice el art. 8: «Toda persona que creyese estar indebidamente detenida, procesada o presa, podrá acudir por sí o por cualquiera en su nombre, con poder notariado o sin él, ante la Corte Superior del Distrito o ante el juez del partido, a elección suya, en demanda de que se guarden las formalidades legales. La autoridad judicial decretará que inmediatamente el individuo sea conducido a su presencia y su decreto obedecido, sin observación, ni excusa, por los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, la autoridad judicial decretará la libertad, hará que se reparen los defectos legales, o pondrá al individuo a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas. La decisión que se pronuncie dará lugar al recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, recurso que no suspenderá la ejecución de fallo.»

bunal Superior sería el equivalente al Juzgado de Primera Instancia español.

Junto a dicha prescripción, hemos de mencionar también la posibilidad que ofrece el art. 40 de la Constitución de presentación de oficio por un Tribunal de una cuestión de inconstitucionalidad ante la formulación de una queja por detención. El supuesto se plantea cuando un Tribunal entiende que la detención de una persona se ha producido conforme a lo estipulado en la Ley, pudiendo, sin embargo, por vía de consulta escrita, plantear al Tribunal Supremo una cuestión sobre la validez legal de la Ley si estimase que la misma pudiera resultar inconstitucional.

3.2. Chipre:

El art. 11,7.º de la Constitución chipriota regula un procedimiento para la defensa de la libertad que responde a la misma finalidad que el *habeas corpus*.

Un Tribunal, encardinado en la jurisdicción ordinaria, será el competente para el conocimiento del indicado procedimiento.

3.3. Portugal:

Encontramos en el art. 31 de la vigente Constitución portuguesa de 1976, con meridiana claridad, la positivización, por primera vez, en un texto constitucional europeo, del procedimiento de *habeas corpus*.²²

En el mencionado precepto existe una doble referencia a la competencia objetiva en el procedimiento de *habeas corpus*; ya que, junto a la mención al Juez predeterminado legalmente y encuadrado dentro de la jurisdicción ordinaria —cual es el Tribunal judicial, mencionado en el párrafo 1.º del art. 31—, el *habeas corpus* puede también ser interpuesto ante la jurisdicción militar —y, más concretamente, ante el Consejo de Guerra—.²³

22. Dice el art. 31: «Se dará *habeas corpus* contra el abuso de poder, por razón de prisión o detención ilegal, y se interpondrá ante el Tribunal judicial o el consejo de guerra, según los casos.

«La providencia de *habeas corpus* podrá ser solicitada por el propio interesado o por cualquier ciudadano en el disfrute de sus derechos políticos.

«El juez resolverá en el plazo de ocho días sobre el requerimiento de *habeas corpus* en audiencia contradictoria.»

23. Vid. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, *La justicia, según la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976*, RDPIb., Año 1976, p. 574.

5. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

1. Precedentes constitucionales:

1.1. La Constitución de Bayona de 1808:

Será en los art. 126 a 132 del indicado texto constitucional donde, al regularse con apreciable extensión una serie de garantías fundamentales, se incluya, entre las mismas, el *habeas corpus*.

Los mencionados artículos, que no aparecían en los dos primeros proyectos de redacción de la Constitución, aparecen en el tercero en virtud de la intervención imitativa de los redactores franceses, constituyendo, por tanto, los mismos una copia de la Constitución francesa del año VIII.

1.2. La Constitución de Cádiz de 1812:

Recogido el *habeas corpus* en el art. 290 de la Constitución de Cádiz, su redacción evidencia una importante influencia de los preceptos constitucionales franceses sobre la materia, más que de los ingleses correspondientes.

Junto al indicado precepto, la Constitución de Cádiz recoge una serie de normas que establecen las medidas necesarias para la correcta aplicación del indicado derecho fundamental. Así, se establecen los casos en que puede ser arrestado un delincuente, sin mandamiento judicial —por ej., el caso de ser sorprendido *in fraganti*—; el ingreso en prisión deberá ser ordenado por auto motivado, entregado al alcalde de la prisión, etc. Todo lo cual evidencia la consciencia de los constituyentes de Cádiz al formular los preceptos constitucionales acerca de la firmeza y efectividad que deseaban otorgar al edificio de libertades fundamentales que se estaba construyendo.

1.3. Otros precedentes constitucionales:

Se pueden encontrar en los arts. 12 de la Constitución de la Monarquía Española de 1869. Quizá sea éste un claro precedente del *habeas corpus* y, sin duda alguna, el precedente más próximo de todo el constitucionalismo español; art. 14 de la Constitución Federal de la República española de 1873, art. 5.º de la Constitución española de 1876 y art. 23 del Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española de 1929.

2. El art. 17,4.º de la Constitución española de 1978:

Será el art. 17,4.º de la vigente Constitución española el dedicado al establecimiento del procedimiento de *habeas corpus*.

El procedimiento de *habeas corpus* se va a extender a la protección contra toda detención ilegal, así como a la privación de libertad efectuada legalmente, pero que en su desarrollo padece la privación de alguna o algunas garantías constitucionales de todo detenido.

El detenido será puesto, después de una serie de actos —que han exigido su desarrollo legislativo ordinario— a disposición judicial a fin de que se pueda determinar si se ha procedido por alguna autoridad a la privación de su libertad con violación de algunos de sus derechos constitucionales.

De lo indicado y, a los efectos que nos interesa para el presente trabajo, debemos indicar que la puesta inmediata a disposición judicial del detenido se entendía en relación a la jurisdicción ordinaria y, dentro de ésta, del juez natural correspondiente, conforme a las reglas establecidas de competencia objetiva —Juez de instrucción— y territorial —*forum delicti commissi*—.

6. LEY ORGÁNICA 6/1984, DE 24 DE MAYO

1. Precedentes legislativos de la vigente LO de 24 de mayo de 1984:

1.1. Proposición de Ley de UCD:

El Grupo Parlamentario de UCD del Senado presentaría una Proposición de Ley Orgánica de Libertades Públicas y amparo judicial²⁴ cuya Sección quinta estaba destinada a la regulación del procedimiento de *habeas corpus*.

La competencia objetiva para el conocimiento del procedimiento se confería al Juez del partido; sin embargo, la disposición adicional tercera establecía la previsión de la promulgación de una Ley específica para la regulación de esta materia en el ámbito militar.

24. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, I Legislatura, Serie III: Proposiciones de Ley del Senado, núm. 18 (a), de 23 de diciembre de 1980.

1.2. Anteproyecto de Ley Orgánica de PSOE:

Del Anteproyecto de Ley Orgánica, presentado en 1982 por el PSOE,²⁵ debemos señalar su mayor extensión e importantes mejoras respecto del precedente legislativo anterior, debiendo destacar, entre ellas, la precisión en la determinación de la competencia territorial en el procedimiento y que venía atribuida con exclusividad a los Jueces de Instrucción.

El mencionado Anteproyecto fue objeto de Informe por parte del Consejo General del Poder Judicial²⁶ en el que se admitía, en líneas generales, como válido el esquema presentado a dictamen.

1.3. Proposición de Ley, reguladora del procedimiento del *habeas corpus*, presentado por el Grupo Parlamentario Vasco.²⁷

El art. 2.º de la mencionada Proposición de Ley concedía en exclusividad la competencia para entender de la solicitud de *habeas corpus* al Juez de Instrucción del lugar en que se encontrase la persona privada de libertad.

1.4. Proposición de Ley del procedimiento de *habeas corpus*, presentado por el diputado de Euskadiko Exkerra, del Grupo Parlamentario Mixto, Juan-M.ª Bandrés Molet.²⁸

La mencionada Proposición de Ley, de contenido mucho más escueto que la mencionada anteriormente, también concedía con exclusividad la competencia objetiva para el conocimiento del procedimiento al Juez de Instrucción, a tenor del art. 2.º de la Proposición de Ley.

1.5. Proyecto de Ley orgánica regulador del procedimiento de *habeas corpus*, presentado por el Gobierno.²⁹

El indicado Proyecto de Ley, junto con la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, fueron objeto de un dictamen único a fin de proceder a la redacción definitiva de la Ley reguladora del procedimiento de *habeas corpus*.³⁰

El art. 2.º del Proyecto de Ley, a lo largo de su tramitación parla-

25. Vid. Rev. Poder Judicial, núm. 6, Año 1983, pp. 152-154.

26. Vid. Rev. Poder Judicial, núm. 6, cit., p. 154.

27. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, Serie B, 22-I, de 15 de febrero de 1983.

28. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, Serie B, 183-I, de 23 de abril de 1982.

29. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, Serie B, 22-II, de 2 de agosto de 1983.

30. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso, Serie B, 22-II, de 22 de septiembre de 1983.

mentaria no sufrió modificaciones y, concretamente, el 3.º de sus párrafos, relativo a la excepción de la competencia objetiva de los Juzgados de Instrucción en favor de la jurisdicción militar se mantuvo conforme a su inicial redacción.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley —que posteriormente pasará íntegro al texto legal definitivo— se señala la imposibilidad de que ningún particular o agente de la autoridad pueda sustraerse al control judicial de la legalidad de la detención de las personas, sin que quepa excepción alguna, ni siquiera a la jurisdicción militar. Sin embargo, no explica las razones que había tenido para encomendar el conocimiento de la solicitud de *habeas corpus* al juez togado militar de instrucción.

7. CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto, hasta el momento, se deduce que, desde ningún punto de vista —salvo la mención, ya indicada, que formula la Constitución vigente portuguesa y que no deja de ser un «raro precedente jurídico»³¹ aparece justificado el art. 2,3.º de la LO de 24 de mayo de 1984.

Todo lo cual nos lleva a la conclusión de la necesaria derogación de la excepción del régimen general de la competencia objetiva en el procedimiento de *habeas corpus* o, al menos, entendemos que resulta necesaria la intervención de un juez ordinario a fin de que pueda centrar la atención en la interpretación de los valores sustanciales de la libertad individual sin perjuicio de que, en algunos supuestos, la facultad sancionadora se le reconozca a la autoridad militar, aunque lleve aparejada la privación de libertad siempre que se ejercite dentro del ámbito estrictamente castrense y observando las formalidades legales.

Y a la anterior conclusión nos lleva el hecho de que el juez togado militar territorial no reúne las dos notas esenciales que, según el artículo 117,1.º de la Constitución, deben reunir los integrantes del poder judicial: la independencia y la inamovilidad.

Las indicadas notas integrantes del poder judicial han venido a ser ratificadas recientemente por la sentencia del THDH de 22 de mayo de 1984 (caso VAN DER SLUIJA, ZUDERVELD y KLAPPE) al pronunciar-

31. R. SORIANO, *El derecho de «habeas corpus»*, op. cit., p. 156.

se, en relación con una hipótesis de privación de libertad por un tribunal militar, sobre cuáles son las autoridades habilitadas por la Ley para el ejercicio de las funciones judiciales y precisando que las mismas deben contar con alguno de los atributos que se predicán del juez, es decir, que reúna las condiciones necesarias para constituir una garantía para la persona arrestada.

Sin embargo, la organización jerarquizada y militarizada de los cuerpos jurídicos militares no es la más adecuada para lograr la salvaguarda de la libertad e independencia de criterio de sus componentes.

Estimamos que el hecho de que cualquier persona pueda ser detenida por la autoridad militar sin un previo pronunciamiento sobre la competencia o sobre el carácter militar o civil de la infracción imputada, conculca los más elementales derechos constitucionales y, más concretamente, el derecho a la tutela de su libertad y de sus garantías por parte de un juez ordinario.

Creemos que la especialidad de la jurisdicción castrense no se vería afectada lo más mínimo por la intervención, en la fase de detenciones preventivas, de la jurisdicción ordinaria para ejercitar la tutela efectiva que, con carácter exclusivo, le confiere la Constitución.

La jurisdicción militar se mueve dentro del marco castrense al que pretende tutelar y, según su especial concepción, pone el acento en subrayar los valores primordiales de la subordinación jerárquica y la disciplina como ejes de la organización militar.

La conclusión expuesta no podemos entenderla afectada por la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, ya que con el tratamiento legislativo concedido al procedimiento de *habeas corpus* se ha abandonado la exclusividad de la jurisdicción ordinaria en la interpretación y aplicación de los supuestos que justifican la tutela judicial de la libertad individual.³²

32. Cf. ALMAGRO, CORTÉS, GIMENO y MORENO CATENA, *Derecho procesal*, tomo II, vol. II (El proceso penal), 1.ª ed., Valencia, p. 239; mención no recogida en la 2.ª ed. del mismo manual.

EL JUEZ ESQUIADOR

La aplicación de los conocimientos privados del juez a los casos que acceden a los Tribunales dota a las sentencias de una humanidad y de una sensatez que aproxima la justicia al terreno que pisan los mortales. Resoluciones como la que transcribimos a continuación constituyen una muestra de savoir faire, que aprovecha la rica experiencia personal para hablar en lenguaje que entienden los ciudadanos. Las máximas de experiencia que se apilan en la sentencia no parecen cazadas al vuelo en una fugaz vista de apelación. Antes bien, arguyen vivencias personales y denotan haberse deslizado más de una vez por las pistas de esquí de Llessú, con un exacto conocimiento de las características y posibilidades de la estación. Saben de fijaciones, botas y bastones, de cuñas y paralelos, de nieve polvo y primavera, de costes económicos del equipo y de las dificultades de la pista de autos, lugar del infortunado accidente, de su trazado y protecciones y hasta de sus mejoras en sucesivas temporadas. En fin, todo un compendio de sabiduría alpina y liturgia de la nieve que sólo se adquiere a fuerza de mucho telearrastre y de paciente buena cara al mal tiempo.

Queda al final de la resolución una cierta pesadumbre porque se podría intuir que, en este caso, la condena penal, si bien mínima, es sólo una premisa para hacer viable la indemnización civil. Ello exige revisar los mecanismos del proceso penal para evitar las tentaciones de una condena forzada. Habiéndose discutido en el proceso las responsabilidades penales y civiles, la suerte de cada una de ellas debiera seguir sus propias reglas, con independencia la una de la otra. De esta suerte se disiparían algunos de los riesgos del sistema, sobre todo en materia de responsabilidad, por la tendencia objetivadora que impera en este campo.

AP Lérida S 28 de octubre de 1987

ANTECEDENTES DE HECHO

1.º Que en fecha 24 de julio de 1987, la señora doña Carmen, Juez de Primera Instancia e Instrucción de Tremp por prórroga de jurisdicción y titular del Juzgado de igual clase de Seo de Urgel, dictó sentencia en las Diligencias Preparatorias 8-1985 del Juzgado de Tremp, en cuya parte dispositiva decía así: «Fallo: Que

debo absolver y absuelvo a Jordi y Francisco de la falta de imprudencia simple del artículo 586-3 que les es imputada por el Ministerio Fiscal y del calificativo de imprudencia temeraria solicitado por ambas acusaciones particulares, con todos los pronunciamientos favorables. — Firme esta resolución procedáse a la devolución de las fianzas prestadas». Y notificada en forma esta resolución a las partes el Fiscal y los acusadores particulares por medio de sus representaciones procesales formularon recurso de apelación contra la misma, apelación que se admitió a trámite en ambos efectos y emplazándose en forma a las partes para ante esta Audiencia Provincial de Lérida.

2.º Que las partes comparecieron en tiempo y en forma ante esta Sala y sostuvieron los apelantes su recurso y se señaló por esta Audiencia Provincial día y hora para la vista oral de esta apelación, oyéndose por esta Sala al testigo Enrique y después se celebró el juicio propiamente dicho, en que los Letrados de los apelantes y el Fiscal primero emitieron su correspondiente informe cada uno y después los Letrados de las defensas, estudiando los hechos probados y los fundamentos legales procedentes y cada parte por medio de su Letrado se ratificó en sus anteriores peticiones y puntos de vista, así como lo hiciera también el Ministerio Fiscal.

3.º Que a los hechos probados que se transcriben, en el Antecedente de Hecho Primero de la sentencia recurrida, debemos aceptarlos y hacerlos nuestros, estimándolos correctos, si bien con el añadido de las siguientes circunstancias a continuación de los mismos y también con calidad de

Hechos Probados declarados como a tales y que son así:

«Que el fallecido Manuel era relativamente poco experto y con poca práctica como esquiador, para esquiarse en malas condiciones de nieve dura o helada y por pistas difíciles.»

«Que la zona de pista en que esquiaba al momento del accidente el fallecido Manuel, en la parte alta de la pista núm. XIV y denominada *Els Altars-I* del complejo de Llesuy o Llessú al tiempo en que por allí esquiaba el referido y al sobrevenir el accidente tenía nieve dura, no se hallaba balizada lateralmente en su recorrido de forma adecuada y en la parte que daba a la pista núm. XVII o Barranco de la Olla no tenía en todo su recorrido una valla o barrera de protección suficiente que impidiera el deslizamiento de un esquiador que cayera al suelo en la pista *Els Altars-I*, cuesta abajo, por zona llena de rocas y obstáculos, hasta el Barranco de la Olla, obras de protección que posteriormente a febrero de 1984, la empresa "P., S. A." ha construido en aquella zona, arreglando la pista en el sector de los hechos, para formar una protección que impida el deslizamiento de un esquiador caído al suelo, desde la pista *Els Altars-I* y hasta el fondo del Barranco de la Olla y en estas condiciones precarias de seguridad, de la pista *Altars-I*, en el día 18 de febrero de 1984, autorizaron los acusados Francisco y Jordi, que en dicho día y en las referidas condiciones, aquella pista de esquí, *Altars-I* en su zona alta, estuviera abierta al público.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.º Estimando que, aun cuando algunos de los doce testigos que

aportaron las acusaciones particulares, todos ellos usuarios de la pista de esquí en que ocurrió el accidente en el día de Autos, dijieran que el fallecido Manuel era un esquiador experto y práctico, la realidad, según indicios, es que distaba bastante de ser un buen esquiador, ya que aparecen varios indicios a través de lo actuado que ciertamente hacen dudar de la eficiencia y práctica que el referido perjudicado tenía para esquiarse y entre ellas podemos señalar las siguientes: a) Un buen esquiador, sin caer al suelo, esquiando poco a poco y en cuña, difícilmente pierde un esquí bien ajustado y fijado, o sea que, lógicamente, si lo perdió sin caer al suelo este esquí estaba indebidamente fijado. b) Igualmente es muy difícil perder deslizándose en una caída una bota de esquí debidamente atada y fijada y este accidente es difícil que suceda a un esquiador experimentado y con un adecuado equipo. c) El fallecido Manuel había alquilado el equipo de esquí, práctica poco frecuente ésta en un esquiador que ha esquiado mucho y muy experimentado, ya que el alquilar el equipo de esquí es anti-económico y todos los esquiadores buenos acostumbran a tener equipo de esquí propio de años antes, tanto más cuanto a la fecha del accidente uno podía adquirir por unas 25.000 pesetas un equipo de esquí aceptable, y el tenerlo propio era lo más económico para una persona que esquiara mucho y el alquilar el equipo es indicio de que se esquiaba con poca frecuencia o desde hacía poco tiempo. d) Un esquiador experimentado, para calzarse un esquí, se coloca siempre de forma perpendicular al eje de la pista de esquí que hace pendiente, y el hecho de que resbalara el fallecido al ponerse el esquí

es indicio de que no adoptó el mismo tal precaución y el esquí que estaba puesto y el suelto se fueron pendiente abajo. e) El hecho de que bajara en cuña, poco a poco, con miedo, e hiciera pasar delante el esquiador fallecido a su amigo Grau, que bajaba mejor, es también indicio de poca práctica y eficiencia en el esquí por parte del fallecido. f) El hecho de que con las condiciones de nieve dura y helada, escasa, y con piedras visibles y calveros, un esquiador hubiera a esquiarse a una altitud de casi 2.500 metros, es indicio de que el que esto hizo, en sus condiciones, tenía escasos conocimientos, entrenamiento y equipo deficientes, ya que tal hecho es en cierta forma una imprudencia, pudiendo esquiarse en pistas más bajas y más seguras, como eran las pistas *Barbeta*, *Pla de Poet*, *Baby* o en la *Carena-I* y aun en la parte baja de la pista *Altars-I*, por todo lo que cabe admitir en la conducta del propio fallecido Manuel, cierta imprudencia que concurría en el desencadenamiento de los hechos, con otras negligencias de las que hablaremos más adelante y lógicamente este proceder imprudente por parte de la propia víctima del accidente, esquiador mediano-bajo, con calidad de debutante o iniciado en el esquí, que en condiciones difíciles de nieve dura o helada asume un riesgo excesivo para su práctica y eficiencia como esquiador y se pone por su propia voluntad a esquiarse en la parte alta de una pista que oficialmente era para prácticos en condiciones normales y que en condiciones de nieve dura y helada era una pista para muy expertos, que debía señalizarse con señal negra, por lo que esta negligencia concurrente de la propia víctima lógicamente rebaja la imprudencia de los acusados a una ca-

tegoría de negligencia leve, que no puede en forma alguna calificarse como Imprudencia Temeraria o como Imprudencia con infracción de Reglamentos, ya que se trata de una imprudencia penal de carácter leve, que es encuadrable por su resultado de muerte en la figura penal del artículo 586, apartado 3.º del Código Penal vigente y como tal falta debe ser enjuiciada y sancionada.

2.º Estimando que, por un lado hemos de valorar el testimonio de doce testigos, con algunas contradicciones y cambios en su declaración, pero todos ellos usuarios de la pista el día de Autos y sin ninguna vinculación económica o laboral con la compañía «P., S. A.» con el testimonio contrario de los propios acusados y unos testigos en su mayoría empleados de la dicha empresa concesionaria o vinculados más o menos a ella, o a sus directores, y a través de ello y del resto de lo actuado hemos llegado a establecer determinados hechos que son prueba de cierta negligencia por parte de los acusados en la adopción de medidas de seguridad en la parte alta de la pista Altars-I en el día del accidente, que en aquellas condiciones de nieve helada o dura, hacía de aquella pista una senda muy resbaladiza y peligrosa para esquiadores poco experimentados, ya que su balizamiento lateral era insuficiente, en aquellas condiciones excepcionales de helada hubiera estado mejor calificada como pista negra y al menos en su tramo alto debió cerrarse a esquiadores medianos inclusive, la valla de protección de longitud vaga entre 200 y 400 metros, si existía estaba cubierta de nieve y era poco visible y desde luego no cumplió su cometido y fin de parar al accidentado en su descenso hasta el Barranco de la Olla donde

se mató, lo que prueba que su eficacia como protección era nula o muy escasa, ya que debió haber cubierto más trecho y de forma más eficaz y finalmente el hecho de que después, la pista Altars-I fue rectificadora, se hizo un trazado nuevo y un montículo de protección para evitar caídas de esquiadores hasta el Barranco de la Olla o pista XVII, estas obras ciertamente son una prueba elocuente de que los propios directores acusados, ante su amarga experiencia de accidentes —cuatro al menos en aquel tiempo—, y también la concesionaria «P., S. A.», estimaron insuficientes las medidas de seguridad y protecciones de la parte alta de Altars-I, e hicieron después inversiones y obras para reforzar la seguridad de aquella pista, y el hacer estas obras es prueba de la deficiencia de la valla referida (de largo y situación que queda oscura en los Autos) que no sirvió para frenar o impedir la caída y posterior muerte del desgraciado Manuel, ya que la misión específica de una valla de este tipo debía ser el evitar tal tipo de deslizamientos y caídas en un lugar tan peligroso, y estas deficiencias en la seguridad de la parte alta de la pista Altars-I en el día de Autos, hacen que exista imprudencia en la actuación de los acusados que como directores del complejo de esquí de Llesúf debieron haber corregido estas deficiencias de seguridad denotadas, y al no hacerlo, ni evitar el uso de esta parte alta de la pista en condiciones de inseguridad, dan lugar a que haya una imprudencia a efectos penales de la que son responsables ambos acusados, pero al concurrir esta imprudencia con otra imprudencia de la propia víctima, lógicamente la calificación penal de tal negligencia de los acusados se rebaja a la categoría

de la falta del artículo 586, 3.º del Código Penal, y por otra parte al no existir al momento del accidente un Reglamento de Pistas de Esquí y de sus medidas de seguridad, es muy difícil llegar a una calificación de Imprudencia Simple con Infracción de Reglamentos al no existir tal reglamentación en esta materia y los reglamentos para telesillas y medios mecánicos, así como el de telesquí, no son aplicables a este caso, ya que nada regulan los mismos sobre medidas de seguridad y protección de las pistas propiamente dichas, materia en la que no existe reglamentación legal, y ningún precepto legal regula qué vallas de protección debe haber, cuándo debe cerrarse una pista por nieve dura y helada, frecuencia de balizas laterales, etc. y en esto nos hemos de regir por un elemental sentido común aplicando las reglas de la prudencia que la práctica del esquí y del funcionamiento de las estaciones de esquí aconsejan.

3.º Estimando que al apreciarse en el aspecto penal una imprudencia leve del artículo 586, 3.º del Código Penal, la ponderación de las responsabilidades civiles debe ser adecuada a la categoría de la infracción penal referida y a las circunstancias concurrentes de forma específica en los hechos juzgados, en que vemos que la concesionaria no tiene seguro que cubra el riesgo de esta muerte, que concurre aquí la negligencia de los acusados, con cierta negligencia, y falta de eficiencia y práctica en el esquí por parte de la víctima, y esta concurrencia de negligencias lógicamente también debe tener re-

flejo en la cuantía de las indemnizaciones civiles a percibir por los perjudicados, que por otra parte deben ser proporcionales y adecuadas a la experiencia de este Tribunal concediendo en casos de accidentes de tráfico indemnizaciones civiles limitadas, ya que no puede ser de peor condición en un supuesto análogo, una imprudencia por accidente de tráfico que una imprudencia en accidente esquiando.

4.º Así estimando que, por lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación formulado en Autos y dictar sentencia en consecuencia condenando a ambos acusados Francisco y Jordi como autores de una falta del artículo 586-3.º del Código Penal a la pena procedente.

5.º Estimando que por otra parte en ambos acusados no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

6.º Estimando que, según el artículo 19 y siguientes del Código Penal, todo responsable penal de un hecho lo es también civilmente y por ello corresponde señalar una indemnización limitada y disminuida a cada uno de los padres del fallecido perjudicado, a su hijo y a la propia madre de su hijo, todo dentro de los lógicos límites que la concurrencia de imprudencias establece, y todo con intereses según el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con condena en costas, según el artículo 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

F. RAMOS

LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL FRANCÉS *

ANDRÉ VITU
Profesor en la Facultad de Derecho
y Ciencias Económicas
de la Universidad de Nancy II

SUMARIO:

I. Los rasgos característicos de la organización judicial francesa en materia penal: A) El nexo necesario entre la jerarquía de la jurisdicción penal y la clase de infracción; B) La unidad de la justicia civil y de la justicia penal; C) La existencia de un Ministerio Fiscal activo y jerarquizado. — II. Los rasgos característicos de la fase preparatoria (instructora) del proceso penal: A) El papel activo de las partes acusadoras; B) El papel activo del juez de instrucción. — III. Los rasgos característicos del enjuiciamiento de las infracciones penales: A) El procedimiento ordinario; B) Los procedimientos especiales.

Es necesario que ante todo indique los límites de la conferencia que el profesor Jung me ha encargado sobre «los rasgos característicos del procedimiento penal francés». Me ha parecido necesario el no restringir esta exposición al desarrollo escueto del proceso penal, sino mostrar también los órganos que aplican la justicia penal, es decir, los tribunales y sus auxiliares (Ministerio Fiscal, policía judicial, víctimas de las infracciones). Es con este sentido amplio como entendemos, en

* Conferencia pronunciada en francés el 10 de mayo de 1985 en la *Universität des Saarlandes* (R.F. Alemana), destinada a la iniciación de juristas alemanes respecto al proceso penal francés, en el marco del «Diálogo franco-alemán». Publicación del *Centre d'Études Juridiques Françaises*, de la *Universität des Saarlandes*, Saarbrücken, 1985. (Traducción de Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi [Universidad de Sevilla]. Agradezco al Prof. Vitu la autorización para su traducción.)

Francia, la expresión «procedimiento penal». Mi conferencia tendrá, pues, por objeto mostrar, conjuntamente, los órganos que ejercen la justicia penal, y el describir los principios generales que gobiernan la *preparación del proceso penal* y el *enjuiciamiento de las infracciones*. Sin embargo, en razón del breve lapso de tiempo de que dispongo, no diré nada de las jurisdicciones especiales, por ejemplo, del juez y del tribunal de menores.

Antes de entrar en materia, debo hacer algunas indicaciones de carácter *histórico*. A partir del siglo XIV, como en todos los países de la Europa occidental (con excepción de Inglaterra) se desarrolló en Francia un procedimiento penal de tipo inquisitorio cuyas grandes líneas, primeramente trazadas por una Ordenanza de 1498, fueron definitivamente fijadas por la Ordenanza de 1539, bajo el reinado de Francisco I; es en la misma época, en 1532, cuando el Emperador Carlos V promulga la famosa *Constitutio Criminalis Carolina* para el Imperio alemán: el paralelismo histórico es muy de tener en cuenta. Una tercera Ordenanza, en 1670, refuerza aún más el sistema inquisitorio adoptado en Francia.

Pero este sistema suscitó en el siglo XVII y sobre todo en el siglo XVIII vivas críticas, principalmente por parte de Beccaria, de Voltaire y de Montesquieu. Razón por la cual, cuando estalló la Revolución Francesa en 1789, el legislador se inclina decididamente hacia el modelo inglés, es decir, por el procedimiento acusatorio (L. 16-29 de septiembre de 1791); de esta forma, hace dos siglos, el procedimiento penal francés pasó bruscamente de un extremo al otro.

Pero esta innovación no dura porque el procedimiento no se adaptó al ambiente agitado de la época y a los desórdenes provocados por la guerra civil y las guerras extranjeras. Bajo el impulso de Napoleón Bonaparte se abandonó el procedimiento acusatorio en favor de un sistema mixto, que ha seguido en vigor hasta nuestros días.

El sistema mixto se adoptó en el *Code d'instruction criminelle* de 1808, que fue, a la vez, una ley de organización judicial y una ley sobre el procedimiento penal. Este Código ha estado en vigor 150 años; se derogó en 1958 por el *Code de procedure pénale*, que concierne igualmente a la organización de la jurisdicción y al desarrollo de los procesos penales. Tras su promulgación, este nuevo Código ha sido modificado por 21 leyes, algunas de ellas muy importantes y muy recientes.

A pesar de los cambios sufridos después de la Segunda Guerra Mundial, los rasgos característicos del procedimiento penal francés no han variado. Para facilitar su presentación, reagruparé estos rasgos

característicos de nuestro procedimiento en tres grandes categorías:

1. Algunos rasgos conciernen a la organización judicial en materia penal.
2. Otros son relativos a la preparación del proceso penal.
3. Los últimos atañen al procedimiento en audiencia pública y al enjuiciamiento de las infracciones.

Estas son las tres partes de la exposición que trataremos de recorrer en el procedimiento penal francés, de forma necesariamente muy rápida y sin que nos sea posible entrar en detalles.

I. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL FRANCESA EN MATERIA PENAL

Tres principios regulan la organización de los tribunales penales franceses:

- el nexo necesario entre la jerarquía de la jurisdicción penal y la naturaleza de las infracciones que se hayan cometido
- la unidad de la justicia civil y de la justicia penal
- el lugar fundamental reservado al Ministerio Fiscal.

A. *El nexo necesario entre la jerarquía de la jurisdicción penal y las infracciones objeto de juicio*

a) Para comprender bien en qué consiste este nexo, comencemos por recordar la clasificación de las infracciones existentes en Francia. Según el Código penal todas las infracciones se integran en una clasificación de tres tipos: los delitos graves, los delitos de tipo correccional y las faltas. ¿Cómo se pueden distinguir? Pues según las penas con que se conminan:

- los *delitos graves* se castigan con la reclusión de 5 a 20 años o a perpetuidad. Hasta 1981 existía también la pena de muerte, ahora derogada
- los *delitos de tipo correccional* se conminan con un encarcelamiento de 2 meses a 5 años y con una multa superior a 6.000 F
- las *faltas*, cuya sanción oscila entre 1 día y 2 meses de encarcelamiento, y la multa entre 20 y 6.000 F.

Basta entonces consultar la ley para saber, según la pena, a qué categoría pertenece la infracción. Hay que hacer notar que el legislador ha previsto, a veces, para determinados delitos, una pena de prisión superior a 5 años; estos delitos conservan, sin embargo, su naturaleza, aunque se encuentran sometidos en todo a las reglas concernientes a los delitos de tipo correccional.

b) Esta clasificación de las infracciones influye en la *clasificación de la competencia*.

1. Los *delitos graves* son juzgados por la *Cour d'assises* que se compone de tres magistrados y de nueve jurados:

- tres magistrados profesionales, es decir, un consejero de *cour d'appel* y dos jueces del *tribunal de grande instance*
- nueve jurados, o sea, ciudadanos franceses de más de 23 años, sorteados entre los electores de la lista del departamento. Existe una *cour d'assises* en cada departamento (hay 95 en la Francia Metropolitana); tiene una sesión al trimestre.

El jurado fue instituido en Francia durante la Revolución de 1789 a imitación del jurado inglés, pero a diferencia de éste los jurados franceses desde 1941 se pronuncian con los tres magistrados sobre la culpabilidad y sobre la pena (sistema del escabinado). La institución del jurado ha sido siempre muy criticada, pero parece imposible suprimirla pues se ha considerado, con razón o no, como una expresión de la democracia y como un baluarte de las libertades individuales.

2. Los *delitos menos graves* son juzgados por el *tribunal correctionnel*, formado por tres jueces (salvo en algunas materias en que puede decidir un juez unipersonal, por ejemplo en accidentes de tráfico). En la Francia Metropolitana existen alrededor de 180 tribunales correccionales.

3. Las *faltas* se juzgan por el *tribunal de police*, que es un órgano constituido siempre por un solo magistrado. Tenemos alrededor de 470 tribunales de *police*.

Hay que señalar además la existencia de *cours d'appel*, tribunales de apelación. Las resoluciones de los tribunales de *police* y de los tribunales correccionales se pueden impugnar por vía de apelación ante el tribunal de apelación (*chambre des appels correctionnels*). Hay 30 tribunales de apelación en la Francia Metropolitana. Por el contrario, los veredictos de las *cours d'assises* no son impugnables en apelación

pero sí en casación. Recientemente se ha planteado la cuestión acerca de la creación de una *cour d'assises* de apelación. Nuestro Ministro de Justicia, que es abogado, se ha mostrado muy favorable, pero esta innovación podría contradecir la noción misma de las *cours d'assises*. ¿Qué garantías de una mejor justicia otorgaría este órgano? ¿Cómo serían reclutados los jurados de este segundo nivel? Estas cuestiones son muy delicadas.

En el vértice de la jerarquía, finalmente, la *Cour de Cassation*, el Tribunal de casación, con seis salas, la Sala de lo penal juzga todos los recursos de casación en material penal. Este órgano tiene su sede en París.

B. La unidad de la justicia civil y de la justicia penal

En virtud de este segundo principio, los mismos Magistrados juzgan tanto sobre los asuntos civiles como los penales. De esta forma, el tribunal de *police* con el nombre de *tribunal d'instance* resuelve los procesos civiles de escasa entidad. El tribunal correccional juzga las materias civiles más importantes con la denominación de *tribunal de grande instance*. En estos tribunales están destinados numerosos Magistrados y en los más importantes el tribunal se divide en salas, de las que unas juzgan sobre asuntos civiles y las otras los penales. El tribunal de apelación se divide igualmente en salas: unas conocen de las apelaciones de las resoluciones dictadas por los tribunales *d'instance* o de *grande instance* y otras para juzgar las apelaciones en materia de faltas o de delitos correccionales.

Con este principio de unidad hay que conciliar la cuestión de la especialización del juez penal, asunto muy discutido en Francia. El derecho francés está vinculado al principio de la no-especialización. Algunos magistrados ejercen durante largo tiempo las mismas funciones (por ejemplo, el juez de instrucción), pero nunca permanecen definitivamente en esta situación pues el desarrollo de su carrera los orienta hacia otros destinos. Además, incluso en los casos en que ejercen funciones penales, se les puede encomendar el participar, en caso de necesidad, en las audiencias civiles.

C. La existencia de un Ministerio Fiscal activo y jerarquizado

Trataremos ahora de uno de los mecanismos más importantes de la justicia penal francesa: el Ministerio fiscal o *parquet*. Es el órgano

encargado, en materia penal, de recibir las quejas, denuncias y atestados por las infracciones, de impulsar y controlar la acción de la policía judicial en la investigación de las infracciones y de los delincuentes, de ejercitar la acción pública (*les poursuites*) ante el juez de instrucción, y finalmente velar por la ejecución de las penas dictadas por los órganos penales.

a) El Ministerio Fiscal *se constituye en todos los órganos de la jurisdicción penal*. El Procurador de la República y sus sustitutos ante el tribunal correccional y ante el tribunal de policía (hay que hacer notar que para las faltas de escasa importancia al procurador se le reemplaza normalmente por un comisario de policía); el procurador general y los abogados y sustitutos generales ante el tribunal de apelación; en la *cour d'assises* cuando celebra sus sesiones trimestrales actúan el Ministerio Fiscal o *parquet* del lugar donde aquélla se constituye.

A excepción del comisario de policía, los miembros del Ministerio Fiscal son magistrados, seleccionados por el mismo tipo de concurso que los magistrados ordinarios, y reciben la misma instrucción que éstos en la Escuela Nacional de la Magistratura. A lo largo de su carrera los magistrados ordinarios pueden ser designados para el *parquet* o viceversa. Pero, a diferencia de los magistrados ordinarios, que son totalmente independientes en el ejercicio de sus funciones, los miembros del Ministerio Fiscal están sometidos al principio de subordinación jerárquica.

Todos tienen un superior común, el Ministro de Justicia, que puede en todo momento ejercer su autoridad y dar instrucciones a los miembros del *parquet*. Cada uno de sus miembros debe *obedecer* las órdenes recibidas de sus superiores; el rehusarlas los expondría a sanciones disciplinarias, puesto que todo magistrado del *parquet* puede ser trasladado. Sin embargo, cuando interviene en las sesiones del juicio oral y toma la palabra, cualquier magistrado es independiente en su función (*la plume est serve, la parole est libre*) y puede hablar según su conciencia.

Este cuerpo jerarquizado tiene por auxiliares directos a la gendarmería nacional y a la policía nacional. La primera es un cuerpo militar que posee atribuciones judiciales y que las ejerce sobre todo en los pueblos pequeños y aldeas. La policía nacional depende del Ministerio del Interior y ejerce sus funciones de mantenimiento del orden y de averiguación penal en los pueblos de cierta importancia. Sobre estos

dos cuerpos, el Ministerio Fiscal ejerce un poder de impulso y de coordinación, así como un poder disciplinario, pero esto no basta para evitar conflictos y celos entre gendarmes y policías.

La actividad de la gendarmería y de la policía en el marco de la investigación penal toma el nombre de «policía judicial».

II. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA FASE PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL

Esta fase comprende desde el descubrimiento de la infracción hasta el momento del juicio (con exclusión de éste). En ella intervienen diversos participantes: las partes acusadoras (policía y gendarmería, Ministerio Fiscal, víctima del delito) y también el juez de instrucción. Todos desempeñan un papel activo aunque varíen sus modalidades.

A) El papel activo de las partes acusadoras

a) El papel de la policía judicial

Bajo el impulso y el control del Ministerio Fiscal, la gendarmería y la policía pueden realizar indagaciones tan pronto se descubre la comisión de una infracción: indagaciones de infracciones flagrantes, indagaciones preliminares.

1. *Indagación en supuesto de infracción flagrante*, significa el que se ha cometido una infracción o acaba de cometerse y en virtud de lo cual se persigue al autor, en un tiempo muy cercano a los hechos, por el clamor popular o es descubierto por llevar objetos o levantar sospechas. La flagrancia permite a los que realizan la indagación actuar con rapidez y eficacia y les autoriza a usar la fuerza, practicar registros y embargos, citar a testigos con la obligación de acudir, detención de sospechosos e interrogatorios. Concretamente, el sospechoso puede ser objeto de una detención de 24 horas, renovable por otras 24 con autorización del Procurador de la República.

2. En ausencia de supuestos flagrantes, a la indagación se la denomina *indagación preliminar*. Se pueden realizar los mismos actos de búsqueda de pruebas, pero sin poder emplear la fuerza (por ejemplo, no se puede hacer un registro sin la autorización de la persona afectada). Sólo cabe como medida de fuerza la detención.

b) *El papel del Ministerio Fiscal*

Cuando se han terminado las primeras averiguaciones, o incluso cuando el procurador recibe directamente una queja, él examina el caso y decide su curso. Nos encontramos aquí en presencia de una situación distinta entre el Derecho alemán y el francés. En Alemania rige el principio de legalidad; en Francia, por el contrario, el principio de oportunidad (art. 40, párr. 1.º CPC). Con la excepción de la obediencia jerárquica, el Procurador es libre de elegir entre las tres vías siguientes: iniciar la investigación penal ante el juez de instrucción para la consecución de pruebas; iniciar la investigación ante el tribunal de policía o el tribunal correccional, si las pruebas han sido ya recogidas por la policía o la gendarmería; o, finalmente, archivar la causa.

El archivo se produce cuando los hechos son de escasa importancia, o cuando el culpable es un delincuente sin antecedentes, cuando la víctima no muestra interés en el daño inferido, o cuando el promover la acusación sería perjudicial por consideraciones políticas o sociales. El Procurador (MF) elige con plena independencia: no está obligado ni por la denuncia de la víctima ni por su renuncia. Es más, puede siempre modificar su decisión y promover la acusación incluso después de haber archivado el asunto.

Hay que añadir dos precisiones:

— Por una parte, el principio de oportunidad no afecta más que al hecho de promover la acusación, pero no a su ejercicio. Por ello, una vez que se ejercita la acción pública, el *parquet* no puede abandonar la acusación ni renunciar a la prosecución penal.

— Por otra parte, antes de ejercitar la acción, el MF está a veces obligado a esperar la denuncia de la víctima (p. ej., en casos de calumnia, injuria), o de órganos de la Administración (p. ej., en materia de fraude fiscal).

c) *El papel de la víctima*

Otra característica del Derecho francés en la fase preparatoria del proceso penal es que la víctima juega —o puede jugar— un papel importante. En efecto, la víctima tiene derecho a unirse a la acusación formulada por el MF ante el juez de instrucción; también puede constituirse en parte civil interviniendo en la instrucción para reclamar

indemnización de daños en razón de los perjuicios que le ha causado la infracción.

El Derecho francés va incluso más lejos. La víctima puede también tomar la iniciativa y constituirse en parte civil ante el juez de instrucción sin esperar a que el MF actúe. En este caso el Código de Procedimiento Penal prevé que como consecuencia de constituirse en parte civil, la víctima promueve tanto la acción pública (de acusación) como la acción civil (la acción de resarcimiento). De este modo, la víctima toma la iniciativa frente a la inercia del MF o a su negativa de actuar.

La cualidad de parte civil otorga a la víctima derechos importantes en la fase de instrucción. Puede aportar sus propias pruebas; tiene derecho a ser asistida por un abogado cada vez que sea llamada a presencia judicial; su abogado tiene derecho a tomar conocimiento de los autos y a ser informado de las resoluciones que adopte el magistrado.

B) *El papel activo del juez de instrucción*

El juez de instrucción es un *personaje central* en la fase preparatoria del proceso penal.

a) En cada tribunal *de grande instance*, uno (o varios) de los jueces que componen el tribunal, ejerce las funciones de juez de instrucción; es *nombrado* para este cometido por decreto del Presidente de la República por un plazo de tres años (renovable).

b) Este magistrado, ya lo sabemos, actúa requerido bien por el Procurador de la República o por la víctima, y tiene como misión la búsqueda de las pruebas de las infracciones (delitos graves, delitos importantes). Para ello dicta resoluciones, oye a los testigos, ordena registros, nombra peritos, interroga al sospechoso (llamado «inculpado»). Para estos distintos actos, con excepción del interrogatorio del inculpado, se puede auxiliar de la policía o de la gendarmería mediante las comisiones rogatorias. Las resoluciones jurisdiccionales que puede acordar pueden ser impugnadas por vía de apelación ante la *chambre d'accusation* del tribunal de apelación.

El procedimiento que se desarrolla durante esta instrucción preparatoria es, en principio, de tipo *inquisitivo*; por tanto *secreto*, ya que el público no tiene derecho a presenciar los diversos actos sumariales, y el art. 11 CPC prohíbe, con sanciones penales, al juez y a sus auxiliares (policía, secretarios...) revelar a cualquier persona lo que

se realiza durante esta fase del procedimiento, aunque a veces este secreto se incumple.

... *escrito*, todo se documenta mediante escritos;

... *no contradictorio*, ya que en principio se excluye todo debate a que dé lugar cualquier resolución del juez (salvo en el caso de la detención que trataremos más adelante).

c) conviene afrontar la *situación especial del inculpado* en el curso de la instrucción preparatoria.

El individuo sobre el que pesen «indicios graves y concordantes de culpabilidad» debe ser inculpado por el juez de instrucción. Dicho de otra forma, el magistrado debe comunicarle oficialmente que a partir de ese momento deberá defenderse en el proceso penal, en razón de los cargos que se le imputan.

La situación de inculpado presenta ciertas *ventajas*, especialmente la de reclamar la asistencia de un abogado, que desempeña la misma función que el abogado de la parte civil, y sobre todo la posibilidad de estar presente junto a su cliente en cada interrogatorio o careo. Pero también la situación de inculpado puede entrañar *inconvenientes graves*: el inculpado puede ver su libertad suprimida o cuanto menos reducida.

1. En primer lugar y a pesar de la presunción de inocencia de la que se beneficia toda persona inculpada, al inculpado puede serle aplicada la *prisión provisional*, es decir, encarcelarlo en una prisión. El legislador francés se esfuerza actualmente por reducir, en la práctica, el uso de la prisión provisional. He aquí las normas legales actualmente existentes.

Tras una ley de 9 de julio de 1984, la orden de prisión debe ir precedida de un debate contradictorio, ante el juez de instrucción, entre el Procurador de la República y el inculpado (o su abogado).

Por otra parte, las leyes de 1970 y 1975 ya trataron de reducir la duración de la prisión. En los casos de delitos graves, la prisión provisional tiene una duración ilimitada (se prolonga hasta la fase de audiencia de la *cour d'assises*). En los delitos menos graves de tipo *correcional*, su duración se limita a 4 meses, pero puede prolongarse: una vez 2 meses en el caso de delitos menos graves, o varias veces 4 meses cuando se trata de delitos graves o cuando el inculpado haya sido ya condenado con anterioridad. Cada renovación debe ser especialmente motivada por el juez de instrucción en razón de los elementos concretos del caso.

2. Junto a la prisión provisional, existe el *control judicial*, introducido por una ley de 1970. En este caso el inculpado permanece en libertad pero está sometido a vigilancia policial y a ciertas obligaciones que permiten evitar los inconvenientes de una libertad total, aun que eliminan las consecuencias nefastas del encarcelamiento. El juez de instrucción puede, por ejemplo, prohibirle conducir vehículos de motor, que frecuente ciertos lugares o a ciertas personas, o ejercer determinadas actividades profesionales. Puede obligarle a seguir unos cursos de formación profesional, a seguir un tratamiento médico, a constituir una caución...

c) A lo largo de toda la instrucción el juez debe adoptar determinadas resoluciones jurisdiccionales (por ejemplo, denegar una petición de puesta en libertad...). Estas resoluciones pueden ser impugnadas por vía de apelación, ante la cámara de acusación del tribunal de apelación.

d) La instrucción preparatoria termina con el *auto de conclusión* que dicta el juez de instrucción. Este auto puede ser:

— Un auto de sobreseimiento si no existen cargos suficientes o si el culpable no ha sido descubierto. El procedimiento se irrumpe.

— Un auto de remisión al tribunal correccional (delito) o de policía (falta).

— Finalmente, si la infracción es un delito grave, un auto de remisión de los autos a la cámara de acusación, para un segundo examen a fin de verificar las investigaciones efectuadas por el juez de instrucción, completarlas si hay lugar a ello, y reenviar la causa a la *cour d'assises*.

Para terminar este apartado, hay que indicar que la fase preparatoria del proceso penal en la práctica no existe sino en los supuestos de delitos graves y en los delitos correccionales de una cierta importancia. En los casos de delitos correccionales, menos graves y en las faltas, es suficiente frecuentemente una breve instrucción de la policía o de la gendarmería, o incluso la simple redacción de un acta, y se pasa entonces directamente a la fase del juicio.

III. LOS RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA FASE DEL JUICIO EN LAS INFRACCIONES PENALES

Llegamos así a este momento importante del procedimiento en el curso del cual y en presencia del tribunal se debaten las pruebas, se establece la culpabilidad o la inocencia de la persona inculpada y se dicta la resolución que pone fin a la acusación. Vamos a distinguir entre el procedimiento ordinario y los procedimientos especiales más rápidos.

A) El procedimiento ordinario

Hay que recordar que el procedimiento en audiencia pública es de tipo *acusatorio*. Dicho de otra forma, ante todos los órganos que resuelven sobre el fondo, el procedimiento es, en Francia, público, oral y contradictorio:

— *Público*, puesto que los debates se desarrollan en una Sala constituida en audiencia (pública) abierta a cualquier persona; la publicidad comporta igualmente el derecho para la prensa de dar cuenta de los debates.

— *Oral*, ya que las pruebas deben presentarse ante los jueces y los jurados de una forma inmediata y directa: se interroga al acusado (o sospechoso), se oye a los testigos y peritos, se leen los documentos escritos.

— *Contradictorio*, cada parte aporta sus propias pruebas, y debate libremente acerca de las aportadas por los restantes.

Pero, aunque el procedimiento sea acusatorio, el presidente dirige los debates a diferencia de lo que sucede en los países anglosajones.

Desde el inicio de los debates la víctima juega un papel importante. Puede constituirse en parte civil si no lo hubiera hecho ya durante la instrucción preparatoria: practica sus propias pruebas y solicita la condena del acusado al resarcimiento de daños. Esta presencia de la parte civil en el juicio es muy frecuente en Francia, especialmente con ocasión de los procesos penales originados por los accidentes de circulación o por infracciones contra el patrimonio.

En el debate que se instaura durante el juicio, el tribunal aprecia libremente el valor de las pruebas que han sido practicadas. *Le sys-*

tème de l'intime conviction triunfó con la Revolución de 1789. Pero la libertad de apreciación no es sinónimo de arbitrariedad: la convicción íntima no dispensa al juez de utilizar un método lógico en la apreciación de las pruebas.

Las reglas que acabamos de indicar se aplican por todos los órganos de la jurisdicción penal. Pero el procedimiento que siguen no es el mismo en todos ellos. Es más solemne ante las *cour d'assises*, donde la presencia de un abogado es obligatoria, a diferencia de lo que acontece con los delitos y las faltas, donde la persona acusada no lo necesita.

Finalmente y respecto al procedimiento ordinario: el fallo en los delitos correccionales y en las faltas debe ser motivado. Por el contrario, los veredictos de las *cour d'assises* no son motivados: los tres magistrados y los nueve jurados en una deliberación común, responden con un «sí» o un «no» a las preguntas que les formula el presidente.

B) Los procedimientos especiales

Para ciertos casos, existen procedimientos más rápidos.

a) En primer lugar, hay que mencionar el procedimiento *en rebeldía* (en la *cour d'assises*) y el de *en ausencia* (para los delitos y faltas). A diferencia del Derecho alemán, el Derecho francés prevé un procedimiento *in absentia rei* que puede terminar con una condena.

Cuando el condenado posteriormente se apercibe de la condena que le ha sido impuesta, puede interrumpir esta condena mediante un recurso (*purge de la contumace, opposition*) que hace reiniciar el proceso ante los mismos jueces.

b) Existe también un procedimiento acelerado para el enjuiciamiento de los *delitos correccionales flagrantes*, que permite poder llevar al delincuente a presencia del tribunal correccional el mismo día, si el tribunal celebra audiencia; el tribunal puede concederle, sin embargo, un plazo para preparar su defensa.

c) Finalmente y desde hace algunos años se han instituido normas muy simplificadas, para la mayoría de las faltas, con el fin de descongestionar los tribunales de policía y de acelerar el procedimiento.

1. El legislador, en primer lugar, ha instituido «el procedimiento *d'ordonnance pénale*», imitando una técnica alemana que estuvo ya en vigor en Alsacia-Lorena desde 1918. Este procedimiento puede ser utilizado para la mayoría de las faltas. El juez del tribunal de policía resuelve en su propio despacho, a la vista del atestado y sin convocar al

sospechoso; el juez no puede dictar más que una multa (nunca la prisión, ni la suspensión del permiso de conducir). Si el sospechoso no quiere pagar la multa, puede oponerse y la causa será juzgada en audiencia ordinaria.

2. Otro procedimiento especial se refiere solamente a las faltas de seguridad en el tráfico: es el sistema de *l'amende forfaitaire*. El infractor paga una multa, que se calcula según una tarifa, que impone el policía o el gendarme que constata la infracción, o también por el envío en los 15 días siguientes de un giro postal por el importe de la multa por la infracción que la sido dejada en el coche mal aparcado.

Para resumir todo lo que precede, podríamos recordar los *cuatro puntos siguientes* como más característicos del procedimiento penal francés:

— Existencia de una fase de instrucción preparatoria de tipo inquisitivo, en el curso de la cual el legislador ha reforzado las garantías en favor del inculcado respecto a su defensa y a su libertad individual.

— Existencia de una fase de juicio de tipo acusatorio, junto a otros procedimientos especiales más simples.

— Presencia de un Ministerio Fiscal activo, que controla a la policía y la gendarmería y que dirige la actividad investigadora y de la acusación.

— Finalmente, el importante papel que se atribuye a la víctima de la infracción, que puede intervenir en la investigación e incluso ejerce la acusación, y que participa activamente junto al Ministerio Fiscal en el establecimiento de la culpabilidad del delincuente.

IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL EN DERECHO MEXICANO

EDMUNDO ELÍAS MUSI
Magistrado supernumerario
del Tribunal de lo Contencioso-electoral Federal
de México

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Reforma constitucional de 1977. — III. Reforma constitucional de 1986. — IV. «Debe suprimirse constitucionalmente la competencia de la Suprema Corte de Justicia en materia político-electoral». — V. Texto de la reforma constitucional de 1986. — VI. Código federal electoral. — VII. Competencia del Tribunal de lo Contencioso-electoral. — VIII. La materia político-electoral y el juicio de amparo.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar al estudio del tema central que nos ocupa, considero conveniente hacer una breve referencia a nuestra tradición, constitucional en materia político-electoral, partiendo de la Constitución de Cádiz de 1811, por haber sido la primera Carta Fundamental que formalmente estuvo en vigor en México. Conforme a este ordenamiento jurídico las elecciones de los representantes de la población española, entre la que se incluía obviamente a la Nueva España por formar parte

del reino, eran calificadas por los propios representantes, lo que significa que desde la Constitución Gaditana se estableció el sistema de autocalificación en materia electoral, sin posibilidad de impugnación posterior. Este antecedente fue adoptado por casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos previos que han estado en vigor en México, incluyendo la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con las reformas transitorias que posteriormente se analizan.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1977

Congruente con la tradición jurídica nacional, en el texto original del artículo 60 de nuestra vigente Constitución se dispuso expresamente que «cada Cámara calificará las elecciones de sus miembros y resolverá las dudas que hubiese sobre ellas. La resolución será definitiva e inatacable».

Por su parte, el artículo 54 Constitucional y el 9.º Transitorio de la misma Constitución, dispusieron que la regulación de los procedimientos electorales que daba como función propia de las leyes reglamentarias que debía expedir con posterioridad el Poder Legislativo constituido, lo que se hizo en su oportunidad, iniciándose la historia de la Legislación Electoral Mexicana moderna con la Ley Electoral para la formación del Congreso Ordinario, que promulgó Don Venustiano Carranza el 6 de febrero de 1917.

Abandonando la tradición del sistema de autocalificación electoral, enmarcado en el programa denominado «Reforma Política», en el Diario Oficial de la Federación de fecha 6 de diciembre de 1977, se publicó el Decreto de Reformas Constitucionales, entre las que cabe destacar las relativas al artículo 60 y, fundamentalmente, la adición de un párrafo en el que se estableció lo siguiente: «Procede el recurso de reclamación ante la suprema corte de justicia de la nación contra las resoluciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados.»

En este apartado omito hacer comentario alguno al respecto, por ser materia del parágrafo siguiente.

Dada la inquietud que entre políticos, juristas, postulantes del derecho y funcionarios judiciales despertó este controvertido recurso de reclamación, con el transcurso del tiempo se consideró oportuno analizar la cuestión, a fin de tomar la decisión más prudente conforme al criterio autorizado de quienes dejaran escuchar su voz, ya para defender la subsistencia de ese recurso o para pugnar por su deroga-

ción, no sin tener presente la necesidad de substituirlo por otros medios que garantizaran a los ciudadanos la legalidad de los procedimientos electorales realizados para la renovación de los poderes federales.

III. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1986

Partiendo de la inquietud que ha quedado mencionada con antelación, el Ejecutivo Federal tomó la iniciativa de organizar una serie de audiencias públicas sobre la necesaria renovación política, tomando en consideración de manera fundamental la participación ciudadana, con el objeto de renovar las instituciones para adaptarlas a la realidad y proyectarlas hacia nuevas metas.

La coordinación de estas audiencias públicas fue encomendada a la Secretaría de Gobernación, y en especial a su Titular, el Licenciado Manuel Bartlett Díaz.

Al corresponder su turno al Distrito Federal tuve el honor de ser invitado como expositor, oportunidad que hice propicia para sostener ante la opinión pública mi particular punto de vista respecto al pluricitado recurso de reclamación, presentando al efecto la ponencia que transcribo a continuación.

IV. «DEBE SUPRIMIRSE CONSTITUCIONALMENTE LA COMPETENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN LA MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL»

En dicho trabajo sustenté lo siguiente:

Los artículos 103, 104, 105 y 106 de la Constitución otorgan facultades a los Tribunales de la Federación para dirimir las controversias jurídicas a que tales preceptos se refieren, fundamentalmente contra leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales en cuya tarea la Suprema Corte de Justicia de la nación dentro de su competencia desempeña la función estrictamente jurisdiccional, o sea, la que consiste en decir el derecho. Esta importante función jurisdiccional es evidentemente distinta y debe ser absolutamente ajena a toda cuestión política.

La citada facultad del Poder Judicial Federal como poder que es, lo convierte en el guardián del orden Constitucional y del imperio de la Constitución Política Mexicana, frente a los actos del Poder Ejecutivo, del Legislativo y del mismo Judicial al invalidar

con carácter de obligatoriedad tales actos de dichos poderes, que de no cumplir, se les sancionará en los términos de lo previsto en la fracción XVI del artículo 107 Constitucional.

Si en materia política a la Suprema Corte se le priva de la obligatoriedad que a sus decisiones corresponden y la someten a los otros poderes, ya no estará actuando como el máximo intérprete de la Constitución y en consecuencia es conveniente modificar la Constitución en los artículos 60 y 97 para el efecto de suprimir la intervención que se le da a la Suprema Corte de Justicia en lo relativo a la política electoral.

Don Ignacio L. Vallarta apuntaba: «El Amparo no es un arma política para herir a sus enemigos, jueces que han querido derogar una Ley Electoral.»

Sostenía Vallarta: «Nuestra Suprema Corte es el final intérprete de la Constitución, el tribunal que pronuncia la última palabra en todas las cuestiones constitucionales que pueden revestir la forma judicial, sea quien fuere la autoridad que esas cuestiones haya decidido; así es que a aquel alto tribunal vienen por vía de amparo aún las sentencias ejecutoriadas de los tribunales locales, cuando se les acusa de haber violado una garantía o de haber invadido el régimen federal.»

El amparo no es un medio de carácter político. No deben confundirse los derechos políticos con las garantías individuales, puesto que a través del juicio de amparo no deben analizarse los títulos de legitimidad de las autoridades del Estado; se ha establecido que el Juicio de Amparo es improcedente en materia política y es así que la Suprema Corte se conserve dentro del marco constitucional sin convertirse en un órgano político de acuerdo con la competencia que le da el artículo 103 Constitucional al cuestionarse las Leyes, o los actos de autoridad que vulneren las garantías individuales.

Es por ello que estimo que la Suprema Corte no debe tener intervención alguna en materia política electoral porque deja de cumplir con su función excelsa que es la de administrar justicia, velando por el respeto y la observancia del imperio de la Constitución contra cualquier Ley o Acto de Autoridad que la violen a través de las garantías individuales en su capítulo correspondiente, función que no debe confundirse con el indigno papel que desempeña conforme al artículo 60, cuyos párrafos tercero y cuarto disponen:

Procede el recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra las resoluciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados.

Si la Suprema Corte de Justicia considerara que se cometieron violaciones sustanciales en el desarrollo del proceso electoral o en la calificación misma, lo hará del conocimiento de dicha Cámara para que emita nueva resolución, misma que tendrá el carácter de definitiva e inatacable.

Como se ve, la Constitución da ingerencia a la Suprema Corte a través del recurso de reclamación para analizar si se cometieron violaciones sustanciales en el proceso electoral y la estimación, opinión o conclusión a la que llegue la sujetará a la Cámara de Diputados para que ésta emita una nueva, la que asumirá o tendrá el carácter de definitiva e inatacable y en consecuencia estará por encima de la Suprema Corte, es decir, de la autonomía del Poder Judicial Federal, la que se pierde y por ello deja de ser el Supremo intérprete de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desempeñando por virtud del artículo 60 un papel indigno para tan alto Tribunal, además de tener ingerencia en la vida política del País y pretender desvirtuar su original naturaleza de vigilar que no se conculquen las garantías individuales.

Si la jurisprudencia de la misma Suprema Corte ha establecido la improcedencia del juicio de amparo en contra de la violación a los derechos políticos al estimar que éstos no son garantías individuales, no tiene razón de ser el que subsista este artículo 60 en cuestión y consiguientemente debe suprimirse del mismo la intervención que actualmente se le da a la Suprema Corte de Justicia.¹

Además de que resulta incongruente que la Suprema Corte acepte que a sus decisiones se les prive del carácter de obligatoriedad y las someta a la Cámara de Diputados y que ésta las califique o las deseche.

Los derechos del ciudadano son de índole política y la jurisprudencia no los respeta como algo permanente e inherente al hombre; esto sólo es exclusivo de las garantías individuales.

Don Emilio Rabasa coincide en que la Suprema Corte no debe tener ingerencia alguna en la materia política al establecer lo siguiente: «El Poder Judicial no debe ni puede nunca resolver sobre negocios de la política, es decir, sobre los medios que el Ejecutivo o el Legislativo adopten para la marcha y las actividades del País. La elección de tales medios es propia de aquellos poderes: su elección y su empleo constituyen la política de un Gobierno y la ingerencia del judicial en tales asuntos sería una intrusión invasora e intolerable.»²

Por otra parte, el artículo 97 Constitucional, en su párrafo tercero, dice:

La Suprema Corte de Justicia está facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes.

1. *Semanario Judicial de la Federación*, ap. al tomo CXVIII, tesis 345, tesis 89 de la compilación 1917-1965 y tesis 87 de apéndice 1975. Materia General.
2. *El Juicio Constitucional*, p. 198.

res de la Unión. Los resultados de la investigación se harán llegar oportunamente a los órganos competentes.

Faculta a la Suprema Corte para practicar de oficio averiguación de hechos que constituyan violaciones al voto público cuando se ponga en duda la legalidad del proceso de alguno de los Poderes de la Unión. Después de realizado esto lo hará llegar oportunamente a los órganos competentes.

Aquí se corrobora lo expuesto anteriormente en que la Suprema Corte se despoja de su carácter de Supremo Tribunal del País al someterse a los «órganos competentes», sea la Cámara de Senadores o de Diputados, para que éstos resuelvan en definitiva.

La Suprema Corte, conforme al artículo 97, desempeña el papel de Agente del Ministerio Público como investigador haciendo las veces de policía, función que propiamente no es indigna, pero sí para nuestro más alto Tribunal del País, puesto que su naturaleza misma es la de sancionar cualquier Ley o acto de las autoridades que atenten en contra de las garantías individuales que establece la misma Constitución.

Al respecto, el distinguido Maestro Dr. Ignacio Burgoa afirma: «La simple averiguación de violaciones a las garantías individuales o al voto público, sin que la Suprema Corte pueda emitir ninguna decisión sobre los resultados que obtenga, no implicaría a lo sumo sino una mera conducta moral que pudiese influir o no en el ánimo de las autoridades competentes para dictar las resoluciones compulsorias que procedan. En otras palabras, en el caso de que dicho alto Tribunal constatará la comisión del delito de violación a garantías individuales, no podría ejecutar contra sus autores la acción penal, pues ésta es de la exclusiva incumbencia del Ministerio Público. Por otra parte, si la Corte determinara que se violó el voto público y que en su concepto existiese duda sobre la legalidad del proceso de elección de los integrantes del Congreso de la Unión o del Presidente de la República, sólo se concretaría a hacer llegar los resultados de la investigación correspondiente a los órganos competentes para decidir lo que proceda, es decir, a la Cámara de Senadores o a la de Diputados.

«Concluye inútil e ineficaz la facultad investigatoria con que en ambos casos se inviste al máximo Tribunal del País, el cual no debe tener ingerencia por modo absoluto en materia política.»³

Para concluir, estimo que es conveniente crear un Tribunal Federal Electoral con Salas Regionales en los Estados para que a dichos tribunales les sean atribuidas las funciones que actualmente desempeña la Suprema Corte de Justicia conforme a los artículos 60 y 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

V. TEXTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1986

Como consecuencia del movimiento de renovación política, promovido por el Ejecutivo Federal, en el Diario Oficial de la Federación de fecha 12 de diciembre de 1986 se publicó el Decreto de Reformas a diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre las cuales cabe destacar, para el objeto del presente trabajo, las relativas al artículo 60, para quedar conforme al texto siguiente:

ARTICULO 60. — Cada Cámara calificará las elecciones de sus miembros y resolverá las dudas que hubiese sobre ellas.

...
Corresponde al Gobierno Federal la preparación, desarrollo y vigilancia de los procesos electorales. La ley determinará los organismos que tendrán a su cargo esta función y la debida responsabilidad de los partidos políticos y de los ciudadanos; además, establecerá los medios de impugnación para garantizar que los actos de los organismos electorales se ajusten a lo dispuesto por esta Constitución y las leyes que de ella emanen e instituirá un tribunal que tendrá la competencia que determine la ley; las resoluciones del tribunal serán obligatorias y sólo podrán ser modificadas por los Colegios Electorales de cada Cámara, que serán la última instancia en la calificación de las elecciones; todas estas resoluciones tendrán el carácter de definitivas e inatacables.

VI. CÓDIGO FEDERAL ELECTORAL

En cumplimiento a lo dispuesto por el transcrito artículo 60 Constitucional, el Congreso de la Unión expidió el Código Federal Electoral, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 12 de febrero de 1987, en cuyo Libro Octavo se instituyó el Tribunal de lo Contencioso Electoral, señalándose su integración y funcionamiento, quedando establecida su competencia en el propio Código y fundamentalmente en su Libro Séptimo.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ELECTORAL

El Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal es competente para conocer, en términos generales, de dos recursos, que son: el de apela-

3. *Derecho constitucional mexicano*, p. 829.

ción en la fase preparatoria de las elecciones y el de queja durante la etapa posterior a la jornada electoral.

En el primero de ellos, cuya procedencia se establece en contra de lo que resuelvan los organismos electorales en los recursos de revocación y de revisión, lo que determina el Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal, conforme al artículo 60 Constitucional, reviste el carácter de definitivo e inatacable y, en consecuencia, en contra de la resolución de este Tribunal ya no procede ningún recurso o medio de defensa legal ordinario y mucho menos el juicio de amparo. En esta forma se evita el enfrentamiento del Poder Judicial Federal con los otros dos poderes, por lo que considero muy sana y sabia la reforma de que fue objeto la Constitución.

El mismo artículo 60 Constitucional reserva a los Colegios Electorales de cada Cámara la calificación de las elecciones, en última instancia y definitiva. El Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal, se concreta a vigilar el cumplimiento de la Ley, mediante el conocimiento y resolución de los recursos de queja que se promuevan ante él en contra de los resultados consignados en las actas de cómputo distrital.

VIII. LA MATERIA POLÍTICO ELECTORAL Y EL JUICIO DE AMPARO

Ha sido tradición profundamente arraigada en nuestro medio jurídico que el Juicio de Amparo debe ser improcedente para resolver controversias de contenido político-electoral. Al respecto cabe citar el pensamiento del ilustre Jurista Don Ignacio L. Vallarta, quien afirmaba que:

No se necesita entrar en muy largas consideraciones para persuadirse de que se desnaturaliza el Poder Judicial cuando se ingiere en las cuestiones políticas o administrativas. Los Tribunales no pueden, no deben hacer más que administrar justicia, aplicando a cada caso la Ley preexistente; Si en lugar de estar limitada su competencia a llenar esa alta misión, se les faculta, no para que den a cada uno lo que es suyo, sino para que contenten los intereses del partido, para que satisfagan las exigencias transitorias de la conveniencia, el Poder Judicial pierde la majestad de sus funciones y el orden público queda subvertido desde sus cimientos. Rudimentales, casi vulgares, como lo son estas nociones sobre la naturaleza de ese Poder, ellas han sido elevadas hasta la altura de una máxima fundamental del derecho público, desde que Montesquieu de-

mostró científicamente la necesidad de la División de Poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, desde que por unánime consentimiento las constituciones modernas reconocen y consagran la verdad demostrada por ese publicista de que «no hay libertad posible si el Poder Judicial no está separado del Legislativo y del Ejecutivo». Y hay que reconocer como necesaria consecuencia de esa máxima que desaparece de hecho tal División de Poderes cuando uno usurpa las funciones de otro, cuando aquél ejerce las atribuciones de éste... por razones tan decisivas se ha demostrado que el Poder Judicial no puede conocer de cuestiones políticas, sino sólo de controversias susceptibles de asumir las formas jurídicas...⁴

No obstante la inexistencia de una disposición que expresamente hiciera improcedente el Juicio de Amparo en materia político-electoral, la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido en el sentido de negar la procedencia de este medio cuando el quejoso aduce la violación de derechos políticos y no de garantías individuales, naturaleza jurídica ésta de la que no gozan los precitados derechos.

Por ser claramente ilustrativas del criterio antes enunciado, a continuación se transcriben dos tesis jurisprudenciales emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Derechos políticos: La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales.

Quinta Época:

Tomo III, p. 1312. Villa García, vecinos de.

Tomo IV, p. 862. Heredia, Marcelino.

Tomo IV, p. 1135. Guerra Alvarado, José, y Coags.

Tomo VI, p. 463. Orihuela, Manuel, y Coags.

Tomo VII, p. 941. Ayuntamiento de Acayucan.

División política, improcedencia del amparo en cuestiones de. Es improcedente el amparo que se pida contra el decreto de una legislatura, relativo a una división territorial, pues el acto reclamado en tal caso es una cuestión netamente política, sustraída al juicio de garantías.

Quinta Época:

Tomo XX, p. 311. Ayuntamiento de Hueyapan, Veracruz.

Tomo XXI, p. 2325. Ayuntamiento de Indé.

Tomo LXI, p. 3982. Cruz Ismael.

Tomo LXXV, p. 1337. Corporación Municipal de la Villa de Alojuca.

Tomo LXXIII, p. 1863. Ayuntamiento de San Nicolás.

4. *Cuestiones constitucionales*, tomo tercero, pp. 245 a 247.

Este criterio reiteradamente sostenido de que el Juicio de Amparo sólo procede en contra de leyes o de actos de autoridad violatorios de garantías individuales y no en contra de actos que vulneren derechos políticos está incorporado actualmente al texto expreso de la Ley de Amparo, que en su artículo 73 fracción VII establece literalmente que:

Art. 73. El juicio de amparo es improcedente:

...

VII. Contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral.

Como antecedente de esta disposición debe señalarse que, antes de las reformas vigentes a partir de 1988, las fracciones VII y VIII del propio artículo establecían la citada improcedencia en los términos siguientes:

Fracción VII. Contra las resoluciones o declaraciones de los Presidentes de Casillas, Juntas Computadoras o Colegios Electorales en materia de elecciones.

Fracción VIII. Contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones permanentes, en elección, suspensión o remoción de funcionarios, en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana o discrecionalmente.

Tampoco procede el juicio de amparo en contra del Código Federal Electoral, toda vez que se trata de una ley heteroaplicativa que, para los efectos del amparo, requiere de un acto de aplicación posterior a su promulgación y como en contra de este acto no procede el juicio de garantías, según ha quedado precisado con antelación, es obvio que tampoco será procedente el amparo contra leyes, para poder cuestionar la constitucionalidad del Código que se comenta, evitándose así el enfrentamiento del Poder Judicial Federal con los otros poderes.

Por otra parte, la improcedencia del juicio de garantías en materia política deriva del texto del artículo 60 Constitucional actualmente en vigor, conforme al cual las resoluciones que emita el Tribunal de lo Contencioso Electoral y las emanadas de los Colegios Electorales de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores tienen el carácter de definitivas e inatacables, incluyendo esta inatacabilidad al pluricitado juicio de amparo.

Este criterio ha sido confirmado por las recientes resoluciones emitidas por el Poder Judicial Federal en los amparos interpuestos por el

PARTIDO ACCIÓN NACIONAL, al decidir que son notoriamente improcedentes, tanto legal como constitucionalmente.

Para finalizar quiero citar el comentario hecho por el distinguido constitucionalista mexicano, Don Felipe Tena Ramírez, quien textualmente afirma en las pp. 554 y 555 de su obra Derecho Constitucional Mexicano, lo siguiente:

En cuanto a la posibilidad de que la Corte intervenga en el sufragio para purgarlo de sus vicios ancestrales, la opinión pública bien orientada tendrá que renunciar a pedirlo.

El fraude electoral, que hincó sus raíces en lo más íntimo de nuestra historia, desencadenó en otro tiempo luchas armadas y suscita todavía pasiones violentas. Lo poco que el Poder neutral, por excelencia, alcanzara a hacer para extirpar esas raíces, no compensaría el previsible quebranto de su neutralidad, que constituye su razón de ser y su única fuerza. Si la Corte interviniera en la política electoral con intención de sanearla, podría contraer la enfermedad, pero no curarla. CON SU INTERVENCIÓN... LA POLÍTICA NO TIENE NADA QUE GANAR, PERO LA JUSTICIA SÍ TIENE MUCHO QUE PERDER.

LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ABOGADOS EN ESPAÑA

(Comentario a los Reales Decretos 607/86 y 1.062/88)

JAUME SOLÉ RIERA

Profesor ayudante de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

La libre prestación de servicios de la profesión de abogado se encuentra regulada a nivel comunitario por la Directiva del Consejo de Ministros de la CEE n.º 77/249/CEE, de 23 de marzo de 1977, relativa a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados (DOCE n.º L 78).

Esta Directiva de la Comunidad ha sido ejecutada o desarrollada a nivel interno en nuestro Ordenamiento, a través del Real Decreto 607/86, de 21 de marzo (BOE de 1 abril de 1986), y del Real Decreto 1062/88, de 16 de setiembre (BOE de 21 de setiembre 1988), que modifica parcialmente este último los artículos 6.º y 9.º 2. del primer RD citado.

Lo que debemos entender por prestación de servicios de abogados aparece en la Exposición de Motivos de la citada Directiva 77/249, al determinar que comporta que el Estado miembro de acogida reconozca como abogados a las personas que ejerzan esta profesión en los distintos Estados miembros. A este respecto conviene destacar que «la obligación de reconocimiento de la condición de abogado se basa en la mutua confianza que se otorgan los Estados miembros en cuanto a la cualificación profesional y a la moralidad de las personas habilitadas

en cada uno de ellos para ejercer las actividades de abogado bajo una de las denominaciones enumeradas», y que «es esta mutua confianza la que ha permitido no tener que subordinar el ejercicio efectivo del derecho de prestación de servicios a la posesión del diploma nacional o de un diploma reconocido como equivalente».¹

Es objeto del presente trabajo un análisis del articulado de la regulación positiva que aparece en nuestro Ordenamiento jurídico respecto de la prestación de servicios en España por parte de aquellos abogados nacionales de Estados miembros de la Comunidad Económica Europea.

El RD español establece en su artículo 1.º el ámbito de aplicación de la prestación ocasional de servicios que realicen en España los abogados nacionales de los Estados miembros establecidos con carácter permanente en aquellos. Puede entenderse que del ámbito de aplicación del RD se excluye, tanto a los abogados no nacionales no establecidos permanentemente, a los abogados no nacionales establecidos permanentemente, así como a los abogados nacionales no establecidos permanentemente.²

El artículo 1.º del RD concreta, asimismo, que los abogados visitantes no puedan abrir despacho en España; en todo caso, la prohibición de la apertura de despacho está en relación con la simple prestación de servicios, en el sentido de comportar la prestación de servicios un ejercicio temporal y un desplazamiento de la actividad (que no desplazamiento de la persona), notas, ambas, que la diferencian del derecho de establecimiento. Por ello, los abogados nacionales de los Estados miembros sí pueden abrir despacho en España, aunque en concepto de establecimiento, y aplicándoseles, para tal caso, la normativa específica, que aparece, principalmente, en el RD 1099/86, de 26 de mayo (BOE n.º 139).

El artículo 2.º del RD, coincidente con el artículo 1.2 de la Directiva, concreta las denominaciones bajo las que ejercerán los profesionales comunitarios del Derecho en España. Así, «Rechtsanwalt» en Alemania Federal, «avocat» o «advocaat» en Bélgica, «advokat» en Dinamarca, «avocat» en Francia, «barrister» y «solicitor» en Irlanda, «avvocato» en Italia, «avocat-avoué» en Luxemburgo, «advocaat» en los Países Bajos, «barrister» y «solicitor» en el Reino Unido (además de «advocate»

en Escocia), «dikigoros» en Grecia, «advogado» en Portugal y «abogado» en España. Estos abogados harán uso de su título profesional expresado en la lengua del Estado de que proceden, con indicación del Colegio u Organización profesional del que dependan, sin utilizar, en España, el título profesional de «abogado» (artículo 4.º RD). La Directiva, por su parte, establece que los abogados deben hacer uso de su título profesional redactado en el idioma o en uno de los idiomas del Estado miembro de procedencia, con indicación de la organización profesional o Colegio a que pertenezcan o la jurisdicción ante la que estén admitidos en virtud de la legislación de ese Estado. Con ello, al referirse nuestro RD a que el título esté expresado sólo en «la lengua del Estado de que procedan», se excluyen las denominaciones de «abogado» en cada una de las lenguas propias de cada Comunidad Autónoma. La referida exclusión se encuentra ya en el Anexo I del Acta de Adhesión, en donde en relación a España sólo aparece el término «abogado».³

El RD no exige que se haga constar la jurisdicción ante la que estén admitidos a actuar en el Estado de procedencia. Según señala Corriente Córdoba, la razón de ser que tiene esta obligación y derecho de identificación profesional en el idioma respectivo es que así se pone de manifiesto cuál es, en un principio, el ordenamiento jurídico nacional en el que el abogado ha adquirido su preparación y ejerce más habitualmente sus actividades, ya que, entiende, el posible cliente debe saberlo.⁴

El artículo 3.º del RD delimita lo que materialmente comprende la prestación ocasional de servicios, incluyendo la consulta, el asesoramiento jurídico y la actuación en juicio. También establece que los referidos abogados comunitarios no podrán desempeñar cometidos que entrañen el ejercicio de una función pública o que sean incompatibles con el carácter ocasional de sus servicios (artículo 3.º 2.). A este respecto, y siguiendo la subdivisión de Corriente Córdoba,⁵ distinguimos dos tipos de actuaciones profesionales del abogado: Las actividades que no implican participación directa en el ejercicio de la autoridad pública, y aquellas otras que sí implican ejercicio de la autoridad pública.

Respecto de las primeras (las que no implican ejercicio de la autoridad pública) son, sin duda, las más usuales en la profesión de abo-

1. B. GOLDMAN, *Derecho Comercial Europeo*, Madrid, 1984, p. 305.

2. J. M. DE DIOS, «Establecimiento y libre prestación de servicios de abogados en España. Las competencias de la Generalitat de Catalunya», *Noticias CEE*, marzo de 1988, n.º 38, pp. 67 y ss.

3. *Vid. op. cit.*, J. M. DE DIOS, «Establecimiento y libre...».

4. J. A. CORRIENTE CÓRDOBA, «La Comunidad Europea y el ejercicio de la abogacía (en torno al Real Decreto 607/86, de 21 de marzo)», *Noticias CEE*, marzo de 1987, n.º 28, pp. 83-96.

5. *Vid. op. cit.* J. A. CORRIENTE CÓRDOBA, «La Comunidad...».

gado. El Real Decreto distingue, en primer término, las actividades de consulta y asesoramiento jurídico (art. 3.º 1.). Para estas actividades sólo es necesario que el abogado comunitario se presente al Decano de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados correspondiente al territorio en que haya de prestarlos, pero en el cual no será necesario que se colegie (art. 5.º 1.). En segundo término se refieren las actuaciones ante Juzgados o Tribunales o ante Organismos públicos relacionados con el ámbito de la Administración de Justicia o que ejerzan algún tipo de actuación jurisdiccional, así como para la asistencia, comunicación y visitas con detenidos y presos. Para estas actuaciones, el abogado comunitario deberá cumplir el requisito de presentación ante el Decano de la Junta del Colegio de Abogados antes referido, el cual dirigirá un oficio, tanto al Juez o Presidente del Tribunal ante el cual vaya a actuar el abogado comunitario, como también al Consejo General de la Abogacía Española, a los efectos del artículo 9.º del propio RD;⁶ además, el abogado visitante deberá concertarse con un abogado inscrito en el colegio en cuyo territorio haya de actuar. Este abogado inscrito con el que existe la concertación responderá ante los órganos jurisdiccionales u Organismos públicos.

La nueva redacción del artículo 6.º,⁷ actuada mediante el RD 1062/89, de 16 de setiembre, obedece al intento del legislador español de acatar la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la CEE en la sentencia de 25 de febrero de 1988 (caso 427/85 Comisión de las Comunidades c. República Federal de Alemania).⁸

Con la anterior regulación prevista en el artículo 6.º del RD 607/86 no era posible distinguir aquellas actuaciones en las que se requería la asistencia de abogado en el procedimiento de los otros supuestos en que no era necesaria su participación. La regla general obligaba al abogado comunitario que actuaba en régimen de prestación de servicios a concertarse con un abogado nacional del Estado receptor habi-

6. Como más adelante veremos, esta comunicación al Consejo General de la Abogacía Española tiene como efecto, únicamente, la inclusión del nombre del abogado comunitario en el Libro registro que se lleva por parte del referido Consejo General, tras la modificación que ha significado el RD 1.062/88, de 16 de setiembre.

7. El anterior artículo 6.º del RD establecía: «Para las actuaciones ante Juzgados o Tribunales o ante Organismos públicos, así como para la asistencia a detenidos o presos y para las comunicaciones con presos y penados, el abogado visitante deberá concertarse con un abogado inscrito en el Colegio en cuyo territorio haya de actuar, quien responderá frente al órgano jurisdiccional u Organismo público.»

8. *Vid. op. cit.* J. A. CORRIENTE CÓRDOBA, «La Comunidad...».

litado para actuar en la demarcación sobre la que el órgano judicial tuviera jurisdicción, extendiéndose la referida actuación, también, sobre las actuaciones que se realizaran ante Organismos públicos (en sentido amplio) y a la asistencia de detenidos o presos y comunicaciones con presos y penados.

La redacción actual del repetido artículo 6.º es la siguiente:

1. Cuando sea preceptiva la actuación de abogado para las actuaciones ante Juzgados o Tribunales o ante organismos públicos relacionados con el ámbito de la Administración de Justicia o que ejerzan algún tipo de función jurisdiccional, así como para la asistencia, comunicación y visitas con detenidos y presos, el abogado visitante deberá concertarse con un abogado inscrito en el Colegio en cuyo territorio haya de actuar.
2. También será necesaria la concertación cuando no sea preceptiva la intervención de abogado, pero la Ley exigiere que si el interesado no interviene por sí mismo, no pueda hacerlo otra persona que no sea Abogado.
3. El abogado inscrito, con el que existiese la concertación, responderá ante los órganos jurisdiccionales y Organismos públicos.

Con respecto al primer punto, las dudas se plantean respecto a lo que debemos entender por «Organismos públicos», y su relación con la necesidad de concertación con abogado ejerciente en el Colegio en cuyo territorio actúe. En tal sentido, y teniendo siempre presente la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la CEE en su sentencia de febrero de 1988 contra la RF de Alemania, podemos entender que en nuestro país, respecto de las actuaciones ante Organismos públicos (relacionados con el ámbito de la Administración de Justicia o que ejerzan algún tipo de función jurisdiccional) será necesaria la concertación cuando los abogados prestadores de servicios vayan a actuar ante un Organismo público y se requiera, según la Ley española, la asistencia de abogado para la actuación que se vaya a efectuar.

En materia de la actuación del Abogado para con los detenidos o presos, la nueva redacción del artículo 6.º es, en cierto modo, más restrictiva que la anterior, al exigir la concertación, además, para el supuesto de «visitas» con detenidos y presos, cuando la anterior regulación sólo se refería a asistencia y comunicaciones con presos y penados. En este punto concreto, sin embargo, y por razones de seguridad pública, el propio Tribunal de Justicia de la CEE ha admitido la posi-

bilidad de exigir la concertación para con el prestador de servicios en todos los casos en que realice actuaciones con detenidos, aunque aceptando, también, la comunicación directa del abogado prestador de servicios con el detenido en los casos en que el Tribunal o autoridad competente nacional así lo autorice de forma expresa.

El segundo punto del artículo 6.º del nuevo Real Decreto establece la necesidad de concertación en aquellos casos en que no sea preceptiva la intervención de abogado, pero que, si el interesado no actúa por sí mismo, no pueda hacerlo otra persona que no sea abogado.

El tercer punto alude a la responsabilidad del abogado local del Estado receptor con el que se ha concertado el abogado comunitario de servicios. Sólo precisar que la referida responsabilidad ante los órganos jurisdiccionales y organismos públicos (responsabilidad, se entiende, derivada de infracciones deontológicas, y no responsabilidad frente al cliente del prestador de servicios), se refiere a aquellos supuestos previstos en el punto primero del referido artículo 6.º del RD y ante los que se haya actuado la actividad de prestación de servicios.

Las actividades relativas a la representación y defensa ante órganos jurisdiccionales y organismos públicos se ejercerán en las mismas condiciones que los abogados españoles, con exclusión de cualquier condición de residencia o colegiación en España, respetando las reglas profesionales españolas, sin perjuicio de las obligaciones que incumben al profesional en el Estado de origen (art. 7.º RD).

En relación a las actividades que implican ejercicio de autoridad pública, destacamos que el artículo 1.º de la Directiva 77/249/CEE establece que los Estados miembros puedan reservar a determinadas categorías de abogados la preparación de documentos auténticos que faculten para administrar los bienes de personas fallecidas o que se refieran a la creación o a la transferencia de derechos reales inmobiliarios. Esta disposición nace directamente de lo prevenido en el artículo 56 del Tratado de Roma, al referirse a que «las disposiciones del presente Capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que en dicho Estado estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público».⁹ En todo caso, corresponde a los Estados miembros determinar

9. En esta sentencia del Tribunal de la Comunidad se abordaron temas de especial relevancia para el ámbito de la prestación de servicios como lo son el tema de la concertación con un abogado local y el sentido que se le deba dar, y el grado de responsabilidad que asuma el abogado con el que se concierta; así, respecto de la necesidad o no de la concertación del prestador de servicios con

qué actividades de los abogados, además de las especificadas en el artículo 1.º de la Directiva, caen dentro del ámbito del artículo 55 del Tratado, es decir, cuáles son las relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público en el ámbito de cada Estado.

El artículo 3.º 2 del RD es tajante a este respecto, ya que prohíbe a los abogados de Estados comunitarios que, en su actuación en España, desempeñen cometidos que entrañen el ejercicio de una función pública. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE que resolvió el asunto *Reyners*¹⁰ concretó que cuando una función pública implica el ejercicio de potestad pública, los Estados pueden reservarla a sus nacionales. En relación con este ejercicio de función pública, los abogados comunitarios quedarán excluidos en España de cargos como los de Decano de Colegio de Abogados, miembros de su Junta, etc. Por otra parte, el artículo 3.º 2. RD utiliza una expresión de difícil determinación, como puede ser la de «función incompatible con el carácter ocasional de sus servicios».

El párrafo segundo del artículo 5.º establece la obligación para el abogado visitante de facilitar al Decano del Colegio de Abogados correspondiente al territorio donde pretenda actuar sus datos personales (nombre, apellidos, título profesional poseído, dirección de su despacho permanente, organización profesional a la que pertenezca, así como su dirección durante su permanencia en España); también deberá facilitar, en su caso, el nombre, apellidos y domicilio del abogado con el que vaya a actuar concertadamente. Asimismo, será necesario que el abogado visitante facilite una declaración de no estar incurso en causa de incompatibilidad ni de haber sido objeto de sanción penal, adminis-

un abogado local en el caso de que la legislación del Estado receptor permita a las partes defenderse por sí mismas o bien por otra persona aunque no sea abogado, el Tribunal de Justicia considera que en esos supuestos no puede obligarse al abogado prestador de servicios a la concertación con un abogado del Estado de recepción. Junto a ello, el Tribunal aborda el tema del sentido que deba darse a la referida concertación, entendiéndola tanto como una ayuda efectiva para el abogado prestador de servicios, como una seguridad para el Tribunal ante el cual se actúe, de que se cumplirá el procedimiento y se acatarán las normas deontológicas del Estado de recepción; en todo caso, la actuación del abogado del Estado receptor no debe entenderse como una «fiscalización» de la actividad del prestador de servicios. Por último, destacar que, en el ámbito de la responsabilidad que asume el abogado local, éste sólo responde ante el Tribunal u Organismo público, pero no ante el cliente.

10. *Vid. op. cit.* J. A. CORRIENTE CÓRDOBA, «La Comunidad...».

11. Cour de Justice des Communautés Européennes, Recueil de la Jurisprudence de la Cour, 1974, aff. 2-74, p. 631. Jean Reyners contra l'Etat belge (demande de décision préjudicielle formée par le Conseil d'Etat de Belgique).

trativa o profesional con efectos directos sobre el ejercicio profesional.

Los artículos 7 y 8 del Real Decreto recogen el tema de cuáles sean las normas deontológicas a aplicar a los abogados de Estados miembros que pretendan ejercer en España en régimen de prestación de servicios. Ambos artículos son fiel reflejo de los artículos 4.2 y 4.4 de la Directiva comunitaria. De esta manera, se ha adoptado el sistema de la «doble deontología» en relación con las actividades de representación y defensa de clientes ante los tribunales o autoridades públicas, y también en relación con las demás actividades. Esta «doble deontología» comporta la aplicación del conjunto de normas deontológicas del país de procedencia y también las propias del país de recepción; se añaden, además, unas reglas, especialmente importantes, como lo son las referentes a incompatibilidades, secreto profesional, relaciones entre abogados, prohibición de asistencia por un mismo abogado a dos partes con intereses opuestos y publicidad. Al respecto, el apartado 2.º del artículo 7.º establece dos límites: las referidas reglas sólo podrán aplicarse si pueden ser cumplidas por un abogado no establecido en España, y que se impongan sólo en la medida en que su observancia se justifique objetivamente para asegurar el ejercicio correcto de las actividades de abogado, la dignidad de la profesión, el respeto a las incompatibilidades y el cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

Los abogados visitantes de Estados miembros de la CEE quedarán sometidos al régimen disciplinario de los abogados españoles; las sanciones deontológicas impuestas a los abogados visitantes, en caso de implicar las dichas sanciones la suspensión o expulsión definitiva del Colegio de Abogados correspondiente, se traducirán en la prohibición temporal o definitiva de la prestación de servicios profesionales en España para los abogados visitantes sancionados, debido a que los referidos profesionales comunitarios no están obligados a colegiarse en nuestro país.

El artículo 9.º del RD 607/86 establece, en su primer apartado, que el Consejo General de la Abogacía Española lleve un Libro registro de las actuaciones en España de los abogados visitantes de Estados comunitarios en régimen de prestación ocasional de servicios. El sentido que deba darse a este control sobre los abogados comunitarios en régimen de prestación ocasional de servicios por parte del Consejo General de la Abogacía estaba en íntima relación con el contenido del párrafo segundo del mismo artículo 9.º, previo a ser modificado por el RD 1062/87. Antes de esta reforma, que ha supuesto la derogación expresa del artículo 9.º 2 del RD 607/86, este artículo 9.º 2 distinguía la actuación de un abogado comunitario en España, ya sea en régimen

de prestación ocasional de servicios, o bien conforme al derecho de establecimiento, por el número de intervenciones en un mismo año ante Tribunales colegiados u organismos unipersonales y organismos administrativos. Al haberse suprimido, a nuestro entender acertadamente, el párrafo segundo del artículo 9.º, carece ya de sentido mantener el Libro registro por parte del Consejo General de la Abogacía Española, a no ser que su utilización se emplee con finalidades de índole fiscal. La modificación que ha supuesto el RD 1062/87 no ha suprimido el referido Libro registro, que sigue estando en vigor.

Por último, el artículo 10 establece que sea el Consejo General de la Abogacía Española quien se encargue de facilitar a los abogados españoles establecidos en España toda la documentación necesaria para que puedan prestar sus servicios en los Estados miembros de la CEE, en el régimen a que se refiere la tan citada Directiva del Consejo, n.º 77/249, de 22 de marzo de 1977.

CENTRE D'ÉTUDE ET DE RECHERCHE DE DROIT INTERNATIONAL ET DE RELATIONS INTERNATIONALES, 1987, *L'Arbitrage transnational et les contrats d'Etat*, Martinus Nijhoff publishers, Dordrecht, 1988, 129 páginas.

Bernard Ardit nos ofrece un estudio, síntesis de lo que fue el curso 1987 en el Centro de Estudios y de Investigación de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales de La Haya.

El arbitraje transnacional, la *délocalisation* o internacionalización del contrato ofrecen vías de solución a la compleja y ambigua figura del contrato de Estado. Llamando así aquella relación de carácter contractual entre un Estado y personas privadas extranjeras, en la que el Estado entiende que puede disponer eventualmente de sus prerrogativas soberanas de manera que modifique el equilibrio convenido. La cláusula de arbitraje es la que asegura a la otra parte contratante que el Estado no será juez y parte a la vez.

El tratamiento del tema se aborda con el estudio propiamente dicho de los contratos de Estado, ciñéndose en lo posible a su concepto. El sometimiento del Estado a lo dispuesto en el contrato y particularmente al arbitraje lleva a un examen particular atendiendo las restricciones y formalidades que envuelven a dicho sometimiento. Entre las cuestiones de fondo, la principal es la de la mutabilidad eventual del contrato a iniciativa del Estado, dada la ambigüedad que resulta de la confusión en su persona de contratante y soberano. El papel fundamental del arbitraje lleva a dedicar un apartado sobre los problemas procedimentales que suscitan la diferente calidad de las partes contratantes.

El estudio finaliza con una serie de sugerencias generales concernientes a la práctica de los contratos de Estado.

C. R.

GABRIELLI, Enrico, *La consegna di cosa diversa*, Jovene Editore Napoli, Nápoles, 1987, 207 páginas.

Gabrielli parte, como él mismo dice, de un problema que trata de resolver la jurisprudencia italiana, en el ámbito de la actividad comercial:

la distinción entre la hipótesis de entrega de una cosa distinta a la pactada, incumplimiento en sentido técnico, y la hipótesis de que la cosa entregada tuviera vicios o le faltare una calidad esencial o prometida. Esta distinción cobra relevancia en el contrato de compra-venta, pero se expande a todos los negocios jurídicos que prevén la entrega de una cosa con identidad determinada. Así pues, hay un tratamiento del *aliud pro alio* en los distintos contratos de interés económico en la actualidad; desde la compra-venta al *leasing* y los contratos informáticos, sin olvidarse de los contratos reales. La búsqueda de criterios idóneos para una concreta y clara disciplina llevan al autor, en el estudio del *aliud pro alio*, a pasar del análisis ontológico de la cosa a un análisis funcional de la misma. Es decisiva la interpretación, basada en numerosa casuística no exclusivamente italiana, de prestación «distinta» y las propuestas de saneamiento de las irregularidades jurídicas o de inidoneidad funcional a través de reparaciones o modificaciones.

C. R.

GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando, *Abogacía y Proceso*, Oviedo, 1988, 226 páginas.

F. Gómez de Liaño pretende «llamar la atención sobre el papel tan decisivo que juega la abogacía en la obtención de la tutela jurídica que a través del proceso se procura».

Su obra es una visión general de lo que al Derecho procesal compete, haciendo hincapié en la figura del abogado como tal (problemática, estatuto jurídico, deberes y derechos, honorarios profesionales, turno de oficio, responsabilidad, deontología), como figura promotora de la justicia y la función que adquiere en cada fase del proceso.

C. R.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Jurisdicción voluntaria en Derecho romano*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1986, 138 páginas.

La jurisdicción voluntaria es uno de los temas más controvertidos en la doctrina procesalista tanto por su concepto como por su naturaleza y contenido. El autor viene a llenar, con esta obra, una laguna en los estudios romanísticos respecto a esta institución jurídica y aporta nuevas luces sobre su reflexión en la doctrina moderna.

La denominación *iurisdictio voluntaria* aparece por primera vez en el Libro I de las Instituciones de Marciano recogido en D., 1.16.2 pr.-I y parece probable que fuese éste el autor de la distinción entre *iurisdictio contentiosa* e *iurisdictio voluntaria*. A. Fernández indaga en la institución a partir del texto de Marciano.

El autor apunta las diferencias entre los actos de jurisdicción contenciosa y los de jurisdicción voluntaria, cuales son: la titularidad, reglas de lugar y tiempo para ejercer la jurisdicción, presencia de lictores, ámbito territorial de competencia, actos *in rem suam* y procedimiento a seguir. Analiza la consideración clásica y jurisdiccional de esta figura, tema que se incardina con el de la competencia en la jurisdicción voluntaria. Describe y analiza un elenco de manifestaciones de esta figura en el Derecho clásico y praxis postclásica, y finalmente hace una serie de sugerencias respecto al Derecho vigente, en base a un mayor acercamiento entre la práctica jurídica y la teoría doctrinal, avaladas por una serie de conclusiones.

C. R.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, 357 páginas.

El autor trata a través de esta *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea* de ofrecer al lector un instrumento que le permita realizar confrontaciones correctas entre los distintos autores o escuelas filosófico-jurídicas. Para ello no sólo utiliza una homogeneidad temática, basada sobre todo en temas ontológico-jurídicos, sino que para conseguir su objetivo se propone fijar de modo riguroso y claro el sentido de los términos que va a utilizar en su exposición. Es por ello que dedica los primeros capítulos a la terminología ontológico-jurídica que utiliza a lo largo de la obra.

El tema central de la filosofía jurídica «es el de la naturaleza del Derecho. Y este tema comprende a la vez dos cuestiones fundamentales: la cuestión de la naturaleza de las entidades jurídicas, de las entidades pertenecientes al Derecho, y la cuestión de la naturaleza de las relaciones en las que intervienen entidades jurídicas».

Esta obra trata de forma rigurosa y global el tratamiento que los filósofos contemporáneos han dado a la ontología jurídica.

C. R.

MARTIN RAYMOND, *Théorie Générale du Procès (Droit Processuel)*, Editions Juridiques & Techniques, Semur-en-Auxois, 1984, 200 páginas.

Estudio comparativo entre los diferentes órdenes contenciosos, en Derecho francés (el civil, entendido de forma amplia, el penal y el administrativo) que pretende situarse a un nivel superior al de la mera comparación para obtener una teoría general del proceso, que no impida reflejar los principios y particularidades de los distintos contenciosos.

La obra empieza con una introducción sobre la unidad del concepto de acción y la evolución histórica del aparato judicial. En este punto el autor

desdobra la exposición de su estudio en dos partes: una, dedicada a la acción, entendida como principio material del proceso y en la que también trata la problemática del acto jurisdiccional; la otra, dedicada a la instancia como forma del proceso y aquí aborda «les principes directeurs du procès» o principios de funcionamiento que se concretan en unas constantes en los diferentes órdenes, como son: la existencia de actores, el juez y las partes, los actos de procedimiento y la forma de cumplirlos.

C. R.

GÓMEZ COLOMER, J. L., *La exclusión del Abogado defensor de elección en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988.

¿Qué se puede hacer jurídicamente en nuestro país contra el Abogado defensor de un imputado sospechoso de haber cometido un delito de terrorismo que, por participar de su misma ideología antidemocrática, o por otros motivos, utiliza los actos y medios procesales para obstaculizar la acción de la Justicia, e impedir así un correcto desarrollo del proceso penal legalmente ordenado? La respuesta a esta importante pregunta es el tema central del estudio que ha llevado a cabo el Dr. Gómez Colomer en la presente monografía, que no pretende ser un análisis sobre el derecho a la defensa técnica en el proceso penal, sino centrarse en los problemas que surgen, tanto a la hora de investigar como de acusar, de enjuiciar y también desde el punto de vista profesional, al intentar dar respuesta a la pregunta planteada.

Los medios de que se vale el Ordenamiento Jurídico para atacar y luchar contra el terrorismo son diversos, y comprenden tanto aspectos policiales, penales, penitenciarios y procesales penales. Uno de esos medios, quizá el medio procesalmente hablando más correcto, es la limitación o anulación del derecho a la defensa técnica de los imputados sospechosos de cometer delitos de terrorismo, ya que se entiende que quien más puede obstaculizar la efectiva condena del verdadero autor del delito es el propio Abogado defensor del imputado, por ser el técnico conocedor de los mecanismos procesales. La medida concreta a adoptar puede ser diversa, en el sentido de prohibir en absoluto el derecho de defensa técnica, o bien prohibirlo para una fase concreta del proceso o para actos determinados. Incluso cabría la posibilidad de, sin alterar el derecho a la defensa técnica, impedir que un Abogado concreto pudiera defender al imputado; estaríamos en este caso ante la exclusión del defensor, tema central de la presente obra, y que se entiende como un aspecto muy concreto dentro del derecho a la defensa técnica.

El autor estudia la exclusión del Abogado defensor desde el punto de vista del Derecho comparado, tomando como importantes referencias la regulación legal existente sobre esta materia en países con sistema continental como el nuestro y que también han sufrido el fenómeno del terrorismo, como lo son la República Federal de Alemania e Italia. En ambos

países la regulación es distinta: así, en la RFA se establece específicamente la posibilidad de exclusión de tales Abogados de su participación en el proceso penal; Italia se opone radicalmente a ella; en la regulación de nuestro Derecho procesal penal, marcando sensibles diferencias con la regulación alemana, pero permitiéndola por breve plazo.

En el Derecho procesal penal alemán la exclusión del defensor es una institución que goza de entidad jurídica propia, y que tiene como rasgos más relevantes el hecho de ser sujeto de la medida el Abogado defensor del inculcado, designado por éste, aunque también el defensor de oficio puede ser excluido si se dan idénticos presupuestos; la medida es, en todo caso, personal, ya que el derecho a la defensa técnica del inculcado no queda perjudicado porque siempre puede designar a otro Abogado o pedir uno de oficio. La exclusión tiene unos presupuestos tasados, que son la sospecha de cooperación punible, el abuso de comunicación con el fin de delinquir, el abuso de comunicación con el fin de atentar contra el establecimiento penitenciario, la puesta en peligro de la seguridad del Estado y, por último, la cooperación en delito de terrorismo. La exclusión comporta el apartamiento del defensor para todos los casos iguales por un tiempo determinado; cabe añadir que se abre en su contra un proceso penal en el que puede venir condenado en tanto en cuanto haya sospecha de comisión de un delito.

El supuesto de nuestro sistema que plantea más similitud con el alemán es el del artículo 527, a), LECrim., que no permite que un imputado incomunicado pueda designar a su Abogado de confianza. Según Gómez Colomer, esta medida limitadora puede considerarse como «medida de exclusión del defensor de elección en el proceso penal», siendo de carácter procesal y no material. El art. 527, a), LECrim., no constituiría una pena ni una medida de seguridad; no podría entenderse como una medida cautelar porque no se cumpliría el fin general de asegurar la posible ejecución que toda medida cautelar persigue; tampoco estamos ante una medida disciplinaria, por cuanto ésta debería estar previamente tipificada. Las características de la exclusión recogida en el referido precepto serían las de ser una medida procesal penal, restrictiva y preventiva, de una clara finalidad antiterrorista (lo cual no es en exceso elogioso para los Abogados españoles), siendo necesario que el detenido o preso se encuentre formalmente en situación de incomunicado y recayendo la medida sobre todos aquellos Abogados, excepto los de turno de oficio, que pueda designar el imputado incomunicado. De esta manera sólo podrán defenderle técnicamente los Abogados que estén inscritos en el turno de oficio, con la matización de que si, en un posible fraude al espíritu de la Ley, el imputado designa a un Abogado que está inscrito en el turno de oficio, o el Abogado se inscribe previamente en él y viene así designado, queda excluido igualmente, dado que el art. 527, a), LECrim., hace nula la designación. Así, el imputado incomunicado, al serle aplicada la legislación antiterrorista, no tiene ni siquiera que pedir el nombramiento de oficio, ya que el juego de los artículos 520.2, c), 118, III y IV, y 527, a), LECrim., hacen que actúe automáticamente el nombramiento de oficio.

La Parte Tercera de la obra se centra en el análisis de la adecuación

constitucional del art. 527, a), LECrim. Quizá sea ésta la parte más destacable de la monografía, en el sentido de que el autor se pronuncia abiertamente por la inconstitucionalidad del referido precepto; y ello, no obstante, el fallo de la Sentencia 196/87, de 11 de diciembre, del Tribunal Constitucional en la que, por un estrecho margen de votos a favor, declara la constitucionalidad del precepto. Los argumentos que se esgrimen en defensa de considerar inconstitucional el artículo 527, a), LECrim., serían principalmente: a) aceptar la actual redacción del precepto constituye una limitación del derecho a la defensa técnica porque el imputado ve restringido su derecho de designar al Abogado de confianza que quiera al significar el precepto la imposición de un abogado de oficio mientras dura la incomunicación; y ello, según ha sido admitido explícitamente por el TC, constituye una auténtica limitación o restricción del derecho a la defensa técnica; b) El Abogado designado por el preso incomunicado no podrá defenderle, operando en este caso la limitación como una sanción contra el Abogado así designado; la dicha sanción sería inconstitucional por ser una medida atípica y por haberse impuesto faltando todo procedimiento y toda actividad probatoria. La infracción de los artículos 25.1 (principio de tipicidad), 24 y 117 (principios de contradicción y de jurisdicción), todos de la Constitución, es evidente.

Sin embargo, el autor manifiesta la necesidad de aprobar una legislación que recoja la medida de exclusión, para de esta forma luchar legalmente contra el Abogado connivente de terrorismo; legislación que, en todo caso, respete la Constitución «permitiendo apartar al Abogado de la defensa particular del sospechoso de terrorismo, sin perjudicar más que esa relación, una vez comprobada la fuerte sospecha de connivencia». Por último, destacar la propuesta de unas bases de regulación de la figura de la exclusión del defensor, entendida esta medida procesal penal como instrumento efectivo contra el terrorismo, sin descartar tampoco ser utilizada en supuestos de delincuencia organizada (narcotráfico), en el sentido de impedir que un Abogado defensor, de ideología afín a su cliente, pueda obstaculizar la acción de la Justicia. Así, de entre esas bases a considerar, se destaca el hecho de que el imputado siempre pueda designar a otro abogado de su confianza tras la exclusión del designado en primer lugar; respecto del principio de presunción de inocencia, si se incoara un proceso penal contra el Abogado, condenándole sólo si quedasen probados los hechos; no podrá adoptarse la medida con carácter general respecto a todos los Abogados de confianza, sino sólo en particular y respecto a uno de ellos, y por hechos cometidos con anterioridad; la medida de exclusión deberá tomarse tras audiencia del Ministerio Fiscal, del imputado y del abogado afectado, en resolución judicial, dictada por el Juez competente para instruir la causa, en base a sospechas fundadas de connivencia delictiva entre abogado y cliente.

La monografía se completa con el texto íntegro de la Sentencia del TC 196/87, de 11 de noviembre (en la que se incluyen los votos particulares), y una muy extensa bibliografía tanto alemana, italiana como española.

J. SOLÉ RIERA

ZANDER MICHAEL, A., *A matter of Justice. The legal system in ferment*, I.B. Tauris & Co. Ltd., Publishers, Londres, 1988.

Un repaso pormenorizado a los diferentes problemas que sacuden el sistema del Common Law, junto con una no muy optimista visión de futuro respecto de los efectos que puedan tener las soluciones que se establecen en la práctica, constituye esta interesante obra de Michael Zander, verdadero «comunicador» de toda la agitación jurídica en su país, no sólo desde su puesto de Profesor de Leyes, en la London School of Economics, sino también como columnista de *The Guardian*, además de profundo conocedor de los medios de comunicación de masas (radio y TV).

Temas como el cada vez más complicado acceso de las clases sociales menos favorecidas a los mecanismos de la Justicia ordinaria, la dificultad de obtener un pronunciamiento favorable en los casos de errores judiciales, el excesivo número de trabas legales, que entorpecen la rápida resolución, incluso en los casos más sencillos, y, además, el siempre preocupante problema del elevado número de reclusos en las prisiones, son analizados desde una perspectiva de estudio dinámica y ágil, tratados cada uno de ellos individualmente, pero interrelacionados en función de ser unas mismas causas las que subyacen en el fondo de toda la discusión.

Zander propone la adopción de la solución irlandesa de excarcelación al grave problema de la sobrepoblación de las prisiones. Trata también los cambios experimentados en el seno de la profesión de jurista (las disputas enfrentadas entre *barristers* y *solicitors*), así como la diferencia existente entre aquellos *lawyers* que alcanzan la fama y el prestigio social (amén de fortuna económica) aconsejando en la gestión de importantes patrimonios, y aquellos otros profesionales que trabajan en defensa de los intereses económicos menos favorecidos.

En definitiva, Zander nos presenta una panorámica global de la «agitación jurídica» existente en el sistema del Common Law, problemática que redundaría en la confirmación de un sistema legal no adecuado a lo que la realidad reclama, por ser en exceso complejo, lento y sobre todo caro.

J. SOLÉ

REITHMANN, Christoph, Dr., y MARTINY, Dieter, Dr., *INTERNATIONALES VERTRAGSRECHT. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*. Cuarta edición completamente revisada y ampliada Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1988, 1.251 páginas. 320,— DM.

La presente obra cumple con esta cuarta edición sus veinticinco años de existencia, y ha sido desde su primera edición un valioso instrumento de trabajo para todo aquel jurista enfrentado a asuntos con algún elemento de extranjería.

El motivo de esta nueva edición es la remodelación del Derecho internacional privado alemán a través de la nueva Ley de Derecho Internacional Privado. Dicha Ley codifica por vez primera el Derecho internacional de los contratos y aclara una serie de cuestiones anteriormente omitidas o confusas. La nueva edición desciende por ello al detalle y trata de dar respuesta a la creciente europeización de las cuestiones de derecho aplicable y competencia jurisdiccional.

A las dos primeras partes, determinación y ámbito de aplicación del estatuto contractual, les han añadido los autores una tercera parte dedicada a las obligaciones que se contraen sin convenio, conteniendo un capítulo referido al enriquecimiento sin causa y otro al cobro de lo indebido. En cuanto al derecho imperativo (cuarta parte) se sigue distinguiendo entre la aplicación de la propia normativa de carácter imperativo y la necesidad de considerar los preceptos imperativos del derecho extranjero. Dado que el nuevo EGBGB aporta una base legal, se ha podido hacer aquí hincapié en concretas cuestiones de importancia práctica.

La quinta parte, de gran utilidad práctica por cuanto recoge y estudia los diversos tipos de contratos, ha sido ampliada de forma sustanciosa, pasando a describir 26 tipos contractuales. En la sexta parte, referente a poder de representación y poder de disposición, se desarrolla en especial el poder de representación en sociedades mercantiles extranjeras y las limitaciones de los menores de edad y personas casadas en su facultad de disponer; especial atención se presta también a las facultades de disposición de los administradores de la quiebra. Por último, incluye la obra una séptima parte en la que se trata el tema de los fueros convencionales y los pactos de arbitraje.

MIGUEL VIVES

REVISTA DE REVISTAS Y OBRAS COLECTIVAS (1986-I)

I. DERECHO PROCESAL GENERAL, PODER JUDICIAL Y ORGANIZACIÓN DE TRIBUNALES

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. 148 y ss.
- ALONSO DÁVILA, N., «Eficacia y rapidez de la Justicia alemana», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, 3, pp. 77 a 79.
- ÁLVAREZ, J. L., «El servicio público de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 57 a 61.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. DE, «La organización de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 10 a 13.
- ARAGÓN, M., «¿Estado jurisdiccional o autonómico?», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1986, n. 16, pp. 7 a 13.
- BANDRÉS, J. M., «La organización de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 13 a 17.
- BENÍTEZ SALAS, M. A., «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Actualidad Civil*, 1986, 1, pp. 1265 y ss.
- BERIZONCE, R. O., «Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia», *Justicia*, 1986, pp. 369 y ss.
- BORRAJO INIESTA, I., «El juez español y el Derecho Comunitario», *Actualidad Administrativa*, 1986, 1, pp. 1417 y ss.
- BUENO ARÚS, F., «Los permisos de salida y las competencias de los jueces de vigilancia», *Poder Judicial*, 2, 1986, pp. 33 a 47.
- CARMENA CASTRILLO, M., «El coste de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1968, pp. 29 a 33.
- CARRETERO PÉREZ, A., «Los derechos adquiridos y la edad de jubilación de jueces y magistrados», *Actualidad Administrativa*, 1986, 2, pp. 2261 y ss.

- CARRETERO, A., «El servicio público de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 61 a 65.
- CASTRILLO, J., «El servicio público de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 77 y ss.
- CLIMENT DURÁN, C., «El nuevo modo de formulación de las sentencias», *Revista General de Derecho*, 1986, pp. 4343 a 4368.
- DOLZ LAGO, J., «El Ministerio Fiscal y la nueva LOPJ 6/85 (apuntes de urgencia)», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, pp. 835 y ss.
- 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. 941 y ss.
- GABALDÓN LÓPEZ, J., «El servicio público de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 65 a 69.
- GIMENO SENDRA, J. V., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», *Justicia*, 1986, pp. 395 y ss.
- GIUFFRÈ, F., «Il giudice, fra autonomia e responsabilità», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXVII, pp. 243 y ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., «Mito y garantías jurídicas en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial», *Actualidad Administrativa*, 1986, 1, pp. 117 y ss.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J., «Reflexiones sobre el Título II, del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, pp. 1395 y ss. y 1491 y ss.
- , «Reflexiones sobre el Título II del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial», *Revista de Derecho Procesal*, 1986, III, pp. 503 y ss.
- GONZÁLEZ GUTIÉRREZ BARQUIN, P., «La organización de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 17 a 21.
- GONZÁLEZ MONTES, J. L., «Tutela de los derechos y libertad del ciudadano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1986, n. 9, pp. 149 a 193.
- GUI MORI, T., «El Abogado en ejercicio y la Constitución», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, pp. 649 a 685.
- GÓMEZ DE LIAÑO, F., «La legitimación colectiva y el art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Justicia*, 1986, pp. 549 y ss.
- GÓMEZ GARCÍA, P., «El coste de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 33 a 37.
- JURADO POUSIBET, J. R., «Diligencias y propuestas de resolución en la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Poder Judicial*, 3, 1986, pp. 43 a 53.
- LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., «Organización sistémico-cibernética de la función penal», *Revista de Derecho Público*, 1986, pp. 521 y ss.
- LORCA NAVARRETE, A. M., «La Administración de Justicia y la utilización del idioma cooficial en la LOPJ», *La Ley*, 1986, 1, pp. 1182 y ss.
- , «El proceso civil alemán de la experiencia del modelo de Stuttgart y de la Novela de simplificación (ver Einfachungsnovelle) de la ZPO (El camino del proceso civil español hacia una efectiva concentración de las actuaciones judiciales)», *Justicia*, 1986, pp. 915 y ss.
- , «El contenido del daño por responsabilidad patrimonial del Estado a

- causa de error judicial, así como de anormal funcionamiento de la Administración de Justicia», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, pp. 2007 y ss.
- LORENTE HURTADO, F., «La función judicial en la Comunidad Europea», *Documentación Laboral*, 1986, n. 18, pp. 31 a 64.
- LUPIÓN SEVILLA, M., «El coste de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 37 a 41.
- LÓPEZ ALVAREZ, A., «El servicio público de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 73 a 77.
- LÓPEZ RIAÑO, C., «El servicio público de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 69 a 73.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Independencia, imparcialidad, objetividad y juez (notas para una reflexión sobre la actividad jurisdiccional y la separación de poderes)», *Justicia*, 1986, pp. 951 y ss.
- MANZANARES LAGUARDA, R., «Policía gubernativa versus policía judicial», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, pp. 195 y ss.
- MARTÍN BERNAL, J. M., «Los Tribunales Superiores de Justicia», *Actualidad Administrativa*, 1986, 1, pp. 57 y ss., y 121 y ss.
- MARTÍNEZ VAL, J. M., «Abogacía y Estado de Derecho», *Revista General de Derecho*, 1986, pp. 4247 a 4260.
- MARTÍN OSTOS, J., «Funciones procesales del secretario judicial en la LOPJ», *Justicia*, 1986, pp. 263 y ss.
- MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., «Notas sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 1984 ("De Cubber")», *Poder Judicial*, 4, 1986, pp. 85 a 95.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, R., «El Tribunal de Cuentas y su jurisdicción propia», *Actualidad Administrativa*, 1986, 1, pp. 361 y ss., y 434 y ss.
- MIGUEL ZARAGOZA, J. DE, «Aspectos internacionales de la LOPJ», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, pp. 2375 y ss.
- MIGNOT, C., «Evolución de la estructura jurisdiccional en la región alcarreña (siglos XI-XV)», *Hispania*, 1986, n. 163, pp. 245 a 283.
- MIGUEL CALATAYUD, A., «Consideraciones sobre la libre prestación de servicios en España por abogados comunitarios (RD 607/1986, de 21 de marzo)», *La Ley*, 1986-2, pp. 1232 y ss.
- MIR PUIG, S., «Sobre la irretroactividad de las normas procesales y el sujeto del delito de bigamia», *La Ley*, 1986-3, pp. 259 y ss.
- MONTERO AROCA, J., «La función jurisdiccional y el status de jueces y magistrados», *Justicia*, 1986, pp. 7 y ss.
- MONTÓN REDONDO, A., «Atribuciones de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas», *La Ley*, 1986-2, pp. 1218 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., y 1283 y ss.
- MUÑOZ SABATÉ, L., «Experimentación y concertación en la Administración de Justicia», *Justicia*, 1986, pp. 317 y ss.
- OLAGÜE NEGUERUELA, R. DE, «El Consejo General del Poder Judicial», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, 5, pp. 61 a 65.

- ORÓN MORATAL, G., «Incidencias tributarias de la actual regulación del auxilio judicial», 1986, *La Ley*, 1986-4, pp. 977 y ss.
- OLIVA SANTOS, A. DE LA, «Nuevo panorama de la Administración de Justicia según la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, 5, pp. 33 a 61.
- PALACIOS LUQUE, D., «La organización de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 21 a 25.
- PASTOR BORGONÓN, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitas», *Justicia*, 1986, pp. 337 y ss.
- PEDROL RIUS, A., «La Abogacía española y el Mercado Común», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, 2, pp. 87 a 97.
- PRADO ARDITTO, J. F., «La notificación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales en la nueva LOPJ», *Justicia*, 1986, pp. 81 y ss.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «La jurisdicción en la nueva legislación», *ANALES, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.º 16, 1986, pp. 151 y ss.
- RAMOS MÉNDEZ, F., «Traducción al castellano de los documentos que acompañan a un emplazamiento ante Tribunal extranjero», *Justicia*, 1986, pp. 577 y ss.
- REAL FERRER, G., «Sobre la protección jurisdiccional de los intereses colectivos», *La Ley*, 1986-2, pp. 198 y ss.
- RODRÍGUEZ PARDO, J. L., «La organización de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 25 a 29.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La prueba de indicios. Comentarios a tres sentencias del Tribunal Constitucional», *La Ley*, 1986-2, pp. 1236 y ss.
- RUBÍ NAVARRETE, J., «El coste de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 51 a 57.
- RUIZ PÉREZ, J. S., «El juez protagonista: imparcialidad e independencia», *La Ley*, 1986-4, pp. 988 y ss.
- , «Legitimación democrática del Juez», *Actualidad Civil*, 1986, 2, pp. 1357 y siguientes.
- RUIZ VADILLO, E., «Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias», *Poder Judicial*, 4, 1986, pp. 75 a 91.
- , «El ejercicio de la Abogacía en la jurisdicción penal», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, 6, pp. 67 a 79.
- SAAVEDRA GALLO, P., «La justicialidad de la Constitución y los órganos judiciales ordinarios», *Justicia*, 1986, pp. 35 y ss.
- SEOANE CACHARRÓN, J., «Hacia una moderna configuración de las actividades jurisdiccionales del Secretariado en la nueva LOPJ, de 1 de julio de 1985», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, pp. 1943 y ss.; y *Poder Judicial*, 3, 1986, pp. 53 a 61.
- SERRERA CONTRERAS, P. L., «El proyecto de ley orgánica de Conflictos Jurisdiccionales», *Justicia*, 1986, pp. 425 y ss.
- TEJEDOR FREIJO, V., «El coste de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 45 a 51.
- TOMARIA, J. J., «Los españoles y la Administración de Justicia», *Poder Judicial*, 1, 1986, pp. 41 a 59.

- VIVRES ANTÓN, T., «Tribunales de Justicia y jurisprudencia constitucional», *Poder Judicial*, 2, 1986, pp. 9 a 25.
- VÁZQUEZ BOTE, E., «El sistema de fuentes y la LOPJ», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, pp. 1021 y ss.
- WROBLEWSKI, J., «El lugar de los tribunales en las instituciones del Estado socialista», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1986, n. 16, pp. 71 a 93.
- XIOL RÍOS, J. A., «El precedente judicial en nuestro Derecho: una creación del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, 3, 1986, pp. 25 a 43.
- YAGÜE LÓPEZ, J., «El coste de la Justicia», *Jornadas sobre la LOPJ*, Madrid, 1986, pp. 41 a 45.
- ZUAZU MONEO, A., «El Tribunal Superior de Justicia y las competencias de los órganos jurisdiccionales en la Comunidad Foral de Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, 1986, n.º 2, pp. 51 a 81.

B) Extranjero

- ACCATTATIS, V., «Indipendenza e politicizzazione dei giudici nella storia dell'Associazione nazionale magistrati», *Questione Giustizia*, 1986, 3, páginas 745 a 764.
- AHRENS, E. W., «Zeugenschutz. Eigene gemeinsame Aufgabe von Polizei und Justiz», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 355 y ss.
- ALBACAR LÓPEZ, J. L., «La organización judicial y el sistema de selección de jueces en la nueva constitución española», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 412 a 433.
- ALIBRANDI, T., «L'avvocatura dello Stato», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 231 a 248.
- ALOISIO, R. G., «Spunti di riflessione in tema di informatica giudiziaria», *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 403 y ss.
- AMATUCCI, A., «Consiglio superiore della magistratura, giudici ordinari e giudici speciali», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 662 y 663.
- AMELUNG, «Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten», *Juristische Schulung*, 1986, pp. 329 y ss.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Il problematico governo della magistratura in Spagna», *Questione Giustizia*, 1986, 2, pp. 497 a 511.
- , «Magistratura e sistema politico in Spagna», *Democrazia e diritto*, 1986, n. 2, pp. 167 a 181.
- ANDRIOLI, V., «Enrico Tullio Liebman», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 699 y ss.
- BALZAROTTI, M. L., «Sui rapporti tra revoca atipica dell'affidamento in prova e principio di intangibilità del giudizio», *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, pp. 708 y ss.
- BARSKIES, S., «Die Subjektivität des Richters (Eine Entgegnung)», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 421 y ss.
- BARTOLE, S., «Un caso di riduzione del thema decidendum in materia di uffici di sorveglianza», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, pp. 241 y ss.
- , «Ricorso alla regola stare decisis o sommarietà di motivazione? (a proposito di merito della trattazione nella stessa udienza di giudizi concer-

- nenti questioni simili), *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, pp. 1247 y siguientes.
- BEER, K., «La responsabilità dei giudici per attività giurisdizionali nella Germania federale», *Questione Giustizia*, 1986, 4, pp. 1013 a 1019.
- BENDER, M., «Restriktive Tendenzen bei der Rechtsanwaltszulassung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, I, pp. 409 y ss.
- BIRK, H.-J., «Justiz und Technik», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 477 y siguientes.
- BLANKENBURG, E., «Der Richterarbeitsplatzcomputer», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 415 y ss.
- BORRÉ, G., «Carriera dei giudici? sentenza 86/1982 della Corte costituzionale e illusioni della giurisprudenza amministrativa», *Questione Giustizia*, 1986, 2, pp. 285 a 295.
- BRANCACCIO, A., «Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione», *Il Foro Italiano*, 1986, V, pp. 461 y ss.
- BRIESKE, R., «Von der Belastung der Justiz durch den Gesetz- und Verordnungsgeber», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 321 y ss.
- BRONIEWICZ, W., «Le recrutement des juges dans les Pays socialistes de l'Europe Orientale», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 359 a 378.
- BRUTI LIBERATI, E., «Gli aspetti ordinamentali del Pacchetto Rognomi», *Questione Giustizia*, 1986, 4, pp. 933 a 954.
- , «Associazionismo giudiziario e autogoverno», *Democrazia e diritto*, 1986, n. 4-5, pp. 85 a 124.
- BURCKHARDT, F., «Richter-Arbeitscomputer. Beschreibung einer besonderen Anwendungsfunktion von Textverarbeitungs- und Rechen-Programmen», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 335 y ss.
- BURCKHARDT, K., «Die Flüchtigkeit der Zeit oder vom Vorurteil einer technikfeindlichen Justiz», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 195 y ss.
- BUSCEMA, S., «Trattamento economico dei magistrati e dei funzionari dello Stato», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 343 a 349.
- BUSSE, F., «Anwaltskosten, ein Ärgernis für manchen Richter», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 36 y ss.
- BÖHM, R., «Justitia — ein Mann?», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 31 y siguientes.
- , «Der Kampf um die Zulassung der Frauen als Rechtsanwältinnen und zum Richteramt — aus historischer Sicht unter Betrachtung gegenwärtiger beschäftigungspolitischer Tendenzen», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 365 y ss.
- CANCELLI, F., «La realtà, la parola e la costruzione nella teoria generale del diritto di F. Carnelutti», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 514 y ss.
- CAPPELLETTI, M., «La politica del diritto di Calamandrei: coerenza e attualità di un magistero», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 3 y ss.
- CARLASSARE, L., «La presidenza del Csm secondo i costituenti», *Questione Giustizia*, 1986, 1, pp. 32 a 39.
- CORDA, M., «Reclutamento del giudice di legittimità. Organizzazione e funzionamento della Corte di Cassazione», *La Giustizia Penale*, 1986, I, pp. 269 y ss., y *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 350 y ss.

- CORDERO, F., «I poteri del magistrato», *L'indice penale*, 1986, pp. 29 y ss.
- CORSO, P., «Fenomenologia del maxi-processo», *L'indice penale*, 1986, pp. 249 y ss.
- CRAKARIANE, M. S., «La formation et la choix des juges en URSS», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 537 y ss.
- CHERIF BASSIOUNI, M., «The judicial system of the United States - An overview», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 433 a 499.
- D'AIETTI, G., «Il giudice e l'informatica», *Informatica e Diritto*, 1986, páginas 143 y ss.
- DE VERGOTTINI, «Il diritto di difesa come principio fondamentale della partecipazione al processo», *Diritto e società*, 1986, pp. 97 a 105.
- DIONISOTTI, C., «L'ordinamento giudiziario in Piemonte secondo le Regie Costituzioni», *L'Ordinamento Giudiziario*, I, Rimini, 1985, pp. 471 a 500.
- DITTMAR, R., «Die Berücksichtigung vorprozessual entstandener Anwaltskosten im Kostenfestsetzungsverfahren», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, pp. 2088 y ss.
- DITTRICH, L., «Intervento di terzo, condanna alle spese e impugnabilità dell'ordinanza nel procedimento di ricasazione», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 641 y ss.
- DONATI, F., «Morte del procuratore durante la decorrenza del termine breve per impugnare», *Il Foro Italiano*, 1986, I, pp. 1501 y ss.
- DOUMBÉ-BILLÉ, S., «La Justice judiciaire dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel», *Revue de Droit Public*, 1986, páginas 345 a 394.
- DUNES, A., «La non-publication des décisions de justice», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, pp. 757 a 775.
- ECCHER, B., «L'ordinamento giudiziario, la formazione e il reclutamento dei giudici in Austria», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 1 a 36.
- EISSEN, M. A., «Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, Beilage.
- ELIAS, R. J., «Condições da ação: relação com o objeto do processo», *Jus-Fassone*, E., «Qualche altra riflessione in tema di prova», *Questione Giustizia*, 1986, n. 134, pp. 65 a 85.
- FAZZALARI, E., «E. T. Liebman nella cultura processualistica italiana», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 702 y ss.
- FLORE, G., «Sugli ordinamenti giudiziari toscani», *L'Ordinamento Giudiziario*, I, Rimini, 1985, pp. 540 a 558.
- FOCARILE, R., «La formazione psicologica dei magistrati», *Questione Giustizia*, 1986, 2, pp. 479 a 497.
- FORTUNA, E., «La responsabilità penale del giudice: una normativa da rivedere», *Cassazione Penale*, 1986, pp. 1905 y ss.
- FOTI, C., «Chi ha paura del giudice esperto? (Una minaccia all'equilibrio dell'istituzione)», *Questione Giustizia*, 1986, 2, pp. 424 a 439.
- FØYER DE COSTIL, H. y G. LE, «Les connaissances personnelles du juge», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, pp. 517 a 529.
- FRANZKI, H., «275 Jahre Oberlandesgericht Celle», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 441 y ss.

- FRISINA, P., «La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 364 y ss.
- GALLO, E., «Il C.S.M. nei vizi d'origine e nelle prospettive di riforma», *L'Indice penale*, 1986, pp. 5 y ss.
- GARRIGOU-LAGRANGE, J. M., «Les partenaires du Conseil Constitutionnel ou De la fonction interpellatrice des juges», *Revue de Droit Public*, 1986, pp. 647 a 694.
- GIANNANTONIO, E., «Il valor giuridico del documento elettronico», *Rivista Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, 1986, pp. 261 y ss.
- GILARDI, G., «La gestione degli uffici giudiziari civili», *Questione Giustizia*, 1986, 2, pp. 331 a 346.
- GIULIANI, A., «I modelli storici della responsabilità del giudice», *L'Ordinamento Giudiziario*, I, Rimini, 1985, pp. 196 a 208.
- GORLA, G., «Introduzione allo studio dei Tribunali Supremi Italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX», *L'Ordinamento Giudiziario*, I, Rimini, 1985, pp. 329 a 471.
- GROSSI, P., «Orientamenti attuali di giurisprudenza costituzionale nell'interpretazione degli artt. 105, 107, 3 comma e 104, 4 comma della Costituzione», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 259 a 289.
- GROSSO, A., «Le funzioni di polizia giudiziaria dei vigili urbani: prime osservazioni sulla nuova legge-quadro sull'ordinamento della polizia municipale», *Leggislazione Penale*, 1986, pp. 589 y ss.
- GRUNSKY, W., «Ordinamento giudiziario, formazione e reclutamento del giudice nella Germania Federale», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 137 a 172.
- GUTTMANN, M., «Zwischen "Mediengerichtshof und Hofberichterstattung"», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 28 y ss.
- HABSCHIED, W. J., «Il giudice in Svizzera», *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 450 y ss.
- , «L'organizzazione giudiziaria in Svizzera», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 499 a 537.
- HARRLAND, H., «Die Arbeit der Staatsanwaltschaft mit den Eingaben der Bürger», *Neue Justiz*, pp. 223 y ss.
- HOBENDORF, A., «Eine beängstigende Logik. Das Erfolgsrezept des Justizministers des Landes Nordrhein-Westfalen zur Entlastung des Strafjustiz», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 418 y ss.
- HOLZAMER, H.-H., «Justiz in Auflösung?», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 189 y ss.
- IANNOTTA, R., «Aspetti della posizione giuridica del magistrato amministrativo», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 157 a 166.
- INGBER, L., «Le modeles napoleonien du juge et son influence en Belgique», *L'Ordinamento Giudiziario*, I, Rimini, 1985, pp. 134 a 196.
- , «L'ordinamento giudiziario in Belgio», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 36 a 37.
- IRTI, N., «Le tre Facoltà giuridiche di Roma per un grande interprete del diritto», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 476 y ss.

- IVALDI, A., «Interdizioni e inabilitazioni al Tribunale di Genova», *Questione Giustizia*, 1986, 4, pp. 887 a 899.
- KIEFFER, J., «L'organisation judiciaire française: formation et recrutement des juges», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 108 a 137.
- KLINDBERT, J., «Rechtsfolgen bei Verfügungen Nichtberechtigter», *Neue Justiz*, 1986, pp. 109 y ss.
- KRÖPIL, K., «Gerichtliche Überprüfung des von der Staatsanwaltschaft behaupteten öffentlichen Interesses», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 19 y ss.
- LANDI, G., «L'organizzazione giudiziaria nel Regno delle Due Sicilie», *L'Ordinamento Giudiziario*, I, Rimini, 1985, pp. 558 a 607.
- LANFERMANN, H., «Nach Richterforschung nun Anwaltsforschung», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 75 y ss.
- LARICCIA, S., «Reclutamento e formazione dei magistrati della Corte dei conti», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 166 a 188.
- LAZZARINI, A., «Do poder de policia», *Justitia*, 1986, n. 135, pp. 45 a 53.
- LAURO, N., «La chiamata di correo: prova o fonte di prova?», *Questione Giustizia*, 1986, 3, pp. 693 a 704.
- LEFEBVRE, Ch., «Le développement de l'organisation judiciaire en Europe (XIII e XIV s.) et l'apport des juristes savants», *L'Ordinamento Giudiziario*, I, Rimini, 1985, pp. 3 a 85.
- LERCH, K., «Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs?», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 17 y ss.
- LIEBMAN, E. T., «Unità del giudicato», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 233 y ss.
- LIPARI, N., «L'avvocato libero professionista», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 248 a 259.
- LOTTI, A., «La conferenza nazionale della giustizia», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 935 y ss.
- LOZZI, G., «La valutazione probatoria della chiamata in correità», *Questione Giustizia*, 1986, 1, pp. 62 a 72.
- LUPO, E., «La revisione delle circoscrizioni giudiziarie», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 289 a 309.
- MARCHETTI, R., «Le giurisdizioni nello Stato Pontificio», *L'Ordinamento Giudiziario*, I, Rimini, 1985, pp. 500 a 540.
- MATEESCU, S., «L'Organizzazione giudiziaria in Romania», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 378 a 412.
- MAZET, G., «Les systèmes informatisés de documentation juridique: leur utilisation dans les recherches de droit étranger, comparé et international», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, pp. 775 a 791.
- MAZZA GALANTI, F., «Interdizioni e inabilitazioni al Tribunale di Genova», *Questione Giustizia*, 1986, 4, pp. 887 a 899.
- MELE, E., «Il principio di economia processuale e i suoi limiti», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 1845 y ss.
- MICHALIK, S., «Der Kampf um die Zulassung der Frauen als Rechtsanwältinnen und zum Richteramt - aus historischer Sicht unter Betrachtung gegenwärtiger beschäftigungspolitischer Tendenzen», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 365 y ss.
- , «Justitia - ein Mann?», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 31 y ss.

- MOCCHIA, L., «Il sistema di giustizia inglese: profili storici e organizzativi», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 211 a 343.
- MOENHAUT, H., «L'organizzazione giudiziaria in Prussia», *L'Ordinamento Giudiziario*, I, Rimini, 1985, pp. 85 a 134.
- MONIZ DE ARAGÃO, E. D., «Potere giudiziario e giudici in Brasile», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 37 a 78.
- MONTESANO, L., «Sistematica e realismo di Francesco Carnelutti processual-civilista», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 504 y ss.
- MUSO, M., «Una pronuncia della Corte costituzionale in tema di contumacia e di diritto di difesa», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 371 y ss.
- MÜLLER, W., «Ordentliche Gerichtsbarkeit sowie Ausbildung und Status der Richter und Staatsanwälte in Frankreich», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 3 y ss.
- NACCI, P. G., «Il principio costituzionale della riparazione degli errori giudiziari», *Diritto e società*, 1986, pp. 523 a 543.
- NACK, A., «Jux computat. Der Computer als Hilfsmittel des Richters: Aktueller Stand und Perspektiven», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 405 y ss.
- NICITA, F. P., «La competenza del conciliatore (legge 30 luglio 1984, n. 399)», *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 45 y ss.
- NICOLAZZI, M., «Tra diritto e pregiudizio», *Diritto e società*, 1986, pp. 329 a 391.
- NOACK, S., y REDLICH, B., «Höhere Anforderungen an die Weiterbildung der Justizkader», *Neue Justiz*, 1986, pp. 336 y ss.
- NOBILI, M., «Organizzazione burocratica degli uffici giudiziari ed accusa penale. Profilo storico», *L'Ordinamento Giudiziario*, I, Rimini, 1985, pp. 196 a 208.
- OCCHIOGROSSO, F., «Giudici e servizi territoriali nella prassi e nelle prospettive di riforma», *Questione Giustizia*, 1986, 2, pp. 458 a 479.
- ONIDA, V., «I poteri di inchiesta nella istituzione giudiziaria», *Questione Giustizia*, 1986, 1, pp. 39 a 55.
- ORRENTI, V., «La sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 2628 y ss.
- OUNZI, C., «Il giudice onorario», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 74 a 93.
- PALOMBARINI, G., «Trasformazioni sociali e ruolo della magistratura. Democrazia e cultura della giurisdizione», *Questione Giustizia*, 1986, 1, pp. 199 a 254.
- PASQUALI, A., «Processo bilingue o processo monolingue?», *Il Foro Italiano*, 1986, V, pp. 285 y ss.
- PELLEGRINI GRINOVER, A., «L'insegnamento di Enrico Tullio Liebman en Brasile», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 704 y ss.
- PERRONE, L., «Il giudice tributario», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 188 a 206.
- PESTALOZZA, C., «Berlin: Die Verwaltungsgerichte als Verfassungsgerichte», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, I, pp. 33 y ss.
- PICARDI, A., «I modelli storici della responsabilità del giudice», *L'Ordinamento Giudiziario*, I, Rimini, 1985, pp. 196 a 208.

- , «Il giudice ordinario», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 21 a 74.
- , «Il conciliatore», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 93 a 157.
- , «L'esame di coscienza del vecchio Maestro», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 536 y ss.
- PIGNATELLI, A., «Responsabilità civile e indipendenza dei magistrati», *Questione Giustizia*, 1986, 3, pp. 576 a 589.
- PIORRECK, K. F., «Vom Umgang mit dem gesetzlichen Richter», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 146 y ss.
- PIVETTI, M., «La responsabilità dei magistrati (Riflessioni a margine del disegno di legge governativo e proposte alternative)», *Questione Giustizia*, 1986, 4, pp. 901 a 933.
- , «I referendum sulla giustizia», *Questione Giustizia*, 1986, 1, pp. 1 a 32.
- PIZZORUSSO, A., «La pubblicità delle udienze disciplinare dei magistrati», *Il Foro Italiano*, 1986, III, col. 44 y ss.
- , «Le riforme nel campo della giustizia», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 759 y ss.
- POGGI, A., «Ruolo del C.S.M. e indice di riconoscimento della giurisdizione ordinaria», *Giurisdizione Costituzionale*, 1986, pp. 718 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.
- POP, T., «L'organizzazione giudiziario in Romania», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 378 a 412.
- POUDRET, J. F., «La procédure d'admission selon le projet de revision de la loi fédérale d'organisation judiciaire (Précédents et perspectives)», *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1986, I, pp. 379 y ss.
- PRADEL, J., «La responsabilité pénale de l'expert judiciaire», *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1986, pp. 247 a 263.
- RAMACCI, F., «Il senso del tempo nell'opera di Francesco Carnelutti», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 526 y ss.
- REKUNKOW, A. M., «Der XXVII. Parteitag der KPdSU und die Aufgaben der Staatsanwaltschaft in der UdSSR», *Neue Justiz*, 1986, pp. 282 y ss.
- RICCHIELLO, G., «Appunti sulla formazione e sullo status del magistrato militare», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 206 a 231.
- RICCI, E. F., «Enrico Tullio Liebman come maestro», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 709 y ss.
- ROBRSSSEN, G., «Considerazioni sui conflitti di giurisdizione», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 1093 y ss.
- ROMBOLI, R., «Poteri decisori o istruttori, funzione amministrative e giurisdizionali, legittimazione del giudice a quo», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, pp. 756 y ss.
- ROMEO, G., «La persona, l'amministrazione e il giudice amministrativo», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, 1986, pp. 94 y ss.
- ROSELLI, F., «Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo statuto al-

- bertino», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 476 y ss.
- ROSSI, A., «I referendum sulla giustizia», *Questione Giustizia*, 1986, 1, pp. 1 a 32.
- , «La responsabilità dei magistrati (Riflessioni a margine del disegno di legge governativo e proposte alternative)», *Questione Giustizia*, 1986, 4, pp. 901 a 933.
- ROSSI, E., «Le sezioni di sorveglianza tra giurisdizione speciali e sezioni specializzate», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 349 y ss.
- ROTTLEUTHNER-LUTTER, M., «Gerichtsferien - Schulferien: sowohl als auch», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 14 y ss.
- , «Kartellanwälte», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 17 y ss.
- ROTTLEUTHNER, H., «Gerichtsferien - Schulferien: sowohl als auch», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 14 y ss.
- , «Kartellanwälte», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 17 y ss.
- RUDOLPH, K., «Kartellanwälte», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 17 y ss.
- RUSSO, F., «Responsabilità dei giudici: perché il referendum», *Democrazia e diritto*, 1986, n. 45, pp. 143 a 150.
- SACCETTI, L., «Sulla composizione del Tribunale per i minorenni», *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 40 y ss.
- SARZANA, C., «L'organizzazione burocratica interna degli uffici giudiziari: il potere di assegnazione dei processi», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 309 a 328.
- SASSANI, B., «Sul problema dell'azione civile delle associazioni per la tutela degli handicappati psichici», *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 180 y ss.
- SAU, S., «I procedimenti riguardanti magistrati nelle prime applicazioni della 1.879/80: problemi e linee interpretative», *Legislazione Penale*, 1986, pp. 375 y ss.
- SCHMALDIENST, F., «Auch der Prozessbericht ist eine Nachricht», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 382 y ss.
- SCHNEIDER, E., «Das erkennende Beschluss-Gericht und der vermaledeite Konjunktiv», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 383 y ss.
- SCHOREIT, A., «Weiterer Ausbau der zentralistischen polizeilichen EDV-Systeme zum Nachteil der Justiz», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 54 y ss.
- SERGES, G., «Sulla diretta impugnabilità degli atti del C.S.M. relativi allo status dei Magistrati», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, pp. 1097 y ss.
- SILVA MARINHO, J. D. DA, «As associações e o Ministério público na lei n. 7347, de 24 de julho de 1985», *Justitia*, 1986, n. 135, pp. 13 a 26.
- SILVA JARDIM, A., «Conflito de atribuições entre órgãos de execução de Ministérios Públicos diversos», *Justitia*, 1986, n. 135, pp. 33 a 45.
- 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., «Un problema minore in tema di remissione dei procedimenti: la tutela delle minoranze linguistiche nel giudizio rimesso», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 505 y ss.
- STANICKI, H., «Die Dienstsachschau - Ein Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit?», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 329 y ss.
- STORME, M., «Perorazione per un diritto giudiziario europeo», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 293 y ss.
- STREIT, J., «Weitere erhöhung der Wirksamkeit der staatsanwaltschaftlichen Arbeit», *Neue Justiz*, 1986, pp. 147 y ss.
- STREMPPEL, D., «Nach Richterforschung nun Anwaltsforschung», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 75 y ss.
- STÖRR, K., «Beteiligung des Rechtspflegers im Prozesskostenhilfverfahren?», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 137 y ss.
- TACZ, L., «Alcuni aspetti dell'ordinamento giudiziario nella Polonia ed in altri Paesi socialisti dell'Europa Orientale», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 343 a 359.
- TARELLO, G., «Francesco Carnelutti nella cultura giuridica italiana», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 498 y ss.
- TARUFFO, M., «La fisionomia della sentenza in Italia», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 435 y ss.
- , «Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 1133 y ss.
- , «Note per una riforma del diritto delle prove», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 237.
- TARZIA, G., «Giudice professionale e giudice laico», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 3 a 21.
- TRABUCCI, A., «Carnelutti e il diritto privato», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 479 y ss.
- TROCKER, N., «Acceso alla giustizia e assicurazione di difesa legale», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 1065 y ss.
- TSCHÉ-HAO, T., «La formation et le recrutement des juges en République Populaire de Chine», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 78 a 108.
- VACIRCA, G., «Osservazioni sulla difesa personale degli avvocati dipendenti da enti pubblici», *Il Foro Amministrativo*, 1986, pp. 172 y ss.
- VARIOS AUTORES, «Schema di progetto di legge sull'Ordinamento giudiziario», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 373 a 503.
- VENEZIANO, G., «Si ritorna al vecchio *cursus honorum* in magistratura?», *Questione Giustizia*, 1986, 2, pp. 295 a 307.
- VERWOERD, J., «Der Richterarbeitsplatzcomputer», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 415 y ss.
- VIDAL MARTÍNEZ, F., «El repartimiento de los negocios», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 329 a 343.
- VIGORITI, V., «L'indipendenza della magistratura: la dimensione internazionale», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 597 y ss.
- VIGOTTI, A., «Interdizioni e inabilitazioni al Tribunale di Genova», *Questione Giustizia*, 1986, 4, pp. 887 a 899.
- VOLLMEYER, R. E., «Der Richterarbeitsplatzcomputer», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 415 y ss.
- WALDER, U. H., «L'organizzazione giudiziaria in Svizzera», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 499 a 537.

- WASNER, G., «Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, I, pp. 119 y ss.
- WASSERMANN, R., «Macht ohne Verantwortung? Zur Richterethik in der Pluralitären Gesellschaft», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 201 y ss.
- , «Zur Verantwortung des Richters für die Kultur der Gerichtsverhandlung», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 41 y ss.
- WROBLEWSKY, J., «Votum separatum dans la théorie et l'ideologie de l'application judiciaire du droit», *L'Ordinamento Giudiziario*, III, Rimini, 1985, pp. 349 a 373.
- YAMAGUCHI, K., «La formazione e il reclutamento dei giudici in Giappone», *L'Ordinamento Giudiziario*, II, Rimini, 1983, pp. 172 a 211.

II. DERECHO PROCESAL CIVIL

A) España

- BARBOSA MOREIRA, C., «Saneamiento del proceso y audiencia preliminar», *Revista de Derecho Procesal*, 1986, I, pp. 7 y ss., y II, pp. 239 y ss.
- BARONA VILAR, S., «Adopción de acuerdos por vía de equidad en el Régimen de Propiedad Horizontal», *Revista General de Derecho*, 1986, páginas 4891 a 4922.
- CALVO SÁNCHEZ, M.ª C., «El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Con el estudio de la reforma llevada a cabo por Ley 19/1986, de 14 de mayo», *Justicia*, 1986, pp. 863 y ss.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA, «El embargo de bienes gananciales», *ANALES. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.º 16, 1986, pp. 67 y ss.
- CERES, L., «El Procurador y el juicio de cognición», *Revista de Derecho Privado*, 1986, pp. 132 y ss.
- DE LA OLIVA, A., «El nuevo artículo 1.435 de la LEC y la liquidez de la cantidad que parezca adeudarse según contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación en escritura pública o póliza intervenida», *Revista de Derecho Procesal*, 1986, I, pp. 25 y ss.
- DÍAZ SABINA, M., «Recursos, costas y ejecución de sentencias en los procesos matrimoniales», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, pp. 1655 y ss.
- , «El procedimiento de divorcio contradictorio», *Revista de Derecho Procesal*, 1986, III, pp. 539 y ss.
- , «El procedimiento de divorcio consensuado», *Revista de Derecho Procesal*, 1986, II, pp. 327 y ss.
- , «Cuestiones generales del proceso de divorcio», *Justicia*, 1986, pp. 991 y ss.
- DIBGO DÍEZ, L. A. DE, «El Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales», *Justicia*, 1986, pp. 639 y ss.
- , «Reflexiones acerca de la rebeldía en el proceso de cognición», *La Ley*, 1986, I, pp. 1148 y ss.
- , «La revisión ante los Tribunales Superiores de Justicia», *La Ley*, 1986, 4, pp. 1164 y ss.

- FAIRÉN GUILLÉN, V., «Terminación anormal o extraordinaria del proceso civil», *Revista de Derecho Procesal*, 1986, III, pp. 455 y ss.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., «Los mandamientos judiciales y el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, pp. 1173 y ss.
- GIL MARTÍN, M., «Normas generales sobre los recursos de reposición y apelación», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1986, pp. 3 y ss.
- GONZÁLEZ ALEGRE, B., «La casación civil a la vista de la Reforma vigente a la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Actualidad Civil*, 1986, 1, pp. 361 y ss., y 441 y ss.
- JORDÁN, M.ª L., «Efectos de las sentencias matrimoniales. La cosa juzgada», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, pp. 337 a 359.
- LÓPEZ ALARCÓN, M., «Incidencia de la reforma procesal en el régimen jurídico de los procesos matrimoniales», *La Ley*, 1986, 1, pp. 1099 y ss.
- LORCA NAVARRETE, A. M., «La obligación de litigar unidos y bajo una sola dirección letrada: el art. 531 LEC», *La Ley*, 1986, 4, pp. 1002 y ss.
- , «Reflexiones sobre la disposición adicional cuarta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio», *Revista de Derecho Privado*, 1986, pp. 3 y ss.
- , «Una aportación importante y nueva: los conceptos de competencia objetiva y funcional del artículo 533, 1, de la LEC», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, 6, pp. 59 a 63.
- , «Anotaciones sobre la constitucionalidad de los procedimientos ejecutivos hipotecarios», *Revista de Derecho Procesal*, 1986, I, pp. 55 y ss.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, M., «Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales», *Justicia*, 1986, pp. 845 y ss.
- LLEDO YAGÜE, F., «Las pruebas biológicas en los procesos de paternidad», *La Ley*, 1986, 1, pp. 1074 y ss.
- MATEO DÍAZ, J., «El internamiento de los enfermos o deficientes psíquicos», *Actualidad Civil*, 1986, 1, pp. 1761 y ss.
- MONTÓN REDONDO, A., «Líneas generales de la nueva normativa procesal en materia de patentes y modelos de utilidad», *La Ley*, 1986, 4, pp. 1105 y ss.
- , «Líneas generales y principios del futuro proceso concursal», *Justicia*, 1986, pp. 293 y ss.
- MORALES MORENO, A. M., «Abuso de derecho y estado de necesidad como posibles límites al interdicto de recuperar la posesión», *Poder Judicial*, 2, 1986, pp. 97 a 107.
- MORENO CATENA, V., «Algunos problemas del juicio ejecutivo cambiario», *Documentación Jurídica*, 1986, n. 49-50, pp. 133 a 157.
- MUÑOZ SABATÉ, L., «Nueve reglas de presunción y carga de la prueba en la Ley cambiaria y del cheque», *La Ley*, 1986-2, pp. 982 y ss.
- , «El levantamiento condicional del embargo en el proceso ejecutivo cambiario», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, pp. 323 a 337.
- MUÑOZ XANCO, J., «La fungibilidad de la condena judicial a dividir la cosa común», *La Ley*, 1986, 3, pp. 885 y ss.

- O'CALLAGHAM MUÑOZ, X., «La incapacidad», *Actualidad Civil*, 1986, 1, páginas 1 y ss.
- OLIVA SANTOS, A. DE LA, «Novedades en el juicio ejecutivo de letras de cambio», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXVII, pp. 63 y ss.
- ORTIBELLS RAMOS, M., «El proceso sobre la capacidad de la persona: notas para su estudio», *La Ley*, 1986-2, pp. 1049 y ss.
- ORTIZ NAVACERRADA, S., «Error de hecho y casación civil», *Actualidad Civil*, 1986, 2, pp. 3333 y ss.
- ORTIZ NAVACERRADA, S., «La reforma del art. 131 de la Ley Hipotecaria por Ley 19/1986, de 14 de mayo», *Actualidad Administrativa*, 1986, 1, pp. 1817 y ss.
- PARDO CASTILLO, M., «Incompetencias de jurisdicción en el procedimiento de la Ley Orgánica 1/82 sobre protección civil del honor», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1986, 6, pp. 63 a 67.
- PECES MORATE, J. E., «Problemática del internamiento judicial de enfermos psiquiátricos», *Actualidad Civil*, 1986, 2, pp. 2429 y ss.
- PÉREZ VALENZUELA, J., «La excepción procesal cambiaria de la falta de legitimación activa», *Revista General de Derecho*, 1986, pp. 4469 a 4486.
- PIÑAR DÍAZ, M., «Algunas conclusiones prácticas sobre la petición y condena a otorgar escritura», *La Ley*, 1986-2, pp. 1213 y ss.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Algunas notas con ocasión de la ponencia del Dr. De la Cámara: El embargo de bienes gananciales», *ANALES, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n.º 16, 1986, pp. 139 y ss.
- PUEBLA POVEDANO, A., «La comparecencia en el juicio de menor cuantía», *Actualidad Civil*, 1986, 1, pp. 929 y ss.
- REGLERO CAMPOS, L. F., «El juicio ejecutivo de la Ley del Automóvil: la culpa exclusiva de la víctima como causa de oposición al ejecutante», *Poder Judicial*, 4, 1986, pp. 127 a 135.
- ROMERO COLOMA, M. A., «Aspectos sustantivos y procesales de la nulidad, separación y divorcio (según la Ley de 7 de julio de 1981)», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1986, pp. 505 y ss.
- RUANO ESPINA, L., «El desistimiento de la interrupción de la prescripción extintiva por el ejercicio de la acción ante los Tribunales», *La Ley*, 1986, pp. 866 y ss.
- RUIZ VADILLO, E., «La reforma de la LEC: el proceso de menor cuantía. La transacción. El arbitraje», *Revista de Derecho de la Circulación*, 1986, 4, pp. 179 a 186.
- SELVA SÁNCHEZ, L. M., «La posición del rematante en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, pp. 1411 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.
- VÁZQUEZ-SOTELO, J. L., «Acumulación de autos: excepción a la *vis atractiva* del juicio universal (art. 166 LEC)», *La Ley*, 1986-2, pp. 146 y ss.
- , «El pacto sobre costas y el nuevo artículo 523 de la LEC», *La Ley*, 1986-2, pp. 1017 y ss.
- VELASCO DE LA FUENTE, M., «Algunas consideraciones sobre la condena en

- costas después de la ley 34/1984, de reforma del enjuiciamiento civil», *Revista de Derecho Privado*, 1986, pp. 340 y ss.
- VILLAGÓMBEZ, A., «Procedimientos judiciales en los supuestos de extravío, sustracción o destrucción de letras de cambio, pagarés y cheques», *La Ley*, 1986, pp. 1043 y ss.

B) Extranjero

- BECKERT, R., «Prüfungspflichten und Entscheidungen des Gerichts im Eröffnungsverfahren», *Neue Justiz*, 1986, pp. 13 y ss.
- BIAVATI, P., «Tecniche di tutela del terzo nei procedimenti cautelari (Spunti di diritto comparato, con particolare riferimento al processo francese e tedesco)», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 37 y ss.
- BONFATTI, S., «Procedure concorsuali minori e prededuzione», *Giurisprudenza Commerciale*, 1986, I, pp. 857 y ss.
- , «Aspetti della formazione del passivo nel progetto di nuova legge fallimentare», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 150 y ss.
- BRACHMANN, R., y WÜNSCHE, K., «Gerichtsweg und Eingabeweg beim Rechtsschutz im Zivil-, Familien- und Arbeitsrecht», *Neue Justiz*, 1986, pp. 231 y ss.
- BRAUN, «Rechtskraft und Rechtskraftbeschränkung im Zivilprozeß», *Juristische Schulung*, 1986, pp. 364 y ss.
- BUSETTO, G., «Le procedure stragiudiziali nella legge n. 203 del 1982», *Rivista di Diritto Agrario*, 1986, pp. 112 y ss.
- CAPPIZZANO, E., «Aspetti sostanziale e procedimenti della disciplina dell'indempimento in materia di contratti agrari», *Rivista di Diritto Agrario*, 1986, pp. 367 y ss.
- CAPOTOSTI, P. A., «Impropionibilità, improcedibilità della domanda ed art. 24 della Costituzione», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, pp. 1300 y ss.
- CAPPONI, B., «Intervento nell'espropriazione forzata ed interruzione della prescrizione», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 676 y ss.
- CARRATA, N., «Esecuzione spontanea di condanna esecutiva a fase infungibili, riserva di revoca e riforma della sentenza», *Il Foro Italiano*, 1986, I, pp. 1014 y ss.
- CECCARELLI, E., «Gestione patrimoniale del malato di mente e interventi del giudice tutelare», *Questione Giustizia*, 1986, 3, pp. 598 a 607.
- COCCHI, V., «In tema di sentenze i rigetto per difetto di interesse ad agire», *Il Foro Italiano*, 1986, I, pp. 1383 y ss.
- CONSTANTINO, G., «La riforma delle locazioni commerciali. Profili processuali», *Il Foro Italiano*, 1986, V, pp. 105 y ss.
- , «La riforma della giustizia civile. Note sulle tecniche di attuazione e suoi possibili obiettivi», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 336 y ss.
- CULLERON, M., «Revendication des meubles vendus ou volés et protection possessoire», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1986, pp. 504 a 524.
- CHIARLONI, S., «Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 819 y ss.

- DELPÉRÉS, F.**, «La Cour d'arbitrage e il controllo di costituzionalità», *Quaderni Costituzionali*, 1986, pp. 415 y ss.
- DEMHRTER, J.**, «Wiedereinsetzung durch Beschluß bei Versäumung der Einspruchsfrist», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, II, pp. 2754 y ss.
- DIEDERICHSEN, U.**, «Änderungen des Verfahrensrechts nach dem Unterhaltsrechtsänderungsgesetz», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, I, pp. 1462 y ss.
- DI GRAVIO, D.**, «I poteri del liquidatore giudiziario nel concordato fallimentare», *Il Diritto Fallimentare*, 1986, pp. 939 a 941.
- DRISCHLER, K.**, «Neuerungen zum Vollstreckungsschutz in dem Verfahren der Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, II, pp. 1853 y ss.
- FAZZALARI, E.**, «La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 430 y ss.
- FERRONI, F.**, «Mutatio ed emendatio libelli nel processo civile di rito ordinario e di rito del lavoro», *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 89 y ss.
- FRISINA, P.**, «La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 972 y ss.
- FRUS, G.**, «La cassazione senza rinvio dal 1865 al 1942», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 873 y ss.
- GARBAGNATI, E.**, «Accertamento del passivo fallimentare e crediti da lavoro», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 20 y ss.
- GÁSPÁRDY, L.**, «Presente e futuro del processo di cognizione in Ungheria», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 544 y ss.
- GATTO, P.**, «Ordinanza di rilascio ed estinzione del giudizio di merito», *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 365 y ss.
- GERMANÓ, F.**, «Sul rapporto fra diritto sostanziale e diritto agrario processuale», *Rivista di Diritto Agrario*, 1986, pp. 492 y ss.
- GHERRO, S.**, «La giurisdizione sul matrimonio concordatario: ragionamento assurdi e deduzione logiche», *Iustitia*, 1986, 1, pp. 13 y ss.
- HÄSEMAYER, L.**, «Endgültige Zuweisung des Vollstreckungsschadens durch einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, I, pp. 1028 y ss.
- HEISE, D.**, «Nochmals: Anforderungen an Strafverfahren wegen Wirtschaftsschädigung», *Neue Justiz*, 1986, pp. 201 y ss.
- JAGENBURG, W.**, «Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrecht im Jahre 1985: BGB-Vertrag und Verfahrensfragen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, II, pp. 3179 y ss.
- JANKE, G.**, «Abänderung gerichtlicher Entscheidungen und Unzulässigkeitsklärung der Vollstreckung», *Neue Justiz*, 1986, pp. 13 y ss.
- JEANTET, F. Ch.**, «La défense dans les procédures répressives du droit de la concurrence», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1986, pp. 53 y ss.
- KHOL, A.**, «Réformes récentes de la procédure civile en Allemagne fédérale et en Autriche», *Reveu Droit International et Droit Comparé*, 1986, pp. 27 y ss.
- KITTNER, A.**, «Streithilfe und Streitverkündung», *Juristische Schulung*, 1986, pp. 131 y ss., y 624 y ss.

- KNACKE, J.**, «Der Streitwert im Beweissicherungsverfahren», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, 3, pp. 36 y ss.
- KOLLER, A.**, «Der Gehörsanspruchs im erstinstanzlichen Zivilprozeß; verfassungsrechtliche Minimalanforderungen», *Zeitschrift für schwerisches Recht*, 1986, I, pp. 229 y ss.
- KRINGS, M. J. E.**, «Le défaut e l'opposition - Notion - Technique de prévention du défaut - Les effets du défaut de l'opposition - Appréciation d'ensemble», *Revue Droit International et Droit Comparé*, 1986, pp. 209 y ss.
- LA CHINA, S.**, «Le nullità nei procedimenti arbitrali», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 308 y ss.
- LEME MACHADO, P. A.**, «Responsabilidade civil - Dano ecologico - Processo civil dos poldiores», *Iustitia*, 1986, n. 135, pp. 63 a 73.
- LINDACHER, H.**, «Die Streitgenossenschaft», *Juristische Schulung*, 1986, pp. 379 y ss., y pp. 540 y ss.
- LUISSO, F. P.**, «Novità della S.C. sulla legittimazione del terzo detentore all'opposizione ex art. 615 nell'esecuzione per consegna e rilascio», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 965 y ss.
- , «Considerazioni sul proceso agrario», *Rivista di Diritto Agrario*, 1986, pp. 403 y ss.
- MAGISTRATURA DEMOCRATICA**, «Testo provvisorio di una proposta di riforme urgenti del Codice di procedura civile», *Questione Giustizia*, 1986, 4, páginas 983 a 1005.
- , «Proposte per una anticipazione di istituti del nuovo processo penale», *Questione Giustizia*, 1986, 4, pp. 1005 a 1013.
- MARQUES, L. G.**, «A causa petendi no processo civil», *Iustitia*, 1986, n. 135, pp. 9 a 13.
- MENGOZZI, P.**, «Sovranità dello Stato, ordine pubblico come limite al riconoscimento di sentenze canoniche di nullità matrimoniale e l'accordo del 18 febbraio 1984 di modificazione del Concordato lateranense», *Iustitia*, 1986, 3, pp. 211 y ss.
- MERLIN, E.**, «Condanna generica e opposizione del convenuto alla liquidazione del quantum in separato giudizio», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 207 y ss.
- MICHEL, H.**, «Der Prozeßvergleich in der Praxis», *Juristische Schulung*, 1986, pp. 41 y ss.
- MONTANARI, M.**, «L'efficacia delle sentenze non definitive su questioni preliminari di merito», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 392 y ss., y 834 y ss.
- MONTEDORO, G.**, «La legalità sostanziale del controllo giudiziario delle delibere societarie», *Giustizia Civile*, 1986, II, pp. 461 y ss.
- MONTESANO, L.**, «Sull'efficacia, sulla revoca e suoi sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudice civili», *Rivista di Diritto Civile*, 1986, 1, pp. 591 y ss.
- NARDI, D.**, «Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in tema di impugnabilità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione», *Il Diritto di Famiglia e delle Persona*, 1986, pp. 1243 y 1267.
- ORBENIGO, M.**, «In tema di notifica alle persone giuridiche ai sensi dell'art. 140 c.p.c.», *Il Foro Italiano*, 1986, I, pp. 1591 y ss.

- PATULSKI, P., «Rechtsprechung der polnische Familiengerichte in Unterhaltsverfahren», *Neue Justiz*, 1986, pp. 236 y ss.
- PEPINO, L., «Regole e paradossi del processo penale minorile», *Questione Giustizia*, 1986, 2, pp. 400 a 424.
- FERROT, R., «Il procedimento per ingiunzione (Studio di diritto comparato)», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 715 y ss.
- PROTO PISANI, A., «In tema di giudicato interno, giudicato esterno e preclusione», *Il Foro Italiano*, 1986, pp. 3009 y ss.
- PUNZI, C., «Il matrimonio concordatario: profili procesual-civilistici della nuova disciplina», *Iustitia*, 1986, 3, pp. 191 y ss.
- QUADRI, E., «Conferme, ripensamenti, e novità in tema di delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche», *Il Foro Italiano*, 1986, I, pp. 397 y ss.
- RAPISARDA, C., «Tutela preventiva, inhibitoria cautelare ex art. 700 c.p.c. ed inhibitoria finale», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 138 y ss.
- RAUSCHER, «§ 606 b Nr. 1 ZPO, Folgen einer unterbliebenen Nichtigerklärung», *Juristische Schulung*, 1986, pp. 319 y ss.
- RICCI, E. F., «Disciplina dell'arbitrato e riforme dell'ordinario processo civile», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 913 y ss.
- RIVOLTA, G. C. M., «Azienda e processo esecutivo», *Rivista di Diritto Civili*, 1986, I, pp. 205 y ss.
- RONCO, A., «Riflessioni sulla disciplina processuale e sull'efficacia probatoria delle scritture provenienti da terzi», *Rivista di Diritto Civili*, 1986, 2, pp. 545 y ss.
- SALETTI, A., «I progetti di riforma del processo esecutivo (1866-1935)», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 768 y ss.
- SAMORI, G., «Misure urgenti e provvedimenti cautelari del giudice delegato al fallimento», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 69 y ss.
- SCAGLIONE, A., «Notificazione dell'impugnazione per gli interessi civili e principi costituzionali», *Il Foro Italiano*, 1986, I, pp. 2388 y ss.
- SCHNEIDER, E., «Die Ausschaltung des § 139 ZPO», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, I, pp. 971 y ss.
- SCHNEIDER, E., «Zur Reform des Verfahrens auf Abgabe der eindestaatlichen Versicherung im Zwangsvollstreckungsverfahren (§§ 807, 900, 903 ZPO)», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 416 y ss.
- SCHUSTER, L., «Zusammenwirken von Gericht und Prozeßparteien bei der Feststellung des Sachverhalts im Zivilprozeß», *Neue Justiz*, 1986, pp. 110 y ss.
- SERGIO, G., «Rottura dell'unità familiare e tutela giuridica dei figli minori: competenza e procedura», *Questione Giustizia*, 1986, 2, pp. 393 a 400.
- STORME, M., «L'astreinte nel diritto belga: sei anni applicazione», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 602 y ss.
- , «La tierce decision obligatoire ou l'avis obligatoire comme moyen de prevention des litiges. Un étude comparative des limites entre le droit des contrats et le droit de la procédure», *Revue Droit International et Droit Comparé*, 1985, pp. 385 y ss.

- STÜRNBER, «Die Kontrolle zivilprozessualer Verfahrensfehler durch das Bundesverfassungsgericht», *Juristische Schulung*, 1986, pp. 526 y ss.
- , «Di Stellung des Anwalts im Zivilprozeß», *Juristische Schulung*, 1986, páginas 1089 y ss.
- TARUFFO, M., «Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, pp. 1133 y ss.
- TARZIA, G., «Rimedi procesuali contro i provvedimenti d'urgenza», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 35 y ss.
- TROFF, K. F., «Anpassung der Wertgrenze bei der Zulassungsrevision in Zivilsachen», *Deutsche Richterzeitung*, 1986, pp. 92 y ss.
- VICENZINI, E., «Il sequestro conservativo di nave nel progetto di convenzione della Conferenza di Lisboa del C.M.I. (maggio 1985)», *Rivista di Diritto Processuale*, 1986, pp. 176 y ss.
- WALTER, «Ehrenschutz gegenüber Parteivorbringen im Zivilprozeß», *Juristische Schulung*, 1986, pp. 614 y ss.
- , «Die Änderungen des familiengerichtlichen Verfahrensrechts durch das VÄndG», *Juristische Schulung*, 1986, pp. 360 y ss.
- WEBER-GRELLET, H., «Verlust der Prozeßfähigkeit einer durch einen Prozeßbevollmächtigten vertretenen GmbH Während des Prozesses», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, pp. 2559 y ss.
- WINKLER v. MOHRENFELDS, P., «Zur Verfassungswidrigkeit des § 606 b Nr. 1 ZPO», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, I, pp. 639 y ss.

Arturo ÁLVAREZ ALARCÓN