

JUSTICIA 89

NUMERO I

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

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.

© 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

INDICE

CRONICA DE UNA SENTENCIA ANUNCIADA	5
EN ESTRADOS	
<i>Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la ley de 28 de diciembre de 1988</i> por Víctor Fairén Guillén	7
AUDIENCIA PUBLICA	
<i>Reflexiones sobre el proceso inútil</i> por Carmen Samanes Ara y María Rosa Gutiérrez Sanz	35
DACIONES DE CUENTA	
<i>Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1.428 LEC</i> por Manuel Ortells Ramos	43
<i>La ausencia de prueba del derecho extranjero</i> por Mariano Aguilar Benitez de Lugo	73
<i>La competencia residual del orden jurisdiccional civil. Riesgo y ventura</i> por Pedro Luis Serrera Contreras	141
DESPACHO ORDINARIO	
<i>Jurisprudencia procesal internacional</i> por Silvia Barona Vilar y Carlos Esplugues Mota	155
COMISIONES ROGATORIAS	
<i>Proceso e ideología en el proceso brasileño actual</i> por Carlos-Alberto Alvaro de Oliveira	191
PARA MEJOR PROVEER	
<i>Reseña legislativa procesal (Del 1-XI-1987 al 30-X-1988). Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional/Reforma del Recurso de Casación penal</i> por Manuel Lozano-Higuero	199
EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS	241
TERMINOS PERENTORIOS	247
APUNTAMIENTOS	249

Crónica de una sentencia anunciada

La faena estaba cantada: *certus an, incertus quando*. Pero la apuesta era segura, tras veintiún años de clamor doctrinal mayoritario. No mucho más que un pleito, la verdad, máxime siendo un pleito de Estado. Y finalmente el plazo se cumplió: El Tribunal Constitucional desautorizó los procesos penales estadísticamente más frecuentes en vigor desde 1967, o, al menos, así fue entendido inmediatamente el mensaje de la STC 145/1988, de 12 de julio.

Porque, todo hay que decirlo, la lección del TC es sólo un apunte sutil, de alta escuela diplomática, precedido, eso sí, de un aviso no hace mucho tiempo. Pero a buenos entendedores pocas palabras. Y si no basta ver como todo el mundo se ha puesto a correr, a moverse, a agitarse para dar sensación de eficacia, a hacer declaraciones...

Asusta pensar que el propio cuerpo judicial se haya tenido que afanar para improvisar paños calientes y evitar el colapso del sistema. Vamos, que ha tenido que suplir la indolencia del legislador, iniciando una andadura que desborda el ámbito de sus funciones estrictas. Mucho más precaria todavía ha sido la solución legislativa de la LO 7/1988, que no superaría la libre competencia de unas rebajas de mercadillo. Si a ello se añade la modificación de la LOPJ, y la presentación en sociedad con retraso y con plazos, pero apresuradamente, de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, se tiene la sensación de que nos hallamos simplemente en el alto de un andamio, mal apuntalado, que puede venirse abajo en cualquier momento. Ningún ciudadano sensato puede bendecir las chapuzas que se vienen prodigando contra la Administración de Justicia. Seguramente lo medita cada día cuando reza el *sed liberanos a malo*, aferrándose a sus garantías constitucionales.

Francisco Ramos

**LAS CONFORMIDADES DEL SUJETO PASIVO
EN EL PROCEDIMIENTO DE LA LEY
DE 28 DE DICIEMBRE DE 1988 ***

Víctor FAIRÉN GUILLÉN
Catedrático jubilado de Derecho Procesal
Profesor Emérito
de la Universidad Autónoma de Madrid

La Ley de Reforma del Proceso penal español y de creación de un «nuevo» procedimiento para delitos de pequeña entidad, calculada según el defectuoso de la pena a imponer,¹ ha tocado también el proble-

* Siglas:

BCAM	= <i>Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.</i>
CE	= Constitución Española de 1978.
CGPJ	= Consejo General del Poder Judicial.
EstMF	= Estatuto del Ministerio Fiscal.
LECrim.	= Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOPJ	= Ley Orgánica del Poder Judicial.
RDPrIber.	= <i>Revista de Derecho Procesal Iberoamericana</i> (Madrid).
RDPr.	= <i>Revista de Derecho Procesal</i> (Madrid).
Riv.Dir.Proc.	= <i>Rivista di Diritto Processuale</i> (Italia).
TEDH	= Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. Este criterio, aplicado ya en la Ley de 8 de abril de 1967, lo diputamos erróneo los profesores de Derecho Procesal, en nuestra reunión de Valladolid (8-10 de mayo de 1967). Firmamos las Conclusiones, que fueron remitidas al Ministerio, sin efecto alguno, los Profesores, Catedráticos SERRANO SUÁREZ (Oviedo), GÓMEZ ORBANEJA (Valladolid), PRIETO-CASTRO (Madrid), GUTIÉRREZ-ALVIZ (Sevilla), FAIRÉN GUILLÉN (Valencia), HERCE QUEMADA (Zaragoza), MIGUEL ALONSO (Salamanca), CARRERAS LLANSANA (Pamplona) y MORÓN PALOMINO. Actuó de Secretario de la Reunión y firmó las Conclusiones el Prof. Adjunto D. Federico SAINZ DE ROBLES. (Todo ello se publicó en la *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1967-IV, esp. pp. 10 y 11.)

ma de las «conformidades» del sujeto pasivo, con los hechos que por las partes contrarias se aleguen o bien con la mayor pena que contra él se solicite. De todo hay.

La Ley parece influida por el criterio del *plea bargaining*² del derecho anglosajón, o negocio sobre la pena entre el Fiscal y el sujeto pasivo a fin de que se le imponga la menor posible, el cual se debe combinar, en más alto nivel, con el principio procesal penal de la oportunidad³ de la persecución, dejada un tanto en las manos del propio Fiscal, lo que, por ahora y en España, parece aventurado.⁴

De la obra que tengo en preparación sobre esta reforma procesal he extraído, para su publicación en esta Revista, un pequeño fragmento, el cual, por la novedad que su contenido le confiere, puede ser de interés general para los estudiosos del proceso.⁵

Tres son los momentos del procedimiento en los cuales se abre la posibilidad del sujeto pasivo —no digo aún del acusado; no avanzo ideas, dado el cariz de la Ley— de llegar a un acuerdo con la parte o partes opuestas sobre la pena que se le pueda imponer, dentro de los límites que, si en la misma Ley están defectuosamente expresados, sin embargo aparecen claros en la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 655 y 688 y ss., a los que debemos remitirnos en todo caso,

2. Originariamente, es la renuncia del querrelado a su derecho a ser llevado ante el Tribunal —*trial*— en juicio, contra una reducción de la pena. Responde, pues, a una complejidad en el mecanismo de la «conformidad», ya que se fija de acuerdo con la contraprestación; petición de menor pena. El *negocio —bargain—* aparece claro.

Cf., por ejemplo, Milton HEUMANN, *Plea bargaining. The experiences of Prosecutors, Judges and Defense Attorneys*, ed. University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1978, esp. pp. 5 y ss., y 92 y ss. En las pp. 99 y ss. trae esta obra una serie de enseñanzas del *bargaining* para fiscales principiantes.

3. Cf. ahora, y en relación con la campaña en favor de la introducción del principio de oportunidad en el ordenamiento penal español, p. ej., HASSEMER, *La persecución penal: legalidad y oportunidades*, en *Jueces para la Democracia*, 1988-4 (septiembre), pp. 8 y ss.

Cf. también las intervenciones (en el I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. *La crisis de la Justicia y Reformas procesales*, 20 al 22 de enero de 1988, en *Tapia*, septiembre de 1988) de los profesores GIMENO SENDRA (pp. 69 y ss.) y LOZANO HIGUERO (p. 68); en cuanto al principio de oportunidad, también en dicho Congreso, GIMENO SENDRA, *Tapia*, p. 57.

4. Por tratarse de una institución de organización rigurosamente jerarquizada bajo su cúspide, y no ser esta misma independiente del Ejecutivo. Cf. mi trabajo *El Ministerio Fiscal en la Reforma procesal de 1988*, en *Tapia* (en prensa, 1988).

5. Cf. mi obra en preparación sobre la Reforma procesal española de 1988 y el procedimiento para delitos no graves.

por tratarse de las «normas comunes», de las «disposiciones generales» de la ley, a las cuales se debe acomodar en sus lagunas y vacíos el procedimiento fijado en el nuevo art. 780 y ss. introducidos por la Reforma.

Lo primero que llama la atención en la nueva Ley es el límite *ad quem* de las «conformidades»; ya que en realidad no hay otro que el de la aplicabilidad del «nuevo» procedimiento, y éste se extiende al «enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a la de prisión mayor», esto es, de doce años de privación de libertad; y el citado límite no se estatuye con claridad en su art. 793-3 —seis años— por las razones que veremos *infra*. En los otros dos casos, el texto legal ni siquiera hace mención de límite alguno.

Y comienzo el estudio de la «primera oportunidad» de conformarse, a tenor del momento procedimental previsto, un tanto vago.

1.º El art. 789-Quinta de la Ley —que pasa con este número a la LECrim.— dice así:

«Si el hecho constituyera delito cuyo conocimiento compete al Juez de lo Penal,⁶ el de Instrucción podrá, a instancia del Ministerio Fiscal y del imputado que, asistido de su Abogado haya reconocido los hechos que se le imputan, remitir las actuaciones al Juez de lo Penal, para que convoque inmediatamente a juicio oral al Fiscal y a las partes, quienes formularán en el mismo acto sus pretensiones, pudiendo dictar sentencia en el acto, de conformidad con el art. 794.»

Esta norma hace dudar en su oscuridad. ¿Se debe a una casualidad, en el mismo plano de otras oscuridades de la Ley? ¿O bien lleva *algo* en su interior, que el legislador no ha querido aclarar y puede darse después una interpretación más o menos auténtica, pero preconstituida sobre ella?

En tal norma pudiera verse, quizás, un procedimiento del tipo llamado «de los monitorios». Es tan grande el anhelo de verlos en España que, hasta a la muy desafortunada Ley de 10/11/80, se la ha llamado «la del monitorio», cuando no lo es.⁷

6. Esto es, el de los delitos castigados con pena no superior a seis años de privación de libertad (prisión menor), o con pena de multa, cualquiera que sea su cuantía, o con la privación del permiso de conducir, cualquiera que sea su duración, o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de seis años (art. 14 de la LECrim. en su redacción de la Ley de 28 de diciembre de 1988).

Y recordemos que el «nuevo» procedimiento —materiales nuevos y de arrastre de la Ley de 8/4/1967— «se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados

Mas no hay, en el art. 789-Quinta, datos suficientes para *crear* este tipo de procedimiento. Ni siquiera se trata de un «escrito formal de imputación» que fuera su base; ni se trata de «la imputación más grave» (ni menos grave; parecen ignorarse otras imputaciones que no sean las del Fiscal, con menosprecio de posibles actores populares, pese al art. 125 CE y 101 y ss. de la LECrim. Tómese buena nota de tal desigualdad). Sólo se habla de «reconocimiento de los hechos imputados», esto es, de un allanamiento a los hechos; ni se trata de una «conformidad con la calificación de la "imputación"» (lo que para algunos puritanos de la Constitución podrá ser inconstitucional), ni se indica nada sobre el contenido de la sentencia, ni se trata de una oposición a ella por la especial vía de los monitorios...

Ante semejante norma, aún no sé si constituye solamente una exhibición de logorrea, aunque temo que no, o bien si se trata de un muy oscurecido procedimiento *direttissimo* o «por decreto», o de unos *Strafbescheid* (¿Dónde está la orden judicial? ¿Sí, veo una sentencia...?) o incluso un *Strafförelägganden*⁸ (no veo los límites de la intervención del Fiscal ni del Juez, ni orden del primero o sentencia del segundo en caso de disconformidad, Kap. 48,S 3 RB); no se puede ni preopinar que se trate nada menos que de un nuevo tipo de procedimiento que se introduce en el Ordenamiento español de manera tan solapada e irrecognoscible...

Dejo, pues, aparte esta posibilidad, con protesta de trabajar sobre ella, si llegare a ver algo más claro en la norma cit. por este lado.

Y me pregunto ahora:

¿No se tratará de un *plea guilty* un tanto desdibujado con un *bargaining*⁹ —regateo, negociación— previo, esto es, un tanto oscurecido?

La norma me hace dudar de nuevo. Si se trata de una conformidad, no lo es con la acusación que, al parecer, no se ha formulado (ni se formulará), sino con una «imputación de hechos». Es nuevo en España

con pena privativa de libertad no superior a la de prisión mayor (doce años) o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración» (nuevo ar. 779, suprimida la antinomia que en el Proyecto se provocaba con el art. 14).

7. Cf., p. ej., SAINZ DE ROBLES, *Tiempo y ritmo de la Justicia*, en *Tapia*, cit., diciembre de 1988, p. 8, cols. 2.ª y 3.ª; arg. de PRIETO CASTRO, *Repaso de la legislación de la Justicia penal*, en *Tapia*, cit., p. 22, nota 3.

8. Este tipo de proceso —en el que el Fiscal sueco desempeña un papel relevante— se halla regulado en el Kap. 48 del *Rättegångsbalk*, Código procesal unitario de Suecia, 1942-1948.

9. Cf. la nota 2, *supra*, y los autores citados.

el prescindir de la «acusación formal» para admitir una conformidad del imputado. Si, indirectamente, se nos dice de la gravedad de tales hechos —ya que la competencia para conocer del juicio oral ha de ser la del Juez de lo Penal, y ésta la fija el nuevo art. 14-3.º en 6 años de privación de libertad o 6 años de otra pena—, en una redacción un tanto extraña, resulta ya el tal Juez el que ha de «convocar inmediatamente a juicio al Fiscal y a las partes para que oralmente formulen sus pretensiones». ¿De qué pretensiones se trata? No sabemos si la expresión se utiliza en sentido técnico-procesal o en el vulgar. Y no debe tratarse de la pretensión punitiva —y de la de defensa— sino de «pretensiones de disponer del Derecho penal y del proceso, mediante el llegar a un acuerdo de conformidad».

Y así aparecería la citada norma como fórmula de introducción en España de un *bargaining* y de una conformidad subsiguiente por acuerdo, en los límites competenciales de los Jueces de lo Penal. Y al *bargaining* ya se le veía venir, y le veremos mejor más tarde, en el artículo 793-3 y 4.

Pero aunque el *bargaining* sea una figura de origen jurisprudencial, aquí, en país de régimen legalista tras la Revolución Francesa, no se le debe admitir así, oscuramente, y con límites vacilantes, sin exposición clara de su técnica ni de sus posibilidades. Y en un país en el que hay un cierto ambiente —parcial, más en círculos bien colocados— en favor de un robustecimiento del MF, pero que no se fija bien en el riesgo de dependencia en que el MF español se halla con respecto al Ejecutivo,¹⁰ nos exponemos a que en ese *bargaining* —al que voy a continuar tratando aquí— se llegue a transacciones o acuerdos que envuelvan una disposición aún mayor del proceso y del Derecho Penal que las actuales «conformidades»,¹¹ con la agravante de que la intervención del Juez en todo ello puede haber sido tan sólo la de «remitir las actuaciones» en que casi no intervino, ya que fueron sólo del MF y de la Policía «al Juez de lo Penal», por parte del de Instrucción; y por aquél convocar inmediatamente a juicio oral al Fiscal y a las partes

10. Cf. mis trabajos sobre el Ministerio Fiscal español, y especialmente el citado en la nota 4, *supra*. Allí hay nota de los anteriores. De ellos puede ser muy útil el titulado *La reorganización del Ministerio Fiscal español*, en mis *Temas del Ordenamiento Procesal*, Madrid, Tecnos, I, 1969, esp. pp. 481 y ss.

11. Sobre estas figuras en la LECrim., cf., p. ej., ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El allanamiento en el proceso penal*, EJEJA, Buenos Aires, 1962, *passim*; FAIRÉN GULLÉN, *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español*, en *Temas*, cit., II, pp. 1199 y ss., *passim*.

para que oralmente formulen sus pretensiones y dictar sentencia. Un proceso de espaldas casi totalmente a la jurisdicción, que por ello no puede ser más inconstitucional, ni más atentatorio a la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8.

Y si, por obra y desgracia de la oscuridad o mala redacción del artículo 789-5.º que comento, resulta que éste lo que intenta es un juicio oral muy expedito —el ideal de «un proceso de tres o cuatro días»— aún cabe argumentar que es novísimo el que se acepte como prueba decisiva un reconocimiento de los hechos por el simplemente «imputado» y ni siquiera acusado; una especie de acuerdo sin garantías, y rematado por una sentencia posiblemente *in voce* con toda la celeridad y falta de garantías que envuelve tal tipo de resoluciones.

Diríase que todo está presidido por una manifestación del aforismo «El fin justifica los medios» y que podría rezar «Que renazca la paz, aunque sea sobre injusticias»; todo ello querido con la máxima buena voluntad y con no menor ingenuidad.

Y sigo con las «conformidades» que he abordado quizás a deshora.

El *plea guilty* es una figura inglesa por la cual, al declararse el supuesto autor plenamente culpable de un delito, evita que se continúe el proceso con su fase de *trial*, y con el deber de entrar, durante ella, en la prueba.

Era —y es— suficiente con la «confesión» efectuada ante el Tribunal, esto es, con la garantía de su espontaneidad.

Y tenían razón: la *confessio*, dado su carácter religioso, surtía efectos de prueba plena, sin posibilidad de contradecirla. Se terminaba un proceso en virtud de la declaración espontánea de *guilty*¹² contando con el antiguo e imprescindible juramento —*hic sunt leones*—. Y si el valor de tal «confesión» se hallaba en el juramento, está claro que debía servir para cualquier crimen o delito y para cualquier pena.¹³

De aquí que, actualmente, el Tribunal haya de llamar la atención de quien se declare *guilty* con exposición a una pena muy grave; o incluso que, pese a su declaración, el Presidente haga continuar el juicio.¹⁴

12. Cf., sobre esta figura, p. ej., la clásica obra de Celia HAMPTON, *Criminal Procedure*, 3.ª ed., ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1982, esp. pp. 184 y ss. y 246. Las figuras del *bargaining* y del *plea guilty* están relacionadas; y la última, en Inglaterra, no deja de ser criticada (cf. *op. cit.*, esp. pp. 184 y ss.).

13. Incluso se aplicaba a los casos de petición de pena de muerte; mas sólo podía admitirse con la aprobación de la *High Court* (cf. *jurisp.* en HAMPTON, *op. cit.*, p. 186).

14. Cf. la nota anterior. Y *jurisp.* en HAMPTON, p. 186.

Mas en España y en la actualidad, en donde la Ley no admite el juramento (art. 387 LECrim.) y por lo tanto, y pese al error terminológico legal, no existe la confesión, sino el simple interrogatorio del imputado o del acusado, de valor a apreciar según conciencia del tribunal (art. 741) formada según las reglas de la sana crítica (arg. en art. 717 y 297 LECrim.),¹⁵ esta figura no puede basarse en el valor de la *confessio*; y menos aún en cuanto que sólo se da cuando la pena mayor solicitada no exceda de seis años de privación de libertad; más que confesión, la base de las «conformidades» es un allanamiento,¹⁶ *negocial*,¹⁷ con disposición del proceso, que queda acortado, y aún del Derecho penal que podría ser aplicable en virtud de una acusación (o calificación) definitiva.¹⁸ Fundamentalmente, tal actividad *negocial* tiene por objetivo «evitar un mal peor» que podría derivarse de la práctica de la prueba en el juicio oral y posterior calificación acusadora.¹⁹

Y podría verse que en la Constitución, con el anhelo de concentrar en pocas palabras un gran número de «derechos» procesales en su art. 24, allí se halla una mala alusión al *plea guilty* tan pacíficamente tratado en la LECrim. (el «derecho a no confesarse culpable»). Pero, de un lado, la confesión —basada en el juramento decisorio, naturalmente— no existe en la LECrim., que solamente prevé una exhortación

15. Cf. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El allanamiento*, cit., pp. 119 y ss. Sobre la aplicabilidad de las «reglas de la sana crítica» como *Erfahrungssätze* que son, en lo penal, y como complemento al art. 741 LECrim., por intermedio del 717 y otros, cf. mis trabajos *Notas sobre el valor de la jurisprudencia (En el Título Preliminar del Código civil)*, en mis *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, EDERSA, t. II, 1984, esp. pp. 90 y ss.; *Algunas notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en *RDPriber.*, Madrid, 1976-IV, esp. § 17, pp. 816 y ss.; como reglas de humanización del proceso las «de la sana crítica», mi trabajo *La humanización del proceso: lenguaje, formas, contacto entre los Jueces y las partes —desde Finlandia hasta Grecia—*, Ponencia general al VI Congreso Internacional de Derecho Procesal, *Towards a Justice with human face* (Gante, 1977), Actas, ed. Kluwer, Amberes-Deventer, 1978, especialmente pp. 207 y ss.; también, *El procedimiento de condena por delitos graves*, Ponencia General a las VI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Valencia-Venezuela, 1978), Valencia Carabobó, 1978, esp. pp. 167 y ss.; *Bases, principios o máximas para un proyectado Código-tipo de Derecho procesal penal en países iberoamericanos*, en *BCAM*, 1988 (en prensa).

16. Cf. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El allanamiento*, cit., pp. 119 y ss. También el art. 789-Quinta de la Ley de 28 de diciembre de 1988.

17. Cf. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1935, § 27; *Teoría general del proceso*, Barcelona, Labor, 1936, págs. 14 y ss.

18. Cf. mi trabajo *La disponibilidad*, cit. arg. pp. 1234 y ss.

19. Cf. este argumento en ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El allanamiento*, cit., esp. pp. 158 y ss.; mi trabajo *La disponibilidad*, cit., pp. 1221 y ss.

del Juez instructor al declarante a que «diga verdad» (art. 387);²⁰ y de otro, la frase que me ocupa se halla en medio de una serie de «Derechos Fundamentales» enunciados con bastante desorden,²¹ pero que responden en su inspiración a las relaciones de Derechos Fundamentales de tipo procesal expuestas en el Tratado de Roma, de 1950, artículos 5 y 6, y en el de Nueva York de 1966, arts. 9, 10 y 14 —fuentes del Derecho español, art. 10-2 CE— y aún en la Constitución de EE.UU. que —avatares de la Historia— tras décadas de verse *bafouée*, ahora se coloca, por bastante gente, casi en altares... Ese «confesarse culpable» puede arrastrar algún vestigio anti-inquisitivo —contra la *confessio, regina probatorum* y su corolario, la tortura— que si es admisible en un historiador, no lo es en ningún constituyente de 1978; más entiendo que, fuera de tal cosa, de lo que se trata es, sencillamente, de una mala traducción de *algo* que se refiere al llamado «privilegio contra la auto-acusación» de la V Enmienda a la Constitución cit. de EE.UU. —pero no exclusivo de tal norma ni mucho menos, y de origen mucho más antiguo.²² Y excluyo que se tratase de una admisión

20. No estoy de acuerdo con GÓMEZ DEL CASTILLO [*El comportamiento procesal del imputado (silencio y falsedad)*, Barcelona, Bosch, 1979, pp. 96 y ss., y esp. p. 99] que, a mi entender, no valora bien el «juramento», que sigue siendo un residuo de tipo religioso en el proceso, quíerese o no.

21. El art. 24-2 de la Constitución española de 1978 dice, en relación con los Derechos Fundamentales procesales que me ocupan aquí: «Asimismo, todos tienen derecho 1) al Juez ordinario predeterminado por la Ley, 2) a la defensa, 3) y a la asistencia de letrado, 4) a ser informado de la acusación formulada contra ellos, 5) a un proceso público, 6) sin dilaciones indebidas, 7) y con todas las garantías, 8) a utilizar los medios de prueba 9) pertinentes para su defensa, 10) a no declarar contra sí mismos, 11) a no confesarse culpables y 12) a la presunción de inocencia.»

Si tenemos en cuenta que también se reconoce el derecho a no ser sometido a tortura (1) ni a penas (2) o tratos inhumanos o degradantes (3), a límites en la detención (4), al *habeas corpus* (5), etc., en los arts. 15 y 17, se ve que no hay un buen orden de tales derechos desde el punto de vista del proceso.

Pero véanse las Convenciones de Roma de 1950 y de Nueva York de 1966, y se apreciará el parentesco de nuestro texto de 1978.

El «no confesarse culpable» se halla en la serie de derechos que ambas enuncian seguidos.

22. Cf., p. ej., OSAKWE, *The Bill of Rights for the criminal defendant in American Law* (en la obra colectiva dirigida por J. A. ANDREWS, *Human Rights in Criminal Procedure. A comparative Study*, Martinus Nijhoff Publ., La Haya, Boston, Londres, 1982, esp. pp. 259 y ss.); Leonard H. LEIGH, *The protection of the Rights of the accused in pre-trial procedure: England and Wales*, en la misma obra, esp. pp. 31 y ss.; PUGLIESE, *Appunti per una Storia della protezione dei Diritti Umani*, Ponencia General al X Congresso Internazionale di Diritto Processuale, Bolonia, 1988, imp. prov. pp. 27 y ss., *passim*; FAIRÉN GUILLÉN, *Los recursos de greuges, Firmas de Derecho y Manifestación de personas, el writ de habeas*

de las «confesiones» que pueden ser usadas en un negociar sobre la pena, en el *bargaining*.²³

En España se matizó la figura del *plea guilty* inglés aún más de lo que allí la práctica lo había ya hecho,²⁴ siempre en el sentido de hacerle operar *pro reo*, llevándolo al extremo de que el Tribunal no solamente se vea sujeto a condenar —si en la conformidad concurren todos sus elementos legales, naturalmente— a la pena «conformada», sino también que pueda imponer una menor y aun absolver.²⁵

(Se ha dicho que la «confesión» del art. 655 LECrim. y de los artículos 688 y ss. sería inconstitucional, por ir contra el cit. art. 24-2; con una fuerte dosis de intención podría llegarse a tal conclusión. Pero se debe rechazar *ad limine* tamaña idea, ya que *nadie* impone al acusado el conformarse; y se trata no de una «confesión de culpabilidad para condenarle inexorablemente a no se sabe qué pena» —que no existe en la LECrim.—, sino de una «conformidad» con la pena —y la expresión de los arts. 688 y ss. LECrim. es defectuosa; así hay que interpretar, en beneficio de una institución, a su vez, beneficiosa para el *reo*. Y téngase en cuenta que el «derecho a la defensa» «no es un derecho autónomo, sino un derecho-réplica o reverso del de acusación»;²⁶ se ha calificado al acusado de «titular, incluso forzoso de ese derecho» al fijar la atención en la habilitación de órganos de defensa cuando el sujeto a proceso no los crea por sí mismo;²⁷ se trata de una

corpus, el recurso de amparo, y el mandado de seguridad, garantías históricas y actuales de los Derechos Fundamentales de libertad de locomoción y de no sujeción a la tortura, Comunicación al X Congresso Internazionale di Diritto Processuale, Bolonia, 1988 (en RDPr., Madrid, 1988-3, pp. 619 y ss.) y en Bolonia, «Communicazzioni», ed. provisional, 1988.

23. Cf., sobre este punto, la alusión de LEIGH a D. W. NEUBAUER y J. SKOLNICK en relación con la importancia de *confesiones* útiles en el *bargaining*, en LEIGH, *op. cit.*, p. 59, nota 93.

24. Cf., p. ej., HAMPTON, *op. cit.*, pp. 184 y ss., y 246.

25. Cf. LECrim., art. 655; Memoria del Fiscal del TS de 1899; el Tribunal puede absolver; en igual sentido, SSTS de 22-4-66, 20-1-77; o hallar atenuantes. Las Memorias del MF de 1896 y la Consulta de 31 de mayo de 1898, también sostienen que los arts. 655 y 694 «no excluyen la libertad del tribunal juzgador para que por él se pueda estimar cuanto sea favorable al reo, incluso su absolución... ya que lo que la ley prohíbe es que se imponga pena mayor que la solicitada, pero no que se imponga ninguna».

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO (*Allanamiento*, p. 183) y yo mismo (*Disponibilidad*, p. 1223) diputamos que se trata de excesos inquisitivos del Tribunal, solamente aceptables por ir en dirección *pro reo*.

26. Cf. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Allanamiento*, cit., pp. 129 y ss.

27. Aporta ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO en favor de esta posición los arts. 118, 384,

renuncia a medios de defensa porque... éstos faltan en el fondo.²⁸ Es «el otro lado de la medalla» de la retirada de la acusación.²⁹ La supuesta inconstitucionalidad —arrancaría del *plea guilty* inglés— de las conformidades del acusado suprimiría importantes vehículos de penetración en el proceso penal, del «mal menor»,³⁰ y con la facultad del Tribunal incluso de absolver, ese mal incluso desaparece... Y, naturalmente, también habría que declarar inconstitucional el mecanismo de defensa constituido por el «confesar a las autoridades la infracción», atenuante del art. 9 CP-9.³¹; y aún —volviendo a la otra cara de la moneda— la petición de sobreseimiento definitivo por el Fiscal o por el acusador público —que obstaría a que el acusado pudiese desplegar todos sus medios de defensa—. La idea de tal inconstitucionalidad, derivada de un defecto de entendimiento del sentido de estas normas, tan favorables a los acusados y existentes desde hace mucho tiempo, es un gravísimo chauvinismo basado en una interpretación literal de la normal.)

Para aclarar de una vez el panorama en cuanto a la máxima amplitud posible de todas las «conformidades» —y aun del negociar por una pena inferior, del *play bargaining*, hay que tener en cuenta los límites de aplicabilidad del nuevo procedimiento.

Están marcados por los nuevos arts. 14 y 779; el límite máximo de las penas de privación de libertad es el de doce años.

Y el nuevo procedimientos del P., que va a substituir a los tres actuales para delitos menos graves, de acuerdo con el nuevo art. 780 (que reproduce en dos de sus párrafos a los dos primeros del anterior 780), a tenor del cual «el enjuiciamiento de los delitos... se acomodará a las *normas comunes* de esta Ley (la LECrim.), con las modificaciones consignadas en el presente Título».

Esto es: a falta de límites máximos de la pena pedida con la que haya posibilidad de conformarse en el nuevo texto, hay que acudir al de los arts. 655 y 688 y ss. de la misma Ley. Aplicación subsidiaria por interpretación analógica, de *analogia legis*: seis años.

Otra cosa será en los matices en cuanto al procedimiento; si fal-

448 y 652 LECrim, sobre habilitación de organismos de defensa cuando el sujeto pasivo no los nombre por sí mismo (*Allanamiento*, cit., pp. 129 y ss., nota).

28. Cf. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la LECrim.*, 2.ª ed., Madrid, 1924, t. V, p. 374, cit. por ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, en *Allanamiento*, cit., p. 129.

29. Cf. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Allanamiento*, cit., p. 130.

30. Cf. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Allanamiento*, cit., p. 158; mi trabajo *Disponibilidad*, cit., p. 1221.

tan, es posible que no se hallen otros análogos. Y menos, si se trata de la admisión del *bargaining*, del negociar, del regatear sobre la pena para llegar a un acuerdo, ya que es figura no vista más que muy escasamente en España.³¹

Retorno a las «conformidades» en la nueva Ley.

2.ª Tras lo que he interpretado como la «primera», del art. 789-5.º —supra, 1.ª—, en el art. 791, 1 y 3, se admite otra, «segunda».

«En su escrito —es el correlativo al de acusación formal y provisional— firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad. Tal conformidad podrá también formalizarse conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal.»

Aquí ya hay lo que aún no había en el momento procesal del artículo 789-5.º: acusación formal.

Pero la norma está mal redactada —cfr. infra.— y es insuficiente.

En efecto, como omisión fundamental está la del límite superior posible de la «conformidad», en relación con «la pena de mayor gravedad» (?).

Para solventar la duda ocasionada por la falta concreta de límite *ad quem* de esta segunda «conformidad», habremos de acudir, a través del art. 780 a.p., a los 655 ó 684 y ss. de la misma LECrim., procedimiento para delitos graves en la actualidad: allí veremos el límite de los seis años. Este nuevo *plea guilty* también tiene, pues, límites.

La «segunda conformidad», como se ha visto, se produce con respecto a su propuesta, antes de la apertura de la sesión del juicio oral (antes del momento *a quo* de tal sesión, del art. 793-2). Al Juez o Tribunal (la variedad del Proyecto, suprimida: Juez de lo Penal; Audiencia Provincial con un solo Magistrado; Audiencia Provincial con tres Magistrados ya daba impresión de tratarse sólo de un *remiendo*) del juicio oral referido tocará resolver sobre dicha «conformidad», con respecto a la cual la Ley no añade los matices correspondientes a las posibilidades de imponer penas menores o de absolver, lo que también hace con referencia a la «tercera conformidad». Entiendo que se trata de un error más de la Ley y que el párrafo segundo del art. 793-3 debería hallarse antes; y en tal punto, una simple referencia. Defectos del *remiendo*.

31. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, en *Allanamiento*, cit., pp. 42 y ss., cita como precedente español el del art. 87 de la Ley de Orden Público de 27 de marzo de 1867, en la que aparece un *acuerdo* de las partes; pero lo es solamente de disponibilidad de la prueba en el juicio oral.

Entre la «segunda» y la «tercera» conformidades, el Tribunal del juicio oral tiene mucho que hacer, lo que diferencia claramente —o mejor dicho, con suficiente claridad, pese a la oscuridad general— a las dos conformidades entre sí.

«El juicio oral comenzará con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa (luego ya se ha solventado todo lo de la primera conformidad, parece). Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas.»

3.ª Y en este momento procesal, *se puede producir* —facultad de pretender renunciar parcialmente al ulterior derecho de defensa procesal, que así hay que definir por temor a los defensores chauvinistas de la Constitución— la tercera conformidad.

Está mejor delineada que las primera y segunda; y como ésta, lo es, no con «delito» sino con la pena. Allanamiento a la pena, y no confesión y no reconocimiento de hechos, como en el art. 789-5.º.

«Antes de iniciarse la práctica de la prueba —dice el art. 783-3 de la Ley— la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación. Si la pena excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes.»

Dejemos aparte las faltas de sintaxis del texto, notorias e improcedentes nada menos que en una Ley.

Hay una clara referencia a un segundo escrito de acusación —la oscuridad gramatical no impide, calculando el sentido lógico de las palabras, excluir explícitamente un segundo escrito de defensa—; con «la acusación» parece excluirse que haya varios «escritos de acusación» —para el Fiscal y uno por cada acusador «particular» (y es que, con tanta falta clara de sintaxis, no se sabe ya si atribuir a falta ese singular «la acusación») —, lo cual significaría un claro predominio

de las facultades del MF puesto en un plano de superioridad inexplicable con respecto al o a los acusadores «públicos», particulares,³² e incompatible con cualquier tipo de conservación ya que no del fortalecimiento de la «acción popular» del art. 125 CE —no lo olvidemos, a más del art. 101 y ss. LECrim.

Y este segundo escrito de acusación impone al legislador explicar que «no será más grave que el primero». En otras palabras, y puesto que entre los dos no ha habido prueba alguna practicada —salvo la «anticipada» del art. 792-1, que se habrá celebrado antes de la «segunda conformidad»—, no se ve otra razón para que haya diferencias entre los dos escritos que la de que... haya habido alguna negociación, algún *bargaining* entre las partes y sobre la pena.

Habida cuenta de que tal figura se ha abierto paso en España —y se la liga con el principio de «oportunidad»³³— resulta lógico que el «Proyecto» y la Ley la recojan. Sólo esperábamos que fuera más coherente y que no la admitiese de una manera tan callada, casi subrepticia. Y si se trata de tal introducción en España, el intentar evitar que degeneren en arbitrariedades no parece se pueda alcanzar con un mecanismo legal tan defectuoso, oscuro y lleno de antinomias como es el de la Ley. Para la admisión del uno —del *plea bargaining*— y del otro —del principio de oportunidad—. Y recuerde además que, tanto hablar del «sistema acusatorio» y en el puro, el Ministerio Fiscal, huelga, o poco menos.³⁴

Y ese *bargaining*, esa negociación, puede llevar a... otra conformidad, que esta vez no se deduce de ninguna *confessio*, al estilo del inglés *plea guilty*, sino de tal negociación, cuyo caldo de cultivo se halla en el principio de «oportunidad» de la persecución penal (que contrasta con el principio de *legalidad* que por ahora, y en la letra, impulsa y rige al MF, art. 124 CE y 2.º del EstMF). Y ya en la «Exposición de Motivos del Anteproyecto de actualización del Código Penal» de 26 de septiembre de 1988 —Ministerio de Justicia— se nota esta inclinación a introducir la «oportunidad». La tendencia a *privatizar* las

32. Cf. la crítica de los profesores españoles de Derecho procesal a estas discriminaciones, en la Reunión de Valladolid de mayo de 1967, en RDP, 1967-IV, p. 11, Conclusión 7.ª

33. Cf., p. ej., GIMENO SENDRA, *Proceso penal*, t. II del *Derecho procesal* de MORENO CATENA, ALMAGRO NOSOTE, CORTÉS DOMÍNGUEZ y él mismo, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 59 y ss., y en *Tapia*, intervención en el Congreso cit., pp. 57 y 68; LOZANO HIGUERO, en *Tapia*, cit., p. 68.

34. Cf. ALONSO MARTÍNEZ en la «Exposición de Motivos» de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

faltas del art. 586-bis proyectado es muy clara. De ahí a asentar expresamente el principio de oportunidad hay poco. Y se recorre, en vez de fortalecer la «acción popular» con medidas actuales como lo serían el facilitar las asociaciones de ciudadanos con la finalidad de ejercitarla, tal y como existen en Inglaterra desde mediados del siglo XIX, o de sistematizar y facilitar el acceso a las fianzas, sin llegar al clímax edénico de suprimirlas. Se fortalecen la «despenalización» frente al aumento de la delincuencia, la «oportunidad de la persecución penal» y su cese por el mismo Fiscal —a ello iremos ahora— estableciendo «unos supuestos legítimos en los que sería posible proceder a un sobreseimiento si no existe interés público alguno en la persecución y la víctima ha sido reparada previamente».³⁵

Nos llevan a todos hacia el primitivo Derecho Germánico;³⁶ pero allí holgaba el *missus*, el Fiscal...

Y aquí lo que procede denunciar es el cambio de «política criminal» —si es que antes la hubo clara— que inspira un «Proyecto» provisional que contiene tantas anfractuosidades y no claridades a exponer a los juristas.

Avoca por la idea de que se introduce la negociación sobre la pena —al *plea bargaining*— para llegar a tal conformidad³⁷ —la tercera oportunidad procesal para ello— el final del párrafo primero del artículo 793-3 conectado con el tercero:

(Final del segundo) «Si la pena no excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes». (Tercero) «No obstante, si a partir de la descripción del hecho aceptado por todas las partes, estimara el Juez o Tribunal que el mismo carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de la pena o de su preceptiva atenuación, dictará sentencia en los términos que proceda, previa audiencia de las partes realizada en el acto.»

Influido por la misma presentación de la norma, me ha costado llegar a esta conclusión. El instinto jurídico me llevaba a estimar que

este tercer párrafo constituía tan sólo una exposición y admisión legal de la tendencia de jurisprudencia y doctrina operada en España sobre las posibilidades de los jueces o tribunales receptores de las «conformidades», de imponer una pena menor que la «conformada» o de absolver. Esto hubiera estado muy en su punto, aunque en realidad constituya un fenómeno de raíz inquisitiva.³⁸

Pero era más y yo me equivocaba; y conectando ambos párrafos llego a la conclusión de que se trata del *bargaining*, y de que éste es posible —sin que para él se fijen reglas, como se hace en Inglaterra—³⁹ incluso cuando se trate de una pena pedida superior a seis años, siempre que se trate de una causa sujeta al «juez» o al «Tribunal» de este procedimiento y en él. El último inciso del párrafo 2 del art. 793 tiene así buena explicación en relación con el inicio del párrafo tercero.

Pero una cosa es el *bargain* —el negociar sobre la pena— y otra el llegar a un acuerdo sobre ella; y estimo que la redacción propuesta hace que ese *regateo* sea posible si se parte de una pena más grave pedida —de hasta doce años (art. 779)— según las normas competenciales de estos jueces y tribunales, si no es de prisión, y de los mismos doce años si de prisión se tratase, para llegar... a acuerdo con respecto a una pena que se halle más abajo de los seis años. Y es desde este acuerdo, y ya rebajaba la pena primitivamente pedida, por el *bargaining* y el acuerdo, sobre el cual el Juez o Tribunal pueden operar de oficio, disminuyendo la pena aún más, o absolviendo.

Efectivamente, es «a partir del hecho *aceptado* por todas las partes —llegado al acuerdo sobre él— a partir del que el Juez o Tribunal podrán estimar «que el mismo carece de tipicidad penal» o que «resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determi-

38. Cf. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Allanamiento*, cit., pp. 82 y ss.; mi trabajo *Disponibilidad*, cit., p. 1223.

39. LORD PARKER observa esos principios o reglas para obtener la declaración de culpabilidad del acusado —y con ella, el no ser llevado a *trial*:

«a) El Abogado defensor debe de ser libre para dar al defendido el mejor consejo, en el que se incluye el persuadirlo severamente de que se declare culpable, poniendo énfasis en que no debe hacerlo si no fue quien cometió los actos constitutivos del delito imputado.

«b) El acusado debe tener completa libertad para elegir su declaración o no.

«c) Debe existir libertad de comunicación entre el Abogado y el Juez puesto que pueden darse discusiones con aquél sobre el actual proceso. De otro lado, la justicia debe hacerse en público, por lo que deben limitarse de modo adecuado a las circunstancias las discusiones en privado; pero pueden ser convenientes si el acusado desea declararse culpable de un delito menos grave.

«d) El Juez no debe nunca indicar si la sentencia que dictaría sería diferente si el acusado no se conformase» (HAMPTON, *op. cit.*, pp. 185 y ss.).

35. Cf. GIMENO SENDRA, intervención en el Congreso cit., en *Tapia*, cit., p. 57.

36. Cf. HEILFRON, *Geschichte des Gemeinen Privatrechts und Civilprozesses*, Berlín, ed. Speyer & Peters, 1894, t. II, pp. 304 y ss.; BRUNNER-VON SCHWERIN, *Historia del Derecho germánico*, trad. esp. Álvarez López, Barcelona-Madrid, Río-Buenos Aires, ed. Labor, 1936, pp. 24 y ss.

37. No confundo las dos figuras, pero sí veo que se puede llegar a una «conformidad» a través de una «negociación», a un *plea guilty* por medio de un *bargaining*. HAMPTON nos da muestras de ello en la práctica inglesa (*op. cit.*, pp. 184 y ss.).

nante de la exención de la pena o de su preceptiva atenuación» y en consecuencia «dictarán sentencia en los términos que proceda» (artículo 793-2 párrafo segundo).

Si el Tribunal cambia de calificación, ello se admite, por ser *pro reo*.

Hubiera preferido no estar equivocado y concluir, sencillamente, que el párrafo segundo, núm. 2 art. 793, no contiene sino una «conformidad» desarrollada con la recogida de la tendencia del Fiscal y de la jurisprudencia.⁴⁰ Pero se va más allá.

No me opongo demasiado al *bargaining*; sí a que penetre solapadamente, en tal crisis, e intentándose cambiar *ex abrupto* la manera de pensar de jueces, fiscales, acusadores particulares y, en general, de las partes; todo singularmente complicado y responsable. Y más, con tales oscuridades, que hasta ocultan o dificultan la comprensión de qué figura se halla escondida tras las defectuosas redacciones e inclinan hacia la confusión, comenzando por mí mismo. Para qué están las «Exposiciones de Motivos»...

El panorama de «las tres conformidades» y del *bargaining*, en esta Ley, no quedan nada claros para mí. Constituyen «una versión optimista del proceso penal que debería llevar a su desaparición, incluso por falta de delincuentes...».⁴¹

Veamos ahora algo de los procedimientos en cuanto a estas tres figuras tan huidizas (de los respectivos «juicios», los *pleas* ingleses).

En efecto, «el trámite de la conformidad, en cualquiera de sus modalidades... da lugar a una forma *sui generis* de enjuiciamiento».⁴²

1. En cuanto a lo que he llamado «primera conformidad» —en defecto de poder llamarlo «procedimiento rápido» del tipo de los monitorios, por decreto, etc.—; esto es, la del art. 789-5.º

Con respecto a su tiempo, se inicia por el «reconocimiento de los hechos por el imputado», con los «hechos imputados». Aún no hay acusación formal —ni siquiera se ha «abierto el juicio oral»— y por lo tanto no se determinan los límites de tal conformidad.

40. Cf. la nota 25, *supra*.

41. En 1976, y durante una Reunión Internacional de Juristas en México, un profesor universitario de determinado país, que no quiero ahora nombrar, afirmó que «en su país había cada vez menos delincuentes; y que se esperaba, en breve, acabar con toda la delincuencia». El Prof. español CÓRDOBA RÓDA, de la Universidad de Barcelona, le contestó, a mi entender adecuadamente: «Si en su país deja de existir la delincuencia, ello quiere decir que algo muy grave ocurre en su país.»

42. Cf. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Allanamiento*, cit., pp. 136 y ss.

Debe constar la aquiescencia del «Abogado» del imputado.

Son el MF y el imputado —«asistido de su Abogado»— los que deben propulsar el asunto para alcanzar su finalidad.

El Juez de Instrucción —primer destinatario en este procedimiento— debe examinar «si el hecho constituyera delito cuyo conocimiento compete al Juez de lo Penal» (y en la ley se utiliza la expresión «conocimiento» como sinónimo, casi, de «resolución»); esto es, debe tratarse de asuntos en los que «la pena solicitada» (¡Pero... si aún no ha habido acusación formal!) no exceda de seis años de privación de libertad» (art. 792). Debe entenderse que tal conformidad no será posible de alcanzar —no así de instarse, ya que el art. 789-5.º no tiene restricciones— si la pena excediere de aquella cantidad (pero seguimos pensando en las demás penas...)

Lo que contiene la conformidad es «un reconocimiento de los hechos que se le imputan», y no de título alguno penal que en su día pudiese servir de condena.

El Juez de Instrucción, en su caso, remite «las actuaciones» al Juez de lo Penal —y, se entiende, también las de responsabilidad civil y las de la situación personal del imputado, poniendo a éste a su disposición.

(De no concurrir el presupuesto de que «el conocimiento» del «delito» —y con esta tan defectuosa expresión se designa el juicio oral y sentencia— corresponda al Juez de lo Penal, el de Instrucción debe repeler la petición —«instancia» del MF y del imputado con su Abogado—, aunque el «Proyecto» nada dice.)

El Juez de lo Penal debe «convocar» mediante citaciones «a juicio oral al Fiscal y a las partes».

Esto ya me deja suspenso en cuanto a si aquí se trata de una excursión del legislador en el campo de la doctrina, y así fija que el MF «no es parte».

El «Proyecto» tampoco dice nada del supuesto de la incomparecencia del Fiscal y de alguna de las partes al «juicio». Y esto ha de llevar a conflictos. Parece que debiera ser de aplicación el art. 793 a los casos de incomparecencias. Y examinando el contenido de tal «juicio oral»...

...Vemos que en él, MF «y las partes» formulan sus «pretensiones» (789-5.º).

La utilización del vocablo aquí hace dudar, una vez más. En efecto, si nos remitimos al art. 790-5 del «Proyecto», se ve ahí a la pre-

tensión completa, aunque por la fuerza de la dinámica del juicio oral sea tan sólo de manera provisional.⁴³

Pero nada se dice sobre si hay alguna parte —algún acusador que no sea el MF, de los cuales para nada se ha tratado hasta aquí, con perjuicio de su situación y de sus derechos procesales o expectativas— que no se haya expresado aún sobre tal «conformidad».

Si hay alguna parte «disconforme», esto significa que el juicio oral debe continuar con ella; y para ello, o bien su comparecencia a este «juicio» del art. 789-5.º ha de ser ya en forma de «escrito de acusación» completo —debería indicar además su disconformidad con el trato hecho entre el MF y el imputado—, o bien, si se admite que comparezca solamente para expresar su disconformidad, entonces su negativa a hacerlo impone el retroceder en el procedimiento con respecto a él, aunque no sea más que para que formule dicho «escrito de acusación». Se trata de otro conflicto derivado del silencio de la norma.

Si «el Fiscal y las partes» formulan «sus pretensiones» de conformidad, se sigue adelante.

Y para comenzar, al Juez le toca examinar si, en realidad, se ha producido la «conformidad» también en cuanto a la pretensión de resarcimiento... (recuérdese el «*formulen sus pretensiones*»). No veo ninguna razón para impedir un acuerdo en esta materia; el art. 655 LECrim. la incluye *a contrario sensu*. Y si en este punto no la hubiera, sería aquel artículo el aplicable, a través de la remisión del 780 de la Ley.

Y, si se sigue a la letra del art. 789-5.º, el Juez de lo Penal, sin más, deberá dictar «sentencia».

Si rechaza la pretensión «de conformidad», esta resolución no puede ser «de conformidad con el art. 794» (789-5.º), el cual, según se desprende de su número 3, no está concebido para tal menester. Deberá ser una resolución procesal, con orden de que siga el procedimiento por el cauce ordinario y a partir del momento en que se produjo el «incidente de conformidad», momento muy vago. Habrá que aplicar, forzosamente, el art. 780...

43. Los legisladores no deben entrar en definiciones que exigen una técnica y unos conocimientos previstos que ellos no poseen. De lo contrario, se exponen a que sus leyes sufran el vaivén de las doctrinas. Por ejemplo, yo no comparto la definición de acción que se da en el art. 24 CE y estimo este derecho mejor comprendido en el art. 29, como derecho de petición dirigido a la Jurisdicción.

Y tengo un concepto, contrastado doctrinalmente, de la pretensión, que no coincide con los de otros autores que también utilizan la expresión (p. ej., CARABELLUTI, GUASP).

Ya dije, y repito, que en el citado art. 789-5.º no se ve ningún límite a la «conformidad». Y el salto de esta regla al art. 784 —la sentencia— es muy significativo; y debe significar —si no he sido arrastrado a error por la lamentable redacción del precepto, y adoptando expresiones de los partidarios del principio de oportunidad dirigido por el MF,⁴⁴ un acto complejo de finalización del proceso en la misma instrucción;⁴⁵ mas regulado sin ninguna garantía, salvo el de la cosa juzgada para el que la obtiene (al parecer).

No obstante, repito también, precisa no lanzar la norma genérica y pantanosa del art. 789-5.º al campo de la práctica, sin intentar colmar sus lagunas; ello constituiría un muy grave atentado al derecho de seguridad jurídica de los ciudadanos y de su vehículo de defensa máximo, el proceso; podría constituir, en ocasiones, incluso hasta la consagración del delincuente venialmente penado, por medio de la cosa juzgada que lo amparase.

Y por ello precisa acudir, en *analogia legis*, a través de la remisión del nuevo art. 780 a los 655 y 688 y ss. de la LECrim. en donde sí hallamos los límites *ad quem* de la «conformidad». Y los límites marcados por los nuevos arts. 14-3.º y 779 (ha desaparecido el 779-2.º, evitándose así grave antinomia) coinciden a su vez con los fijados por los arts. artículos 655 y 688 y ss. LECrim.

Y reitero mi idea de que, si se quiere introducir en España el *plea bargaining* anglosajón, con el principio de oportunidad deferida al MF, ello debe hacerse con una meditación que, hasta ahora, he visto en pocas personas.⁴⁶

Y también reitero que lo dicho al interpretar el muy oscuro y confuso art. 789-5.º, si en él se tratare de una especie de «procedimiento rapidísimo» para resolver el proceso sobre la base del principio de oportunidad, pero no por medio de una directa «conformidad», sino más bien por camino desviado. En tal caso, habría que calificar a tal

44. Tal GIMENO SENDRA, en *Tapia*, cit., p. 57.

45. «La tardía ubicación (en la LECrim.)... de la conformidad en el juicio oral ocasiona que la economía lo sea únicamente con respecto al juicio oral. Por tal razón, sería aconsejable *de lege ferenda* adelantar la conformidad a la instrucción, sobre todo ante hechos punibles que, por su escasa significación social, han de finar con la remisión del imputado» (GIMENO SENDRA, *Proceso penal*, cit., p. 394).

Aquí se podría ver el origen de la norma del art. 789-Quinta de la Ley de 28 de diciembre de 1988.

46. Una de ellas, GIMENO SENDRA, en reiterados trabajos, que ahora no puedo entrar a examinar explícitamente.

procedimiento de «indeterminado» con el reproche subyacente a esta expresión.⁴⁷ Ni se dice qué partes intervengan, ni el contenido de la «conformidad» y sus condiciones si las hubiere, ni el contenido del «juicio» para admitirla; todo es vago, *indeterminado*.⁴⁸

2. En cuanto a lo que he llamado «segunda conformidad», la del art. 791-3, se inicia el procedimiento ya después del «escrito de acusación».

[Ya con respecto al mismo hay una variación en relación con el escrito de calificación provisional acusatoria del art. 650 LECrim., que sigue en vigor para el procedimiento por delitos graves —el más correcto, el genuino de la LECrim. apenas rozado por leyes ulteriores—: éste se produce una vez abierta la fase del procedimiento conocida como «juicio oral» (art. 649); en tanto que, en la misma o análoga fase del procedimiento que examino ahora, el «escrito de acusación» es de solicitud del juicio oral (art. 790-1) y alterna con «el sobreseimiento de la causa» en un alarde de mala redacción; «de petición de sobreseimiento de la causa» debe decir, ya que el «sobreseimiento por el Fiscal», tan preconizado por algunos⁴⁹ y que obraba en el «Anteproyecto» del Ministerio de Justicia de 26 de septiembre de 1988, escondido bajo los nombres de «archivo provisional» y otro, art. 781-3 a) y b) —y de la muy confusa redacción del art. 781, párrafo segundo a.f.—, no se encuentra ya ahora en la Ley (cfr. su art. 790-3 y 4); el «juicio oral» propiamente dicho se abre con debate sobre la prueba admitida (art. 793-1). Se tiene la impresión de que se hace trabajar como competente bien al Juez de lo Penal, bien a la Audiencia, en la menor cantidad po-

47. Me refiero a la escuela del «juicio sumario indeterminado», que también se extendió a lo penal. Cf. mi trabajo *El Consulado de la Lonja de Valencia: de proceso a arbitraje: sus posibilidades*, en mis *Temas de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, EDERSA, t. I, 1983, pp. 193 y ss. (esp. Primera Parte) y que causó tanto trastorno en la evolución de los tipos procesales.

48. Me remito al texto de la ley; hay lagunas por todas partes. La misma falta de una «Exposición de Motivos» —inexplicable— en donde se expusiese el sentido de normas tan oscuras como la del art. 789-Quinta, p. ej., contribuye a aumentar la oscuridad de la Ley.

(En la «Exposición de Motivos» del Proyecto de la Ley —octubre de 1988—; no lleva fecha, de texto casi completamente igual al del «Preámbulo» de la Ley, a su final, se hacía constar que: «En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 14 de octubre de 1988, acuerda remitir a las Cortes Generales el siguiente "Proyecto"...».

Y en el Preámbulo de la Ley se ha eliminado este párrafo, sin que sepa el porqué.)

49. P. ej., por GIMENO SENDRA. Cf. *Tapia*, cit., p. 57.

sible de actividades; impresión que se completa con el hecho de la admisión de un Juez Penal itinerante (art. 791-5) poco proclive a una mayor extensión de los principios de la inmediación y aun de la publicidad. Tómese nota de ello.]

En la norma citada se dice que «la defensa podrá *manifestar* su conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad. Tal conformidad podrá también *formalizarse* conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal».

Esta redacción es muy confusa. No se ve explicada la diferencia entre el «manifestar la conformidad» y «formalizar la conformidad», y además, aunque la haya, tal conformidad depende de su admisión por el Juez (no se trata de actos de acusación puros, como en el caso de las conformidades de los arts. 655 y 684 y ss. LECrim.).⁵⁰ Parece que se trata de dos actos diferentes, de los que el primero es menos formal; mas no se entiende para qué, en plena época de lucha contra los excesos del formalismo, este desdoblamiento. Y menos se entiende que se pueda «formalizar la conformidad» —redacción que peor no puede haber— mediante un «anexo», y tal «anexo» precisamente al «escrito de acusación del Ministerio Fiscal» (texto del «Proyecto» modificado en la Ley).

(El «anexo» más bien supone documento accesorio, unido a otro principal; y en este caso, la petición —o propuesta— de «conformidad» es lo contrario a la acusación; no la completa ni la especifica. Intenta superponerse a ella triunfando, sin perjuicio de las facultades del Tribunal de imponer pena menor o incluso de absolver...)

No se fija un tope máximo de la pena con la cual conformarse («la de mayor gravedad»); si no se quiere que penetre por estos vacíos el completo *plea guilty inglés* (quizás es eso lo que hace que el legislador no trate de tales límites máximos, pero podría decirlo más claro) precisa otra vez acudir a una interpretación analógica —*analogia legis*— para hallar una solución, al menos parcial, en el art. 793-3 (solución incompleta dado lo incompleto de este texto: «Si la pena no excediera de seis años...» —¿Seis años de qué?—) y en los 655 y 688 y ss., textos de la vieja LECrim.

La forma es la de un escrito, firmado por el acusado y por su defensor (791-3).

50. Y no tan puros, ya que las conformidades han de ser recogidas en sentencia. Y ya vemos que el Tribunal puede, *pro reo*, actuando de manera inquisitiva, imponer una pena menor o incluso absolver. Pero el contenido de las «conformidades» en sí es causal. Cf. GOLDSCHMIDT, *Problemas*, cit., pp. 63 y ss.

Ya no se indica ningún trámite más. Pero no se puede confundir esta intentada «conformidad» con la del art. 793-3, ya que entre medio de las dos hay toda una serie de actuaciones; dentro de ellas, la fundamental de haberse de leer... («el juicio oral comenzará...», art. 793-2) el escrito de acusación y el de defensa, lo cual quedará suprimido en el caso de pretendida conformidad, debiéndose leer, en tal caso, el escrito de acusación, pero a seguida el de la pretendida «conformidad» (o el «anexo», 791-3); y como se verá, otra actividad también fundamental: la de compleción con detalles de la proposición de prueba. Cf. *infra*, la «tercera» conciliación.

A falta de regulación deberemos remitir al lector, como se hizo antes (y si lo querido por el legislador no es una ampliación iliminada de la conformidad, admitiéndose así el pleno *plea guilty*) a otras normas más completas, las del art. 793-3 y de los arts. 655 y 688 y ss.

¿Cabría aquí un *negociar* previo, a fin de obtener una «conformidad» a pena inferior (esto es, una combinación del *bargaining* y del *plea guilty*)? Esto podría ser, si combinamos la segunda y la tercera «conformidades». Mas para ello será necesaria, a su vez, la aquiescencia o autorización del Tribunal —ya que tal intento supondría una modificación de lo previsto en el art. 793-2...

3. La «tercera conformidad» sería la admisible en un momento procesal netamente susceptible de ser distinguido del de la anterior. En efecto, allí, el «juicio oral» no estaba comenzado más que por la existencia del «escrito de acusación». A ella se respondía por el defensor, por «escrito de conformidad» (art. 791-3). De ahí que, en innovación, según la dinámica del nuevo procedimiento, se verá una diferencia más con respecto al de los delitos graves —el ordinario de la LECrim.—, a saber: «cuando el juicio oral en estos procedimientos haya comenzado, según su art. 650, aún no habrá comenzado en el procedimiento nuevo, para delitos leves». Ya indiqué lo que pienso de esta diferencia, que podría parecer debida al descuido del legislador, tan mostrado en otras normas, o a metas ocultas por él.

Tornando al principio, entre la segunda y la tercera conformidades —y ya aludí a esto— se hallan todas las actuaciones previstas en el ya citado art. 793-2; de ellas me parecen fundamentales, a efectos de poder diferenciar incluso el contenido de las dos pretensiones de «conformidad», las actividades «sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas» (art. cit.). Esto es: todo debe estar ya prepa-

rado para la práctica de la prueba. Y en efecto, «antes de iniciarse la práctica de la prueba...» se produce el tercer intento de conformarse.

El acusado, ahora, y a diferencia de lo ocurrido para su «segunda conformidad» —y parece que estamos tratando de las antiguas letras de cambio—, en la «tercera» el acusado —y su defensa— ya conocen todas las armas que las acusaciones van a poner en práctica para que sus pretensiones de condena triunfen. Y a ellas deberá sujetarse la propuesta de conformidad. Depende del abogado defensor el prever el resultado más o menos desfavorable para su defendido, de cada medio de la prueba propuesta por los acusadores, así como sus propias posibles contra-pruebas. Y del estudio de todo este panorama —del *thema probandi* ya preparado para acometer su desarrollo práctico— debe resaltar su intento de obtener una pena menor: en escrito aparte.

Si no hay *bargaining* práctico, sí que debe haberlo mental...

El procedimiento para esta «conformidad» comienza, pues, con un escrito de acusación.

La Ley utiliza indebidamente el singular; ya que si son varios los acusadores, varias pueden ser las penas solicitadas y la referencia, naturalmente, es al «escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad» (art. 793-3).

Tampoco aquí se ve la imposición legal de haber de conformarse con una pena hasta un máximo por ella fijado. Ello se deduce del último inciso del art. 793-3: «Si la pena no excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictarán sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes». Mas ya llegaremos a tal extremo, sin perjuicio de lo expuesto, *supra*.

Pero puede haber «segundos escritos» de acusación: «Conformidad... «o en el (escrito de acusación) que se presentará en ese acto». La citada Ley utiliza el singular. Si se admite esta redacción literalmente, todo parece indicar que el único que puede acometer el trabajo del *bargain* será el MF, dada la preferencia constante que en dicha Ley se observa para con él. Si así fuese, tal preferencia, y aun la exclusión de los acusadores particulares —del pueblo directamente de los ciudadanos—, constituye una restricción indebida en el desarrollo de la acción popular consignada en el art. 125 de la Constitución; y nada en el art. 124 autoriza a que el Fiscal usurpe para sí facultades que deben derivar de dicha acción popular, ya que una nueva «legalidad» —la de la Ley de 28 de diciembre de 1988— que le obligue no

puede constituir una restricción para los derechos procesales de los ciudadanos en el juicio penal, del art. 125 CE.

Así pues, «escritos que se presenten en tal acto» es lo que debe entenderse. Y fue ese texto del art. 793-3 el que nos llevó a ver en él el *plea bargaining*. Entre el «acto» —lenguaje legal— de la presentación del «escrito de acusación» —del segundo— ya propuesta la prueba, y el primero, hay un lapso procesal de tiempo. Y durante él, no veo la necesidad legal de que las partes estén inactivas. Ni la de que, de manera extraprocesal, no se formulen por la defensa propuestas de conformidad dirigidas al Tribunal y acusaciones. Ambas partes deben buscar su máximo *vencimiento*, sin perder de vista consideraciones de oportunidad —aquí sí—: las del eventual resultado favorable o desfavorable de las pruebas que se proponen; y la defensa mirará, lógicamente, al «mal menor».

«El escrito» —los escritos, pretendo que se debe interpretar— de nueva acusación, están sujetos a limitaciones en la Ley: «no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación». Ahí está el *bargain*. Cfr. *supra*.

Aunque no se diga, se supone que la «conformidad» debe pedirse en un escrito.

Y aquí entra en juego la disyuntiva que se ofrece al final del artículo 793-3 y el comienzo de su núm. 4.

A) Si en el escrito de acusación —o en el segundo— «la pena» —se entiende, solicitada por la acusación o acusaciones, la más grave— «no excediera de seis años» (y de nuevo no se dice de qué; debe suponerse que de privación de libertad, pero hay que tener en cuenta las demás según su gravedad y sus aplicabilidades respectivas al delito de que se trate, según el Código Penal) la tramitación, de la conformidad con el primer escrito, o con el segundo —y entre ellos, se encuentra el *bargaining*, el *regateo*—, termina con que «el Juez o Tribunal dictarán sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes».

Aquí, lo rotundo de la redacción parece excluir que el Tribunal pueda condenar a una pena inferior a la «conformada» o absolver, habida cuenta de los elementos que bajo el párrafo segundo de ese número 3 se relacionan —y que son los utilizados comúnmente por el Tribunal Supremo en sus sentencias para tal menester—. Pero me hallo disconforme.

Este *plea guilty* llegaría a perjudicar al reo, admitido en su pure-

za; puede pensarse en que la conformidad, a juicio del sentenciador, no sea tan clara como se debe obtener; que aún no se ha llegado a disponer del proceso penal como si fuese del simple derecho obligacional; puede pensarse en que hay algo aún más favorable al reo que ha escapado a su defensa y que, sin embargo, se hubiese probado en el desarrollo del juicio... en fin, entiendo que toca el tribunal —o al juez que hace sus veces— el aplicar su oficio para disminuir la pena aún más —si es que hubo disminución, hubiera o no previo negociar— o para excluirla. Lo que aparece en el mismo art., y casi a seguida, debe ser de aplicación también aquí, y *de oficio*. Inquisitivo favorable al reo.

B) Veamos qué ocurre si la pena más grave pedida por una de las partes, y acordada, fuere mayor a seis años de privación de libertad. De la redacción de la ley parece deducirse que bajo tal conformidad el ordenamiento español se abriría totalmente al *plea guilty*, evitado hasta ahora por la Ley,⁵¹ pero no ignorado en nuestra legislación histórica (así, conformidad sin límites, en confesión bajo juramento, al clásico modo del *plea guilty*, la Ley de de Enjuiciamiento Criminal de 1872, arts. 596 y ss.).^{52, 53} Así, en méritos del *favor rei*, el proceso penal se hará totalmente disponible. A nadie debe de ocultarse semejante viraje. Ni necesidades de celeridad, ni mal entendidas consideraciones de humanidad ya trasnochadas justifican que se le considere como un método para obtener amnistías, matemático.

Veamos el panorama que ofrece la ley tal y como yo, honestamente, lo entiendo, y pese a mi falta de simpatía por el *bargaining* penetrando así, sin preparación de nadie.

Ya dije y repito que en el art. 793-3 y 4 hay posibilidad de *bargaining* que lleve a una conformidad en penas, en su petición, superiores a los seis años de privación de libertad.

Mas una cosa es proponer y otra llegar a un acuerdo. Y a través del *bargaining* puede llegar a obtenerse una rebaja substancial de la pena «solicitada» en un principio, mas no hecha en «petición definiti-

51. La LECrim. no quiso ir tan lejos como el Derecho inglés en cuanto a la plena admisión del *plea guilty*. Y estimo que una de las razones de tal limitación fue la de haber dejado de basar dicha conformidad en la confesión del acusado, tal y como procedía en el ordenamiento inglés. Cf. *supra*. En todo caso, la limitación la diputo acertada.

52. Cf. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Allanamiento*, cit., pp. 44 y ss.

53. Recuérdese la cita que ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, en *Allanamiento*, cit., pp. 42 y ss., hace de la Ley de Orden Público de 1867; y mi comentario sobre el alcance de su artículo 87. Se trata de una conformidad con que no se reciba la causa a prueba en el juicio oral («plenario»).

va» (entiéndase, se trata de una «petición definitiva», secuencia del negociar, no de la que ordinariamente llamamos «calificación definitiva», tras la práctica de la prueba).

Se trata de llegar —las partes— a «una descripción del hecho» (art. 793, 3 párr. segundo a.p.); en ese *llegar* está la negociación. (Cálculase, si el Juez es ajeno a ella —que me parece que, por ahora, los jueces españoles no van a tener ya la soltura de los británicos para entrar en tales debates—,⁵⁴ la atención que debe poner para evitar excesos, bien que el Fiscal sea «parte» en tales negocios.) El límite máximo ya lo sabemos: el correspondiente a la «pena más grave pedida»; el ínfimo, la absolución. Y en cuanto al tiempo procesal en que se pueda conceder, es «un momento»; entre la iniciación del juicio oral y tras practicarse lo impuesto en el art. 793-2, y «antes de iniciarse la práctica de la prueba», ya que en este *instante* («punto en el tiempo») es cuando hay que presentar el segundo escrito de acusación, que ya comprende el resultado del *negociar*, del *bargaining*, y a partir del cual, si el «acuerdo» penal no es superior a «seis años», el Tribunal sentenciará; y si fuere mayor —hasta 12 años— pasará a examinar de oficio si concurre alguna atenuante e incluso eximente. Así se desprende de la interpretación a que he llegado, teniendo en cuenta que la probable autoría del proyecto de ley corresponde a partidarios del principio de oportunidad en el proceso penal.

En el caso de que el «acuerdo» sea superior a los seis años (el «no obstante»), y como ya se trata de la «aceptación de una descripción del hecho» por todas las partes como base de la actividad investigadora del Tribunal para fijar si existe alguna atenuante o eximente, y aunque el texto no lo diga, estimo que debe formularse en escrito a presentar al tribunal, en sentido de súplica, ya que si éste no lo aceptase como base, por tener algún defecto —y puede haber muchos, comenzando por haberse excedido las partes de límites competenciales de tal tribunal—, estimo también que el juicio debe continuar, sin perjuicio de que el Tribunal ejercite su oficio en los límites del artículo 794-2.

Lo que he dicho en general debe considerarse aplicable a los tres «intentos de conformarse»; de no considerarse así, el remedio es fácil —sobre todo, dado lo complicado y oscuro de la Ley: acudir, a través de la remisión del art. 780, a los arts. 655 ó 688 y ss. de la LECrim.,

54. Cf. HAMPTON, p. 185; y las entrevistas del Juez con el defensor, cits. en nota 39, *supra*.

cuyas disposiciones, más claras, son subsidiariamente aplicables, por tratarse de «disposiciones generales», de «normas comunes» (art. 780; aunque no era necesario que se nos dijera).

En cuanto a la «tercera conformidad» —con el *bargaining*— el artículo 793-3 dice que el tribunal «dictará sentencia en los términos que proceda (sic), previa audiencia de las partes realizada en el acto».

Ya se ha visto que ese «en los términos que procedan» se relaciona con el acuerdo aceptado por las partes como base; y en cuanto a esa audiencia a las partes «realizada en el acto», es una audiencia especial, fuera de cualquier «juicio oral», ya que el citado tribunal estaba ya en deliberación para la sentencia; *debe* corresponder (otra vez la duda motivada por lo hierático del texto) a *rematar* el citado acuerdo son la sanción judicial, ya que él es la base de tal sentencia.

Llama la atención, en los tres casos examinados, lo dubitativo y oscuro que se muestra el legislador, en contraste con otros parajes de la Ley tan o más importantes y tratados con menos intensidad; del claro sistema de los arts. 655 y 688 y ss. de la LECrim. se ha pasado, con evidente ánimo *pro reo* —con el que estoy conforme— a una no menos evidente complicación. ¿Era necesaria en sí misma? O es que... como sospechaba, hay dentro de las proyectadas normas *algo más* que las unilaterales conformidades ya clásicas de la LECrim... Sí, así lo diputo. Se halla oculto en las anfractuosidades de una redacción mediocre el *plea bargaining*, deseado por algunos juristas⁵⁵ como uno de los vehículos del principio de oportunidad.

55. Por GIMENO SENDRA, LOZANO HIGUERO...

REFLEXIONES SOBRE EL PROCESO INÚTIL *

CARMEN SAMANES ARA

Juez en excedencia y profesora asociada
de Derecho Procesal
de la Universidad de Zaragoza

MARÍA ROSA GUTIÉRREZ SANZ

Profesora asociada de Derecho Procesal
de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

I. Introducción. — II. En el juicio de mayor cuantía. — III. En el juicio de menor cuantía. — IV. En el juicio de cognición.

I. INTRODUCCIÓN

La búsqueda de las razones o causas determinantes de la crisis por la que atraviesa en la actualidad nuestra Administración de Justicia nos conduce inicialmente a la constatación de un hecho: es la falta de agilización de los procesos, la lentitud en el desenvolvimiento de los mismos.

Dejando a un lado otros factores que contribuyen decisivamente a esta situación, como pueden ser la insuficiencia de los presupuestos previstos para Justicia y consiguiente escasez de medios materiales y

* Las autoras desean agradecer al doctor D. José Luis Vázquez Sotelo el interés mostrado en la lectura y revisión del manuscrito original.

personales entre otros, y limitándonos al ámbito del proceso civil, trataremos de apuntar en este trabajo algunos aspectos de nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Civil que, si en épocas históricas anteriores pudieron haber tenido alguna razón de ser, hoy en día constituyen sin duda un obstáculo a la necesaria celeridad de los procesos, o pueden constituirlo, si como desgraciada y frecuentemente sucede en la práctica diaria de nuestros Juzgados y Tribunales son aprovechados por los litigantes poco escrupulosos con el mero fin de dilatar el procedimiento, lo que acarrea, además, la consiguiente pérdida de energías y dinero de otros intervinientes en el proceso.

En nuestro actual sistema procesal, y a pesar de las reformas introducidas por la Novela del 84, sigue existiendo la posibilidad de las llamadas sentencias absolutorias en la instancia, aquellas en las que el órgano jurisdiccional no entra siquiera a resolver el fondo del asunto, aquello que constituye la cuestión principal del pleito, sino que, entendiéndose que se ha dado la falta de algún presupuesto o requisito del proceso, absuelve sin más al demandado. A partir de ahí cabe al actor ejercitar su acción, que ha quedado imprejuzgada, en un nuevo proceso, pero el anterior se habrá desarrollado inútilmente, lo que podía haberse evitado si el defecto se hubiera subsanado a su debido tiempo o, caso de ser insubsanable, el Juez o Tribunal hubiese emitido un pronunciamiento en el que, apreciándose así, se hubiera puesto fin al proceso evitando lo antieconómico de aquella situación.¹

En nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, y hasta la Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil 34/84, existían algunos supuestos en los que este problema se había tratado de paliar por el legislador.

Examinaremos estos supuestos y veremos en qué medida ha incidido la reforma en este aspecto.

II. EN EL JUICIO DE MAYOR CUANTÍA

Así, en el juicio de mayor cuantía, la posibilidad contemplada en los arts. 532 y ss., donde se trata de fijar una serie de supuestos que impiden, en tanto el juez no se pronuncie sobre ellos, la válida continuación del proceso.²

1. RAMOS MÉNDEZ, *De las excepciones dilatorias. Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 498 y ss.

2. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I. Ed. Aguilar, Madrid, 1945, p. 278.

Ahora bien, esta previsión legal no siempre logra resolver el problema arriba planteado (ni siquiera tras la reforma operada en el art. 533 por la Ley 34/84).

En primer lugar, porque la enumeración de los obstáculos procesales que pueden aparecer presenta un carácter taxativo.

En segundo lugar porque queda, en todo caso, al libre arbitrio del demandado el proponer las excepciones en vía previa, o hacerlo al contestar a la demanda, resolviéndose entonces en la sentencia definitiva.

Por último, la reforma del 84, al aumentar el tope cuantitativo de este juicio de mayor cuantía, ha hecho que devenga infrecuente la aplicación de este procedimiento, que antes de la citada reforma constituía el juicio tipo.

Finalmente, porque la mayoría de los obstáculos procesales que pueden darse únicamente pueden ser denunciados por el demandado; no le es posible al juez (salvo encontrándose supuestos) apreciarlos de oficio. Este punto también debería haber sido objeto de revisión en la Ley 34/1984 de Reforma Urgente de Ley de Enjuiciamiento Civil,³ cuyas normas son de aplicación subsidiaria para otros procesos, lo que no tiene razón de ser en la actualidad debido a su mínima utilización en la práctica, como tampoco la tiene el que un procedimiento de tanto predominio práctico como es el de cognición se ubique fuera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero este defecto de sistema lamentablemente no fue corregido por el legislador en la Ley de Reforma Urgente.

Pero hay todavía una cuestión más; y es que, aun en el supuesto en que la excepción se plantee en vía previa, subsisten todavía posibilidades de que se desarrolle un proceso inútil.

En efecto, de la redacción del último párrafo del art. 538 se desprende, como ha señalado la doctrina,⁴ que el auto que estime la o las excepciones propuestas será apelable en dos efectos, suspendiéndose por tanto el curso del proceso hasta tanto la apelación se resuelva. En este caso, si se logra la finalidad de evitar el proceso inútil.

Pero si el auto no estima las excepciones establece la ley que la apelación se admitirá en un solo efecto, continuándose las actuaciones hasta el trámite de sentencia, en que se suspenderán hasta reconocer el resultado de la apelación,

3. Ya en 1951 el profesor FAIRÉN GUILLÉN había aludido a este tema en *El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites*, *Rev. de Derecho Procesal*, 1941, pp. 194 y ss.

En este segundo supuesto cabe que en la apelación se revoque el auto desestimatorio de las excepciones, hipótesis en la que volvemos a encontrarnos con que el proceso se ha desarrollado en vano. Cabe que, por el contrario, el auto haya sido confirmado, pero, como lo habitual será, que en ausencia de un plazo señalado por la ley se llegue al trámite de la sentencia sin haberse aún obtenido el resultado de la apelación; las actuaciones han de suspenderse, con lo que la dilación puede aumentar produciéndose el efecto contrario al querido por el legislador al establecer que el recurso se ha de dar en un solo efecto.

Llegados a este punto la solución posible a adoptar en una futura reforma sería la señalada por el profesor Ramos Mendez, quien entiende que se hubiera debido completar el artículo con una disposición que obligase a celebrar la vista del recurso de apelación de la dilatoria en el momento en que el pleito principal llega al estado de visto para sentencia.⁵

Pensamos que también cabría que en lugar de admitirse esta apelación independiente se permitiese únicamente impugnar la resolución al apelar la sentencia definitiva.

III. EN EL JUICIO DE MENOR CUANTÍA

Para el juicio de menor cuantía, a partir de la reforma 34/84, como una de las funciones (la principal),⁶ conferidas al trámite de comparecencia previa, está precisamente la función saneadora, que contemplan las reglas tercera y cuarta del art. 693. Esta innovación, al menos en teoría, parece acertada, pero ¿qué virtualidad práctica tiene la aplicación de estas reglas?

Destaca, en primer lugar, la inserción de un trámite oral en un procedimiento escrito, lo que ha motivado que en la realidad cotidiana de Juzgados y Tribunales no se hayan visto llevados a buen término los fines que el legislador se había propuesto.

De hecho, la comparecencia previa se ha convertido, en la mayoría

4. Cf. VÁZQUEZ SOTELO, *Instituciones saneadoras del proceso civil español: excepciones dilatorias y comparecencia previa*, Justicia 87, núm. 1, p. 33, y RAMOS MÉNDEZ, *De las excepciones...*, cit., p. 506.

5. RAMOS MÉNDEZ, *De las excepciones...*, cit., p. 506.

6. Por eso se la denomina también comparecencia saneadora, si bien, al respecto, vid. VÁZQUEZ SOTELO, *Instituciones saneadoras...*, cit., p. 42.

de las ocasiones, en un mero trámite, entre otras razones por la inasistencia del juez o magistrado al acto de la misma. Hay que decir, no obstante, que esta ausencia no puede atribuirse simplistamente a una relajación por parte del juez en el cumplimiento de sus obligaciones, sino que es únicamente una manifestación del ritmo de trabajo al que ante ellos se sustancian los procesos. Así, con frecuencia, en los Juzgados se hayan señalados de forma simultánea una pluralidad de actos para los que la ley prevé la presencia judicial. Esta presencia simultánea es, naturalmente, imposible, y los actos se celebran ante un oficial o auxiliar de secretaría.

Estas prácticas generalizadas, o más bien deberíamos hablar de corruptelas, sorprenden menos cuando se trata de actuaciones escritas que cuando son orales. Con todo, la oralidad que la ley prevé para el trámite del 693 hubiere tenido más razón de existir de haber sido diferentes las circunstancias fácticas en las que se desenvuelve la actividad de nuestra judicatura.

En cualquier caso, lo que está claro es que la comparecencia del juicio de menor cuantía carece absolutamente de sentido sin la intermediación del juez.⁷ ¿Y qué ocurre respecto de la presencia de las partes?

Desde luego, a los fines de denunciar, y en su caso subsanar, defectos de índole procesal, es incuestionable la necesidad de la concurrencia de éstas. A pesar de ello, la ley dispone que la incomparecencia de los abogados no determinará la suspensión del acto. Se plantea aquí también un problema relacionado con ello, y en cuyo examen no vamos a entrar por no ser objeto de nuestro estudio, pero que conviene señalar: ¿Quién propondrá la prueba en caso de incomparecencia de los abogados? (Hay que tener en cuenta que en el propio art. 693 se establece que si interesa al derecho de las partes el recibimiento a prueba del pleito habrán de solicitarlo en el acto de la comparecencia. Y no hay que olvidar que el acto de petición de prueba innegablemente es un acto de postulación pura.)

En los números tres y cuatro del art. 693 no se especifica qué defectos son subsanables y cuales no. Sin hacer una enumeración taxativa de estos, la ley debería haber dado alguna pauta clarificadora de la cuestión, evitándose así la quizá excesiva cautela de los jueces al aplicar este precepto. Así, por ejemplo, creemos que podrán ser subsanables

7. En el mismo sentido, vid. BARBOSA MOREIRA, *Saneamiento del proceso y Audiencia preliminar*, Rev. de Derecho Procesal, 1986, n.º 2, p. 262.

la falta de capacidad procesal, el defecto legal en el modo de proponer la demanda, los defectos del poder..., incluso la falta de litisconsorcio propiamente necesario en determinados supuestos; así, por ejemplo, cuando por error se haya omitido a algún litisconsorte cuya necesaria presencia se haga patente en el proceso.⁸

No podrá ser subsanable, sin embargo, este defecto cuando no pueda procederse a la integración del contradictorio en este momento por no ser posible determinar la exigencia del litisconsorcio sino conjuntamente con el examen de la cuestión de fondo.

Cuando la subsanación no pueda llevarse a efecto en el propio acto la ley prevé la concesión de un plazo para ello no superior a diez días.

También la ley en este punto adolece de previsión. En primer lugar porque pueden darse casos en los que el plazo máximo de diez días sea insuficiente, lo que ocurrirá, por ejemplo, en el supuesto antes indicado de falta de litisconsorcio necesario, ya que aquí solicitado el emplazamiento del litisconsorte omitido habrá de concedérsele el plazo para comparecer y contestar previsto en el art. 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y en segundo lugar, porque, concedido el plazo de diez días sin que en los mismos se haya procedido a la subsanación del defecto, hay que preguntarse cuál habrá de ser la postura a tomar por el órgano jurisdiccional. A falta de expresa disposición legal, una posibilidad sería continuar la tramitación del proceso hasta la sentencia (que subsistente aún el defecto sería absolutoria en la instancia). Otra posibilidad sería —a pesar de que la ley únicamente la contempla para el caso de incomparecencia de ambas partes— dictar auto de sobreseimiento del proceso. Ante esto el actor puede, o bien no recurrir y plantear de nuevo la demanda correctamente, o bien apelar, en cuyo caso la apelación habrá de admitirse en ambos efectos por imperativo de lo dispuesto en el número segundo del art. 384, lo que implicará la consabida dilación.

Pero dejando a un lado aquellos supuestos en los que no será evitable el pronunciamiento de una sentencia absolutoria en la instancia, porque la propia naturaleza del defecto haga necesario que se examine conjuntamente con la cuestión de fondo (así los supuestos de litisconsorcio arriba señalados), es la propia ley la que da carta blanca, o por lo menos posibilita, que el proceso termine con una de aquellas

8. Vid., sin embargo, CALVO SÁNCHEZ, *Comentario de un Acta de Comparecencia. ¿Es subsanable la falta de litisconsorcio necesario?*, *Rev. de Derecho Procesal*, 1987, n.º 1, p. 92.

sentencias, por concurrir un defecto procesal que hubiera podido ser apreciado (o en su caso subsanado) en un momento anterior. Efectivamente, el art. 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «El demandado propondrá en la contestación todas las excepciones que tenga a su favor, así dilatorias como perentorias y, si se mantienen, el Juez resolverá sobre todas en la sentencia, absteniéndose de hacerlo, en cuanto al fondo del pleito, si estimase procedente alguna de las dilatorias que lo impida».⁹

El precepto dice «si se mantienen» y nos surge la duda: ¿cuándo? Creemos, con el profesor García Rodeja,¹⁰ que en el acto de la comparecencia; luego, si en este acto, la parte las mantiene, y el juez no aprecia de oficio algún defecto procesal que exista, tendrá lugar el repetido proceso inútil.

Se plantea la cuestión de si podrá el juez que en el acto de la comparecencia no hubiese apreciado de oficio un defecto procesal, estimarlo, sin embargo, en la sentencia, aunque la parte no lo hubiese denunciado, o habiéndolo hecho no lo mantuviese después. García Rodeja entiende que no, que también para el juez «precluye» esta posibilidad,¹¹ pero creemos que la cuestión es dudosa si se tiene en cuenta que en este supuesto cabrá que la Audiencia declare al resolver la apelación la nulidad de lo actuado. Una última consideración es preciso hacer respecto de la comparecencia del juicio de menor cuantía y en concreto respecto a la función saneadora que está llamada a cumplir, es decir, el logro de que la absolución en la instancia se produzca las menos veces posibles: de los artículos que la Ley dedica a esta cuestión no puede extraerse la consecuencia de que la actividad del juez en orden a la denuncia de los defectos procesales en tiempo oportuno esté configurada como una obligación de aquél sino más bien como una mera posibilidad, cuya no utilización unida al interés que frecuentemente anima a los litigantes de «ganar tiempo» (esto es, de perderlo, a fin de retrasar el pronunciamiento de fondo) tiene como resultado el escaso logro de los fines que el legislador se proponía con la regulación que comentamos.

9. Aquí la ley utiliza el término «dilatorias» como sinónimo de «procesales».

10. GARCÍA-RODEJA FERNÁNDEZ, *Los juicios declarativos*. Separata del Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón, 1985, núm. 98, p. 41.

11. GARCÍA-RODEJA FERNÁNDEZ, *Los juicios...*, cit., p. 42.

IV. EN EL JUICIO DE COGNICIÓN

En el juicio de cognición destaca el reforzamiento de los poderes del juez en orden a la subsanación de defectos procesales. Pero también aquí caben las mismas consideraciones hechas en cuanto al juicio de menor cuantía, en el sentido de que, efectivamente, se trata de «poderes» y no de «deberes» del juez. De la regulación del proceso de cognición se desprende que la actividad del órgano jurisdiccional en cuanto a la subsanación de defectos es contemplada por el legislador como una mera posibilidad, que desaprovechada (como frecuentemente ocurre debido a que, por las razones antes aludidas, los jueces suelen tener la primera toma de contacto con un asunto a la hora de dictar sentencia), aboca una vez más a la sentencia absolutoria en la instancia. En efecto, y concretamente respecto de la falta de capacidad procesal, si bien el art. 34 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 por el que se desarrolla la Base 10.º de la Ley de 19 de julio de 1944, sobre normas procesales aplicables en la Justicia Municipal, dispone que el juez «examinará» si las partes la tienen, el último párrafo del art. 63 establece que el juez «podrá» acordar de oficio en cualquier momento del juicio, aparte de lo dispuesto en el art. 34, la subsanación de los defectos de capacidad procesal en el plazo máximo del tercer día.

Y, en todo caso, queda abierta para el demandado la posibilidad de denunciar defectos al contestar a la demanda, resolviéndose entonces la cuestión en la sentencia antes de entrar en el examen del fondo según prevé expresamente el art. 37.

Sería deseable, por todo lo expuesto, que en una futura reforma se estableciese, con carácter general y en un trámite escrito en procesos escritos, la necesidad de examinar con carácter previo, siempre que ello sea posible, los defectos procesales que pudieran existir para, según los casos, subsanarlos o poner fin al proceso, evitando el desarrollo inútil del mismo.

DACIONES DE CUENTA

SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES INDETERMINADAS DEL ARTÍCULO 1.428 LEC

Manuel ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO:

1. Dedicatoria e introducción. — 2. Presupuestos de las medidas: A) El principio de prueba por escrito. Casos de dudosa aplicabilidad estricta de este presupuesto. — 3. B) El carácter preceptivo de la contracautela. ¿Es admisible el aval bancario? — 4. C) La clase de pretensión ejercitada y las modalidades del *periculum in mora*. El ámbito de aplicación del art. 1.428 respecto a otras disposiciones reguladoras de medidas cautelares. — 5. Sobre los criterios para la determinación de las medidas: A) El riesgo de la indeterminación y el estado actual de la doctrina. — 6. B) Asegurar la efectividad, no asegurar la ejecución. Cumplimiento forzoso de la resolución cautelar y ejecución de la sentencia. — 7. Problemas del procedimiento; en especial, sobre la técnica elegida para la contradicción.

1. DEDICATORIA E INTRODUCCIÓN

La preparación de un trabajo destinado a los estudios en homenaje al profesor Fairén ha sido para mí una labor fácil, pero que me ha dejado una profunda insatisfacción.

La mayor facilidad la he encontrado a la hora de elegir un tema de estudio adecuado para esta ocasión. Pensaba que ese tema debía haber merecido alguna vez la atención científica del destinatario de nuestro homenaje. En este aspecto el camino era llano, porque es no-

torio que no hay parcela de la materia procesal que el profesor Fairén no haya cultivado, y siempre con frutos.*

Estoy, en cambio, insatisfecho porque deseaba —y no creo haberlo conseguido— que mi trabajo se hallara a la altura del respeto, la estima y la admiración que siento hacia don Víctor, mi primer profesor de Derecho Procesal en las aulas de la Facultad valenciana, guía de los primeros pasos de mi formación científica y permanente maestro mediante su amplísima obra.

Las páginas siguientes se destinan a tratar ciertos aspectos de la regulación de las medidas cautelares indeterminadas en el art. 1.428 LEC. Tanto de la nueva regulación —resultante de la reforma de 1984— como de lo que persiste de la antigua —porque la reforma no lo rozó, como ocurre con los criterios para determinar las medidas adoptables—. El tratamiento pretende más apuntar posibilidades, en las que habrá que profundizar, que establecer conclusiones definitivas.

En todo caso, el trabajo me parece oportuno, porque pude comprobar en reciente ocasión, y en un marco muy adecuado, que el artículo 1.428 LEC sigue siendo, tras la reforma, el gran desconocido y, cuando se atisban sus posibilidades, provoca cierta prevención frente a su uso.

Es también responsabilidad nuestra reducir la inseguridad en su interpretación y aplicación. Con ello contribuiremos a que juegue el papel previsto por el legislador esta pieza importante para la efectividad de la tutela judicial.

2. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS:

A) EL PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO.

CASOS DE DUDOSA APLICABILIDAD ESTRICTA DE ESTE PRESUPUESTO

El acreditamiento del derecho, el habitualmente denominado por la doctrina *fumus boni iuris*, como presupuesto de la medida cautelar, ha sido, sin lugar a dudas, la *vexata quaestio* por antonomasia, tanto respecto a la derogada redacción del art. 1.428 LEC como en los trabajos que culminaron en la reforma de esta disposición.

* Concretamente sobre la materia que he decidido estudiar, el profesor FAIRÉN ha publicado, además de los trabajos que se citarán en notas siguientes, *La reforma del proceso cautelar español*, en *Temas de ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969, pp. 897-939, y *Observaciones al borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preparado en la Comisión General de Codificación (Libro cuarto)*, en *RDPPro. Iberoam.*, 1983, pp. 7-44.

Como se recordará, la anterior redacción del artículo requería que el acreditamiento resultase de un documento de los tres primeros números del art. 1.429 LEC. Las posturas doctrinales estaban claramente divididas a la hora de valorar esta exigencia. Algunos autores la justificaron tanto en un plano técnico-jurídico, porque el art. 1.428 suponía otras medidas cautelares más accesibles y no era incoherente que cerrara el sistema con unas medidas indeterminadas sometidas a requisitos más rígidos, como aduciendo razones de orden práctico —evitar el riesgo de uso de la medida cautelar como medio de coacción—.¹ Otros autores criticaron el rigor de este requisito, atribuyendo al mismo la inoportunidad de las apreciables posibilidades que abría la disposición, y algunos propugnaron superar el rigor legal por vía interpretativa.²

En la jurisprudencia de las Audiencias Territoriales pueden encontrarse algunas muestras de ese intento de dulcificar el requisito del acreditamiento documental.³ De todos modos, la orientación predominante se mantuvo en la línea de una interpretación literal —y, guste o no, técnicamente más correcta— del requisito.⁴ Junto a los abundantes autos que pueden citarse patrocinando esa última orientación, resulta también ilustrativa de su predominio la notable escasez de resoluciones de las Audiencias sobre el art. 1.428. Razonablemente cabe pensar que esa escasez responde a que la dificultad de cumplimentar este requisito rigidamente interpretado inducía a no hacer uso de aquel artículo.

1. J. CARRERAS, *Las medidas cautelares del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Estudios de Derecho procesal*, con FENECH, Barcelona, 1962, pp. 585-586; M. SERRA, *Teoría general de las medidas cautelares*, en *Las medidas cautelares en el proceso civil*, con RAMOS, Barcelona, 1974, pp. 67-68.

2. F. BECEÑA, *Magistratura y Justicia*, Madrid, 1928, pp. 345-346; J. GUASP, *Derecho procesal civil*, II, Madrid, 1968, pp. 704-705; L. PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho procesal civil*, II, Pamplona, 1982, p. 843; V. FAIRÉN, *Los procesos y las medidas cautelares*, en *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, p. 100; M. GALLEGU MORELL, *El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *RDPPro.*, 1953, pp. 223-225; J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *RDPPro. Iberoam.*, 1975, pp. 86-90.

3. Véanse, por ejemplo, AAT Barcelona, 8 de febrero de 1968 (*RJC*, 1968, pp. 1331-1332), AAT Barcelona, 21 de abril de 1969 (*RJC*, 1970, pp. 161-164); AAT Barcelona, 26 de mayo de 1975 (*RJC*, 1975, pp. 128-129); AAT Barcelona, 30 de abril de 1983 (*RJC*, 1983, pp. 658-659).

4. En este sentido pueden verse los siguientes Autos: AT Cáceres, 20 de noviembre de 1967 (*RGD*, 1968, pp. 887-888); AT Palma de Mallorca, 28 de enero de 1955 (*RGD*, 1956, pp. 635-636); AT Burgos, 5 de junio de 1965 (*RGD*, 1965, p. 690), y de la AT Barcelona, 17 de diciembre de 1966 (*RJC*, 1967, pp. 967-968), 17 de abril de 1969 (*RJC*, 1969, p. 1123), 27 de marzo de 1972 (*RJC*, 1972, pp. 446-447), 22 de mayo de 1981 (*RJC*, 1981, pp. 825-826).

Prueba de esto último es que, cuando se persigue facilitar el recurso a estas medidas indeterminadas, se empieza por reformar precisamente el presupuesto del acreditamiento documental. La reducción de éste a un «principio de prueba por escrito» ya aparecía en el proyecto del Gobierno,⁵ que había recogido esta innovación de un anteproyecto de reforma que elaboró el Consejo General del Poder Judicial.⁶

De tres aspectos del proyectado art. 1.428 que suscitaban discusión en el trámite parlamentario, éste fue uno y acabó por resolverse, además, en virtud de la solución que se alcanzó para otro tema relacionado con el acreditamiento documental: la necesidad de contracautela en todo caso.

La enmienda 258 que el Grupo Popular presentó contra este aspecto de la reforma y las intervenciones en su defensa en comisión y pleno del Congreso revelan no un intento de mantener la antigua redacción, pero sí de limitar el alcance indeterminado del «principio de prueba por escrito», dejándolo reducido a un documento suscrito por el demandado.⁷ Rechazada esa enmienda en el Congreso, fue reproducida en el Senado (enmienda 136) y retirada en los trabajos de la ponencia que, al mismo tiempo, modificó el texto del Congreso en el sentido de hacer siempre exigible la contracautela del solicitante.⁸

En general este aspecto de la reforma ha sido bien recibido,⁹ aunque también hay alguna voz discrepante.¹⁰ Entiendo que la modificación ha sido adecuada porque, sin olvidar el riesgo de fraudes y errores, las actuales circunstancias requieren atender preferentemente a la efectividad de la tutela judicial, y porque está rodeada de garantías suficien-

5. Véase BOCG, Congreso, Serie A, 7 de junio de 1983, núm. 30-I, p. 310.

6. Puede verse en *Justicia* 82, p. 249.

7. Véase BOCG, Congreso, Serie A, 9 de diciembre de 1983, núm. 30-I, p. 320-340; Diario de Sesiones, Congreso, 1984, núm. 124, Comisión de Justicia e Interior, pp. 4141-4444; Diario de Sesiones, Congreso, 1984, núm. 112, Pleno, pp. 5141-5142 y 5147-5148.

8. BOCG, Senado, Serie II, 11 de mayo de 1984, núm. 128 (c), p. 105; BOCG, Senado, Serie II, 4 de junio de 1984, núm. 128 (d), p. 179.

9. Además de las obras generales que podrían citarse y que se refieren a esta reforma en sentido expresa o implícitamente aprobatorio, pueden verse también ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, *Informe sobre el proyecto de la Ley de modificación urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, s.d., p. 64; V. FAIRÉN, *La Ley de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, pp. 303-304; I. TAPIA, *El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Boletín del I.C. de Abogados de Madrid*, 1985, nov.-dic., p. 63.

10. Ya respecto al proyecto, M. SERRA, *Observaciones críticas sobre el proyecto de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Justicia* 83, IV, pp. 808-809.

tes al exigirse, en todo caso, prestación de contracautela (que puede disuadir de intentos de utilización ilícita de la medida cautelar) y al mantenerse, en definitiva, el requisito del acreditamiento documental, cuando en Derecho comparado suelen admitirse a estos efectos medios de acreditamiento en abstracto menos fiables y en todo caso no limitados a los documentos.¹¹

Descendiendo a los problemas de la aplicación del precepto en cuanto a este requisito hay que indicar, de entrada, que para la determinación de lo que deba entenderse por «principio de prueba por escrito» se cuenta con la jurisprudencia formada respecto a ese concepto en la decisión de cuestiones de competencia territorial. Sin tratar de resumirla y sistematizarla ahora, es conveniente destacar que, si bien no se requiere que el documento aparezca firmado por aquél a quien se atribuye la obligación, sino que la apariencia de autenticidad puede derivar de otro tipo de signos que el documento presente o de la actitud que el demandado adopte frente al mismo, tampoco se admite que valga como principio de prueba escrito el documento estrictamente testimonial, atribuible a un tercero.¹² No propugno que el principio de prueba por escrito sea concebido más rigurosamente a los efectos del art. 1.428 que en las cuestiones de competencia territorial, pero es indiscutible que menos aún cabe en el primer caso una concepción más laxa, porque es más grave la incidencia de la decisión sobre una medida cautelar que sobre un presupuesto procesal.

Sobre el contenido objetivo y subjetivo del principio de prueba por escrito se suscitan dudas de diferente índole, aunque todas relacionadas con la rigurosa expresión de que de dicho principio de prueba «aparezca con claridad una obligación de hacer, o de no hacer o de no entregar, cosas determinadas o específicas».

En una interpretación estricta habría que mantener que el principio de prueba debería mostrar por sí mismo que en ese escrito contrajo una obligación aquél frente a quien se solicita la medida cautelar y también cuál es la obligación contraída. Esta interpretación ha sido a

11. Véanse las referencias a este tema en *Les mesures provisoires en procédure civile* (ed. G. Tarzia), Milán, 1985, particularmente en los trabajos de HABSCHIED, p. 37; KERAMEUS y POLYZOGOPOULOS, p. 71; MATSCHER, p. 102. Para el Derecho alemán, E. SCHILKEN, en ROSENBERG, GAUL, SCHILKEN, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Munich, 1987, pp. 795, 811-812; O. TEPLITZKY, *Arrest und einstweilige Verfügung*, en *Juristische Schulung*, 1976, p. 280. Para el Derecho italiano, G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC*, Padua, 1985, pp. 267-271 y 304-308.

12. J. CARRERAS, *El principio de prueba en las contiendas sobre competencia territorial*, en *RDPPro.*, 1964-III, pp. 29-57.

veces patrocinada por la jurisprudencia: así, por ejemplo, en el AAT Cáceres 20 noviembre 1967 (RGD, 1968, p. 888) se indica que el título ha de establecerse «de modo cierto y evidente, una obligación en sentido técnico o contractual del contenido expresado», y en el AAT Barcelona 22 mayo 1981 (RJC, 1981, pp. 85-86), que argumenta que el deber de respeto a la propiedad y demás derechos reales «es algo radicalmente distinto a una obligación asumida en un contrato, vínculo que además ha de reflejarse en alguno de los documentos...», aunque ahora, tras la reforma, en el principio de prueba escrito.

Una interpretación tan literal y restrictiva resulta infundada cuando en el principio de prueba no consta de manera específica y expresa la obligación contraída, pero en cambio sí que es demostrativo de que aquél frente a quien se pide la medida es titular de una relación jurídica en cuyo régimen existe aquella obligación, bien sea por disposición legal o en virtud de reglas de origen negocial que de algún modo han sido asumidas al entrar a formar parte de la relación. Pienso, a modo de ejemplo, en el arrendador que pretendiera una medida *ex art. 1.428* respecto a la obligación del arrendatario de tolerar reparaciones urgentes en la cosa arrendada, o en obligaciones que pueden contenerse en estatutos de una asociación o de un edificio en régimen de propiedad horizontal: en estos casos debe bastar que el principio de prueba acredite que el demandado es, respectivamente, arrendatario, socio o titular de un piso o local, aunque en los dos últimos supuestos, como es lógico, también debe aportarse el documento que contenga los estatutos correspondientes.

Sin embargo, me parece excesivo, en el sentido contrario de concebir con laxitud el contenido objetivo del principio de prueba, sostener que las obligaciones de restitución o de liquidación derivadas de la extinción (por diversidad de causas) de una relación jurídica, resultan acreditadas por el propio principio de prueba que sería justificativo de la relación extinguida. Parece que para mantener un concepto unitario de la función del principio de prueba, en los supuestos apuntados éste debería revelar una aceptación (por el demandado) de aquellas obligaciones de restitución o de liquidación. En la jurisprudencia de las Audiencias Territoriales pueden encontrarse, sin embargo, tratamientos dispares de esta clase de casos.¹³

13. En la línea de la tesis sostenida en el texto AAT Barcelona, 17 de febrero de 1977 (RJC, 1977, pp. 83-84): «... el texto de tal precepto (art. 1.428) no acoge el que la causa de pedir de la actora, fundamento de su pretensión, no sea el con-

Por fin, presuponiendo que las medidas cautelares *ex art. 1.428* puedan adoptarse cuando la pretensión del proceso principal se funde en un derecho absoluto —tema sobre el que trataremos después—, surge un específico problema sobre el contenido que deba tener el principio de prueba por escrito: ¿basta con que de éste resulte la titularidad del derecho o será, en cambio, necesario que demuestre que el demandado ha asumido las obligaciones que derivan de la lesión de ese derecho y tienen por objeto la restitución y la reparación?

Contra lo que a veces se sostiene en la jurisprudencia,¹⁴ me inclino decididamente por la primera posibilidad, por dos razones.

De entrada, la segunda opción presenta el inconveniente práctico de disminuir la utilidad del art. 1.428 en estos supuestos, dado que si se ha producido la lesión del derecho ya existirá un estado litigioso y será por tanto difícil conseguir un principio de prueba por escrito que revele la asunción de las obligaciones derivadas de la lesión.

Pero el argumento fundamental contra la segunda posibilidad entiendo que es que acaba por extender, sin fundamento, la limitación del acreditamiento documental, que la ley sólo refiere al derecho tutelable, a la demostración del *periculum in mora*. En efecto, para las pretensiones fundadas en derechos de obligación es evidente que el acreditamiento documental no ha de extenderse a demostrar que el derecho ha sido lesionado, que la obligación ha sido incumplida; en todo caso, la conducta del demandado respecto al cumplimiento puede ser relevante como circunstancia reveladora de la necesidad de adoptar medidas para asegurar la efectividad de la sentencia, pero la demostración de esto último ya no tiene tasados los medios de acreditamiento.

Al que alegue un derecho absoluto no le bastará, ciertamente, aportar un principio de prueba por escrito de la titularidad de ese derecho para obtener la medida cautelar, pero no se entiende por qué, a diferencia del que ha aducido un derecho de obligación, aquél tenga que

tenido de unos documentos fehacientes a *prima facie*, sino unos hechos a probar y calificar en el orden jurídico de incumplimiento y con trascendencia para determinar la resolución de unos pactos sinalagmáticos y heterogéneos, reintegrando precisamente las pretensiones consumadas que no se conocen o justifican, salvo prueba». Con diferente orientación, AAT Barcelona, 13 de febrero de 1973 (RJC, 1973, pp. 338-339) y AAT Barcelona, 21 de abril de 1969 (RJC, 1970, pp. 161-164).

14. Pueden verse, con referencia a esta cuestión, AAT Cáceres, 20 de noviembre de 1967 (RGD, 1968, pp. 887-888); AAT Barcelona, 27 de marzo de 1972 (RJC, 1972, pp. 158-159) y AAT Barcelona, 22 de mayo de 1981 (RJC, 1981, pp. 825-826).

acreditar también sólo por medios documentales la conducta del demandado creadora de la necesidad de la tutela cautelar.

Incluso hay supuestos en los que no es lógico requerir que se acredite documentalmente la titularidad del derecho absoluto. Me refiero a los derechos de la personalidad que, por su carácter de innatos e inherentes de toda persona, no precisan de ningún acreditamiento de su adquisición. Otra cosa es que a los efectos del *periculum in mora* deba acreditarse la lesión del derecho y que, en ese mismo plano, pueda la persona frente a la que se ha pedido la medida cautelar alegar y acreditar que el solicitante ha consentido expresamente la injerencia en ciertos derechos, de modo que la intromisión no es ilegítima y no causa perjuicio (p. ej., arts. 2.2 y 3.3 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con relación a la tutela cautelar prevista en el art. 9.2 de esa misma Ley).

3. B) EL CARÁCTER PRECEPTIVO DE LA CONTRACAUTELA. ¿ES ADMISIBLE EL AVAL BANCARIO?

En la antigua redacción del art. 1.428 la prestación de contracautela por el solicitante de la medida no era preceptiva, y ello en el preciso sentido de que la constitución de una concreta garantía podía obviarse en caso de «solvencia notoria y suficiente» del actor.

Insisto en esa matización del sentido de la no preceptividad, porque no se halla en juego, ni antes ni ahora, para las medidas *ex art.* 1.428, el significado que tiene la preceptividad de la caución a efectos de completar el medio de acreditamiento del *fumus* en el embargo preventivo (arts. 1.401, 1.402 LEC):¹⁵ antes, a pesar del considerable grado de fiabilidad de los documentos exigidos, no había medida sin caución previa —salvo notoria solvencia—; ahora, cualquiera sea la credibilidad del principio de prueba, la caución es exigible y no creo que su cuantía pueda modularse en función de aquella credibilidad,¹⁶ menos aún sustituir la concurrencia de un propio principio de prueba.

En el proyecto del Gobierno se mantenía aquel aspecto de la anti-

15. Véase, sobre este significado, mi *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, pp. 107-113.

16. Por el contrario, tiende a establecer esa relación F. RAMOS en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Cortés), Madrid, 1985, p. 691.

gua redacción; a ello se opuso el grupo parlamentario Popular —postulando la necesidad de la contracautela en todo caso—, que vio triunfar su tesis en el Senado, aunque a cambio de admitir la suficiencia del principio de prueba por escrito, en vez del documento firmado.¹⁷

Más que una valoración de la conveniencia de este cambio legislativo,¹⁸ quiero apuntar dos cuestiones que su aplicación suscitará y algún argumento para resolverlas.

La primera cuestión es, tal vez, de alcance muy restringido y tiene precisamente que ver con la relación excluyente antes establecida entre notoria solvencia y prestación de contracautela.

La Administración del Estado (art. 8, II, RD 21 de enero 1925, que aprueba el Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y Cuerpo de Abogados del Estado)¹⁹ y las entidades locales (artículo 182.5 RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local) están exentas de la prestación de cauciones y fianzas ante los tribunales a efectos de ejercicio de acciones e interposición de recursos. Como el fundamento de esta exención es la solvencia económica de los entes públicos,²⁰ pudiera pensarse que la reforma del art. 1.428, al excluir que la solvencia permita eludir la prestación de caución, determina que también a estas entidades les sea

17. Véanse, *supra*, los trabajos parlamentarios citados en notas 7 y 8.

18. Desde el punto de vista valorativo, en cuanto medida que contribuye a una mayor efectividad de la responsabilidad por el uso ilegítimo de las medidas cautelares, me parece, en principio, plausible. La efectividad de tal responsabilidad depende de otros dos factores diversamente tratados en la reforma del artículo 1.428: el régimen jurídico-material de la responsabilidad y el tratamiento procesal de la pretensión de indemnización. En cuanto a lo primero, la regulación me parece, a primera vista, defectuosa, pues, a diferencia de los arts. 1.412, III, y 1.413, I, LEC, nada en el art. 1.428 permite entender abandonada la regla general de la responsabilidad por culpa, en favor de una responsabilidad objetiva. Esto restringe los supuestos de responsabilidad y dificulta su enjuiciamiento con la difícil valoración del elemento subjetivo. En cambio, en cuanto al tratamiento procesal de la pretensión de indemnización se ha avanzado, pues el pár. 6, último inciso, del artículo permite eludir la más costosa vía de un proceso ordinario separado.

19. Con seguridad, este privilegio corresponderá también a las administraciones de las Comunidades Autónomas, pero no siempre es fácil encontrar el preciso fundamento normativo; sin embargo, pueden verse art. 43.3 Estatuto Autonomía de Andalucía y las leyes de comparecencia en juicio de las siguientes comunidades: Valenciana (art. 2), Castilla-La Mancha (art. 3), Murcia (art. 1) y Extremadura (art. 1).

20. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo* (con GARCÍA DE ENTERRÍA), II, Madrid, 1984, p. 593.

exigible. Esta conclusión no puede compartirse: estas normas de privilegio de las Administraciones públicas siguen siendo una excepción frente a la actual redacción del art. 1.428, tanto como lo eran con relación a la derogada, pues tampoco bajo el imperio de ésta la exención de fianza a las entidades públicas se amparaba en su notoria solvencia, sino en las disposiciones más arriba citadas.²¹

Más amplia repercusión práctica tiene, sin duda, la segunda cuestión, relativa a la clase de garantías que son admisibles para la cautela.

Es evidente, porque lo dice el par. 2 del art. 1.428 y lo reitera el par. 7, que no es admisible la fianza personal. Pero ¿es admisible el aval bancario? Tapia ha detectado el problema, pero no parece ofrecer una postura concluyente.²² Ramos, aunque sin argumentación, responde afirmativamente.²³

En principio el aval bancario debería entenderse excluido, precisamente por ser una modalidad de fianza personal. Se caracteriza porque el fiador es una entidad de crédito, pero jurídicamente no está revestida *per se* de una especial eficacia en orden a facilitar la efectividad de la garantía, aunque en el desarrollo real del tráfico jurídico se comporta como una garantía de gran efectividad.

Tal vez por esta última razón la ley considere, en ocasiones, el aval bancario como una garantía distinta a la fianza personal. Así puede verse, por ejemplo, el art. 385, IV, LEC y el propio art. 1.428, en su párrafo 5, relativo a la garantía sustitutoria de la medida cautelar. Esto permitiría entender que la exclusión de la fianza personal no comporta la del aval bancario.

No obstante, hay argumentos que impiden inclinarse, sin reticencias, por esta última solución.

En primer término, que aun reconociendo la apuntada distinción legal entre aval bancario y fianza personal, es evidente que, a diferencia del par. 5 del art. 1.428, el par. 2 —que es el que importa a estos efectos— no cita expresamente el aval, y tampoco lo hace la reiterativa disposición del último párrafo del artículo.

En segundo lugar, la omisión que acabo de resaltar no parece, en principio, atribuible a un descuido, porque el grupo parlamentario Mi-

noría Catalana formuló una enmienda (la 409) precisamente dirigida a que se incluyera el aval bancario, por ser ello normalmente aceptado en la reforma. Dicha enmienda fue rechazada por la ponencia, por la Comisión y, en fin, retirada en el pleno del Congreso.²⁴

Por último, hay un argumento que arranca del rechazo de la solvencia notoria como situación que podría eximir de prestar una garantía concreta: dado que el aval bancario no asegura más que una gran probabilidad de hecho de cumplimiento, sería contradictorio haber rechazado la suficiencia de la notoria solvencia propia del solicitante y darse ahora por satisfecho con la solvencia notoria de un tercero (la entidad bancaria avalista).

4. C) LA CLASE DE PRETENSIÓN EJERCITADA Y LAS MODALIDADES DEL «PERICULUM IN MORA». EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 1.428 RESPECTO A OTRAS DISPOSICIONES REGULADORAS DE MEDIDAS CAUTELARES

Los dos primeros temas de este apartado se refieren a dos distintos presupuestos de las medidas *ex art.* 1.428, que aquí sólo van a ser esbozados, aunque algo más se profundizará después en el segundo de ellos. La razón de esta breve referencia conjunta es llegar a una primera conclusión que reduzca la indeterminación del art. 1.428, delimitando su ámbito de aplicación frente a otros preceptos reguladores de medidas cautelares. Esto requiere, como se verá, atender a ambos presupuestos.

a) La fijación de los presupuestos de las medidas cautelares comprende, en todo caso, la indicación de la que, sin prejuzgar, podemos denominar situación jurídica para cuya tutela (frente a los riesgos que la amenazan) se establece la medida; abreviadamente: situación jurídica cautelable. Esa situación se define, a veces, en términos jurídico-materiales (p. ej., deudas en metálico y en especie, según el art. 1.399 LEC; obligación de hacer o no hacer o de entregar cosas determinadas o específicas, para el 1.428) y, más frecuentemente, con referencia —aunque sea incorrectamente expresada— a la clase de pretensión que se

21. Véase, para un caso en que el solicitante de medidas *ex art.* 1.428 era un Ayuntamiento, AAT Barcelona, 1 de diciembre de 1978 (RJC, 1979, pp. 100-101).

22. TAPIA, *El artículo 1.428...*, cit., p. 65 y, en especial, la nota 12.

23. RAMOS, en *Comentarios*, cit., p. 691.

24. BOCG, Congreso, Serie A, 9 de diciembre de 1983, núm. 30-I-3, pp. 320-341; Diario de sesiones, Congreso, 1984, núm. 124, Comisión de Justicia e Interior, p. 4144; Diario de sesiones, Congreso, 1984, núm. 112, Pleno, p. 5146.

interpone en el proceso principal con fundamento en cierta situación jurídico-material (p. ej., acción real que tenga por objeto cosa mueble —art. 499 LEC—, reclamar el pago de una deuda —art. 1.397 LEC—, demandar en juicio la propiedad —arts. 1.419 LEC, 42. 1.º LH—).

Para las medidas *ex art.* 1.428 se plantean problemas respecto a ambos modos de especificar la situación jurídica cautelable.

En primer término, es cuestionable si la admisibilidad de tales medidas depende de que se haya ejercitado o vaya a ejercitarse en el proceso principal una pretensión de condena, o también son admisibles si la pretensión es constitutiva o meramente declarativa.

Partiendo de la tesis de Carreras sobre los criterios para la determinación de las medidas del art. 1.428 se impone, coherentemente, afirmar la dependencia respecto a la pretensión de condena.²⁵ No obstante, la observación de la realidad y de ciertos datos de Derecho positivo, debe conducir, en este punto, a respuestas más matizadas.²⁶

De entrada, si bien las sentencias meramente declarativas y las constitutivas no precisan, en cuanto tales, de ejecución, es lo cierto que, respectivamente, hacen ciertas determinadas obligaciones o dan lugar a su nacimiento, modificación o extinción. Por supuesto estas obligaciones pueden ser voluntariamente cumplidas, pero, generalmente, la crisis existente entre las partes hace que ello sea poco probable y aconseja acumular las correspondientes pretensiones de condena a la declarativa o constitutiva. En cuanto suceda esto último, no hay cuestión especial sobre la admisibilidad de medidas cautelares, porque la sentencia puede ser de condena y requerir propia ejecución.

Pero incluso fuera de estos casos no parece que pueda rechazarse en principio la aplicación del art. 1.428 si se ejercitan pretensiones meramente declarativas o constitutivas. Las razones son varias: primero, la letra del precepto no habla de asegurar la ejecución de la sentencia, sino de asegurar la efectividad, y entre esos efectos pueden hallarse los no ejecutivos; en segundo lugar, y siguiendo con la letra de la disposición, obsérvese que aunque se refiera a obligaciones, no dice, a diferencia de otros casos (p. ej., art. 1.397 LEC), que su cumplimiento tenga que estar reclamado en el proceso. En fin, hay medidas cautelares «determinadas» que se adoptan en procesos cuyas pretensiones son de aquella clase (medidas provisionales en procesos matrimoniales (ar-

tículos 103 y 104 CC),²⁷ de impugnación o reclamación de filiación (artículo 128 CC),²⁸ en procesos sobre la capacidad de la persona (art. 209 CC),²⁹ anotación preventiva de demanda en procesos en que sólo se ejercita una pretensión declarativa de dominio³⁰ y suspensión de acuerdos sociales impugnados para su declaración de nulidad o anulación),³¹ de modo que no habría razón para excluir esta posibilidad en cuanto a las medidas cautelares indeterminadas.

El segundo problema en cuanto a la situación jurídica cautelable con medidas del art. 1.428 es el de si queda limitada a los derechos de obligación, o puede serlo también un derecho real o, más genéricamente, un derecho absoluto.

A pesar de que el texto del art. 1.428 se refiere a «obligaciones», no creo³² que ello sólo pueda interpretarse en sentido técnico y restrictivo. Cabe pensar, como situaciones equiparadas, en los deberes que corresponden a los terceros frente al derecho real o absoluto y, más específicamente, en los que derivan de su lesión o puesta en peligro. En realidad, si la doctrina no ha puesto énfasis en una interpretación extensiva de la disposición en este aspecto, no creo que haya sido por considerar esa interpretación intrínsecamente incorrecta, sino por entender que los derechos reales disponían de unas específicas y más fácilmente accesibles tutela cautelar y tutela sumaria (no cautelar).³³ Ahora bien, si esta última tutela más específica y determinada presenta insuficiencias que con medidas del art. 1.428 pudieran cubrirse, es obvio que el argumento de facilitar la tutela cautelar de los derechos reales acabaría por apoyar, precisamente, la aplicación a los mismos del art. 1.428.

27. Aunque respecto a este supuesto M. SERRA, *El objeto del proceso matrimonial*, en *Justicia* 83, I, pp. 41-67, considera con razón que se da una acumulación de pretensiones.

28. M. DE LA CÁMARA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. Albadalejo), III-1, Madrid, 1984, pp. 550-558.

29. M. ORTELLA RAMOS, *El proceso sobre la capacidad de la persona: notas para su estudio*, en *La Ley*, 9 de mayo de 1986, pp. 3-4.

30. F. RAMOS, *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona, 1979, pp. 119-121.

31. J. V. GIMENO, *El proceso de impugnación de acuerdos de sociedades anónimas y cooperativas*, Madrid, 1981, pp. 141-147.

32. También, claramente en contra de esa limitación, M. A. FERNÁNDEZ, *Leciones de Derecho procesal*, III, Barcelona, 1985, pp. 365-366.

33. Este es el criterio de CARRERAS en *Las medidas cautelares*, en *Estudios*, cit. (con FENECH), pp. 576-577, que en las páginas siguientes aplica al tratar de las diferentes medidas adoptables con base al art. 1.428. Le sigue ajustadamente en este planteamiento TAPIA, *El artículo 1.428*, cit., p. 64.

25. Véase *infra*, apartado 5, y mi *El embargo preventivo*, cit., pp. 34-36.

26. También, en este sentido, F. RAMOS en *Comentarios a la reforma*, cit., p. 690.

b) El tratamiento normativo del presupuesto del *periculum in mora* es diverso en nuestro ordenamiento, como he expuesto en otro lugar.³⁴ Respecto a las medidas del art. 1.428, nos encontramos ante esa clase de supuestos en los que el legislador encomienda al juez la valoración de las circunstancias determinantes del *periculum* en el caso concreto, e incluso le inviste de mayores poderes en cuanto a este presupuesto, como inmediatamente se verá.

No creo que en el art. 1.428 no se formule expresamente el presupuesto del *periculum in mora*.³⁵ Basta atender a la expresión «medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayera».³⁶ Esta frase desarrolla en el precepto una doble función: por un lado, es el concepto jurídico indeterminado que autoriza y delimita la especificación de las medidas adoptables y de los *pericula* relevantes para cada una de ellas; por otro lado, subordina la adopción de tales medidas a la concreta concurrencia de las circunstancias que las hacen necesarias.³⁷

Pero la más destacada especialidad del art. 1.428 no es la subordinación de las medidas a la valoración concreta del *periculum*, sino aquella autorización al juez para que especifique el *periculum in mora* relevante. En las normas rectoras de medidas cautelares determinadas, también llamadas típicas, las situaciones de riesgo para la efectividad de la sentencia (el *periculum in mora*) se hallan legalmente precisadas de una manera explícita o implícita. Explícitamente, por ejemplo, para el embargo preventivo, en el «motivo racional para creer que ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores», es decir, en el riesgo de que se cree una situación de insolvencia.³⁸ Implícitamente en otras medidas cautelares, porque el peligro atajado o conjurado por éstas puede «reconstruirse» considerando la réplica que frente a él supone la eficacia propia de la medida concedida: así, por ejemplo, la anotación preventiva de demanda contrarresta el peligro de enajenación y gravamen, el depósito judicial ese mismo peligro respecto a cosas muebles y, además, el de ocultación y destrucción, la intervención judicial de bienes litigiosos el riesgo de una conducta activamente dirigida a la devastación de ciertos bienes.

34. ORTELLS, *El embargo preventivo*, cit., pp. 40-41.

35. Así lo entiende FERNÁNDEZ, *Leciones*, III, cit., p. 367.

36. También de esta opinión RAMOS, en *Comentarios a la reforma*, cit., p. 690.

37. Respecto a una fórmula similar en el parágrafo 940 ZPO, SCHILKEN, en ROSENBERG, GAUL, SCHILKEN, *Zwangsvollstreckungsrecht*, cit., p. 785.

38. ORTELLS, *El embargo preventivo*, cit. pp. 114-130.

En el art. 1.428 el *periculum in mora* no aparece precisado en ninguno de esos dos sentidos. Desde luego no de una manera explícita, pero tampoco implícitamente, puesto que como el precepto deja igualmente sin determinar las medidas adoptables, no se produce aquella tácita restricción de los *pericula* que la medida cautelar es adecuada para contrarrestar. Consiguientemente, con el límite que (de modo implícito) deriva de la clase de medidas que se entienda que este precepto autoriza a adoptar (y que estudiaremos en los siguientes apartados 5 y 6), éste permite en principio la tutela frente a una serie de diversas situaciones de peligro, que en cada caso habrán de especificarse.³⁹

c) Ya se indicó que las precedentes consideraciones sirven, también, para definir el ámbito de aplicación del art. 1.428 frente a otros preceptos reguladores de medidas cautelares.

En principio, es claro que este artículo, a pesar de la extensión de su letra, no está llamado a regir toda la tutela cautelar con la única excepción de la necesaria para los casos de condena dineraria. La interpretación sistemática conduce a reservar su aplicación a aquellos supuestos que no se hallen comprendidos en preceptos reguladores de medidas cautelares típicas.⁴⁰

El problema es, entonces, cómo, en atención a qué se definen o delimitan tales supuestos. Parte de la doctrina ha entendido que el elemento decisivo es la situación jurídica cautelable y, como rasgo más destacado de ésta, el carácter real o personal del derecho.⁴¹ Me parece, por el contrario, más correcto no atender sólo a esa situación, sino también a la clase de *periculum in mora* frente al que se precisa la

39. RAMOS, en *Comentarios a la reforma*, cit., p. 688; R. V. ESCARTÍN NÚÑEZ, *Las medidas cautelares innominadas o atípicas*, en *Constitución, Derecho y proceso. Estudios en memoria de los profesores V. Herce Quemada y A. Duque Barragués*, Zaragoza, 1983, pp. 91-106, esp. pp. 93, 96-97 y 101 y ss., aunque este autor entiende que, a pesar de su indeterminación, el art. 1.428 acaba por tener un alcance bastante limitado.

40. Sobre el carácter residual de este precepto en su origen legislativo si- guen siendo ilustrativas las palabras de J. M.ª MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, V, Madrid, 1981, pp. 430-433. En la jurisprudencia de las Audiencias Territoriales, por ejemplo, AAT Barcelona, 8 de febrero de 1968 (RJC, 1968, pp. 1331-1332); AAT Palma de Mallorca, 28 de enero de 1955 (RGD, 1956, pp. 635-636).

41. CARRERAS y TAPIA, obs. y lugs. citados en nota 33. También parece inclinarse por esta opinión FERNÁNDEZ, *Leciones*, III, pp. 365-366, en cuanto considera que hay concurrencia de medidas atendiendo solamente al carácter personal o real de la acción.

tutela.⁴² Si un cierto *periculum in mora* no está previsto en el régimen de una medida cautelar típica, pero puede subsumirse en la más amplia y variada formulación del art. 1.428, no debe desestimarse la petición, sino resolverla de acuerdo con el último precepto. Y ello porque, primero, aunque la situación jurídica cautelable según las dos disposiciones en juego sea la misma, no hay concurrencia de presupuestos, en cuya virtud deba prevalecer la regla especial. Segundo, porque el artículo 24.1 CE debe inclinarse por esta (por lo demás) razonable interpretación, en cuanto contribuye a potenciar la efectividad de la tutela judicial.

Esta opinión parece confirmada por la (en verdad poco rica) praxis jurisprudencial del art. 1.428, pues si bien en algunos casos el recurso a esta disposición aparece nítidamente condicionado por la clase de situación jurídica tutelable,⁴³ en otros lo que induce a postular o a acordar su aplicación es la modalidad de peligro no conjurable con medidas cautelares típicas y que puede beneficiarse de una más adecuada al amparo de la indeterminación del art. 1.428.⁴⁴

42. En la doctrina italiana, y para la delimitación del ámbito de aplicación del art. 700 CPC frente a medidas cautelares típicas, predomina también la tesis sostenida en el texto: así, frente a la posición de L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Nápoles, 1955, pp. 40-42; V. ANDRIOLI, *Comentario al Codice di procedura civile*, IV, Nápoles, 1964, pp. 256-258; A. PROTO PRISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC*, en *Apunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pp. 365-366; G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC*, Padua, 1985, pp. 76-84. La doctrina alemana se plantea el problema a la hora de distinguir el ámbito de aplicación de dos preceptos reguladores de *eintswellige Verfügungen*, los parágrafos 935 y 940 ZPO: si bien hay autores que se inclinan por diferenciarlos en atención al *Verfügungsgrund* —así, D. JAVERNIG, *Der zulässige Inhalt eintswelliger Verfügungen*, ZfP, 1966, 79, pp. 326, 331, y del mismo autor, *Zwangsvollstreckungs- und Kohkursorrecht*, Munich, 1983, pp. 154-156; SCHILKEN, en ROSENBERG, GAUL, SCHILKEN, *Zwangsvollstreckungsrecht*, cit., pp. 771-772—, otros entienden que esa diferencia es irrelevante porque al amparo de cualquiera de los dos preceptos se pueden atender necesidades de tutela cautelar similares, W. GRUNSKY, en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 20 ed., 6.ª entrega (pp. 916-1043), Tubinga, 1981, pp. 122-123; D. LEIPOLD, *Grundlagen des eintswelligen Rechtsschutzes*, Munich, 1971, pp. 101-102 y 114-115.

43. Véase, por ejemplo, AAT Cáceres, 6 de mayo de 1986 (RGD, 1987, pp. 6146-6147), AAT Barcelona, 26 de mayo de 1975 (RJC, 1975, pp. 504-505). El AAT Barcelona, 17 de febrero de 1977 (RJC, 1977, pp. 83-84) parece inclinarse por la situación jurídica cautelable como elemento decisivo.

44. AAT Barcelona, 21 de abril de 1969 (RJC, 1970, pp. 161-164); AAT Barcelona, 11 de junio de 1981 (RJC, 1981, pp. 93-94); AAT Barcelona, 27 de noviembre de 1981 (RJC, 1982, p. 106); AAT Barcelona, 20 de julio de 1984 (RJC, 1984, pp. 939-941) y 4 de junio de 1986 (RJC, 1986, pp. 148-150); AAT Cáceres, 9 de marzo de 1962 (RGD, 1963, p. 935).

Cuando, de acuerdo con lo dicho, hubiera una estricta concurrencia de presupuestos entre una medida cautelar típica y la medida cautelar pedida como indeterminada, en puridad de principios la norma reguladora de la primera debería prevalecer como regla especial,⁴⁵ aunque hay autores que reconocen al solicitante una facultad de elección.⁴⁶

En fin, no entiendo que sea un supuesto de concurrencia a resolver en favor de la aplicación de la regla especial aquél en que la necesidad que se persigue satisfacer con la medida atípica solicitada pudiera cubrirse específicamente acudiendo a determinado proceso sumario (interdicto de obra nueva, juicio del art. 41 LH, por ejemplo), porque al actor puede interesarle alcanzar la cosa juzgada —instando de entrada un proceso plenario— y mantener las posibilidades de tutela cautelar.⁴⁷

5. SOBRE LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS:

A) EL RIESGO DE LA INDETERMINACIÓN Y EL ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA

Si indeterminados son en parte los presupuestos, indeterminadas son también las consecuencias jurídicas previstas por el art. 1.428, I, es decir, las medidas que pueden ser adoptadas.

Esas medidas debe fijarlas el juez realizando concretamente en cada caso el concepto jurídico indeterminado «medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere».

La reforma de 1984 no ha tocado este aspecto del precepto, ni dotándolo de un cierto desarrollo orientativo de las medidas posibles, ni modificando la cláusula general, cuya letra, como han apuntado algunos autores,⁴⁸ alienta cierta tendencia a la concepción restrictiva de las medidas, al amparo de la expresión «asegurar».

45. Así también RAMOS, *Comentarios a la reforma*, cit., p. 688.

46. MANZANARES SAMANIEGO, *El artículo 1.428*, cit., pp. 85-86 y 99; FERNÁNDEZ, *Lecciones*, III, cit., pp. 365-366.

47. Aunque tal vez el caso presentara perfiles más complejos no detectables en la resolución, parece contrario a lo que se defiende en el texto AAT Barcelona, 22 de mayo de 1981 (RJC, 1981, pp. 825-826).

48. RAMOS, *Comentarios*, cit., pp. 688-689; ESCARTÍN, *Las medidas cautelares innominadas*, cit., pp. 101-103.

En esta indeterminación anida un cierto riesgo para la utilidad práctica de las medidas del art. 1.428.

Ciertamente nos hallamos ante un fenómeno contradictorio en el régimen de la tutela cautelar. Por un lado, puede entenderse que la previsión de unas medidas cautelares indeterminadas o atípicas es índice de perfección del sistema, porque aquéllas pueden alcanzar la ductilidad necesaria para combatir una variedad de *pericula no fácilmente previsible*. Pero, por otra parte, esa necesaria indeterminación provoca una cierta retracción a la hora de aplicar las medidas por una suerte de miedo al vacío. Esto último fue advertido hace tiempo por Beceña respecto al art. 1.428;⁴⁹ otros autores han resaltado luego la sensación de inseguridad al acometer la determinación de las medidas⁵⁰ y, recientemente —ya tras la reforma—, Tapia vaticina que ésta puede ser la causa del fracaso de la disposición reformada.⁵¹ En efecto, aunque las estadísticas judiciales no informan sobre esta materia, sí se acude a las publicaciones más importantes de jurisprudencia de Audiencias Territoriales —fuentes que sólo permiten una apreciación aproximativa—, no se observa desde 1985 un especial incremento de resoluciones sobre el art. 1.428, como cabría esperar después de la eliminación del mayor obstáculo a su posibilidad de aplicación (el documento especialmente cualificado).

El reto actual del artículo 1.428 es el de que se ofrezcan unas pautas razonables y convincentes en las que apoyarse, en los casos concretos, para reducir la imprescindible indeterminación de ese precepto en cuanto a las medidas.

La doctrina ha realizado, en este sentido, variadas aportaciones, pero, sin duda, uno de los intentos más sistemáticos para auxiliar en la especificación de las medidas del art. 1.428 lo fue, y sigue siendo, el de Carreras.⁵² Su tesis descansa sobre fundamentos, de entrada, convincentes y tiene la virtud de la coherencia interna, que permite moverse con cierta seguridad entre la variedad de supuestos posibles y evita la sensación de abandonarse al casuismo.

Los postulados fundamentales de su tesis son los siguientes: a) las medidas cautelares tienden a evitar los peligros que derivan de la ne-

cesaria realización del proceso declarativo antes de procederse a la ejecución; b) están preordenadas a la ejecución y persiguen que el proceso declarativo no sea inútil y que su necesidad no acabe por suponer la «muerte» del derecho declarado y la imposibilidad de actuación de la sanción; c) consiguientemente —y esto es lo que más directamente atañe a la determinación— las medidas que pueden adoptarse con base al art. 1.428 habrán de ser homogéneas a las previstas por la LEC como ejecutivas para las prestaciones de las clases consideradas en ese artículo, pero no idénticas a estas últimas medidas, porque en tal caso se permitiría una ejecución sin título. La especificación del último postulado y la exclusión de los supuestos en que son aplicables medidas cautelares determinadas le permite, luego, ofrecer un cuadro convincente de medidas aplicables según la clase de prestación a la que tienda la condena solicitada.

La tesis de Carreras, tan apreciable por su rigor, conduce, sin embargo, a reconocer a las medidas *ex art.* 1.428 un alcance demasiado restringido. Esto último tanto por lo que suponen directamente algunos elementos de su teoría (p. ej., la exclusión total de las medidas anticipatorias), como por lo que indirectamente deriva de ellos. En el último aspecto hay que resaltar —como ha hecho Tapia,⁵³ que asume la tesis de Carreras— que el requisito de la homogeneidad entre medidas cautelares y ejecutivas, unido a la insatisfactoria regulación en la que permanecen las últimas en cuanto a la ejecución específica por prestaciones de hacer, no hacer y dar cosa determinada, impedirá que el art. 1.428 pueda servir ni siquiera para asegurar una ejecución específica por esa clase de prestaciones.

No toda la doctrina comparte este alcance tan restringido⁵⁴ y la jurisprudencia, aunque escasa, también da muestras de superarlo.⁵⁵ En el

53. TAPIA, *El artículo 1.428*, cit., pp. 62 y 70-78.

54. La orientación de CARRERAS es seguida, además de por la ya citada I. TAPIA, por FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Lecciones*, II, cit., pp. 367-369, aunque otros autores se refieren al postulado de la homogeneidad, no identidad, con las medidas ejecutivas.

Por el contrario, se inclinan por una mayor amplitud de medidas adoptables FAIRÉN, *La Ley de Reforma Urgente*, cit., p. 306; PRIETO-CASTRO, *Tratado*, II, cit., pp. 876-877; GUASP, *Derecho*, II, cit., aunque la amplitud del contenido que reconoce a las mediadas —p. 706— puede quedar frustrada por el rechazo de ciertos medios para la ejecución de las mismas; CORTÉS, *Derecho*, I-2, cit. (con otros autores), p. 559; RAMOS, *Comentarios*, cit., p. 689; GALLEGO MORELL, *El artículo 1.428*, cit., pp. 227-233.

55. Aunque predominan resoluciones concediendo medidas meramente aseguratorias, el AAT Barcelona, 26 de julio de 1984 (*RJC*, 1984, pp. 109-110), concede

49. F. BECEÑA, *Magistratura y Justicia*, Madrid, 1928, pp. 343-347.

50. GUASP, *Derecho*, II, cit., p. 705; PRIETO CASTRO, *Tratado*, II, cit., p. 876; MANZANARES, *El artículo 1.428*, cit., pp. 96-100.

51. TAPIA, *El artículo 1.428*, cit., pp. 77-78.

52. Se trata del magnífico trabajo del profesor CARRERAS, *Las medidas cautelares del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, aquí varias veces citado.

siguiente apartado intento aportar algunos argumentos que sirvan de apoyo a una concepción más amplia de las medidas adoptables.

6. B) ASEGURAR LA EFECTIVIDAD, NO ASEGURAR LA EJECUCIÓN. CUMPLIMIENTO FORZOSO DE LA RESOLUCIÓN CAUTELAR Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Me parece, en primer término, que la tesis restrictiva someramente descrita en el apartado anterior se resiente de un planteamiento estrictamente dogmático, apriorístico respecto a ciertos datos normativos que deberían haber influido en la misma. Entiendo, contrariamente a ese planteamiento, que para auxiliar en la determinación de las medidas del art. 1.428 no basta con echar mano de una teoría que, en sí misma, sea coherente y razonable, sino que es necesario que esa teoría respecto a los datos de Derecho positivo relevantes en la materia.

Atendiendo al último postulado cabe hacer dos observaciones que permitan fundar una concepción más amplia de las medidas adoptables.

La primera es que en nuestro ordenamiento procesal se regulan una serie de medidas determinadas caracterizadas por adoptarse en función de la pendencia actual o previsiblemente inmediata de un proceso, por su provisionalidad dependiente de ese proceso y porque protegen, en diversos modos, la misma situación jurídica a la que afectará la sentencia. Estas medidas no se limitan a asegurar la posibilidad de ejecución, sino que, con intensidad variable, anticipan provisionalmente efectos de la sentencia.⁵⁶

Piénsese, por ejemplo, en las siguientes: a) medidas provisionales en procesos matrimoniales, relativas a custodia de los hijos (art. 103.1.ª CC), uso de la vivienda familiar (art. 103.2.ª CC) y contribución a las cargas del matrimonio (art. 103.3.ª CC); b) Fijación de alimentos provisionales a cargo del demandado en procesos de reclamación de filiación (art. 128, II, CC); c) Adopción de las medidas necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio, durante la pendencia del proceso de incapacitación (art. 209 CC); d) Suspensión de acuerdos sociales impugnados que, de momento, impone a los órga-

no el secuestro de la finca por un tercero, sino la retención posesoria de la misma por el demandante (y solicitante de la medida), previamente vencido en procedimiento del art. 41 LH.

56. Sobre esto llama también expresamente la atención RAMOS, *Comentarios*, cit., p. 689.

nos de la entidad afectada actuar «como si» el acuerdo no fuera válido, aunque este efecto sólo la sentencia lo producirá definitivamente (art. 70.4, LSA; arts. 52.5 y 66.5 Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas; arts. 19 y 24 Real Decreto 177/1981, de 16 de enero, sobre Clubs y Federaciones Deportivas); e) Medidas dirigidas al cese inmediato de las intromisiones ilegítimas en los derechos a la intimidad, honor y propia imagen (art. 9.2 LO 1/1982, de 5 de mayo); f) El requerimiento de cesación de actos que violen el derecho del titular de la patente (o del licenciataria) y la retención y depósito de objetos producidos o importados con violación de aquel derecho y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado (art. 134.1.ª y 2.ª Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes); g) La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública y el secuestro de ejemplares producidos o utilizados y del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública, todo ello en violación de derechos de propiedad intelectual (art. 126.2 y 3 Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual). Adviértase que las medidas sub e), f) y g) hacen inmediatamente efectiva la obligación de abstención a la que se pide condena en el proceso principal.

A la hora de elaborar una teoría de las medidas cautelares, sin duda habrá que concluir que las citadas forman una clase distinta a las medidas de mero aseguramiento,⁵⁷ pero resultaría excesivo y desconocedor de la realidad expulsarlas del sistema de medidas cautelares, porque tanto unas como otras son la respuesta al problema de los riesgos de la demora por la necesidad de desarrollo previo del proceso declarativo.⁵⁸

Me parece, entonces, que puede concluirse, en cuanto a esta prime-

57. Por dos veces en trabajos míos anteriores me he referido a estas medidas distintas a las de mero aseguramiento (*Problemas del proceso de alimentos provisionales*, en *Justicia* 82, III, pp. 11-12; *El embargo preventivo*, cit., pp. 31-34) y, aunque es cierto que no me mostré abiertamente favorable a considerarlas medidas cautelares, tampoco rechacé esa posibilidad.

58. Baste hacer referencia, en cuanto a este fundamento unitario, a la clásica obra de P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padua, 1936, pp. 3-27; en la doctrina alemana, por ejemplo, D. LEIPOLD, *Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes*, en *ZZP*, 1977, pp. 258-260; SCHILKEN, en ROSENBERG, GAUL, SCHILKEN, *Zwangsvollstreckungs'*, cit., pp. 769-770. De hecho, en la doctrina alemana y en la italiana también medidas que exceden de mero aseguramiento se incluyen en la misma parte del sistema. Para una visión de Derecho comparado más amplia puede verse la ya citada *Les mesures provisoires en procédure civile, passim*.

ra observación, que para concretar las medidas del art. 1.428 el juez no sólo debe tener presente la imagen de las medidas de mero aseguramiento, sino también la de las que, en grados variables, anticipan efectos de la sentencia principal.

Claro que probablemente se entiende que es un obstáculo para lo último que el art. 1.428 hable sólo de asegurar. Pero entiendo —y ésta es la segunda observación que anunciaba— que precisamente el sentido restrictivo de tal expresión queda contrarrestado porque el precepto no la refiere a la ejecución de la sentencia, sino a la *efectividad* de la sentencia.

Asegurar la ejecución de la sentencia podría entenderse en un sentido restrictivo de asegurarla frente a los riesgos capaces de impedir absolutamente la eficacia de los actos ejecutivos legalmente previstos. Asegurar la efectividad cubre, por descontado, lo anterior, pero supone también que se proteja la sentencia frente a los riesgos que impidan que la ejecución se desarrolle en condiciones de plena utilidad para el que acabe por ser reconocido como titular del derecho.⁵⁹ Este significado del término efectividad como algo más que ejecución de la sentencia se resalta, por ejemplo, en el art. 134,I de la Ley de Patentes, cuando dice «aseguren debidamente la *completa efectividad* del eventual fallo» y también en el art. 18.2 LOPJ, donde aquel término parece reservado para designar el cumplimiento pleno de la sentencia, en contraposición a la indemnización procedente en cuanto a la parte de la sentencia para la que haya imposibilidad de tal cumplimiento.

Cabría pensar que lo que falte para que una sentencia se ejecute «en condiciones de plena utilidad» para el titular del derecho es algo que puede ser indemnizado y que, en ese sentido, basta, como última *ratio*, la medida cautelar de embargo preventivo.

No obstante, hay supuestos en los que el tratamiento indemnizatorio resulta inadecuado, bien sea porque el derecho aparentemente lesionado no tenga naturaleza patrimonial o, teniendo esa naturaleza, se destine a satisfacer necesidades básicas de la persona,⁶⁰ bien sea por-

que la determinación de la indemnización presente tal complejidad que pueda preverse que la indemnización que se fije no cubrirá satisfactoriamente los daños sufridos.⁶¹

En los supuestos acabados de indicar entiendo que «asegurar la efectividad de la sentencia» puede llegar a requerir que se anticipen, con carácter provisional, los efectos de la misma en la medida necesaria para evitar que la conducta aparentemente ilícita y dañosa continúe produciéndose durante la pendencia del proceso de declaración.

Problema diferente al considerado hasta ahora —aunque generalmente suele involucrarse en la cuestión de determinar las medidas adoptables— es el de si para la «ejecución forzosa» de las medidas ordenadas puede el juez utilizar astringencias o, más en general, medios de coacción o medidas coercitivas.

Esta posibilidad se ha negado por algún autor con el argumento de que supondría anticipar la ejecución de la sentencia.⁶² No cabe estar de acuerdo con esa razón. Si la medida cautelar puede o no llegar a anticipar efectos de la sentencia, es un problema del contenido admisible de la medida cautelar. Lo que ahora está en cuestión es, presupuesto un cierto contenido de la medida cautelar que precise alguna colaboración del sujeto pasivo, cuáles son los instrumentos que el juez tiene a su disposición para imponer el cumplimiento forzoso de su resolución.

Salvo para algunas medidas cautelares determinadas,⁶³ la ley no da respuesta expresa a esa cuestión.⁶⁴ No la da, por tanto, respecto a las medidas *ex art.* 1.428. Esta falta de norma expresa y la referencia a las «medidas que, ..., fuesen necesarias» han permitido a algunos autores admitir una amplia gama de instrumentos para llevar a efecto las me-

61. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., pp. 383-384. Otro obstáculo concreto a la adecuación de la indemnización y de una medida cautelar sólo dirigida a asegurar la ejecución de ésta es que el sujeto pasivo de la medida careciera de patrimonio suficiente para responder de la indemnización previsible; véase V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, IV, Nápoles, 1964, p. 253, y W. GRUNSKY, *Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts*, Tübinga, 1983, p. 141.

62. CARRERAS, *Las medidas cautelares del artículo 1.428*, cit., p. 576.

63. Respecto al embargo preventivo, véase mi *El embargo*, cit., pp. 164-168, aunque denunciando las insuficiencias del régimen legal; para la ejecución de la orden de suspensión de la obra nueva, arts. 1.664 y 1.665 LEC, etc.

64. La ZPO es más cuidadosa a la hora de regular expresamente los medios de ejecución de las medidas cautelares, como demuestran los parágrafos 928 al 933 y 936. En la doctrina italiana, sobre la ejecución forzosa de las medidas cautelares, G. VERDE, *L'attuazione della tutela d'urgenza*, en *Riv. Dir. Proc.*, 1985, pp. 726-757.

59. Sobre este significado que cabe atribuir a efectividad véase también F. RAMOS, *La eficacia del proceso*, en *Justicia* 82, II, pp. 109-110.

60. Con referencia a estos supuestos, A. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC*, en *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, pp. 381-383. En nuestra doctrina, J. L. ALBACAR LÓPEZ, *Las medidas de protección urgente de los derechos del particular y el derecho a la tutela judicial*, en *Actualidad jurídica*, 1981, X, pp. 27-36; el mismo, *Contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional*, en *La Ley*, 1982-II, pp. 975-978.

didadas cautelares.⁶⁵ Otros, que también suelen mantener tesis restrictivas en cuanto al contenido de las medidas, abogan en esta materia por la homogeneidad con las medidas previstas para la ejecución de la sentencia, lo que, dado el régimen de la ejecución forzosa en LEC, supone rechazar los medios de coacción.⁶⁶

Comprendo el argumento de la contradicción que supone reconocer para el cumplimiento forzoso de las medidas cautelares unos medios instrumentales más eficaces que los previstos para la ejecución de las sentencias,⁶⁷ pero tal vez sea éste un modo práctico de comenzar a combatir las insuficiencias de la última regulación.

Desde luego no carece de adecuado fundamento jurídico-positivo la tesis que se inclina por admitir medios para el cumplimiento forzoso distintos a los previstos para la ejecución por obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa determinada, puesto que la limitación de los medios ejecutivos que deriva del último inciso del art. 923, I LEC («...se procederá a darle cumplimiento, empleando los medios necesarios al efecto, y que se expresan en los artículos que siguen»),⁶⁸ está precisamente ausente del art. 1.428, I, que abiertamente se refiere a las medidas que fuesen necesarias.

Incluso habría que plantearse si el art. 18.2 LOPJ no ha derogado tácitamente las limitaciones a una ejecución en forma específica que derivan de la remisión del último inciso del art. 923, I LEC.⁶⁹ Pero aunque esta derogación no pudiera entenderse producida, es indudable que aquella disposición de la LOPJ marca una clara tendencia a potenciar una ejecución en forma específica, lo que justifica una interpretación progresiva del art. 1.428, de modo que las medidas puedan asegurar esa ejecución y no sólo la genérica por la indemnización sustitutoria.⁷⁰

7. PROBLEMAS DEL PROCEDIMIENTO; EN ESPECIAL, SOBRE LA TÉCNICA ELEGIDA PARA LA CONTRADICCIÓN

Una primera innovación respecto a la redacción anterior afecta al tiempo en el que la solicitud puede ser formulada. Bajo la anterior redacción se concluía razonablemente, aunque con alguna excepción,⁷¹ que la solicitud no era admisible con anterioridad a la presentación de la demanda. Con el nuevo texto (art. 1.428, III) queda expresamente establecida la admisibilidad de la solicitud previa, así como la carga de interponer la demanda en el plazo de ocho días desde la concesión de la medida.

Este plazo, en defecto de expresa previsión, ni parece prorrogable, a diferencia de lo que autorizan los arts. 1.414 y 1.885 LEC, ni tampoco reducible, como permite el art. 1.415 LEC. El *dies a quo* del cómputo de ese plazo no plantea los problemas que en otro lugar estudiamos respecto al embargo preventivo previo:⁷² lo relevante es, en todo caso, la concesión y no la ejecución de la medida, aunque sí parece necesario puntualizar que ese día no puede ser el de concesión (como literalmente dice el 1.428, III) sino el siguiente a la notificación del auto de concesión (art. 303 LEC).

La fundamental cuestión del procedimiento para la adopción de las medidas cautelares es el modo de introducir la contradicción del sujeto pasivo de las mismas. Entre las varias modalidades teóricamente posibles y previstas en nuestro ordenamiento procesal,⁷³ el viejo texto del

71. Estas consideraciones explican también el régimen de la sustitución de la medida cautelar *ex art.* 1.428 por prestación de fianza. El párrafo 5 la permite expresamente, a diferencia de la derogada redacción, pero para que no pueda frustrarse en cualquier caso el aseguramiento de una ejecución en forma específica, hay que entender que es exactamente una posibilidad («podrá pedir»), no una facultad de modificación de la medida correspondiente al sujeto pasivo (como en el embargo preventivo —art. 1.405 LEC— y en la intervención judicial —art. 1.423 LEC—).

Sobre si el ejercicio de esta posibilidad está sometido a plazo preclusivo hay que advertir que el art. 1.428, V, no lo excluye con la claridad del art. 1.423, pero tampoco suscita dudas en el sentido de que exista tal preclusión, como ocurre con el art. 1.405 LEC. La enmienda 258 del Grupo parlamentario popular se refería expresamente a que la sustitución pudiera pedirse en cualquier momento del juicio; aunque fue rechazada, se argumentó que el texto previsto no limitaba en el tiempo tal posibilidad (Cortes Generales, Diario de sesiones, Congreso, 1984, II Legislatura, núm. 124, Comisión de Justicia e Interior, pp. 4142-4143).

72. GALLEGO MORELL, *El artículo 1.428...*, cit., pp. 221-223.

73. ORTELLS, *El embargo preventivo*, cit., pp. 257-259.

65. Véanse especialmente las obras de FAIRÉN y PRIETO-CASTRO citadas en la nota 54. Cabría también referirse como medida coercitiva indirecta a la amenaza de sanción penal por delito de desobediencia, sobre el que véase J. CÓRDOBA RODA, *El cumplimiento de las resoluciones judiciales y el delito de desobediencia*, en *Actualidad jurídica*, pp. 9-14.

66. CARRERAS, *Las medidas cautelares del artículo 1.428*, cit., pp. 573-577; GUASP, *Derecho*, II, cit., pp. 705-706; TAPIA, *El artículo 1.428*, cit., pp. 70-72.

67. TAPIA, *El artículo 1.428*, cit., p. 76.

68. Sobre esto, véase precisamente I. TAPIA, *Las condenas no pecuniarias (Ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer)*, Palma de Mallorca, 1984, pp. 101-102.

70. Me parece importante la SAT Oviedo, 26 de octubre de 1984 (RGD, 1985, p. 771) que, para la ejecución de una condena a abstenerse de cierta competencia desleal, conmina a omitir la actividad con apercibimiento por desobediencia «por ser esta vía coactiva la única que hace posible la efectividad de la ejecución».

art. 1.428 no permitía inclinarse más que por la solución de la contradicción diferida y además en el estrecho cauce del recurso contra la resolución.

La reforma del art. 1.428 ha pretendido incidir en esta materia, como se comprueba leyendo los párrafos 5 y 6 de la disposición, pero lo ha hecho con tan poca claridad que las interpretaciones son diversas,⁷⁴ lo que no parece aconsejable para un extremo tan importante.

El planteamiento del problema es sencillo: así como el primer inciso del párrafo 5 («El demandado podrá oponerse a las medidas solicitadas») significa establecer la audiencia previa al pronunciamiento sobre la medida, el segundo inciso («o pedir que se alcen las acordadas») alude a un modelo de contradicción diferida a instancia del sujeto pasivo de la medida.

A continuación entiendo que pueden descartarse inmediatamente dos posibilidades que, en principio, caben en la interpretación del precepto, pero que resultan claramente absurdas: primera, que el demandado pueda oponerse previamente y, de no ver estimada su postura, conserve la expectativa de una nueva oposición *ex post*; segunda, que el demandado pueda elegir entre una oposición previa o una oposición *a posteriori*. He dicho que estas posibilidades son absurdas porque suponen una tutela del derecho de audiencia anómalamente intensa por dos razones: ni siquiera se da en los procesos declarativos, en los que las posibilidades de defensa han de aprovecharse diligentemente so pena de preclusión, y si algo es adecuado a la estructura del procedimiento cautelar es eludir la audiencia previa, mientras que según tales posibilidades siempre se daría traslado al demandado y esto sin demasiado sentido, pues éste podría optar por la oposición *ex post*.

Entiendo que las dos únicas opciones razonables son las siguientes: contradicción previa con carácter preceptivo o contradicción previa discrecional para el juez, de modo que si no considera procedente concederla se abre para el sujeto pasivo de la medida la posibilidad de oponerse *a posteriori*.⁷⁵

74. Véase ORTELLS, *El embargo preventivo*, cit., pp. 185-188.

75. Muestra sobrada de esa diversidad la puede dar una lectura de SERRA, *Observaciones críticas sobre el proyecto*, cit., pp. 808-809; RAMOS, *Comentarios*, cit., pp. 693-694; V. CORTÉS, *Derecho procesal*, I y II, *Proceso Civil (2)* (con otros autores), Valencia, 1987, p. 560; FERNÁNDEZ, *Lecciones*, III, p. 369; PRIETO-CASTRO, *Tratado*, II, cit., pp. 878-879; TAPIA, *El artículo 1.428*, cit., pp. 67-70. En la argumentación que sigue en el texto se toman en consideración, a veces críticamente, las diversas opiniones de estos autores.

Aunque el segundo término de la alternativa me parece preferible en un planteamiento de *lege ferenda*, la contradicción previa con carácter preceptivo es la solución mejor fundada.

En primer lugar, debe resaltarse que las dos posibilidades de regulación antes apuntadas no pasaron en absoluto inadvertidas en el trámite parlamentario del proyecto. La enmienda 258 del grupo parlamentario Popular en el Congreso y la 136 del mismo grupo, presentada en el Senado, iban dirigidas, entre otras cosas, a establecer con carácter excepcional la posibilidad de acordar la medida previamente a la audiencia si el juez estimara que «la eficacia de la medida se vería frustrada por la audiencia previa del demandado». La primera enmienda, a la que se prestó cierta atención en el debate en Comisión, fue rechazada, y la segunda retirada al transigirse en conjunto la redacción de la disposición.⁷⁶ No parece admisible mantener como alternativa de interpretación una opción tan nítidamente rechazada en el momento de elaboración de la norma.

En segundo lugar —y tal vez, precisamente, porque se rechazó la opción del contradictorio previo discrecional— la tesis de entenderlo admitido haría surgir importantes lagunas: faltaría la fijación de los criterios en atención a los cuales el juez habría de decidir si procede o no contradicción previa;⁷⁷ en los casos en que ésta se negara, se echaría igualmente en falta la determinación del plazo para formular la oposición.

En fin, hay que referirse a un argumento que más que apoyar positivamente mi interpretación la defiende frente a una posible crítica: marginar la referencia a «pedir que se alcen las acordadas», que es la que apoya una interpretación favorable a la contradicción *ex post*. A mi juicio, ese inciso no designa unívocamente tal cosa, sino que también puede significar el reconocimiento expreso de la posibilidad de solicitar el alzamiento o modificación de la medida adoptada por haber cambiado los presupuestos tenidos en cuenta para su adopción. Esta posibilidad es muy adecuada a la función propia de las medidas caute-

76. La última solución es la acogida en Derecho alemán: véanse los párrafos 921.1 y 937.2 ZPO, y sobre ellos, por ejemplo, los comentarios de GRUNSKY, en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., pp. 11, 46-47 y 148-149.

77. Véase, acerca de todo esto, BOCG, Congreso, II Legislatura, Serie A, 9 de diciembre de 1983, núm. 30-13, pp. 320/40-320/41; Diario de sesiones, Congreso, 1984, II Legislatura, núm. 124, Comisión de Justicia e Interior, pp. 4141-4142, 4144; BOCG, Senado, II Legislatura, Serie II, 11 de mayo de 1984, núm. 128 (c), p. 105; BOCG, Senado, II Legislatura, Serie II, 4 de junio de 1984, núm. 128 (d), p. 179.

lares, pero el defecto de referencia expresa a la misma en el régimen de otras medidas da lugar a algunas reticencias que me parecen superables.⁷⁸ Aquí hallaría incluso una base literal en la expresión que estamos considerando.⁷⁹

Partiendo de la base de la contradicción previa preceptiva se suscita, en cuanto al procedimiento, la duda sobre si el demandado ha de ser emplazado para que conteste por escrito a la solicitud de medida cautelar o si debe ser inmediatamente citado para la comparecencia.

Si el párrafo 6 del art. 1.428 se interpreta sólo con relación al párrafo 5 —a lo que parece invitar el inicio de aquel párrafo cuando dice «formuladas estas pretensiones» y hay que pensar que éstas son las enunciadas en el párrafo anterior— la solución sería la primera y la tramitación la siguiente: emplazamiento al demandado para que formule oposición y, formulada ésta, citación de las partes a comparecencia. No comparto esta interpretación, primero, porque no tiene en cuenta el conjunto de la disposición; y en segundo término, porque crea un trámite dilatorio e innecesario, en cuanto basta que el demandado esté en condiciones de formular su defensa en el acto de la comparecencia.

Más correctamente el párrafo 6 se ha de interpretar en función del conjunto del artículo, lo que supone, en el caso que nos ocupa, que la solicitud de la medida cautelar vale como «formulada pretensión» a los efectos de que se cite a las partes para la comparecencia, debiéndose hacer aquella citación con una antelación de veinticuatro horas como mínimo (arg. arts. 570 y 726 LEC).

También la solución que sostengo sobre el régimen de la contradicción permite poner en tela de juicio que el principio de prueba por escrito deba presentarse necesariamente al formular la solicitud. Por un lado, no es imprescindible que el juez lo conozca en ese momento inicial, puesto que no ha de resolver inmediatamente; por otra parte, la carga de aportación con la demanda de los documentos fundamentales sólo se establece para los procedimientos escritos, pero no para uno oral como el que aquí se diseña (arts. 523 en relación con el 504,

78. Concretamente, por ejemplo, el parágrafo 937.2 ZPO autoriza la resolución sobre medidas provisionales sin previa audiencia «in dringenden Fällen».

79. Sobre esto me ocupé en *El embargo preventivo*, cit., pp. 237-247.

80. Se inclinar por admitir esta posibilidad en el ámbito del art. 1.428, aun que sin aludir a este fundamento literal, V. FAIRÉN, *La Ley de reforma urgente...*, cit., pp. 305-306; AAT Barcelona, 4 de junio de 1986 (RJC, 1986, pp. 1028-1030).

720 y 730, II y III LEC). Cabe pensar, en consecuencia, que es admisible aportar en la comparecencia el principio de prueba por escrito.

Una última observación versa sobre las pruebas admisibles en la comparecencia. La amplitud de la referencia a las pruebas que sean pertinentes (art. 1.428, VI) entiendo que debe restringirse en cuanto la actividad probatoria tenga por objeto el presupuesto del *fumus boni iuris*: una interpretación sistemática con el pár. 1 del artículo y el principio de igualdad de las partes deben conducir a que las alegaciones relativas a aquel presupuesto sólo puedan ser demostradas mediante acreditamiento documental.

Alegaciones respecto a otros presupuestos de las medidas, a la contracautela o a la sustitución de la medida adoptada por caución, sí pueden ser probadas por cualesquiera medios de prueba. Pero no sólo por la urgencia propia de esta materia, sino también porque la letra del art. 1.428, VI, no permite abrir —a diferencia del art. 730, III, LEC— un plazo para practicar prueba, esos medios de prueba sólo serán admisibles si están preparados para ser practicados en el acto de la comparecencia.

LA AUSENCIA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

MARIANO AGUILAR BENITEZ DE LUGO
Catedrático de Derecho Internacional Privado de Sevilla

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Supuesto de imposible conocimiento del Derecho extranjero: 1. Imposibilidad material, social y moral de aplicar el Derecho extranjero; 2. Imposibilidad absoluta o relativa de determinar el contenido del Derecho extranjero; 3. Imposibilidad total o parcial; 4. Imposibilidad definitiva y temporal; 5. Frecuencia del fenómeno. — III. Las soluciones posibles en el supuesto de desconocimiento del contenido del Derecho extranjero competente: 1. La desestimación de la demanda: A) Fundamento de la desestimación; B) Críticas a la desestimación; 2. Aplicación subsidiaria de la ley del foro: A) Fundamento de la aplicación subsidiaria de la ley del foro; B) Críticas a la aplicación subsidiaria de la ley del foro; 3. Concepción ecléctica; 4. La aplicación del Derecho más próximo: A) Concepto de Derecho más próximo; B) Manifestaciones de la proximidad entre legislaciones; C) Ventajas de la aplicación del Derecho más próximo; D) Críticas a la aplicación del Derecho más próximo; 5. Aplicación de los principios generales; 6. Solución comparatista o de la mayor probabilidad; 7. Aplicación de otro criterio de conexión; 8. Recurso a los procedimientos interpretativos del Derecho del foro; 9. Recurso a los procedimientos interpretativos, criterios de hermenéutica jurídica (principios generales, analogía...) del ordenamiento extranjero reclamado. — IV. La solución española en el supuesto de desconocimiento del contenido del Derecho extranjero competente.

I. INTRODUCCIÓN

La ausencia de prueba del Derecho extranjero designado competente constituye el argumento procesal básica y tradicionalmente utilizado

por la jurisprudencia al servicio de la aplicación de la ley del foro. Su invocación por los jueces no suele producirse en régimen de soledad, sino en combinación con otros criterios de carácter más acusadamente sustantivo.

A los efectos de esta exposición nos interesa, en primer término, analizar el supuesto, distinguiendo entre la simple ausencia de prueba y la imposibilidad de prueba del Derecho extranjero, pues estas dos situaciones, si bien coinciden desde el punto de vista objetivo, fáctico, en cuanto al resultado final que se produce de desconocimiento judicial del Derecho extranjero, difieren, sin embargo, desde el punto de vista subjetivo, psicológico, pues diferente es la causa que conduce a ese resultado, ya que la actitud o el móvil de las partes no es el mismo en uno y otro caso. Esa distinción entre ausencia e imposibilidad de prueba del Derecho extranjero es importante por cuanto que incide en el plano de las soluciones que se proponen.

Una vez examinado el supuesto, procederemos a estudiar las diversas soluciones que para el mismo se han preconizado, concediendo especial relevancia a la alternativa que se ofrece entre la desestimación o rechazo de la demanda fundada en el Derecho extranjero competente pero desconocido y la aplicación subsidiaria de la ley del foro. Este análisis se centrará en los argumentos que en favor y en contra de las diversas soluciones se han invocado y en los intentos de superación y de síntesis consistentes en adoptar una u otra solución según la apreciación de un conjunto de circunstancias así lo aconseje.

Finalmente, se prestará especial atención a la solución realmente adoptada en el D. I. Privado español.

II. SUPUESTO DE IMPOSIBLE CONOCIMIENTO DEL DERECHO EXTRANJERO

La doctrina, al configurar el supuesto de imposible conocimiento del Derecho extranjero, procede a distinguir una serie de hipótesis. Se habla de una imposibilidad material, social y moral de aplicar el Derecho extranjero; de imposibilidad absoluta y relativa de establecer el contenido del Derecho extranjero; de imposibilidad total y parcial; de finitividad y temporal...

1. Imposibilidad material, social y moral de aplicar el Derecho extranjero

Louis-Lucas¹ distingue dos clases de imposibilidad, una más evidente, la otra más incierta: la imposibilidad material y la imposibilidad social. Estima que hay imposibilidad material en el caso del apátrida, para el cual la competencia de la ley nacional pierde todo significado, puesto que precisamente no tiene nacionalidad. También hay imposibilidad material cuando el Derecho extranjero impone la intervención de una autoridad o de un procedimiento que no existen en el foro y, de un modo más general, impone la aceptación de un principio que no se admite. Entiende que hay imposibilidad, sino material, al menos natural, de aplicar el Derecho extranjero, teóricamente competente, cuando una condición lógica de su entrada en juego falta. La imposibilidad social viene representada por el orden público. Por su parte Lalive² habla de una imposibilidad material y de una imposibilidad en sentido amplio, que cabe llamar moral o social, de aplicar la ley extranjera normalmente competente. Estas diversas hipótesis tienen como factor común el hacer referencia a casos en los que la norma de conflicto no funciona o se revela impropia para dar una solución satisfactoria a la situación internacional en cuestión. También Carrillo Salcedo³ distingue los supuestos de imposibilidad moral (sanción del fraude a la ley), social (orden público) y material de aplicar el Derecho extranjero reclamado por una regla de conflicto. A su vez, G. de La Pradelle⁴ señala que la imposibilidad puede obedecer a razones de derecho, por ejemplo la incompatibilidad de dos principios jurídicos, o, más frecuentemente, a razones de hecho. Y Scerni⁵ afirma que la falta de conocimiento de la ley extranjera no es el único caso en que el procedimiento de la regla de conflicto no proporciona al juez los cánones para la solución de la controversia, llegándose a análogo resultado negativo cuando la norma reclamada, aun siendo claramente

1. P. LOUIS-LUCAS, *Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois?*, R.Cr., 1959, esp. pp. 419 y ss.

2. P. LALIVE, *Cours général de droit international privé*, R. des C., t. 155 (1977-II), p. 240.

3. J. A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado*, Tecnos, Madrid, 3.ª ed., 1983, pp. 248-249.

4. G. LA PRADELLE, nota en R.Cr., 1973, p. 503.

5. M. SCERNI, *Considerazioni in merito all'accertamento del diritto straniero*, Riv.Dir.Int.Priv. e Proc., 1967, p. 15.

conocida (y en cuanto conocida) viene considerada inaplicable por contraria al orden público internacional. Encuentra entre ambas situaciones, muy distintas, cierta coincidencia en la necesidad de un completo apuramiento de la norma de conflicto antes de declarar que de ella no pueden obtenerse los cánones para resolver la controversia.

2. Imposibilidad absoluta o relativa de determinar el contenido del Derecho extranjero

Lalive⁶ habla de imposibilidad absoluta y relativa o práctica de establecer el contenido del Derecho extranjero. La imposibilidad es relativa cuando cabe suponer que las gestiones necesarias para obtener informaciones completas y seguras hubiesen implicado plazos y gastos desproporcionados y poco compatibles con una buena administración de justicia. Señala que debe tratarse de una imposibilidad y no de una simple dificultad, debiendo tomarse precauciones procesales para evitar abusos a este respecto. En el mismo sentido, Batiffol⁷ y Lagarde⁸ indican que la imposibilidad podrá resultar tanto de la lejanía del país cuya ley es aplicable como de la importancia de los gastos necesarios para la obtención de su prueba, sin proporción con los intereses del litigio. A su vez, Lamberti Zanardi⁹ precisa que se trata de dificultad práctica y no de imposibilidad jurídica. Por su parte, Louis-Lucas,¹⁰ afirma que el juez no podría invocar el singular privilegio que le permitiría instalarse en el desconocimiento del Derecho extranjero y que es necesario un examen atento para saber si hay imposibilidad de conocerlo, pues es siempre grave, y a menudo criticable, afirmar «qu'on est en droit de ne pas respecter le droit». Igualmente considera que la ignorancia de la ley extranjera sería muy fácilmente tenida por una dispensa de aplicarla y que constituiría una especie de inexistencia subjetiva, y que el magistrado no podría hacerse reconocer un privilegio de pasividad.

Algunos Textos positivos ponen de relieve la dimensión práctica de la imposibilidad. En este sentido, la Ley federal austríaca sobre D.I. Privado, de 25 de junio de 1978, en su art. 4.2 describe el supuesto de la siguiente manera: «Si el Derecho extranjero, a pesar de esfuerzos

intensos, no puede ser determinado en un plazo razonable...». A su vez, la Ley turca sobre el D.I. Privado y el procedimiento internacional, núm. 2.675, de 20 de mayo de 1982, en su art. 2. dice: «Cuando las disposiciones del Derecho extranjero concernientes al caso en cuestión no pueden, a pesar de todas las investigaciones efectuadas, establecerse...».

La *Sent. del Trib. de grande instance de Paris (5^e Ch.) de 25 de noviembre de 1971*, en el caso «Zikman c. Lopato»,¹¹ sobre responsabilidad derivada de la gestión de los negocios de una sociedad de Manchuria, considera imposible la prueba de la ley extranjera «tratándose de un litigio entre un ciudadano americano y un refugiado polaco a propósito de hechos ocurridos en Manchuria bajo ocupación militar soviética, en el período que siguió a la desaparición del Estado del Manchukuo por la partida de los japoneses y que precedió al restablecimiento de una autoridad china única...». Comentando esta decisión, G. de la Pradelle¹² alude a la distancia, en el tiempo como en el espacio, que hace inaccesibles las pruebas y caducos los instrumentos del foro. Opina que aquí falta el objeto mismo de la prueba y no sólo sus medios, pues, dada la época, el lugar y las circunstancias —un país sucesivamente barrido por el reflujo del imperialismo japonés, los ejércitos soviéticos, la revolución china —¿la ley extranjera aplicable existía realmente? Estima innegable que diferentes autoridades tomaron decisiones, administraron, pronunciaron sentencias, pero considera dudoso que fuese en virtud de un sistema coherente de reglas. Se pregunta si, en la probable negativa cabe hablar de «ley» en el sentido en que lo entienden las reglas francesas de conflicto y si cabe concebir la prueba de este derecho por medio, por ejemplo, de códigos convertidos en letra muerta en el momento de los hechos.

La *Sent. de la Corte di cass. de 3 de abril de 1970*, núm. 894, en el caso «Mastroianni c. Sgueglia e Mastroianni»,¹³ considera que el juez italiano podrá sustraerse a la obligación que tiene de aplicar la ley extranjera en lugar de la italiana:

sólo nel caso che risulti del tutto impossibile accertare o resti del tutto incerto il contenuto della legge straniera.

6. P. LALIVE, *op. cit.*, pp. 229 y 240.

7. H. BATIFFOL, *Droit International Privé*, I, 7.^a ed., Paris, 1981, p. 406.

8. P. LAGARDE, nota en *R.Cr.*, 1981, p. 101.

9. P. LAMBERTI ZANARDI, nota en *Riv.Dir.Int.*, 1964, p. 658.

10. P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, esp. pp. 416 y ss.

11. *R.Cr.*, 1973, pp. 499 y ss.

12. G. LA PRADELLE, nota en *R.Cr.*, 1973, pp. 503 y ss.

13. *Riv.Dir.Int.Priv. e Proc.*, 1971, p. 617 y ss.

3. Imposibilidad total o parcial

Señala Lalive¹⁴ que hay que distinguir la imposibilidad total y la imposibilidad parcial de establecer el contenido del Derecho extranjero. Si el juez no obtiene ninguna información segura la cuestión es relativamente sencilla y hay que encontrar una solución de reemplazo. La situación es más delicada cuando sólo está en posesión de informaciones parciales sobre el Derecho extranjero, información que le permite resolver algunas de las cuestiones planteadas y no otras. Esta situación plantea el problema de si es posible aplicar fragmentariamente dos ordenamientos jurídicos, el extranjero, en la medida en que resulta conocido, y el del foro, en aquellos aspectos en que el contenido del Derecho extranjero no se conoce.

La *Sent. de la Corte di cass. de 29 de enero de 1964*, núm. 237, en el caso «Cereseto c. Scheiber»,¹⁵ en un asunto de obligaciones cambiarias al que era aplicable la ley checa, condenó categóricamente la manera de proceder del Trib. de apel. que había aplicado la ley checa a una parte del litigio y la ley italiana al resto, considerando que:

... la corte di merito doveva esaminare e decidere la controversia unicamente in base all'ordinamento giuridico straniero, applicando esclusivamente quest'ultimo, sia nella qualificazione del rapporto, sia nella disamina delle eccezioni, di rito e di merito, dirette a contestare la pretesa attrice. E non poteva applicare ora l'uno ora l'altro, frammentariamente, col risultato pratico di risolvere la lite in base ad un tertium genus di ordinamento giuridico, che non era né il cecoslovacco né l'italiano; risultato, questo, illogico, ibrido e non consentito, giacché ogni ordinamento giuridico è costituito da un insieme di norme, strettamente ed armonicamente collegate allo scopo di tutelare, in determinata maniera e sotto determinate condizioni, particolari e generali interessi, e raggiungere il fine previsto.

In particolare, la corte di merito non poteva e doveva giudicare sulla validità ed esistenza di una obbligazione cambiaria, contratta all'estero da due stranieri appartenenti alla medesima nazionalità applicando in parte la legge italiana (qualificazione dell'azione ed esame delle eccezioni) e in parte quella straniera (termine di prescrizione).

14. P. LALIVE, *op. cit.*, pp. 241-242.

15. *Riv. Dir. Int.*, 1964, pp. 644 y ss.

Ne vale obiettare, a giustificazione dell'operato della corte di merito, che quest'ultima, trattandosi di legge straniera, per la quale no vale il principio dell'obbligo della conoscenza (*iura novit curia*), avrebbe potuto ben conocer solo in parte la legge medesima; donde la necessità, per il resto, di applicare la legge italiana. A tale eventualità, infatti, si oppone il principio basilare, che non soffre né permite excepciones, dell'unitarietà del sistema di ogni ordinamento giuridico, innanzi richiamato, cosicché, ove il giudice italiano debba aplicar la legge straniera per il disposto dell'art. 25 delle preleggi, dovrà conoscerla almeno in tutte le norme che concernono le questioni da decidere.

In caso negativo, applicherà in toto la legge italiana, non potendosi far luogo ad applicazione frammentaria dei due ordinamenti giuridici.

Estima Lamberti Zanardi¹⁶ que la sentencia ha censurado justamente la actitud del Trib. de apel., que, habiendo obtenido un conocimiento parcial del ordenamiento extranjero reclamado, ha terminado aplicando a una misma relación jurídica en parte el Derecho extranjero y en parte el derecho italiano. Señala que la aberrante solución está parcialmente determinada por el erróneo convencimiento de que, cuando no sea posible el conocimiento del Derecho extranjero, será necesario aplicar la *lex fori*; pero es también el resultado del conocimiento parcial del ordenamiento jurídico extranjero que necesariamente deriva de la negación de un deber del juez de conocer el Derecho extranjero, estimando que el principio contradictorio no es ciertamente suficiente para evitar al juez un conocimiento parcial y fragmentario del ordenamiento extranjero que impida un correcto ejercicio de su función. Un conocimiento completo y sistemático es necesario para el funcionamiento de las normas de D.I. Privado. Por su parte, Lalive¹⁷ señala que puede concluirse de este ejemplo que en el plano práctico no hay más que una imposibilidad total de establecer el contenido de la ley extranjera o no hay imposibilidad en absoluto.

Más recientemente, una *Sent. del Trib. de Milán de 16 de marzo de 1972*¹⁸ señala que en el supuesto de ausencia de prueba de la ley extranjera «non resta al giudice italiano che applicare in toto la legge italiana...».

16. P. LAMBERTI-ZANARDI, nota en *Riv. Dir. Int.*, *op. cit.*, pp. 655-656.

17. P. LALIVE, *op. cit.*, p. 241.

18. *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 1972, pp. 585 y ss.

4. Imposibilidad definitiva y temporal

Distingue P. Mayer¹⁹ entre imposibilidad definitiva y temporal de aplicar la ley extranjera. Estima que la imposibilidad es definitiva cuando el contenido de la ley extranjera es imposible de conocer o cuando la ley extranjera es imposible de poner en práctica, especialmente porque prevé la intervención de una autoridad administrativa o religiosa inexistente en Francia, o cuya actividad en Francia está encerrada en límites estrictos, habiéndose presentado el caso en varias ocasiones a comienzos de siglo a propósito del divorcio de judíos rusos residentes en Francia, cuya ley nacional exigía la intervención del rabino. La imposibilidad temporal tiene su causa más frecuente en el tiempo necesario para la investigación del contenido de la ley extranjera, cuando se trata de adoptar medidas urgentes, que tendrán carácter provisional, teniendo la exclusión de la ley extranjera la misma duración que el acontecimiento que la motiva.

5. Frecuencia del fenómeno

Señala Yasseen²⁰ que la frecuencia del fenómeno depende del sistema adoptado en cuanto al conocimiento del Derecho extranjero y del papel del juez en su aplicación. Allí donde las partes están casi exclusivamente encargadas de probar el Derecho extranjero como en Inglaterra, y donde el juez no puede en principio usar de su conocimiento extraprocesal, el desconocimiento del Derecho extranjero será frecuente, pero este desconocimiento es menos frecuente si el juez puede tratar de conocer el Derecho extranjero y menos frecuente aún si el juez debe conocer este derecho. En esta última hipótesis, el desconocimiento del Derecho extranjero no se concibe sino muy raramente, en casos excepcionales debidos a un estado anormal de las relaciones internacionales y cuando la naturaleza del asunto requiere una decisión pronta. A su vez, Lamberti Zanardi²¹ afirma que desde una perspectiva estrictamente lógica, si se admite la existencia de un verdadero y propio deber del juez de procurarse el conocimiento del derecho extranjero y si se admite el postulado de la plenitud del ordenamiento jurídico, no puede

19. P. MAYER, *Droit International Privé*, 2.^a ed., París, 1983, pp. 174-175.

20. M. K. YASSEEN, *Problèmes relatifs à l'application du droit étranger*, R. des C., t. 106 (1962-II), p. 546.

21. P. LAMBERTI ZANARDI, nota en *Riv.Dir.Int.*, op. cit., p. 657.

plantearse un problema de falta de conocimiento del Derecho extranjero. Asimismo, Cappelletti²² estima que la hipótesis, aunque puede verificarse, es hoy rara en el sistema italiano, dada la amplia gama de los instrumentos a disposición del juez y su inserción en el cuadro de la normal colaboración de las partes y del poder-deber de investigación del juez.

III. LAS SOLUCIONES POSIBLES EN EL SUPUESTO DE DESCONOCIMIENTO DEL CONTENIDO DEL DERECHO EXTRANJERO COMPETENTE

Las dos soluciones fundamentalmente defendidas por la jurisprudencia y doctrina en el supuesto de desconocimiento del contenido del Derecho extranjero competente han sido las consistentes en la desestimación de la demanda fundada en dicho derecho y en la aplicación subsidiaria de la ley del foro. Junto a esas dos grandes soluciones se han propuesto, con carácter más minoritario, otras posibles, como la aplicación del derecho más próximo al extranjero competente pero desconocido, la aplicación de otro criterio de conexión que el retenido a título principal por la norma de conflicto, el recurso a los principios generales del derecho, el recurso a los procedimientos interpretativos, a los criterios de hermenéutica jurídica del ordenamiento del foro o del ordenamiento extranjero reclamado. A las distintas soluciones posibles nos referiremos a continuación. Por lo que concierne a las soluciones dominantes (desestimación de la demanda y aplicación subsidiaria de la ley del foro), haremos especial hincapié en el fundamento en que descansan, en la crítica que se opone, y en la posibilidad de admitirlas en unos casos y no en otros. Se trata, en definitiva, de distinguir entre una doctrina favorable o contraria a la admisión de una determinada solución con carácter general, y una doctrina más matizada, más ecléctica, partidaria de aceptar o rechazar esa solución en función de distintas circunstancias y condiciones.

1. La desestimación de la demanda

La teoría de la desestimación ha sido sostenida por un importante sector de la doctrina italiana.²² En la doctrina española, la ha propug-

22. M. CAPPELLETTI, *Il trattamento del diritto straniero nel processo civile italiano*, *Riv.Dir.Int.*, 1966, p. 333.

nado Miguel y Alonso,²⁴ para quien ante el desconocimiento de la ley extranjera, que ampara una determinada pretensión procesal, el juez nacional, lógicamente, no tiene más camino que absolver de la demanda cuya justificación jurídica no se ha conseguido realizar. En opinión de Gutiérrez de Cabiedes²⁵ «no queda otra solución que desestimar (en el fondo) la petición de la parte que fundó su acción o excepción en una norma extranjera inexistente o dudosa».

En la jurisprudencia americana, la sentencia «Walton c. Aramco», pronunciada por un tribunal federal del Estado de Nueva York en 1956,²⁶ desestimó una demanda presentada por un ciudadano americano, residente en Arkansas, Walton, exigiendo la responsabilidad civil de una sociedad americana, Aramco, por un accidente sufrido en Arabia Saudita al colisionar con un camión perteneciente a dicha compañía, fundándose dicha desestimación en la ausencia de prueba del contenido del derecho saudita, competente en cuanto *lex loci delicti*. Esta sentencia fue objeto de crítica por parte de la doctrina.²⁷

En la jurisprudencia francesa, la *Sent. del trib. de gr. inst. d'Avesnes-sur-Helpe de 25 de septiembre de 1963*,²⁸ con relación a una demanda presentada por una mujer casada, de nacionalidad belga, solicitando el *exequatur* de una decisión extranjera nombrándola administradora provisional de su marido internado, considera que:

la demanderesse ayant négligé d'établir et d'invoquer les dispositions de la loi étrangère indispensables pour apprécier les règles d'état et de capacité dont dépend l'exercice de son action en justice, et qui présentent un caractère d'ordre public, il échet de la débouter, en l'état, des fins de sa demande.

23. G. MORELLI, *Diritto Processuale Civile Internazionale*, 2.ª ed., Padua, 1954, pp. 61 y ss.; G. MICHELLI, *Jura novit curia*, *Riv.Dir.Proc.*, 1961, pp. 587 y ss.; R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, Turin, 1954, p. 114; G. VENTURINI, *La prova del diritto straniero*, *Dir.Int.*, 1962, pp. 316-317; C. SAPIENZA, *Il principio jura novit curia e il problema della prova delle leggi straniere*, *Riv.Trim.dir. e proc.civ.*, 1961, p. 91.

24. C. MIGUEL Y ALONSO, *La problemática de la aplicación del Derecho extranjero en el proceso*, en *Estudios de Derecho internacional (Homenaje al Prof. Barcia Trelles)*, Santiago, 1958, p. 515.

25. E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Tratamiento procesal del Derecho extranjero en el Título Preliminar del Código Civil*, *Anuario de D.Int.*, vol. II, Eunsa, Pamplona, 1975, p. 72.

26. C. DAVID, *La loi étrangère devant le juge du fond*, Dalloz, París, 1964, p. 97.

27. B. CURRIE, *On the displacement of the law of the forum*, *Columbia L.R.*, 1958, p. 964; A. NUSSBAUM, *Proof of foreign law in New York*, *Columbia L.R.*, 1957, p. 358.

28. *R.Cr.*, 1965, p. 130, nota BELLET.

Una *Sent. de la Cour de cass. de 2 de diciembre de 1969*, en el caso «Dartois»,²⁹ aprueba la decisión de un trib. de apel. rechazando una demanda, fundada en la ley francesa, en revocación de una donación encubierta entre esposos de nacionalidad diferente, al no haberse discutido que dicha demanda está sometida a una ley extranjera. La *Cour de cass.* declara que:

la cour d'appel qui n'était pas tenue de s'expliquer sur la teneur et la portée de la loi étrangère que les parties n'avaient pas discutée devant elle a, en déboutant le mari de sa demande en révocation de donation déguisée, introduite sur le fondement de la loi française, légalement justifié sa décision.

En la jurisprudencia italiana, una *Sent. de la Corte di cass. de 13 de abril de 1959*, núm. 1.089, en el caso «Zaffaranco c. Di Monte»³⁰ considera que:

...I risultati del mancato assolvimento dell'onere della prova e della mancata collaborazione, rispettivamente, possono coincidere, perché se tanto i fatti giuridici, quanto i diritti stanieri vengono ignorati o rimangono incerti, le pretese o le eccezioni vengono respinte...

A) *Fundamento de la desestimación*

La doctrina favorable a la desestimación invoca distintos argumentos para justificar la desestimación o rechazo de la demanda o excepción fundada en el Derecho extranjero cuyo contenido resulta desconocido:

a) *La naturaleza fáctica del Derecho extranjero y el principio actore non probante reus absolvitur.* — La consideración del Derecho extranjero como elemento integrante o constitutivo de la demanda, que debe ser probado, al igual que los restantes hechos del proceso, por la parte que lo convierte en fundamento de su pretensión jurídica, conduce, cuando no resulta debidamente acreditado, al rechazo de la demanda, con la consiguiente absolución del demandado, en virtud del principio *actore non probante reus absolvitur*.

29. *R.Cr.*, 1971, p. 507, nota G. DE LA PRADELLE.

30. *Riv.Dir.Int.*, 1959, p. 620.

b) La consecuencia práctica de la falta de conocimiento por el juez de la norma en que se funda la demanda o la excepción, que quedan privadas del necesario fundamento jurídico. — Se trata de un argumento básicamente utilizado por la doctrina italiana que concibe la norma extranjera como norma jurídica, que no puede acudir al principio *actore non probante reus absolvitur*, reservado a los partidarios de la construcción de la ley extranjera como *res facti*. En este sentido Morelli³¹ señala que «Invece il rigetto della domanda o dell'eccezione è semplicemente la conseguenza pratica della mancata conoscenza... della norma su cui la domanda o l'eccezione si fonda e del fatto che tale norma, appunto perché ignota al giudice, non viene posta come premessa maggiore del sillogismo giuridico». Por su parte, G. Vanni³² afirma que la desestimación judicial de la demanda por falta de fundamento jurídico significa «che non può pronunziarsi, in primo luogo perchè la norma sulla quale egli deve iudicare gli è sconosciuta ed in secondo luogo perchè, anche dopo aver tentato i mezzi previsti dal secondo comme dell'art. 12 delle Disp. Prelim. al Cod. Civ., la decisione sul caso controverso non gli è possibile...». En la doctrina española, señala Gutiérrez de Cabiedes³³ que «la conclusión no se fundamenta, como pretenden algunos criticándola, en la consideración del Derecho extranjero como un hecho y en la aplicación al mismo de las reglas de la carga de la prueba (*actore non probante, reus absolvitur* y *reus in excipiendo fit actor*), sino precisamente en la consideración cabal del Derecho extranjero como derecho y por tanto inaplicable, al igual que el nacional, si su contenido y vigencia no constan con certeza para el Juzgador».

c) La naturaleza jurídica del Derecho extranjero y el carácter imperativo de las reglas de conflicto. — Según C. David,³⁴ la teoría de la desestimación se explica, no por la naturaleza de hecho de la ley extranjera, sino más bien por su naturaleza de derecho, o más exactamente por el carácter imperativo de las reglas de conflicto. Ello explica, en opinión de este autor, que los tribunales alemanes no hayan rechazado claramente la teoría de la desestimación y que algunos autores alemanes la hayan incluso expresamente preconizado. Este funda-

31. G. MORELLI, *op. cit.*, p. 63.

32. G. VANNI, *La prova del diritto straniero*, Milán, 1971, p. 182.

33. E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *op. cit.*, pp. 72-73.

34. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, pp. 102-104.

mento permite explicar por qué Inglaterra se separa en este punto de Estados Unidos: los ingleses, aunque consideran igualmente el Derecho extranjero como un hecho, no han adoptado una concepción ultra-internacionalista de los conflictos de leyes, siendo partidarios de una aplicación lo más amplia posible de la *lex fori*. Señala este autor, refiriéndose al caso «Walton», que cuando el demandante exige responsabilidad ante un tribunal de Nueva York por un accidente ocurrido en Arabia Saudita, no puede pretender más que la ejecución de la obligación allí nacida. Esta ejecución tendrá ciertamente lugar en virtud de la *lex fori*, pero hay que probar que dicha obligación ha nacido efectivamente en el extranjero; cuando se pide reparación de un accidente ocurrido en el extranjero hay que probar la ley extranjera que ha podido crear la obligación. El demandante debe probar su crédito, que es un hecho para el juez, siendo la ley extranjera un elemento que permite determinar si ese hecho existe.

B) Críticas a la desestimación

La doctrina contraria a la teoría de la desestimación ha vertido hacia ella unas críticas que se han centrado en la defensa de la naturaleza jurídica del Derecho extranjero y en la condena de la denegación de justicia a que da lugar.

a) Naturaleza jurídica del Derecho extranjero. — La teoría de la desestimación es considerada inaceptable partiendo de la conceptualización, no fáctica, sino jurídica, del Derecho extranjero. Así, señala Ponsard³⁵ que nada la justifica lógicamente cuando el Derecho extranjero no puede ser asimilado a los elementos de hecho del proceso. Por su parte, Scerni³⁶ escribe que «tale soluzione, accettabile logicamente se si ammette la costruzione della legge estera come quaestio facti da essere provata dalla parte che la invoca, perchè in tal caso *actore non probante reus absolvitur*, viene a cadere se si abbandona la sua logica premessa e si costruisce la determinazione della legge estera como compito ex officio del giudice stesso».

b) Carácter injusto de la solución. — La desestimación se presenta para Bellet³⁷ como «inique et désastreuse», teniendo en cuenta la

35. A. PONSARD, *Loi étrangère*, en *Répertoire Dalloz*, II, núm. 88.

36. M. SCERNI, *op. cit.*, pp. 15-16.

37. P. BELLET, nota en *R.Cr.*, 1965, p. 135.

dificultad que existe para conocer la ley extranjera. En opinión de Maury³⁸ dicha solución tiene el inconveniente de «mettre un rapport hors du droit», al no aplicarse la ley extranjera, competente pero desconocida, ni la ley del foro, cuando todo litigio debe recibir una solución, incluso si el alcance de la ley normalmente competente no ha podido ser determinado. Para Batiffol³⁹ «la determinación de la ley aplicable no es más que un medio de resolver el litigio, el cual debe recibir una solución incluso si el contenido de la ley normalmente competente no ha podido ser determinado». Según Yasseen,⁴⁰ el rechazo de la demanda es siempre molesto, pero además puede ser injusto. Es molesto si es simplemente un rechazo sin perjuicio, que no es sino un «refus de statuer», pues es siempre inaceptable que un litigio quede sin resolver, pero, comparada con el rechazo con perjuicio, esta solución es menos mala, pues el demandante no pierde, al menos definitivamente, su derecho de recurrir al juez en lo que concierne al mismo litigio, pudiendo nuevamente recurrir cuando pueda determinar el Derecho extranjero aplicable. Pero el rechazo de la demanda pronunciado con perjuicio es una solución que puede ser injusta, pues el hecho de que el Derecho extranjero no haya podido conocerse no debe afectar al fondo de la demanda y prejuzgar las posiciones de las partes. Asimismo, Lalive⁴¹ subraya «la injusticia o el absurdo» de esta «pseudosolución», errónea en su fundamento como en sus consecuencias, pues como ha dicho el Tribunal federal suizo en su sentencia de 11 de mayo de 1966: «Le rejet de l'action faute de connaître le droit étranger irait à l'encontre du but le plus élevé du droit et de la justice, qui est d'aboutir à un jugement équitable sur le fond.» Dentro de la doctrina italiana, Lamberti Zanardi⁴² opina que tal solución no parece convincente, pues que determina una violación de la obligación fundamental del juez de pronunciarse sobre la demanda, no valiendo observar que también el rechazo de la demanda o de la excepción es una forma de pronunciarse, añadiendo que un rechazo por falta de conocimiento de la norma extranjera es en realidad «una pronuncia di dubbio, un vero e proprio non liquet». Por su parte, Cappelletti⁴³ juzga la solución ina-

ceptable, tanto por sus resultados prácticos como en el plano teórico. Desde la perspectiva de los resultados prácticos, denuncia «le gravi macroscopiche iniquità» de la tesis del rechazo. Estima que dicha tesis sería más aceptable si se admitiese, según la originaria propuesta de Anzilotti, un rechazo «allo stato degli atti» o una mera «absolutio ab instantia» («without prejudice»), «con pronuncia quindi non suscettiva di creare la definitiva, immutabile *res iudicata* fra le parti», pero esta solución es insostenible, al menos en derecho italiano, habiendo perdido la parte definitivamente el derecho que tenía fundado en la norma extranjera reclamada. Desde un plano teórico, estima que no es verdad que, en ausencia de una determinada norma extranjera, la demanda o la excepción queden sin fundamento jurídico. Y refiriéndose a la solución de la desestimación como preferida en la mayoría de los Estados miembros de Estados Unidos de América, De Nova⁴⁴ reconoce que puede dar lugar a injusticias «en cuanto que la prueba del Derecho extranjero mediante deposición de un experto puede ser demasiado dispendiosa para la parte financieramente más débil, la cual se encontrará así en grave desventaja». Dentro de la doctrina alemana, Dölle⁴⁵ señala que el rechazo de la demanda por fracaso en la investigación sobre el Derecho extranjero competente no puede ser tomado en consideración seriamente en Alemania, pues si la aplicación del Derecho extranjero continúa siendo la aplicación de un derecho, es evidente que cuando, por cualquier razón, el derecho competente no puede ser aplicado, otro derecho debe reemplazarlo, pues si no el juez se haría culpable de denegación de justicia. Por lo que respecta a la doctrina de los países del Este, Szaszy⁴⁶ indica que «the dismissal of the action or of plea of the defendant as unfounded would be unjustified, because without knowledge of the content of the legal rule the judge is unable to decide whether the action should be considered well founded or unfounded. A dismissal of the action would amount to denial of the administration of justice».

En cuanto a la doctrina española, Angulo Rodríguez⁴⁷ considera que la solución consistente en la desestimación de la pretensión amparada

38. J. MAURY, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1948-1952, p. 114.

39. H. BATIFFOL, *Droit...*, op. cit., p. 405.

40. M. K. YASSEEN, op. cit., pp. 547-548.

41. P. LALIVE, op. cit., p. 243.

42. P. LAMBERTI ZANARDI, nota en *Riv. Dir. Int.*, op. cit., p. 657.

43. M. CAPPELLETTI, *Il trattamento...*, op. cit., pp. 335-337.

44. R. DE NOVA, *La prova del diritto straniero in diritto americano*, *Diritto Internazionale*, 1962, p. 299.

45. H. DÖLLE, *De l'application du droit étranger par le juge interne*, *R.Cr.*, 1955, pp. 241-242.

46. I. SZASZY, *International Civil Procedure*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1967, p. 501.

47. M. ANGULO RODRÍGUEZ, *Lecciones de Derecho procesal internacional*, Granada, 1974, p. 220.

en el Derecho extranjero debe rechazarse, pudiendo además constituir una «auténtica denegación de justicia». Por su parte, Cortés Domínguez⁴⁸ estima que ante el desconocimiento del Derecho extranjero «el juez español no puede adoptar ninguna de estas dos decisiones: 1) No puede negarse a dictar sentencia, porque de esa manera cometería de manera clara un delito tipificado en el CP (art. 357). El juez siempre debe dictar sentencia, y no le cabe escudarse en un desconocimiento de la norma aplicable para no hacerlo. Ciertamente que es un desconocimiento ajeno a su voluntad, pero ello no es suficiente como para poder excusarle de un deber penal y constitucional de dictar sentencia. 2) Tampoco puede rechazar la demanda; el rechazo de la demanda, en el fondo, implica la inadecuación de la pretensión con el Derecho; por tanto, tiene que existir la norma jurídica que permita la operación de subsunción sea negativa, y en el supuesto que planteamos, no se sabe si existe o no».

2. Aplicación subsidiaria de la ley del foro

La aplicación subsidiaria de la ley del foro es la solución dominante en los textos positivos. Así, la Ley sobre D. I. Privado de la R. P. de Polonia de 12 de noviembre de 1965, en su art. 7 dispone que: «Cuando sea imposible determinar el contenido de la ley extranjera o sus puntos de conexión, se aplicará la ley polaca.» El Anteproyecto de reforma del D. I. Privado francés de 1967, en su art. 2.289 declara que: «en caso de imposibilidad de establecer el contenido de la ley extranjera, es aplicable la ley francesa». A su vez, el C. C. portugués de 25 de noviembre de 1966, modificado por Decreto-Ley núm. 496/77, de 25 de noviembre de 1977, en su art. 384.3 señala que: «En la imposibilidad de determinar el contenido del derecho aplicable, el Tribunal recurrirá a las reglas del derecho común portugués.» Asimismo, la Ley federal austríaca sobre D. I. Privado de 15 de junio de 1978, en su art. 4.2 declara que: «Si el Derecho extranjero, a pesar de intensos esfuerzos, no puede ser determinado en un plazo razonable, se aplicará el Derecho austríaco.» Igualmente, el Decreto-Ley núm. 13/1979 del Presidium de la R. P. húngara sobre el D. I. Privado, en su art. 5.3. afirma que: «Cuando resulte imposible establecer el contenido del Derecho extranjero, se aplicará el Derecho húngaro.» Igualmente, la Ley turca sobre el D. I. Privado y el

48. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil internacional*, Edersa, 1981, p. 64.

procedimiento internacional, núm. 2.675, de 20 de mayo de 1982, en su art. 2, 2.º párr., señala que: «Cuando las disposiciones del Derecho extranjero concernientes al caso en cuestión no puedan, a pesar de todas las investigaciones efectuadas, ser establecidas, se aplicará el Derecho turco.» Dentro de esta línea, el Código de las transacciones civiles de los Emiratos árabes unidos, promulgado por la ley federal n.º 5 de 15 de diciembre de 1985, afirma en su art. 28 que: «la ley de los Emiratos árabes unidos se aplicará si la existencia de la ley extranjera a aplicar o su sentido no han sido probados». Por último, la ley federal suiza sobre el D. I. Privado de 18 de diciembre de 1987 dispone en su art. 16, ap. 2.º, que: «El derecho suizo se aplica si el contenido del Derecho extranjero no puede ser establecido.» Como se observa, los mencionados textos condicionan la aplicación subsidiaria del derecho del foro respecto del Derecho extranjero a la imposibilidad de determinar su contenido y no a su mera ausencia de prueba.

La jurisprudencia italiana dominante ha considerado que, en defecto de conocimiento o en ausencia de prueba de la ley extranjera, el juez debe aplicar la ley italiana.⁴⁹ Es expresiva de esta jurisprudencia la *sentencia de la Corte di cass. de 19 de octubre de 1965*, con arreglo a la cual el juez «non potendo decidere la causa in base ad una legge che non conosce, né rifiutarsi di decidere adducendo un non liquet, egli deve applicare la legge italiana». Con relación a la solución propugnada por la jurisprudencia señala Cappelletti⁵⁰ que «poiché la giurisprudenza fino a tempi recenti tendeva a vedere nel diritto straniero una *res facti*, la soluzione più semplice sarebbe stata ovviamente quella del rigetto...», añadiendo a continuación que «la soluzione giurisprudenziale dell'applicazione della *lex fori* non vada inscrita e si giustifichi in quel movimento di progressivo... distacco della giurisprudenza dalla rigida impostazione iniziale, poggiata sulla promessa dogmatica della fattualità».

49. *Sents. de la Corte di cass. de 30 de marzo de 1955*, R.D.I., 1956, pp. 102 y ss.; de *20 de octubre de 1956*, R.D.I., 1957, pp. 415 y ss.; de *19 de octubre de 1965*, núm. 2129, R.D.I.P.P., 1966, pp. 365 y ss.; de *3 de abril de 1970*, núm. 894, R.D.I., 1971, pp. 46 y ss.; R.D.I.P.P., 1971, pp. 617 y ss.; de *20 de julio de 1971*, núm. 2363; de *25 de mayo de 1976*, núm. 1877, R.D.I.P.P., 1977, pp. 88 y ss.; de *12 de enero de 1978*, núm. 135, R.D.I.P.P., 1979, pp. 677 y ss.; de *28 de enero de 1978*, núm. 410, R.D.I.P.P., 1979, pp. 685 y ss.; de *21 de marzo de 1980*, núm. 1906, R.D.I.P.P., 1981, pp. 498 y ss., y de *1 de abril de 1980*, núm. 2094, R.D.I.P.P., 1981, pp. 500 y ss.

50. M. CAPPELLETTI, *Il trattamento...*, op. cit., p. 334.

La *Sent. de la Cour supérieure de justice de Luxembourg de 11 de julio de 1967*, en el caso «Munchen c. Schoene»,⁵¹ considera que:

... à défaut de preuve rapportée ou offerte sur le droit étranger à appliquer (il y a lieu) de déclarer applicable le droit luxembourgeois à la transaction intervenue.

Señala Bernecker⁵² que la jurisprudencia de Luxemburgo se ha mantenido en la idea de la aplicación subsidiaria de la ley del foro.

La *Sent. del Trib. federal suizo de 29 de mayo de 1923*, en el caso «J. W. Blackburn et sons c. Iten»⁵³ declara que:

Lorsque les parties n'ont ni invoqué ni établi la teneur du droit étranger auquel elles son présumées avoir voulu se soumettre, parce que c'est le droit en vigueur au lieu de l'exécution du contrat, le juge suisse saisi du litige peut appliquer les dispositions du CO. qui sont alors censées être l'expression du droit étranger.

A su vez, la *Sent. del Trib. federal suizo de 27 de noviembre de 1934*, en el caso «Ganz c. Banque d'Alsace et de Lorraine»,⁵⁴ considera que:

La Cour cantonale s'est bornée à déclarer que, pour elle, les arts. 1.325 et 1.326 du Code civil français ne consacrent pas la nullité de la transaction. Pour le surplus et en l'absence d'une preuve contraire de la part du défendeur, elle est partie de l'idée que le droit français concorde avec le droit suisse et que, par conséquent, dans la mesure où le droit français est applicable, on peut appliquer les règles du droit suisse comme droit français...

añadiendo:

qu'on peut appliquer les principes du droit suisse comme étant ceux du droit étranger lorsque la partie ne prouve pas qu'il y a divergence entre les deux droits...

Finalmente, la *Sent. del Trib. federal suizo de 31 de agosto de 1953*, en el caso «Künzle c. Bayerische Hypotheken und Wechselbank»⁵⁵ señala que:

51. *Journal du Dr.Int.*, 1971, pp. 410 y ss., obs. A. HUSS.
52. BERNECKER, *J.Ci.Dr.Comp.*, núm. 211, p. 323.
53. *Journal du Dr.Int.Privé*, 1926, p. 813.
54. *Journal du Dr.Int.Privé*, 1935, p. 1097.
55. *R.Cr.*, 1954, pp. 799 y ss., nota G. FLATTET.

les tribunaux cantonaux appliquent, très fréquemment, en vertu d'une autorisation conforme de leurs dispositions de procédure civile, le droit suisse comme droit supplétif à la place du droit étranger normalment applicable, mais qui leur est inconnu.

A) *Fundamento de la aplicación subsidiaria de la ley del foro*

La doctrina favorable a la aplicación subsidiaria de la ley del foro procede a fundamentar su postura, entre otros, en los siguientes argumentos:

a) La obligación del juez de pronunciarse y evitar la denegación de justicia. — Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia afirma que la aplicación de la ley del foro es una necesidad impuesta por la obligación que tiene el juez de pronunciarse para no incurrir en denegación de justicia. Así, Batiffol⁵⁶ señala que el objetivo final no es repartir competencias legislativas sino resolver cuestiones civiles o comerciales. En opinión de Dölle,⁵⁷ «l'on doit se résigner à faire appel au droit national, puisque l'on ne peut se rendre coupable de déni de justice». En parecidos términos, De Nova⁵⁸ se ha referido a la «esigenza di render giustizia fra le parti con i mezzi disponibili». A su vez, Verplaetse⁵⁹ señala que «la ignorancia del Juez, en cuanto al Derecho extranjero competente, no es motivo para no juzgar» y añade que «si las partes no han probado el Derecho extranjero, los Tribunales españoles deben aplicar el Derecho español con el fin de evitar una denegación de justicia».

Dentro de la jurisprudencia italiana, la *Sent. de la Corte di cass. de 19 de octubre de 1965*, núm. 2.129,⁶⁰ considera que:

Non potendo decidere la causa in base ad una legge che non conosce, né rifiutarsi di decidere adducendo un non liquet, egli (el juez) deve applicare la legge italiana.

En la misma línea, la *Sent. del Trib. de Milán de 11 de mayo de 1967*,⁶¹ señala que:

56. H. BATIFFOL, *Droit...*, op. cit., p. 403.
57. H. DÖLLE, op. cit., p. 243.
58. R. DE NOVA, *La prova...*, op. cit., p. 310.
59. J. VERPLAETSE, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1954, pp. 359-360.
60. *R.D.I.P.P.*, 1966, p. 365.
61. *R.D.I.P.P.*, 1968, pp. 132 y ss.

Non potendo il giudice, in caso di mancata conoscenza del diritto straniero, rifiutarsi di decidere adducendo un «non liquet», egli non può se non applicare la legge italiana.

Asimismo, la *Sent. del Trib. de Apel. de Bari de 23 de enero de 1970*⁶² estima que cuando ningún litigante aporte la prueba del Derecho extranjero:

Non potendo essere denegata giustizia, il caso dedotto in giudizio va definito applicando le norme del nostro diritto sostanziale.

Frente a este argumento se alega, en primer término, que la mencionada obligación podría cumplirse también de otro modo, rechazando la demanda o la excepción cuando la ley extranjera en que se funde no resulta acreditada. En este sentido, Morelli⁶³ señala que «una pronuncia si avrebbe anche qualora il giudice rigettasse la domanda o l'eccezione, di cui non si fosse dimostrato il fondamento nella legge applicabile». Asimismo, Gutiérrez de Cabiedes⁶⁴ opina que «existe verdadero pronunciamiento, rechazándose la demanda o la contestación, sin aplicar la *lex fori*». Se añade, en segundo lugar, que la obligación del juez de pronunciarse no se satisface mediante la aplicación de una ley distinta de la designada por las normas de conflicto. A este respecto, Morelli⁶⁵ señala que «l'obbligo del giudice non è semplicemente di pronunciare, ma di pronunciare secondo diritto; ora questo obbligo da quella indicata dalle norme di dir. int. privato». Igualmente Szaszy⁶⁶ precisa que: «though the judge is bound to pass judgement in the matter, still he has to decide in conformity with the law to be applied, and he fails to do so when he administers justice according to a law other than the one he ought to have applied».

b) Naturaleza especial del Derecho extranjero y naturaleza general del derecho del foro. — Parte de la doctrina italiana ha sostenido que en el caso de imposible aplicación del Derecho extranjero, que tiene carácter especial, es aplicable el derecho del foro, en cuanto que tiene carácter general. En este sentido, señala Scerni⁶⁷ que: «Se tale diritto

straniero non esiste, o non è accettabile o non è applicabile, vuol dire che viene a far difetto il diritto speciale derivante da una fonte speciale (il procedimento normativo straniero) ed in tal caso non resta che dare una pronuncia sulla base del diritto obiettivo generale, che per qualsiasi giudice non può essere altro che quello Stato di cui egli è organo.» Frente a esta argumentación se ha invocado su falta de validez general. Así, Lamberti Zanardi⁶⁸ señala que dicho argumento sólo es aceptable si se acoge una particular concepción de la función de las normas de D. I. Privado, la que las considera como normas de producción jurídica, no teniendo validez general. A lo que replica Scerni⁶⁹ diciendo: «Orbene io non so che cosa si intende per una soluzione avente validità generale. E d'altro lato mi pare difficile, per non dire impossibile, scendere all'esame di una questione come quella ora discussa se no avvertendo che, per l'inevitabile concatenazione di tutti i problemi della teoria generale del dir. int. privato, essa sarà influenzata dalla concezione accolta circa la natura e la funzione delle norme di dir. int. privato, così come qualsiasi corollario è influenzato dal postulato da cui si parte.» Por otro lado, Cappelletti⁷⁰ ha señalado que la tesis de referencia carece de fundamento positivo.

c) Acuerdo de las partes. — La aceptación o no por el juez del acuerdo o consentimiento de las partes en cuanto a la ley aplicable a un litigio viene condicionada por diferentes factores. Un primer condicionamiento ejercido hace referencia al modo en que se manifiesta o produce la voluntad de las partes, al carácter expreso o tácito del acuerdo. Un segundo factor condicionante es el concerniente al ámbito material del acuerdo, a la naturaleza imperativa o dispositiva de la materia respecto de la cual se pretende que el acuerdo sea operativo. En tercer lugar, ha de tenerse en cuenta que el acuerdo presenta una doble dimensión, positiva en la medida en que supone la sumisión a una ley, normalmente incompetente, y negativa en cuanto entraña la renuncia a otra ley, normalmente competente; y tanto la sumisión como la renuncia pueden ejercitarse en una doble dirección, respecto del derecho del foro o del Derecho extranjero, con lo que el derecho del foro podrá verse tanto favorecido como perjudicado por la sumisión y renuncia de las partes.

62. R.D.I.P.P., 1971, pp. 602 y ss.

63. G. MORELLI, *Diritto...*, op. cit., p. 62.

64. E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, op. cit., p. 72.

65. G. MORELLI, *Diritto...*, op. cit., p. 62.

66. I. SZASZY, op. cit., p. 501.

67. M. SCERNI, op. cit., pp. 17-18.

68. P. LAMBERTI ZANARDI, nota en *Riv.Dir.Int.*, op. cit., p. 656.

69. M. SCERNI, op. cit., p. 18.

70. M. CAPPELLETTI, *Il trattamento...*, op. cit., p. 337.

Por lo que atañe al carácter expreso o tácito del acuerdo de las partes, existe una tendencia a exigir que éste sea expreso, sin que pueda el juez presumir la renuncia a una regla jurídica. En este sentido, señala P. Mayer⁷¹ que el silencio de las partes no tiene necesariamente significado, pues puede ocurrir que no hayan pensado en el problema o que una de las partes no haya comparecido. Estima que, de la misma manera que las partes pueden por un acuerdo expreso limitar el litigio a ciertos puntos jurídicos, pueden acordar la sustitución de la regla normalmente aplicable por una regla que quizás tenga un contenido exactamente contrario. En Alemania, aunque varias decisiones de los tribunales inferiores habían estimado suficiente una renuncia tácita al Derecho extranjero, el Reichsgericht se ha pronunciado claramente en sentido contrario.⁷² Otra tendencia manifestada en la doctrina y jurisprudencia consiste en estimar suficiente que las partes omitan prevalerse de la ley extranjera para que la ley del foro se aplique; en este sentido, cabe citar la *Sent. de la Cour de cass. de 12 de mayo de 1959*, en el caso «Bisbal».

Por lo que respecta al ámbito material en que puede actuar con eficacia el acuerdo de las partes, existe una tendencia a circunscribirlo a las materias no imperativas, a los derechos de los que las partes tienen la libre disposición.⁷³ En este sentido, P. Mayer⁷⁴ señala que: «Lorsqu'une règle interdit l'accord contraire des parties, en effet, elle interdit certainement aussi que les parties ne la rendent inapplicable. La désignation d'une règle impérative n'a son plein sens que si la désignation elle-même est impérative.» Opina este autor⁷⁵ que la norma de conflicto no es una regla jurídica como las otras, pues su objeto no consiste en consagrar o denegar el derecho subjetivo litigioso, sino en determinar la norma material aplicable; por lo tanto, cabe admitir que el acuerdo de las partes vincule a los jueces sobre un elemento subjetivo de solución (validez del contrato...), pero no tiene el poder (en todo caso si no es expreso, o cuando las partes no tienen la libre disposición de sus derechos) de imponerle el derecho objetivo aplicable. Y para Yasseen⁷⁶ la justificación del acuerdo de las partes no vale

71. P. MAYER, *L'office du juge dans le règlement des conflits de lois*, en *Travaux du Comité français de dr.int.privé*, 1975-1977, p. 239.

72. C. DAVID, *La loi étrangère...*, op. cit., núm. 36, p. 23.

73. H. MOTULSKY, *L'office du juge et la loi étrangère*, *Mélanges Maury*, I, París, 1960, núm. 44, p. 365; A. WEILL, op. cit., núm. 63, p. 15.

74. P. MAYER, *L'office du juge...*, op. cit., p. 239.

75. P. MAYER, *Droit...*, op. cit., núm. 146, p. 127.

76. M. K. YASSEEN, op. cit., p. 551.

más que cuando la aplicación del Derecho extranjero depende de la voluntad de las partes, por lo que no puede fundamentar una solución general.

La determinación de las materias no imperativas plantea la cuestión de si debe efectuarse con arreglo a la ley del foro o a la ley extranjera. A este respecto, señala A. Weill⁷⁷ que como la ley extranjera no es aplicable por su propia iniciativa sino por mediación de la norma de conflicto del foro, parece normal preguntar al derecho del foro para determinar si se trata de una materia imperativa o no. En el mismo sentido se han pronunciado otros autores.⁷⁸

Por lo que concierne al sentido, a la dirección en que el acuerdo de las partes puede efectuarse, se tiende a considerar que la facultad de las partes de renunciar a la ley competente puede ejercitarse tanto cuando ésta es la del foro como cuando es extranjera. Por su parte, P. Mayer⁷⁹ piensa que si bien los elementos de la discusión son idénticos en ambas hipótesis, existe, sin embargo, un elemento favorable a una respuesta afirmativa cuando el acuerdo de las partes opera en favor de la ley del foro, y es que su aplicación es para el juez del foro más fácil que la de la ley extranjera.

La sumisión a la ley del foro ha servido para apoyar la competencia de la ley española en repetidas ocasiones.

A propósito de una demanda de divorcio presentada por una española de origen contra un italiano, quienes habían contraído matrimonio en nuestro país, la *Sent. TS de 27 de enero de 1933* considera que si se atiende al criterio inspirador de la doctrina de los tribunales italianos no sería difícil recordar sentencias de los tribunales de casación de Turín y Roma, según las cuales:

el extranjero que contrae matrimonio en Italia reconoce implícitamente los preceptos de la ley matrimonial italiana y se somete a ella de una manera necesaria, aceptando en su consecuencia el absoluto precepto del art. 148 del CC italiano, a cuyo tenor un matrimonio contraído en Italia sólo puede ser disuelto por la muerte, así como el art. 56 del mismo texto legal, en cuya virtud, cualquier italiano ligado por un matrimonio contraído, no puede celebrar un segundo matrimonio...

77. A. WEILL, *La loi étrangère devant les tribunaux françaises*, en *Juris classé de droit international*, fasc. 539, núm. 63, p. 15.

78. C. DAVID, *La loi étrangère...*, op. cit., núm. 104, p. 85; H. MOTULSKY, *L'office du juge...*, op. cit., núm. 44, p. 365.

79. P. MAYER, *Droit...*, op. cit., núm. 144, p. 125.

La sumisión a la ley del foro, como fundamento de su competencia, juega en este caso por el cauce de la reciprocidad. De igual manera que la celebración del matrimonio en Italia por extranjeros supone el reconocimiento implícito, sumisión necesaria o aceptación de los preceptos de la legislación matrimonial italiana, la celebración del matrimonio en España implica la sumisión a la legislación española.

Poco después, sobre una demanda de divorcio presentada por una mujer, originariamente española, italiana por razón de matrimonio, y residente, al igual que su marido, en España, la *Sent. TS de 10 de julio de 1934* considera que:

hay que tener en cuenta el hecho esencial de que estando ambos litigantes conformes en que se resolviera su divorcio por la ley española, única que invocaron en sus respectivos escritos y alegaciones... y no habiéndose alegado y menos probado el Derecho material italiano, esto es, las leyes vigentes y los preceptos reguladores del divorcio entre italianos, procede declarar que la ley aplicable, tanto por la voluntad expresa de los cónyuges como por no haberse alegado otra, es la ley española.

La *Sent. TS de 21 de febrero de 1935*, con relación a una acción de divorcio vincular ejercitada, al amparo de la legislación española, por una mujer contra su marido, súbditos ingleses, que habían celebrado matrimonio consular en España, lugar de su domicilio real y legal, considera que:

si la competencia de los Tribunales españoles es evidente para conocer del caso de autos, no lo es menos la aplicación de nuestra ley interna, a cuya protección buscó amparo la mujer demandante, autorizada por el fuero de su domicilio.

Es de señalar que en el presente supuesto la competencia de la ley española no es comúnmente aceptada por ambos esposos, como ocurría en el caso precedente, sino sólo por uno de ellos, la demandante. A este respecto, subraya Puente Egido⁸⁰ que «teóricamente es rechazable la aplicación de la ley material del foro simplemente porque la parte demandante la acepte, sobre todo si el demandado se encuentra en rebeldía». Conviene no perder de vista, sin embargo, que la sumisión a la ley española no era el único fundamento de su competencia, en

80. J. PUENTE EGIDO, *Derecho internacional privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Eunibar, Barcelona, 1981, p. 296.

favor de la cual jugaba, de una manera más o menos explícita, la competencia judicial de los Tribunales españoles y el domicilio de los esposos en nuestro país. El domicilio es aquí el elemento que engarza la competencia judicial y legislativa española.

La *Sent. TS de 9 de enero de 1936* considera que:

tratándose de un divorcio de matrimonio canónico celebrado en Barcelona entre española y alemán, en el que la mujer al solicitar aquél se acoge a la legislación y Tribunales españoles, el marido por incomparecencia en el juicio es declarado rebelde, situación procesal que conserva en todo el pleito, y el M. fiscal no sólo no alega legislación alguna extranjera, sino que en su contestación a la demanda estima de aplicación la española que en la demanda se cita...

por lo que

la legislación aplicable al divorcio en cuestión es la española, única invocada en el pleito...

Nuevamente en este supuesto se concede relevancia al acogimiento a la legislación española por parte de la mujer demandante.

Por último, considera la *Sent. TS de 27 de julio de 1937* que:

no aceptando la mujer la legislación húngara y no habiendo cumplido el marido su obligación de probar los preceptos de aquélla, no puede sufrir la demandante las consecuencias de una omisión sólo imputable al demandado y, en consecuencia, ha debido fallarse el pleito aplicando los preceptos de la Ley española invocados por la actora.

El análisis de la jurisprudencia española efectuado permite avanzar las siguientes afirmaciones:

1.ª La aceptación de la legislación española ha servido para apoyar la competencia de ésta, no sólo en la hipótesis de existir conformidad entre los cónyuges al respecto, sino también cuando la sumisión se ha producido sólo por parte de uno de ellos (la mujer demandante en los casos antes contemplados), con independencia de que fuese española o extranjera su nacionalidad.

2.ª La aceptación de la legislación española, por las partes o por una de ellas, lejos de utilizarse como argumento exclusivo en que fun-

dar la atribución de competencia a la ley del foro, se ha invocado con carácter complementario, añadido a otras razones, como la ausencia de prueba de la legislación extranjera, el criterio de la reciprocidad, el lugar donde los esposos tienen su domicilio o la misma competencia de los Tribunales españoles.

d) Vocación de la *lex fori*. — Un sector doctrinal habla de la vocación o competencia general, normal, universal o subsidiaria del derecho del foro, así como de la plenitud de competencia o de autoridad que a éste corresponde. Como contrapartida, se afirma que la competencia del Derecho extranjero sería una competencia condicionada (sometida a la condición de que su contenido sea determinable, cognoscible por el juez) y excepcional, de tal modo que cuando su aplicación sea imposible el derecho del foro recobrará su competencia normal.

Dentro de esta corriente, Niboyet⁸¹ estima que cuando debemos renunciar a servirnos del Derecho extranjero en el que confiamos, debemos, para evitar la denegación de justicia, utilizar un derecho de reemplazo, que no puede ser otro que el nuestro puesto que es el único que posee, a nuestros ojos, una plenitud de autoridad. Y escribe: «Ce résultat qui marque l'emprise de la loi française partout où l'on ne justifie pas de la compétence d'une loi étrangère, n'a rien de choquant en définitive, à moins d'avoir l'esprit chagrin.» Por su parte, Francescakis,⁸² en su recensión a la obra de Evrigenis sobre la aplicación del Derecho extranjero, entiende que la vocación de la *lex fori* es general «parce que nous estimons que les rapports internationaux se nouant normalement dans le cadre de la société interne par rapport à laquelle ils présentent un caractère d'exception, le droit interne du for apparaît essentiellement comme apte à régir convenablement même les relations internationales». A su vez, Bischoff⁸³ estima que «la prépondérance de la *lex fori*, loin d'être condamnable, paraît justifiée». Sostiene una postura más ponderada Louis-Lucas,⁸⁴ para quien la noción de competencia general del derecho francés no puede entenderse como una competencia general principal, sino en un sentido más atenuado, el de competencia subsidiaria. El derecho del foro poseería una competencia general, es decir, susceptible de manifestarse en todos los ámbitos,

81. J. P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, III, núm. 1015.

82. Ph. FRANCESCAKIS, *R.Cr.*, 1957, p. 536.

83. J. M. BISCHOFF, *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, Bibliothèque de Droit privé, 1959, p. 15.

84. P. LOUIS-LUCAS, *Existe-t-il...*, op. cit., pp. 405 y ss.

de jugar en todos los conflictos de leyes, pero esta competencia no sería más que subordinada, como medida de socorro, en los casos en que una circunstancia decisiva aconsejase o incluso impusiese que la competencia normal de un Derecho extranjero fuese sustituida por la competencia supletoria del derecho del foro. Si el juez no puede utilizar el Derecho extranjero designado competente, tendrán que replegarse sobre lo que para él es la verdad jurídica de base, el derecho común, su propio derecho. Estima este autor que son dos las condiciones de existencia de la competencia general del derecho del foro: «Il faut, en premier lieu, que le principe juridique normalement applicable se révèle inutilisable. Il faut, en second lieu, que le principe supplétif recherché ne doive pas être préférablement tiré d'un autre corps de règles que celui que propose la loi du juge.»

a') La vocación de la *lex fori* en la jurisprudencia francesa. — La *Sent. del Trib. del Sena de 28 de marzo de 1958* declaró que:

le juge régulièrement saisi et compétent sur le fond, s'il ne trouve les éléments de sa décision dans un principe de valeur internationale, doit recourir au droit commun de sa législation interne, pour laquelle il a vocation de principe et destination.

La *Sent. de la Cour de cass. de 12 de mayo de 1959*, en el caso «Bisbal», a propósito de la conversión en divorcio de una separación entre españoles, considera:

que les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère et de faire, en ce cas, appel à la loi interne française, laquelle a vocation à régir tous les rapports de droit privé.

Posteriormente, la *Sent. de la Cour d'appel de Paris de 26 de enero de 1965*, en el caso «Dame B... c. B...»,⁸⁵ sobre divorcio entre esposos de nacionalidad y domicilio de hecho diferentes, aplica la *lex fori*:

Qu'à moins de vouloir consacrer une fiction, il ne saurait être question d'appliquer, dans cette dernière hypothèse, la loi d'un domicile légal ou d'un ancien domicile commun, ne correspondant aucune-

85. *R.Cr.*, 1965, pp. 359 y ss., nota Ph. FRANCESCAKIS.

ment à la réalité des choses et qu'il convient, dès lors, de reconnaître compétence à loi du for, laquelle a vocation générale à régir les rapports de droit privé soumis au juge régulièrement saisi.

Señala Francescakis, al comentar la citada sentencia, que la Cour de París se alinea con la sentencia «Tarwid» al declarar aplicable la ley francesa en cuanto ley del foro, pero mientras que la sentencia «Tarwid» no daba ninguna explicación de esta solución, la Cour de París la vincula expresamente a la «vocación general» de la ley del foro «para regir las relaciones de derecho privado sometidas al juez regularmente competente». Opina el autor que esta doctrina, que se presta a controversias, parece fundada en todos los casos de carencia de reglas de conflicto y en todo caso en materia de divorcio.

b') La vocación de la *lex fori* en la jurisprudencia italiana. — La jurisprudencia italiana ha señalado en diversas ocasiones que el legislador, al establecer que en un caso determinado debe aplicarse la ley extranjera con preferencia a la italiana, efectúa una elección que presupone que la ley extranjera exista, equiparándose a su inexistencia la ausencia de conocimiento de la misma por parte del juez. En este sentido, la *Sent. de la Corte di cass. de 19 de octubre de 1965*, número 2.129, en el caso «Metro Goldwyn Mayer Pictures Corporation c. Tavazzi»,⁸⁶ considera que la aplicación de la *lex fori* no se justifica por una presunción de conformidad de la ley extranjera con la italiana:

ma perchè il legislatore italiano, nello stabilire che in un determinato caso debba applicarsi la legge straniera a preferenza di quella italiana, opera, in sostanza, una scelta, la quale presuppone che la legge straniera esista; ed alla inesistenza va equiparata la mancata conoscenza di essa da parte del giudice.

En términos semejantes se pronunció la *Sent. del Trib. de Milán de 11 de mayo de 1967*.⁸⁷

c') Crítica de la doctrina de la vocación subsidiaria de la *lex fori*. — Se ha esgrimido por diversos autores la ausencia de título jurídico y de fundamento teórico de esta construcción. Así, señala Yasseen⁸⁸ que estas nociones no pueden imponerse más que en cuanto están consagradas por el derecho positivo, en virtud de un texto legislativo o de

una regla consuetudinaria o incluso de un principio jurisprudencial bien establecido, y añade que no parece que la aplicación del Derecho extranjero sea considerada como una excepción, sino que es la aplicación del derecho nacional, en lugar del Derecho extranjero aplicable, la que tiene todas las características de una excepción. Igualmente, Szaszy⁸⁹ indica que la tesis se opone al contenido de las normas de conflicto de las legislaciones de los distintos países, en cuanto que no incluyen una condición de este tipo. A su vez, Cappelletti⁹⁰ afirma que: «Si trata di una costruzione immaginifica, degna piuttosto di un sistema di diritto religioso che di un moderno sistema di diritto umano e relativo: il suo successo sembra basato più sul facile appello all'orgoglio nazionale o alla pigrizia del giudice, che su un reale fondamento teorico.»

e) La presunción de identidad. — La presunción de identidad constituye un argumento susceptible de ser utilizado en diferentes direcciones. El Derecho extranjero competente, pero desconocido, puede presumirse idéntico al del foro, o a otro Derecho extranjero (el considerado más próximo) o a los principios generales del Derecho universalmente aceptados. Nos interesa ahora la presunción de identidad como fundamento de la aplicación del derecho del foro.

a') La presunción de identidad en Estados Unidos. — La presunción de identidad adoptada en Estados Unidos se caracteriza por el predominio del elemento racional sobre el imperativo, a diferencia de lo que sucede en Inglaterra, donde el elemento imperativo prima sobre el racional.⁹¹ La presunción de identidad no puede jugar en todos los casos, no siendo admisible cuanto tenga un carácter arbitrario, absolutamente artificial; está justificada sólo cuando pueda considerarse racional, es decir, cuando exista una fuerte probabilidad de que corresponda a la realidad, lo que exige limitar su ámbito, aceptándola sólo en determinados supuestos.

Una primera restricción importante hace referencia a la determinación de los Estados cuyo derecho puede constituir objeto de una presunción de identidad con el derecho del foro. La presunción sólo se admitirá con relación a países cuyo sistema jurídico, fundado en el

86. R.D.I.P.P., 1966, pp. 365 y ss.

87. R.D.I.P.P., 1968, pp. 132 y ss.

88. M. K. YASSEEN, *op. cit.*, p. 553.

89. I. SZASZY, *op. cit.*, p. 500.

90. M. CAPPELLETTI, *Il trattamento...*, *op. cit.*, p. 337.

91. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, núms. 134 y ss., pp. 105 y ss.

common law, sea de base análoga al del foro (*common law states; common law countries*), es decir, los diferentes Estados de la Unión, Inglaterra, Canadá...

Una segunda restricción concierne al ámbito de materias en que la presunción de identidad puede operar. Se estima que ésta sólo podrá intervenir en las materias regidas por el *common law*, presumiéndose entonces idéntico el *common law* del Estado extranjero al *common law* del foro, pero no en las materias regidas por textos legislativos, por leyes escritas (*statutory law, civil law rules*). Para justificar esa distinción se ha invocado la oposición existente entre la pluralidad y diversidad de las políticas legislativas de los diferentes Estados, y la esencial unidad del *common law*, fundado en principios permanentes dotados de validez universal, pero esa oposición entre el *common law* y la legislación ha sido controvertida por algunos autores, por entender que también el *common law* se fundaba, en cierta medida, en una determinada política jurídica.⁹²

Incluso limitada al ámbito del *common law*, la presunción de identidad no ha escapado a las críticas de la doctrina. Así, señala Kuhn⁹³ que: «This distinction may be logical on principle but if carried to extremes, it may give rise to gross injustice.» Y, por otra parte, Ehrenzweig⁹⁴ observa que: «And even if further limited to foreign common-law rules, the presumption has become increasingly unrealistic with the evergrowing divergence of those rules in the several states and countries.»

En el supuesto de que una materia, antes regida en el foro por el *common law*, haya pasado a regirse por una ley (*statute*), se ha dudado si el Derecho extranjero debía presumirse idéntico al *statute law* del foro, o al *common law* anterior al cambio introducido por la ley, es decir, a una regla del *common law* que ya no está en vigor en el foro. Esta última presunción, según C. David,⁹⁵ conduce a una concepción muy estática, y difícilmente justificable, del Derecho extranjero, pudiendo ocurrir que la ley del foro se encuentre más próxima al Derecho extranjero de lo que pueda estarlo la vieja regla del *common law*,

92. B. CURRIE, *op. cit.*, p. 1018.

93. A. K. KUHN, *Comparative Commentaries on Private International Law*, Nueva York, 1937, p. 98.

94. A. EHRENZWEIG, *Private International Law*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1972, p. 188.

95. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, núm. 138, p. 108.

y que termine aplicándose un derecho que no está vigente ni en el foro ni en el Estado extranjero.

En cuanto al fundamento de esta presunción de identidad se ha señalado que la actitud de los tribunales americanos responde a la vez a motivos de derecho constitucional y de derecho internacional privado.⁹⁶ Desde el plano del derecho constitucional, se observa que la Constitución federal de Estados Unidos exige que todo proceso sea conducido de manera legal (*due process of law clause*), y que ninguna de las partes sea arbitrariamente perjudicada con relación a la otra, por lo que una presunción no fundada en ninguna probabilidad, o sólo en una probabilidad insuficiente, podría ser arbitraria, y por lo tanto inconstitucional, argumento desdeñado por quienes estiman dudoso que una presunción, incluso arbitraria, en materia civil, pueda ser inconstitucional. Y desde la perspectiva del D. I. Privado, se alude al dualismo del fundamento de los conflictos de leyes en los Estados Unidos, que son a la vez conflictos de soberanías (lo que justifica el recurso a la teoría de las presunciones) y conflictos de intereses privados (lo que conduce a exigir que la presunción no sea completamente artificial).

b) La presunción de identidad en Inglaterra. — La presunción de identidad, tal y como es entendida en Inglaterra, se caracteriza por el predominio del elemento imperativo sobre el racional, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos.⁹⁷ Esa presunción tiene un carácter general, un campo de aplicación ilimitado; se aplica con independencia de que pueda o no corresponder a la realidad, estar o no racionalmente justificada; es decir, se impone por la decisión del juez y no por su probabilidad. El predominio del elemento imperativo no significa que el elemento racional esté completamente ausente, pues, como el mencionado autor señala, la presunción ha sido aplicada sobre todo en materias que pueden considerarse aún sometidas, en cierta medida, a su *ius commune*.

Dicha presunción de identidad ha sido objeto de diversas críticas. Según el citado autor francés, reposa sobre la idea de que una relación jurídica determinada no puede regirse más que por una sola ley, lo que no es cierto, pues una relación internacional es susceptible de regirse por distintas leyes, cada una de las cuales tiene uno o varios motivos para ser aplicada, si bien una de ellas tiene títulos superiores

96. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, núms. 139-140, pp. 108-109.

97. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, núms. 144 y ss., pp. 112 y ss.

a las otras, y esa ley es la designada por la norma de conflicto. Añade que esta presunción confunde los dos títulos de aplicación de la ley del foro, su aplicación a título principal y su aplicación a título subsidiario cuando el Derecho extranjero no ha podido ser determinado. Asimismo señala que tal presunción aparece vinculada a una determinada concepción de los conflictos de leyes, una concepción de Derecho público, que los considera como conflictos de soberanía, y para la cual lo que importa no es tanto la identidad real del Derecho del foro y del Derecho extranjero como el reconocimiento formal de la competencia del Derecho extranjero. Entiende que la teoría de las presunciones, útil si las normas de conflicto resuelven conflictos de soberanías estatales, es inútil e incluso peligrosa si se trata de reglas de Derecho privado, pues empuja al juez a creer que el Derecho extranjero y el Derecho del foro son semejantes, aunque ello sea absolutamente falso.

c) La presunción de identidad en Francia. — La *Sent. del Trib. de gr. inst. del Sena de 11 de diciembre de 1962*,⁹⁸ tras señalar que las partes no se explican sobre el punto de saber si es la ley francesa, la ley luxemburguesa o cualquier otra ley la que debe regir el contrato litigioso, considera:

qu'il y a lieu de supposer, dans ces conditions, que le contenu des unes et des autres de ces législations est semblable sur ce point à celui de la législation française.

A propósito de dicha decisión, señala el comentarista que la misma testimonia la voluntad del tribunal de llamar a la sociedad demandada al cumplimiento de las reglas de la buena fe y de la diligencia contractual, fundadamente supuestas comunes a las diversas legislaciones que pudieran haber tenido título para aplicarse en el caso (esencialmente, la ley francesa del lugar de conclusión, y la ley luxemburguesa del lugar de ejecución del contrato litigioso...), y añade que el tribunal, al subrayar la similitud probable entre las diversas leyes teóricamente en presencia, evoca un cierto «fondo común» de los sistemas jurídicos nacionales, especialmente en el ámbito de los contratos, y recuerda así la idea de un Derecho transnacional del comercio internacional.

A su vez, la *Sent. de la Cour de cass. (Ch. soc.) de 8 de octubre de 1969*, en el caso «Soc. Montalev c. Giacomel»,⁹⁹ con relación a un

98. *Journal du Dr.Int.*, 1963, pp. 764 y ss., nota B. G.

99. *R.Cr.*, 1970, pp. 684 y ss.

contrato de trabajo concluido en Francia entre dos franceses y destinado a ser ejecutado en Estados Unidos, admite que el Trib. de apelaciones ha podido aplicar las disposiciones de la ley francesa, no teniendo que investigar si la ley americana era aplicable a las condiciones de fondo de la ruptura del contrato y a las modalidades de ejecución del trabajo, dado que la sociedad americana no se había prevalido, en cuanto a los efectos de la falta grave del asalariado:

d'une disposition précise de la loi américaine (de las Islas Vírgenes) qui aurait été différente des prescriptions françaises sur le régime des indemnités de rupture.

Finalmente, la *Sent. de la Cour de cass. (Ch. com.) de 14 de junio de 1983*, en el caso «Soc. Maschinenfabrik Ausburg Nuremberg c. Soc. Compagnie Meridionale de Navigation et autres»,¹⁰⁰ sobre la acción directa del subadquiriente contra el fabricante por la garantía del vicio oculto afectando a la cosa vendida desde su fabricación, estimó que el Trib. de apel. estaba fundado para aplicar el Derecho francés, al no haber demostrado, ni siquiera alegado la sociedad extranjera demandada:

qu'il existe une quelconque différence ou en tout cas une différence substantielle entre le droit allemand et le droit français en ce qui concerne les modalités de réparation applicables au litige.

d') La presunción de identidad en Italia. — Cabe señalar, por un lado, la existencia de una corriente jurisprudencial favorable a la presunción de identidad de la ley extranjera con la ley del foro. En este sentido, la *Sent. del Trib. de Milán de 11 de mayo de 1977*,¹⁰¹ tras señalar que la jurisprudencia ha seguido tres orientaciones distintas en cuanto al problema relativo a la aplicabilidad del principio *iura novit curia* a las leyes extranjeras, considera que:

Un terzo orientamento... equipara la norma straniera al fatto giuridico che, in quanto tale, costituisce uno degli oneri probatori posti a carico della parte interessata. Ove tale prova non sia fornita, la controversia sarà decisa secondo la legge italiana in base ad una presunzione di conformità di regolamento della materia tra legge nazionale e legge straniera (Cass. sez. un. 27 aprile 1957, n. 1428...)

100. *R.Cr.*, 1984, pp. 122 y ss., nota BATIFFOL.

101. *R.D.J.P.P.*, 1968, pp. 132 y ss.

Y la *Sent. de la Corte di Appello de Génova de 6 de febrero de 1968*¹⁰² considera:

Ed è giurisprudenza costante che, ove le parti non abbiano fornito la prova dell'esistenza e del contenuto della legge straniera, né il giudice ne abbia conoscenza diretta, né possa trarla dagli elementi acquisiti al processo, la controversia deve essere decisa secondo la legge italiana, dovendosi presumere la conformidad di regolamento della materia fra la legge nazionale e quella straniera.

Existe también una corriente jurisprudencial contraria a la admisión de la presunción de identidad como fundamento de la aplicación de la ley del foro. En este sentido, la *Sent. de la Corte di cass. de 19 de octubre de 1965*, n. 2129, en el caso «Metro Goldwyn Mayer Pictures Corporation c. Tavazzi»,¹⁰³ considera que la aplicación de la ley del foro:

si giustifica non per una presunzione di conformità della legge straniera alla legge italiana, presunzione priva (come giustamente osserva la ricorrente) di ogni fondamento razionale, essendo la leggi dei singoli Stati solitamente, e talora profondamente, diverse...

Por su parte, la *Sent. de la Corte di cass. de 12 de diciembre de 1967*, n. 2931, en el caso «Fascia c. Matteo e Fascia»,¹⁰⁴ considera que:

Per accertare, quindi, se una legge straniera regoli un istituto giuridico diversamente dalla legge italiana, non può seguirsi altro criterio che quello della comparazione tra la due leggi. Ed è questo, giust'appunto, il criterio seguito, nel caso di specie, dal giudice del merito.

Existe, por último, una amplia corriente jurisprudencial que atribuye a la parte que invoca la aplicación del Derecho extranjero por el juez italiano la carga de probar que la ley extranjera contiene normas diversas de la italiana sobre el punto en controversia, debiendo en otro caso encontrar aplicación la ley italiana.¹⁰⁵ Como expresiva de esta

102. *R.D.I.P.P.*, 1968, pp. 411 y ss.

103. *R.D.I.P.P.*, 1966, pp. 365 y ss.; *R.D.I.*, 1966, pp. 407 y ss.

104. *R.D.I.P.P.*, 1968, pp. 874 y ss.

105. *Sents. de la Corte di cass. de 30 de marzo de 1955; de 27 de abril de 1957*, núm. 1428; *de 26 de octubre de 1967*, núm. 2648; *3 de abril de 1970*, núm. 894; *20 de julio de 1971*, núm. 2363; *28 de marzo de 1972*, núm. 992; *12 de enero de 1978*, núm. 135; *28 de enero de 1978*, núm. 410; *12 de marzo de 1980*, núm. 1647; *21 de*

corriente cabe citar, p. ej., la *Sent. de la Corte di cass. de 21 de marzo de 1980*, n. 1906,¹⁰⁶ considerando que:

chi invoca a suo favore la legge straniera, deducendone la diversità dalla legge italiana, ha l'onere di fornire la relativa prova così come in relazione ad una circostanza difatto; ne consegue che qualora l'interessato non fornisca tale prova, il giudice italiano non può applicare una legge diversa da quella italiana...

En el fondo de esta jurisprudencia parece latir, implícitamente, la idea de que cuando no se prueba la divergencia entre la ley extranjera y la ley del foro se presume que esa divergencia no existe, es decir, se presume su identidad.

Dicha presunción ha sido combatida por la doctrina italiana. Así, Morelli¹⁰⁷ afirma que tal presunción está en evidente contraste con la realidad y no encuentra base alguna en el ordenamiento jurídico, no pudiéndose hablar de presunción en un campo al que permanece totalmente ajeno todo concepto de prueba, en el verdadero sentido de la palabra, y en particular el concepto de carga de la prueba. Estima que si el efecto de la presunción legal es el de dispensar de cualquier prueba a aquél en cuyo favor tiene lugar, la pretendida presunción de identidad entre Derecho nacional y Derecho extranjero deberá funcionar en el sentido de endosar la carga de la prueba de la diferencia al que la afirma. Pero señala que esta consecuencia es conciliable sólo con un sistema que considere el Derecho extranjero como un simple hecho, el cual deba en todo caso ser afirmado y probado por la parte. A su vez, Cappelletti¹⁰⁸ señala que la única ventaja consiste en que con el instrumento arcaico de esta presunción *juris tantum* se puede por lo menos justificar la falta de aplicación del brocardo *actore non probante*, es decir, se puede huir de la incua solución del rechazo.

e') La presunción de identidad en España. — En un asunto concursal, la *Sent. T.S. de 15 de noviembre de 1898* aplicó la ley española considerando, entre otras razones:

que no ha podido ser infringido el principio de derecho internacional que con referencia a una ley de Partida se invoca... porque

marzo de 1980, núm. 1906; *1 de abril de 1980*, núm. 2094; *29 de marzo de 1982*, núm. 1936.

106. *R.D.I.P.P.*, 1981, pp. 498 y ss.

107. G. MORELLI, *Diritto...*, op. cit., p. 61.

108. M. CAPPELLETTI, *Il trattamento...*, op. cit., p. 336.

españoles son los demandados individualmente, y no se ha demostrado que la legislación extranjera que se supone hubiera debido aplicarse sea distinta de la aplicada.

En el recurso de casación interpuesto contra el fallo condenatorio de la Audiencia se había invocado por los condenados la infracción del principio de D.I. Privado consignado en la Ley 15, tít. 10, Partida 1.ª, según el cual las obligaciones nacidas de un contrato celebrado en el extranjero entre súbditos del país en que aquél se celebra se rigen por la ley del país y no por la española, por lo que en el supuesto de que fueran competentes los tribunales españoles éstos deberían haber aplicado la Ley inglesa.

A propósito de una demanda formulada por una compañía de ópera de Nueva York, la «Metropolitan Opera Company», contra el cantante español Sr. Fleta, exigiéndole el pago de una cantidad como indemnización por daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento de un contrato, la *Sent. T.S. de 19 de diciembre de 1930* considera:

declarado por la Sala sentenciadora que las conclusiones de derecho en que funda su fallo condenatorio eran conformes con las que rigen en el estado de Nueva York que formaban el régimen jurídico del caso del pleito, y que en el curso de los autos no se probó la existencia en el mismo de ninguna norma jurídica contraria a las expuestas.

Por último, en materia de sucesión de títulos nobiliarios, la *Sent. T.S. de 17 de noviembre de 1973* considera que:

aparece irregularmente acreditada la inscripción del nacimiento de la actora, que ahora aparece como recurrida en el Registro Civil de La Habana (Cuba), pues habiendo nacido el año 1915 no tuvo lugar dicha inscripción hasta 1925, es decir, diez años después, habiéndose efectuado por una declaración simple del presunto padre y de los testigos, sin observar lo dispuesto en el art. 45 de la Ley entonces vigente del Registro Civil de 17 de junio de 1870 y en el 32 del Reglamento dictado para su aplicación de 13 de diciembre del mismo año, a tener en cuenta ambos, así como las disposiciones que los complementaron posteriormente, en virtud de lo establecido en el segundo párrafo del art. 10 del CC por tratarse de la sucesión del primer concesionario del título discutido, que era español, con independencia de que la parte actora, en su día, no justificó tampoco que fuese distinta la legislación cubana en el sentido de permitir aquella anomalía, siendo así que no lo era...

La mencionada sentencia implícitamente se pronuncia en favor de una presunción de identidad entre el contenido del Derecho extranjero eventualmente competente y el del foro, al referirse a la obligación de justificar que fuese «distinta» de la española la legislación cubana.

e') La crítica de la presunción de identidad. — La crítica a la presunción de identidad entre la ley extranjera y la ley del foro ha girado en torno a los siguientes argumentos:

a'') Carácter artificial, ficticio, irreal. — Es una ficción en conflicto con la realidad presumir que la ley extranjera coincide con la del foro. En este sentido, Cappelletti¹⁰⁹ estima que se trata de un instrumento arcaico, basado en una rudimentaria ficción jurídica. Las presunciones *juris* (sean absolutas o relativas) son típicas manifestaciones de una lógica escolástica y formal, que afronta los problemas de la investigación con criterios abstractos, deductivos, vinculantes, en vez de hacerlo con los criterios científicos y modernos de la investigación inductiva, concreta, experimental (*provocando e riprovando*) de la verdad.

b'') Carácter contrario a las enseñanzas del Derecho comparado. — Los estudios de Derecho comparado muestran que las legislaciones sólo coinciden en el plano de los grandes principios, pero que esa coincidencia se desvanece cuando de lo general se desciende a lo particular. Así, Durante¹¹⁰ dice que: «E stato infatti dimostrato dagli studi di diritto comparato come la vantata concordanza fra la legislazione dei paesi civili si risolve tutta nei principi giuridici fondamentali e nelle linee generali oltre le quali stanno le innumerabili varietà delle singole applicazioni.» Por otra parte, se señala que los comparatistas que han defendido la presunción de identidad no ven en ella más que un principio metodológico.¹¹¹

c'') Carácter contradictorio con la propia existencia de un sistema de D.I. Privado. — Señala Vanni¹¹² que «la presunzione d'identità contrasta con l'esistenza stessa di ogni sistema di Dir.Int. Privato che prevede per ogni fattispecie estranea all'ordinamento giuridico una regolamentazione fornita da una particolare categoria di norme e cioè di

109. M. CAPPELLETTI, *Il trattamento...*, op. cit., p. 336.

110. F. DURANTE, *La prova del diritto straniero richiamato dalle norme di diritto internazionale privato*, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, vol. XXIX, 1953, p. 94.

111. C. ZWEIFERT, *Des solutions identiques par des voies différentes*, *Rev. int. dr. comp.*, 1966, pp. 5 y ss.

112. G. VANNI, op. cit., p. 181.

quelle, create mediante rinvio ovvero da quelle norme che rimangono estranee all'ordinamento del foro, mentre le norme proprie di quest'ultimo ordinamento non sono in grado di disciplinare la fattispecie medesima, appunto per la loro estraneità».

d") *Carácter discriminatorio.* — Se señala que la presunción de identidad, racionalmente aplicada, crea una discriminación injustificada, pues ciertas demandas fundadas en la ley extranjera se someten a la ley del foro en virtud de la existencia de esa presunción, en tanto que otras son pura y simplemente rechazadas porque la presunción de identidad con la *lex fori* no es racionalmente aplicable.¹¹³

A la vista de estas críticas, parte de la doctrina aconseja abandonar la terminología de presunción y aplicar francamente, en ausencia de prueba de la ley extranjera, la ley del foro, sin el camuflaje de las presunciones.

f) *Razones prácticas.* — Por un sector de la doctrina se señala que la aplicación de la ley del foro se justifica por razones prácticas, de oportunidad o necesidad; que se trata de un expediente, de un remedio útil, de una solución que se impone por eliminación al resultar la menos mala posible, una solución a la que hay que resignarse, la única disponible, un *pis aller*, una *Verlegenheitslösung*, ofreciendo las ventajas de su simplicidad y previsibilidad. A este respecto, afirma Yassen¹¹⁴ que el fin último de la norma de conflicto es la reglamentación de una cuestión de la vida social internacional. En esta dirección, una *Sent. del Trib. federal suizo de 11 de mayo de 1966*,¹¹⁵ que se ha pronunciado en favor de la *lex fori*, considera que:

La solution la plus simple et la plus raisonnable, proposée par la jurisprudence de la plupart des pays, consiste à appliquer la *lex fori*, celle que le juge connaît à fond et dont on lui a confié l'application. Ce recours à la *lex fori* n'est cependant pas une nécessité logique, mais matérielle...

g) *Razones de urgencia.* — Para algunos autores la sustitución de la ley extranjera por la del foro está justificada cuando la aplicación de la ley extranjera implica el recurso a instituciones extranjeras cuya intervención retrasaría inconvenientemente la regulación de los intereses en juego, o cuando el conocimiento de la ley de un país lejano exige

113. C. DAVID, *La loi étrangère...*, op. cit., núm. 137, p. 107; A. WEILL, op. cit., núm. 154, p. 30.

114. M. K. YASSEN, op. cit., p. 553.

115. P. LALIVE, op. cit., p. 245.

plazos incompatibles con la urgencia del caso.¹¹⁶ En este sentido, la *Sent. de la Cour de cass. (Ch. civ.) de 19 de octubre de 1971*, en el caso «*Epoux Darmouni c. veuve El Haik*»,¹¹⁷ considera:

que c'est, en outre, justement qu'à défaut de la connaissance immédiate de ces modalités (modalidades de la Ley aplicable), les juges du fond ont, à titre provisoire, substitué la loi française à la loi étrangère dès lors qu'ils constataient que veuve El Haik née en 1892 et impotente se trouvait actuellement sans ressources en France où en 1969 un de ses beaux-fils l'avait bénévolement recueillie et en conséquence condamné les époux Darmouni à lui payer une pension jusqu'à ce qu'il soit statué sur le rapport de l'expert.

Comentando dicha sentencia, observa Simon-Depitre¹¹⁸ que la competencia de la ley francesa estaba justificada por la conexión a la *lex fori* de las medidas de urgencia, al haber constatado el Trib. de apel. que la viuda El Haik estaba inválida y sin recursos.

En esta dirección señala Zajtay¹¹⁹ que en caso de medidas provisionales urgentes que no permiten investigaciones prolongadas la aplicación de la *lex fori* puede presentarse como la única solución posible.

h) *Razones de equidad.* — La *Sent. del Trib. de gr. inst. de París de 25 de noviembre de 1971*, en el caso «*Zikman c. Lopato*»,¹²⁰ considera:

que dans ces conditions, et la notion de gestion d'affaires sur laquelle la demande est basée procédant au surplus d'une règle d'équité, il y a lieu de faire application de la loi française...

Comentando dicha sentencia, señala G. de La Pradelle¹²¹ que la misma invoca como último argumento el carácter de «regla de equidad» del que procede la noción de gestión de negocios, pero el autor entiende que este motivo de apariencia tranquilizadora es profundamente equívoco. Frente a la posibilidad de que la sentencia haya querido decir que, tratándose de una institución de equidad, poco importa la ley aplicada, valiendo todas las legislaciones, responde que «la notion même d'équité "naturelle" est liée à une idéologie particulière,

116. H. BATIFFOL, op. cit., p. 407.

117. R.Cr., 1973, p. 75.

118. M. SIMON-DEPITRE, nota en R.Cr., 1973, p. 75.

119. I. ZAJTAY, *La condition de la loi étrangère en droit international privé français*, París, 1958, p. 271.

121. G. DE LA PRADELLE, nota en R.Cr., 1973, p. 506.

et que sa nature essentiellement contingente est soulignée par les circonstances de la présente affaire: quelle équité commune pourraient bien reconnaître le tribunal bourgeois qui siège à Paris, le droit de la Chine révolutionnaire, la légalité véhiculée par les armées de Staline, ou encore l'éphémère juridiction nationaliste dont une décision est incidemment mentionnée...?».

i) Existencia de vínculos entre el supuesto y el foro. — Se hace notar que el supuesto se halla vinculado con el foro por ciertas conexiones, las que permitieron resolver el conflicto de jurisdicciones atribuyendo competencia a los tribunales nacionales. En esta línea de argumentación, observa Yasseen¹²² que «la question à juger n'est pas toujours complètement étrangère à ce droit;... la compétence judiciaire se justifie souvent par un certain lien entre cette question et l'ordre juridique du for». Asimismo, Angulo Rodríguez¹²³ afirma que «el supuesto se encuentra vinculado, por hipótesis, al sistema del Foro a través de las conexiones que atribuyeron a éste competencia judicial internacional».

B) Críticas a la aplicación subsidiaria de la ley del foro

La doctrina contraria a la aplicación subsidiaria de la *lex fori* apoya su oposición, entre otros, en los siguientes argumentos:

a) La contravención de la norma de conflicto del foro y del Derecho material extranjero. — Se señala que la aplicación subsidiaria del Derecho del foro, en defecto del Derecho extranjero competente pero desconocido, no respeta el mandato de la norma de conflicto nacional y acaso tampoco el contenido del Derecho extranjero. Frente a ello se replica diciendo, por un lado, que la misma objeción puede hacerse contra otras soluciones como las consistentes en el rechazo de la demanda o en la aplicación de otro derecho que el declarado competente por la norma de conflicto, y por otra parte, que al menos se respeta el Derecho material del foro.

b) El fraude o negligencia de las partes. — El hacer depender la aplicación del Derecho extranjero competente de su alegación y prueba por las partes equivale a permitir el fraude a la ley extranjera, entregando a los litigantes el poder decidir el Derecho aplicable. En efecto,

122. M. K. YASSEEN, *op. cit.*, p. 553.

123. M. ANGULO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 220.

las partes, mediante el simple expediente de no invocar el Derecho extranjero competente, podrán sustraerse a su aplicación, provocando la aplicación de la ley del foro cuando ésta resulta más ventajosa.

c) Obstáculos de orden práctico. — La aplicación de la ley del foro tropieza con dificultades prácticas cuando desconoce una institución extranjera o cuando conduce a consecuencias manifiestamente injustas. Señala Cappelletti¹²⁴ que «non si tratterà, probabilmente, di macroscopiche iniquità... Ma si tratterà, tuttavia, di soluzione ingiuste, perchè è ingiusto che un soggetto, il quale ha acquistato un diritto sul fondamento della norma dettata dall'ordinamento con il quale c'è il maggiore collegamento, se lo veda negare sul fondamento di una norma diversa...».

Sintetiza las señaladas críticas Quadri¹²⁵ afirmando que «en appliquant la *lex fori*, on porte atteinte aux intérêts légitimes des parties, on fait violence à la nature des rapports telle qu'elle résulte des circonstances de rattachement, on consacre des injustices».

3. CONCEPCIÓN ECLÉCTICA

Existe un amplio sector doctrinal en cuya opinión las tesis de la desestimación o de la aplicación subsidiaria de la ley del foro no pueden ser aceptadas o rechazadas con carácter general, en términos absolutos, sino que pueden estar o no justificadas según los casos. Se trata de ponderar los límites, las condiciones de intervención, el ámbito de aplicación de una y otra teoría.¹²⁶ Como criterios determinantes de la operatividad de dichas soluciones se han propuesto los siguientes:

A) El título de intervención de la ley extranjera. — C. David¹²⁷ entiende que es preciso ante todo examinar las condiciones en que la ley extranjera interviene. Utilizando las distinciones efectuadas por la doctrina italiana, señala que la ley extranjera puede ser tomada en consideración de tres maneras diferentes: puede servir para aplicar la ley

124. M. CAPPELLETTI, *Il trattamento...*, *op. cit.*, p. 336.

125. R. QUADRI, *De la preuve du droit étranger*, *Revue égyptienne de droit international*, 1953, p. 10.

126. A. WEILL, *op. cit.*, núm. 159, p. 31; A. PONSARD, *op. cit.*, núm. 94, p. 270; M. K. YASSEEN, *op. cit.*, p. 554.

127. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, p. 98.

sustantiva interna, puede intervenir como un hecho importante y puede, finalmente, ser designada por las reglas de conflicto del foro.

En primer término, la ley extranjera puede servir para interpretar y aplicar la ley del foro, puede intervenir como condición de aplicación del Derecho del foro. El Derecho aplicable es el del foro, pero tiene en cuenta lo dispuesto por el Derecho extranjero. La hipótesis puede presentarse tanto en el ámbito civil como penal. En el ámbito civil, la aplicación de la legislación del foro en materia de arrendamientos a los extranjeros frecuentemente estará condicionada por la prueba de la reciprocidad. En Francia, cuando un arrendatario español reclama la prórroga de su arrendamiento rústico, conforme al *statut de fermage*, se verificará si España posee una ley análoga y si los franceses pueden beneficiarse de ella (*Sent. de la Cour de cass. [Soc.] de 25 de noviembre de 1948*).¹²⁸ Considera C. David¹²⁹ que la legislación francesa no puede aplicarse más que si existe una legislación española análoga; en defecto de prueba de la ley española, la ley francesa no puede aplicarse, pues ello sería pura y simplemente suprimir una de las condiciones de aplicación de la ley francesa, por lo que el rechazo de la demanda parece imponerse. En nuestro país, a tenor del art. 7.º de la LAU (texto refundido aprobado por Decreto de 24 de diciembre de 1964), «los beneficios que la presente Ley concede serán aplicables a los inquilinos, arrendatarios y subarrendatarios extranjeros, siempre que éstos prueben la existencia del principio de reciprocidad en los países respectivos a favor de inquilinos, arrendatarios y subarrendatarios españoles».

Según la *Sent. T.S. de 4 de mayo de 1964*, lo único que hace el artículo 7.º de la LAU es:

negar los beneficios que la Ley concede a los inquilinos, arrendatarios o subarrendatarios, a los que sean extranjeros, si éstos no prueban dentro de dicho proceso que en sus países respectivos existe reciprocidad con los súbditos españoles.

Y Puente Egido¹³⁰ señala, con relación al problema del Derecho aplicable en defecto de reciprocidad, que «el hecho mismo de que la ley especial condicione la participación del extranjero en los beneficios reservados por la ley a la exigencia de la reciprocidad hace que la

128. R.Cr., 1949, pp. 306 y ss., nota MONNERAY.

129. C. DAVID, *La loi étrangère...*, op. cit., p. 98.

130. J. PUENTE EGIDO, op. cit., p. 475.

normativa de esa ley sea un Derecho de aplicación necesaria sobre el que el juego conflictual de la autonomía de las partes no puede operar. Por consiguiente, si el extranjero no puede probar el trato recíproco, el régimen a aplicar es el común del contrato de arrendamiento de cosas, del Código civil».

En materia penal, en el caso de un delito cometido en el extranjero por un español, el art. 341 de la LOPJ de 1870 y el art. 23, 2, de la vigente LOPJ subordinan la atribución de competencia extraterritorial, fundada en el principio de la personalidad, a la jurisdicción española, al requisito o condición de la doble imputación, esto es, la exigencia de la punibilidad del hecho en el lugar de ejecución. Señalaba Miaja de la Muela,¹³¹ en relación con el art. 341 de la antigua LOPJ, que lo que el Tribunal español que consulta la legislación del país donde el delito fue cometido busca «no es la norma material que va a aplicar, sino una condición de punibilidad o de procedibilidad exigida por la regla penal española aplicable». Como afirma C. Ruiz Enríquez,¹³² «la ausencia de tipificación como delito en tal lugar enervará siempre la competencia que se había presupuesto con base en la nacionalidad española de su autor». Análogamente, el art. 689 del C. de proc. penal francés castiga un hecho cometido por un francés en el extranjero, y calificado delito por la ley francesa, a condición de que este hecho sea también castigado por la legislación del país donde ha sido cometido. El conocimiento del Derecho extranjero es aquí —señala C. David— una condición indispensable de la aplicación de la ley penal francesa, sin que pueda aplicarse subsidiariamente la ley francesa, en el supuesto de ignorancia del Derecho extranjero, pues ello sería eliminar una de las condiciones establecidas por el Derecho francés para su aplicación.

Asimismo, Batiffol¹³³ estima que si la ley extranjera no interviene más que como condición de aplicación de la ley francesa, su falta de prueba obliga a rechazar la demanda. Dicha formulación es criticada por Motulsky.¹³⁴ Por su parte, A. Weill¹³⁵ señala que en este caso se

131. A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, vol. II, 8.ª ed., Atlas, Madrid, 1979, p. 447.

132. C. RUIZ ENRÍQUEZ, *El Derecho penal internacional español*, Ediciones Tat, Granada, 1988, p. 150.

133. H. BATIFFOL, *Droit...*, op. cit., p. 405; nota en R.Cr., 1963, p. 266.

134. H. MOTULSKY, *L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France*, en *Mélanges offerts à R. Savatier*, Paris, 1965, p. 683.

135. A. WEILL, *La loi étrangère devant les tribunaux français*, en «*Juris Classeur de droit international*, fasc. 539, núm. 146, p. 28.

admite generalmente que el juez francés debe aplicar de oficio la ley extranjera y debe esforzarse en conocer su contenido, no pudiendo el juez válidamente rechazar la demanda más que en el supuesto de imposibilidad real de informarse sobre el contenido de la ley extranjera.

En segundo lugar, la ley extranjera puede intervenir como un hecho. C. David¹³⁶ ilustra el supuesto acudiendo al caso «Crashley v. Press. Pub. Co.», concerniente a una demanda presentada contra un periódico americano que había publicado un artículo diciendo que el señor Crashley había participado en una revolución en Brasil. El Derecho del Estado de Nueva York preveía que la víctima de una difamación pudiese reclamar indemnización de daños y perjuicios sin tener que probar ningún perjuicio cuando el hecho que se le imputa constituye un crimen. Un tribunal de Nueva York (1904) rechazó la demanda, fundándose en que Crashley no había probado que las actividades revolucionarias fuesen un crimen en Brasil. Estima C. David que la demanda puede ser rechazada cuando la ley extranjera es un hecho y no ha sido probada, y en este sentido cabe aprobar la sentencia, pero piensa que la demanda no debe ser necesariamente rechazada, y a este respecto la decisión del juez americano le parece criticable. En definitiva, la necesidad o no de rechazar la demanda depende de que la comisión del crimen deba ser apreciada según la ley extranjera, correspondiente al lugar de comisión del hecho, o según la ley del foro, y de que la ley extranjera sea un elemento de hecho indispensable o simplemente útil para la calificación de los acontecimientos.

En tercer lugar, la ley extranjera puede ser designada por la regla de conflicto como competente para regir la cuestión principal. C. David¹³⁷ estima que la desestimación es condenable cuando la ley extranjera desconocida debía proporcionar la regla de decisión del litigio. Hay que señalar que la solución de la desestimación ha sido adoptada en la práctica americana (piénsese en la sentencia «Walton», tan denostada por la doctrina), pero no ha sido compartida por la jurisprudencia francesa o alemana.

B) El sistema procesal existente en un determinado país. — Señala Lagarde¹³⁸ que en un sistema inquisitivo o de oficio, en que la in-

vestigación del contenido de la ley extranjera no recayese sobre las partes sino sobre el juez, sería perfectamente comprensible que éste, al no poder determinar su contenido, aplicase la ley del foro a título subsidiario, constituyendo la desestimación o rechazo de la demanda en tal caso una denegación de justicia.¹³⁹ Por el contrario, en un sistema acusatorio o de alegación de parte, como es en principio el sistema francés, la aplicación subsidiaria de la ley del foro vacía de sentido la regla que hace recaer sobre las partes la carga de la prueba de la ley extranjera, y, en definitiva, corre el peligro de arruinar la misma autoridad de la regla de conflicto.

C) 'La imposibilidad o la simple ausencia de prueba de la ley extranjera. — Se estima que la aplicación subsidiaria de la ley del foro no debería producirse más que en virtud de la imposibilidad real, objetiva, apreciada o constatada por el juez, de determinar el contenido del Derecho extranjero, sin que sea suficiente la mera verificación de su ausencia de prueba. Es decir, la carga de la prueba de la ley extranjera sólo se impondría cuando resultase factible.

D) La existencia o no de fraude, mala fe o negligencia de las partes. — Por un sector de la doctrina se propone que el juez conceda al demandante un plazo para acreditar el contenido del Derecho extranjero competente, de modo que si una vez expirado el plazo impartido no se ha aportado la prueba del Derecho extranjero, sin que quepa apreciar la imposibilidad de hacerlo, el juez podrá desestimar la demanda.¹⁴⁰ Se trata así de combatir la mala fe o la negligencia de las partes, evitando sus maniobras tendentes a sustraerse a la aplicación de la ley extranjera competente, acogiéndose a la ley del foro, más favorable, en ámbitos que escapan al dominio de su voluntad. Según Batiffol¹⁴¹ hay aquí «una limitación útil del recurso a la vocación subsidiaria de la ley del foro». El sistema es criticado por Motulsky.¹⁴² P. Mayer¹⁴³ objeta que en buena lógica, si se razona en términos de carga de la prueba, habría que rechazar la demanda siempre que la prueba no sea aportada por quien tiene la carga, sin preguntarse si su carencia es o no excusable.

139. A. WEILL, *op. cit.*, núm. 159, p. 31; A. PONSARD, *op. cit.*, núm. 94, p. 270; M. K. YASSEEN, *op. cit.*, p. 554.

140. H. BATIFFOL, notas en *R.Cr.*, 1963, p. 370, y 1970, p. 702; P. LAGARDE, nota en *R.Cr.*, 1981, p. 100; A. WEILL, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, núm. 147, p. 28.

141. H. BATIFFOL, *Droit...*, *op. cit.*, p. 406.

142. H. MOTULSKY, *L'évolution...*, *op. cit.*, núm. 19, p. 691.

143. P. MAYER, *Droit...*, *op. cit.*, núm. 189, p. 159.

136. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, pp. 100-101.

137. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, p. 101.

138. P. LAGARDE, nota en *R.Cr.*, 1981, pp. 99-100.

E) El desconocimiento de la ley extranjera en su contenido general y la ausencia de prueba de la disposición de la ley extranjera especialmente invocada. — Se trata de una distinción establecida por la jurisprudencia francesa. Así, la *Sent. de la Cour de cass. (Ch. civ.) de 24 de enero de 1984*, en el caso «Soc. Thinet et Dumez c. Soc. des Etablissements Roque et autres»,¹⁴⁴ declara:

Attendu, ensuite, qu'ayant constaté non la défaillance de la loi étrangère dans son contenu général, défaillance à laquelle le juge doit suppléer par application de la loi française, en raison de sa vocation subsidiaire, mais le défaut de preuve de la disposition de la loi étrangère spécialement invoquée, la cour d'appel ne pouvait que rejeter le moyen de défense qui lui était présenté...

Señala al respecto Lagarde¹⁴⁵ que esta distinción, que se encontraba en germen en las sentencias de 28 de abril y 22 de octubre de 1980, y casi expresada ya en la de 15 de junio de 1982, y ahora consagrada y sistematizada, debería permitir resolver, en la mayor parte de los casos, las dificultades resultantes de la coexistencia en el derecho francés de la regla que hace recaer sobre las partes la carga de la prueba de la ley extranjera y de la que permite al juez participar activamente en esta investigación por los medios específicos de que disponga. Entiende que la *défaillance* de la ley extranjera y la aplicación subsidiaria de la ley del foro será retenida, no sólo cuando la parte que debía aportar la prueba ha tomado para ello diligencias suficientes aunque vanas, sino también cuando el juez, sustituyendo a las partes, ha fracasado en esta búsqueda. Por el contrario, opina que la desestimación de la demanda sancionará lógicamente la falta de prueba de la disposición especialmente invocada (y quizás imaginaria), en la hipótesis en que, siendo la ley extranjera aplicable globalmente conocida, la parte que tenía la carga de probar la disposición especial invocada ha fracasado en esta prueba.

F) Distinto tratamiento de la demanda y de la excepción fundada en la ley extranjera. — Señala A. Weill¹⁴⁶ que la Cour de cassation, generalmente hostil al rechazo de la demanda cuando la prueba del contenido de la ley extranjera no ha sido establecida, podría considerar, por el contrario, que hay que rechazar la excepción fundada en una

144. R.Cr., 1985, p. 89, nota LAGARDE.

145. P. LAGARDE, nota en R.Cr., 1985, p. 89.

146. A. WEILL, *La loi étrangère...*, op. cit., núm. 149, p. 29.

disposición de la ley extranjera que el demandado no ha probado. Ese rechazo de la excepción sería tanto más aceptable cuanto que, a diferencia de lo que sucede con el rechazo de la demanda, no hay que temer denegación de justicia. Por otra parte, dicha solución contribuiría a evitar las maniobras dilatorias del demandado.

G) Desestimación en el supuesto de absolución de la instancia, sin declaración de cosa juzgada. — Señala Cappelletti¹⁴⁷ que la tesis del rechazo sería más aceptable, en el plano práctico, si se admitiese, según la originaria solución propuesta por Anzilotti, «un rigetto "allo stato degli atti" o una mera absolutio ab instantia ("without prejudice"), con pronuncia quindi non suscettiva di creare la definitiva, immutabile res iudicata fra le parti». Pero estima esta solución insostenible, al menos en derecho italiano, pues la parte que tenía un derecho fundado en la norma extranjera reclamada, lo ha perdido definitivamente. Asimismo, Miaja de la Muela¹⁴⁸ entiende que «esta solución sólo puede suscribirse plenamente en cuanto el sistema procesal del país permita, en este caso, una absolución de la instancia que, sin sentar declaración de cosa juzgada, faculte a la repetición de la demanda con mejor documentación sobre el Derecho aplicable».

H) Desestimación en el supuesto de constitución de un efecto jurídico nuevo en el foro. — En opinión de Tito Ballarino,¹⁴⁹ la solución del rechazo de la demanda merece aprobación cuando se trate de constituir en el foro un efecto jurídico nuevo: p. ej., una demanda de divorcio fundada en una ley cuyo texto no se ha probado.

I) Aplicación de la ley del foro cuando no conduzca a un resultado injusto. — Se recomienda evitar la aplicación de la ley del foro cuando conduce a resultados injustos o diametralmente opuestos a los previstos en el Derecho extranjero competente. Se señala al respecto la imposibilidad de aplicar la ley del foro, en lo tocante a la regulación de la circulación automóvil, a propósito de un accidente ocurrido en el extranjero, o su imposible aplicación cuando la *lex fori* conduzca a validar lo nulo o anular lo válido, p. ej., en materia de divorcio, condiciones formales del matrimonio.¹⁵⁰

J) Aplicación de la ley del foro cuando tenga un contenido más

147. M. CAPPELLETTI, *Il trattamento...*, op. cit., pp. 335-336.

148. A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, vol. I, 8.ª ed., Atlas, Madrid, 1981, p. 439.

149. TITO BALLARINO, *Diritto Internazionale Privato*, Padua, 1982, p. 268.

150. M. K. YASSEEN, op. cit., p. 553; A. PONSARD, op. cit., núm. 96, p. 270; I. ZAJTAY, op. cit., p. 271.

favorable al demandado. — Frente a la tesis de que la ley del foro debería aplicarse sólo cuando es más favorable al demandado, señala Szaszy¹⁵¹ que «no one can guess whether or not the foreign law is the more favourable, unless it is known».

K) Aplicación de la ley del foro en defecto de otra ley extranjera más estrechamente vinculada con el supuesto. — Se ha preconizado la elaboración de normas de conflicto subsidiarias cuando la principal no pudiera ser aplicada, pudiendo en tal caso recurrirse a una ley extranjera que presente con la cuestión litigiosa un lazo más estrecho que la *lex fori*, sin que ésta última tenga reservado el monopolio de la competencia subsidiaria.¹⁵² Por ejemplo, en materia de estado de las personas, si la ley nacional es desconocida se estima preferible aplicar, antes que la ley del foro, la ley del domicilio. De este modo se extienden al caso de desconocimiento de la ley nacional las soluciones imperantes en el supuesto de desconocimiento de la nacionalidad o de ausencia de nacionalidad común de los esposos.

L) Aplicación de la ley del foro atendiendo a su valor racional y a los lazos que el litigio presente con ella. — C. David¹⁵³ propone tener en cuenta a la vez el valor racional más o menos universal de la *lex fori* y los lazos del litigio con la misma.

LL) Aplicación de la ley del foro a título provisional. — En ocasiones se defiende la aplicación de la ley del foro con carácter provisional, en tanto llegue a conocerse el contenido de la ley extranjera. Esa aplicación provisional de la *lex fori* responde a razones de urgencia, a la existencia de una situación que debe ser prontamente resuelta, al derivarse de su posible demora innegables perjuicios para la persona necesitada de protección. Así, la *Sent. de la Cour de cass. (Ch. civ.) de 19 de octubre de 1971*, en el caso «Epoux Darmouni c. veuve El Haik»,¹⁵⁴ con relación a una demanda de alimentos de una viuda, inválida y sin recursos, contra sus hijos, de nacionalidad tunecina, considera:

... qu'en présence de pareilles prétentions contradictoires aussi peu établies l'une que l'autre, la Cour d'appel n'a pas renversé la charge de la preuve, en commettant un expert à l'effet de rechercher, en l'espèce, les modalités de la loi qu'elle reconnaissait en principe applicables; que c'est, en outre, justement, qu'à défaut de la connaissance immédiate de ces modalités, les juges du fond ont, à titre

151. I. SZASZY, *op. cit.*, p. 271.

152. P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, pp. 438-439.

153. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, núms. 171 y ss., pp. 130 y ss.

154. *R.Cr.*, 1973, p. 75.

provisoire, substitué la loi française à la loi étrangère dès lors qu'ils constataient que veuve El Haik née en 1892 et impotente se trouvait actuellement sans ressources en France où en 1969 un de ses beaux-fils l'avait bénévolement recueillie et en conséquence condamné les époux Darmouni à lui payer une pension jusqu'à ce qu'il soit statué sur le rapport de l'expert...

4. La aplicación del derecho más próximo

La solución consistente en aplicar el Derecho extranjero más próximo a aquél designado por la norma de conflicto como competente, pero cuyo contenido se desconoce, ha sido fundamentalmente sostenida por la doctrina alemana (Kegel, Raape, Melchior, Wolff, Dölle...), admitiéndose en su defecto, generalmente, el recurso a la *lex fori*. Hay que señalar que en ocasiones será el derecho nacional, y no uno extranjero, el que tenga mayor parentesco con el derecho desconocido.

En el marco del Derecho positivo, la mencionada tesis ha sido propugnada por el Proyecto de Ley federal suiza sobre D. I. Privado de 1978, cuyo art. 15.III.3 sostiene que: «cuando no pueda ser determinado el contenido del Derecho extranjero, el juez tomará en consideración el derecho más próximo y, en su defecto, aplicará el Derecho suizo». Esa referencia al derecho más próximo ha desaparecido en el texto de la ley federal de 18 de diciembre de 1987.

Dentro de la jurisprudencia española, la *Sent. TS de 16 de octubre de 1940*, que aplicó a la rendición de cuentas de una tutela ejercida en España sobre unos menores de nacionalidad rusa el Derecho español, por no conocerse el ruso, enunció entre otras posibles soluciones «la aplicación de aquel derecho que más se acerque al Derecho ruso».

A) Concepto de derecho más próximo.

Señala Louis-Lucas¹⁵⁵ que la idea de derecho más próximo no es completamente clara y que varias interpretaciones son posibles al respecto. Por derecho más próximo cabe entender el más próximo al Derecho extranjero que normalmente debería haber sido aplicado, uno de la misma familia jurídica. Pero cabe estimar también que el intérprete debe reservarse una mayor libertad de decisión y que por derecho más próximo hay que entender las reglas que él estime más próximas a las que debería, pero no puede, aplicar, siendo el juez el que podrá

155. P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, p. 438.

decidir que es la ley del domicilio la más próxima a la ley nacional y la más apta, por consiguiente, para suplir eventualmente a esta última. Piensa este autor que la primera interpretación es la más correcta cuando, como en el caso de aceptación del reenvío, nos remitimos al Derecho extranjero, y que la segunda interpretación es la más correcta cuando, como en el caso de rechazo del reenvío, nos reservamos la decisión.

Con relación al concepto de vecindad, entiende Lalive,¹⁵⁶ que no se trata, o en todo caso no sólo, de vecindad «geográfica», sino de vecindad «jurídica y cultural». Por su parte, Yasseen,¹⁵⁷ hace referencia al derecho más próximo que pueda conocerse del mismo tipo o de la misma familia jurídica.

Por lo que respecta a la delimitación de la noción de derecho próximo, estima Guasp¹⁵⁸ que «dentro del Derecho extranjero, y también con relación a su valor normativo para el nacional, hay que separar los ordenamientos que cabe llamar próximos de los meramente afines y de los remotos». Considera que derechos próximos, con una importancia considerable para el derecho propio, son los que tienen semejanza extraordinaria no sólo extrínseca, sino sobre todo intrínseca, con el Derecho español, v. g., el Código civil francés o el italiano con relación al CC español. Derechos afines, de menor valor normativo, son los que coinciden en las líneas generales con el patrio aunque no tengan la semejanza máxima que supone su proximidad, v. g., los derechos surgidos del tronco común del derecho romano. Por último, derechos remotos son los que no guardan con el nuestro más relación que la que se deriva de referirse a unos problemas sustancialmente comunes, grupo de mínimo interés como fuente.

B) Manifestaciones de la proximidad entre legislaciones

La proximidad entre ordenamientos jurídicos puede manifestarse en diferentes ámbitos y con distinto tipo de relación. Así, la proximidad jurídica ha tenido una manifestación importante con ocasión del fenómeno colonial, habiéndose producido entre el derecho de la antigua metrópoli y el de las antiguas colonias que posteriormente han accedido a la independencia. En este sentido, la jurisprudencia francesa

tiende a admitir que las leyes mantenidas en vigor en las antiguas colonias francesas que han llegado a la independencia, se presumen haber permanecido idénticas a la ley francesa. Es ilustrativa al respecto la *Sent. de la Cour de cass. (Ch. com.) de 13 de noviembre de 1968*, en el caso «Conesa c. Soc. Follona»,¹⁵⁹ considerando que la ausencia de prueba de una modificación de la ley francesa de 7 de marzo de 1925 sobre sociedades de responsabilidad limitada en Argelia después de su independencia, significaba el mantenimiento del texto francés en este país.

La proximidad jurídica se ha manifestado también al margen del fenómeno colonial, pudiendo producirse entre Estados soberanos. Esa proximidad puede darse en línea vertical, descendiente, entre una legislación y otra que de ella deriva, y en línea horizontal, entre diversas legislaciones surgidas de un mismo tronco común. Cabe, al respecto, mencionar la influencia del CC suizo sobre el turco y la del CC francés en los diversos países de América latina.

C) Ventajas de la aplicación del derecho más próximo

Entre las ventajas de la aplicación del derecho más próximo al extranjero designado competente podemos mencionar las siguientes:

a) La esperanza de obtener un resultado semejante. — Según C. David,¹⁶⁰ la gran ventaja de esta solución consiste en que «cabe esperar que la regla efectivamente aplicada no estará muy alejada de la regla desconocida que debía haberse aplicado». En este sentido, señala Goldschmidt¹⁶¹ que «si el Derecho extranjero no se puede comprobar, hay que acudir a otro Derecho semejante para lograr así el máximo grado asequible de probabilidad respecto a la sentencia extranjera». Asimismo, Dölle¹⁶² opina que la aplicación del derecho más próximo permitirá «alimentar alguna esperanza de que el resultado no será muy alejado del que la regla de conflicto ha deseado», añadiendo que «puesto que de todos modos se está obligado a aplicar un derecho que la regla de conflicto nacional no incluye en sus instrucciones, debe acordarse la preferencia a aquél que, se presume, conducirá al resultado más próximo

156. P. LALIVE, *op. cit.*, p. 244.

157. M. K. YASSEEN, *op. cit.*, p. 549.

158. I. GUASP DELGADO, *Derecho procesal civil*, t. I, Madrid, 1968, pp. 54-55.

159. C. DAVID, nota en *R.Cr.*, 1969, pp. 695 y ss.

160. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, núm. 135, p. 106.

161. W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, t. III, 2.ª ed., Buenos Aires, 1954, pp. 287-288.

162. H. DÖLLE, *op. cit.*, p. 242.

del querido por la regla de conflicto». Según Louis-Lucas¹⁶³ «la deformación jurídica fatal será, al menos, lo más limitada posible». Y para Lalive,¹⁶⁴ al aplicar el derecho del país vecino, «la probabilidad es ciertamente más grande de aplicar el derecho previsto por la regla de conflicto, pero desconocido, que si se aplicase la *lex fori*».

b) Visión comparatista y progresos del Derecho comparado. — Según Batiffol,¹⁶⁵ tal solución es interesante por «la visión realista de derecho comparado que implica». Y para C. David,¹⁶⁶ esta teoría no puede sino «ganar terreno con el desarrollo del derecho comparado».

c) Solución menos mala. — Opina Miaja de la Muela¹⁶⁷ que «no son satisfactorias estas soluciones, pero probablemente lo fuera menos el aplicar la ley material del foro».

D) Críticas a la aplicación del derecho más próximo

Entre las críticas vertidas por la doctrina a la aplicación del derecho más próximo podemos mencionar las siguientes:

a) La dificultad de descubrir el parentesco entre sistemas. — Dölle¹⁶⁸ reconoce que frecuentemente no resultará posible establecer el parentesco requerido entre los sistemas. Asimismo, Yasseen¹⁶⁹ señala que el lazo de parentesco o de filiación entre los derechos no parece ser siempre fácil de descubrir, pudiendo ser a veces más aparente que real.

b) La diversidad de fuentes de los ordenamientos jurídicos. — Un sistema jurídico puede elaborarse bajo múltiples influencias, inspirándose en diversas fuentes, adquiriendo un carácter ecléctico que hace inciertas las filiaciones legislativas que se pretende establecer.¹⁷⁰

c) El diferente grado de evolución o desarrollo de las legislaciones. — Los ordenamientos jurídicos, al desarrollarse bajo el influjo de circunstancias sociales y políticas específicas, particulares, pueden al-

canzar distinto ritmo de desarrollo, más avanzado o retardado que su modelo, apartándose consiguientemente de él.

d) La divergencia en las soluciones concretas. — Es posible que ordenamientos pertenecientes a un mismo círculo o familia jurídica coincidan en el plano de los grandes principios y difieran en la regulación de materias concretas, específicas.

e) La diferente interpretación de unos mismos textos. — Textos idénticos pueden ser diversamente entendidos y aplicados por los tribunales de diferentes países.

f) Ausencia de título jurídico. — Señala Yasseen¹⁷¹ que «ningún título jurídico parece justificar la aplicación de un Derecho extranjero en lugar de otro». En opinión de Angulo Rodríguez,¹⁷² esa solución «ni respeta el mandato contenido en la norma de conflicto del Foro, ni lo prevenido por el Derecho extranjero competente». Por su parte, Dölle,¹⁷³ se pregunta si la objeción de ponerse en juego un sistema jurídico cuya aplicación no es prescrita o permitida ni por la ley del foro ni por el Derecho extranjero competente, no podría suscitarse también contra la aplicación de la *lex fori*.

g) El carácter teórico y las dificultades de aplicación práctica de dicha teoría. — C. David¹⁷⁴ subraya que dicha tesis ha permanecido casi puramente doctrinal, habiéndola adoptado sólo algunas decisiones alemanas. Asimismo, A. Weill¹⁷⁵ estima que «el sistema no es realista y practicable más que en las hipótesis en que es verosímil que la ley extranjera coincida con otra ley perteneciente al mismo sistema y susceptible de ser conocida por el juez del foro». En opinión de Cortés Domínguez¹⁷⁶ «son absolutamente rechazables las bellas tesis internacionalistas que han hablado de las presunciones de Derechos similares o de sistemas de Derechos para permitir la aplicación de otros Derechos extranjeros a los que se suponen similares al Derecho extranjero desconocido... no se mantienen en pie en una práctica judicial normal».

h) Carácter vago, impreciso y arbitrario de la teoría. — Angulo Rodríguez¹⁷⁷ alude a su carácter «impreciso y arbitrario». Y Gutiérrez de Cabiedes¹⁷⁸ afirma que esta tesis «sustituye la norma *stricto sensu*

163. P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, p. 438.

164. P. LALIVE, *op. cit.*, p. 244.

165. H. BATIFFOL, *Droit...*, *op. cit.*, p. 407.

166. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, núm. 135, p. 106.

167. A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho...*, vol. I, *op. cit.*, p. 439.

168. H. DÖLLE, *op. cit.*, p. 242.

169. M. K. YASSEEN, *op. cit.*, p. 550.

170. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, núm. 136, p. 106; A. WEILL, *op. cit.*, núm. 152, p. 30; M. K. YASSEEN, *op. cit.*, p. 550; H. BATIFFOL, *Droit...*, *op. cit.*, p. 407.

171. M. K. YASSEEN, *op. cit.*, pp. 550-551.

172. M. ANGULO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 220.

173. H. DÖLLE, *op. cit.*, p. 242.

174. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, núm. 136, p. 106.

175. A. WEILL, *op. cit.*, núm. 152, p. 30.

176. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 65.

que debe aplicarse por unas indemostradas facultades normativas conferidas al Juez que... pueden llevar sin duda a la arbitrariedad». Por su parte, Lalive¹⁷⁹ observa que «no se trata aquí de dejarse guiar por posibilidades, sino más bien por probabilidades».

i) Se trata sólo de un principio metodológico. — Los comparatistas que a veces han defendido esta presunción de similitud no ven en ella más que un principio metodológico en su disciplina.¹⁸⁰

j) Dificultad de conocer y probar el derecho próximo. — El juez puede tropezar también con dificultades para procurarse el conocimiento del derecho próximo al extranjero normalmente competente.

5. Aplicación de los principios generales

Se ha defendido por algunos autores el recurso a un derecho que no se corresponde necesariamente con una determinada unidad territorial. Ese derecho vendría representado por los «principios generales», los «principios de justicia comunes a todas las naciones civilizadas», los «principios de justicia universalmente reconocidos», el «derecho común», una «razón escrita»... Yasseen¹⁸¹ señala que cabe preguntarse si esta solución no está inspirada en una cierta concepción del derecho natural.

Los principios generales pueden aplicarse, bien directamente, en cuanto principios dotados de un valor o alcance universal, supranacional, bien en virtud de una presunción de identidad con la ley extranjera. La presunción de identidad es un argumento susceptible de ser utilizado en una triple dirección, nacionalista, internacionalista y universalista, respectivamente conducentes a la aplicación de la ley del foro, de una ley extranjera (la más próxima) o de unos principios universalmente reconocidos.

La doctrina contraria al recurso a los principios generales ha girado en torno a los siguientes argumentos:

a) Ausencia de fundamento legal. — Se señala la falta de apoyo positivo, siendo difícil encontrar en la norma de conflicto base o título que justifique la aplicación de los principios generales.¹⁸²

177. M. ANGULO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 220.

178. E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *op. cit.*, p. 71.

179. P. LALIVE, *op. cit.*, p. 244.

180. C. ZWEIGERT, *op. cit.*, pp. 5-18.

181. M. K. YASSEEN, *op. cit.*, p. 548.

182. M. K. YASSEEN, *op. cit.*, p. 548.

b) Carácter difícilmente determinable o identificable de los principios generales. — Es difícil determinar cuando estamos en presencia de un principio general, existiendo una propensión a identificar esos principios con el derecho del foro. Así, estima Batiffol¹⁸³ que el juez se sentirá fatalmente inclinado a considerar como lógicamente deducidas de los principios generales las soluciones de su propio derecho, lo que conducirá a un sistema híbrido, conforme con el derecho del foro en la mayoría de los puntos, pero no en aquellos otros en que éste se estime contrario a los principales generales.

c) Carácter restringido de los principios generales. — se observa que los principios generales son forzosamente reducidos, escasos en número.¹⁸⁴

d) Carácter vago de los principios generales. — Se señala que los principios generales, además de ser escasos en número, son demasiado genéricos, vagos, imprecisos en cuanto a su alcance.¹⁸⁵ Batiffol¹⁸⁶ indica que no es posible construir deductivamente un sistema jurídico íntegro a partir de principios generales, puesto que todo sistema comporta determinaciones en parte relativamente arbitrarias (fijación de plazos, de cantidades...) y en parte ligadas a contingencias históricas o sociales. La necesidad de desarrollar esos principios, de complementarlos con reglas concretas, específicas y de detalle, diferentes según los ordenamientos jurídicos, y sin las cuales el juez no puede resolver, introduce de nuevo el problema de la elección del derecho aplicable.

e) Carácter artificial de la presunción de identidad entre el Derecho extranjero y los principios generales. — Es artificial pretender que se está aplicando la ley extranjera cuando se aplica un principio general, pues, aunque la ley extranjera lo desconozca, si la ley del foro lo admite, ese principio se aplicará por razones de orden público.¹⁸⁷

6. Solución comparatista o de la mayor probabilidad

La solución «comparatista» o «della maggiore probabilità» propuesta por Cappelletti,¹⁸⁸ parte de la siguiente constatación: «che la

183. H. BATIFFOL, *Droit...*, *op. cit.*, p. 405.

184. A. PONSARD, *op. cit.*, núm. 92, p. 270.

185. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, núm. 144, p. 122; A. WEILL, *op. cit.*, núm. 150, p. 29; A. PONSARD, *op. cit.*, núm. 92, p. 270.

186. H. BATIFFOL, *Droit...*, *op. cit.*, p. 405.

187. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, núm. 143, p. 111; A. WEILL, *op. cit.*, núm. 150, p. 29; A. PONSARD, *op. cit.*, núm. 92, p. 270.

188. M. CAPPELLETTI, *Il trattamento...*, *op. cit.*, pp. 338 y ss.

verità degli uomini e, in particolare, quella del giudice, e sempre e soltanto mera verosimiglianza, mera probabilità; e che nelle decisioni del giudice c'è sempre un "salto nel buio", un elemento insomma più o meno accentuato di creatività e quindi, di responsabilità». Refiriéndose al ordenamiento extranjero reclamado, dicho autor señala que el juez «riuscirà sempre, per lo meno, ad inserire quell'ordinamento in un vasto quadro comparativo: e quindi a farsi una sia pur vaga idea del livello sociale, culturale, economico della società organizzata in quell'ordinamento, delle strutture fondamentali di esso, delle influenze ch'esso ha esplicate o subite, della sua appartenenza a una data famiglia giuridica e culturale. La soluzione, da lui adattata, sarà dunque misurata su tale sua conoscenza —che è appunto tutto ciò ch'egli è riuscito ad accertare del diritto richiamato». El autor proclama la deuda de su teoría con el espíritu universalista y comparatista de la escuela de Rabel.

Entre las ventajas de su teoría, subraya Cappelletti, por un lado, la ausencia de rigidez, y, por otro, la importancia del método comparado. La ausencia de rigidez consiste en que el juez podrá, según los casos, rechazar una demanda o una excepción que estime infundada según el ordenamiento reclamado, aplicar la norma del derecho del foro si la supone conforme al derecho reclamado, o recurrir, finalmente, al ordenamiento más próximo al reclamado si estima que la específica materia sobre la cual debe juzgar se regula en tal ordenamiento de un modo conforme al del ordenamiento reclamado. Por otra parte, el método comparado, que desempeña un papel sólo subsidiario y ocasional en la determinación e interpretación del derecho interno, es, en opinión del autor de referencia, siempre y necesariamente el «gran método» en la determinación e interpretación del Derecho extranjero.

La solución propuesta por Cappelletti ha sido objeto de un doble tipo de crítica, una más radical y otra más moderada. La crítica más radical es la concerniente al carácter arbitrario de la teoría. Dentro de esta línea, Gutiérrez de Cabiedes¹⁸⁹ afirma que dicha tesis «sustituye la norma *stricto sensu* que debe aplicarse por unas indemostradas facultades normativas conferidas al Juez que, aunque el autor lo niegue, pueden llevar sin duda a la arbitrariedad». Cappelletti se defiende de la crítica de arbitrariedad diciendo: «Sarà certamente una soluzione parzialmente creativa; ma non una soluzione arbitraria. Arbitraria sarebbe

soltanto nel caso che, alla base di essa, il giudice ponesse, consapevolmente, criteri e giudizi di valore personali o propri dell'ordinamento del foro. In questo caso la probabilità, che la soluzione del giudice coincida con quella dell'ordinamento richiamato, sarebbe veramente rimessa al solo azzardo; nel primo caso, si avrà invece sempre, per lo meno, un minimo di "maggiore probabilità".» Por otra parte, la crítica más moderada destaca el carácter incierto, imprevisible, de la teoría. En esta dirección Scerni¹⁹⁰ escribe: «Orbene, una simile soluzione, per quanto attraente e forse anche attuabile da parte di giudici aventi poteri e funzioni diversi da quelli del giudice italiano, non mi pare accettabile nel nostro sistema... perchè essa sfocia, si voglia o non si voglia, in una vera e propria attività creatrice della norma applicabile da parte del giudice. Si arriverebbe in altri termini a quella giustizia del caso concreto che è propria dei componimenti equitativi, ma che non è consentita, almeno nel nostro sistema, nei componimenti giudiziari delle controversie...», y añade que «la certeza e la prevedibilità dei canoni che determinano la composizione della controversia passerebbero in seconda linea per dar luogo ad un giudicato su basi equitative che non trova alcuna base nel nostro ordinamento».

7. Aplicación de otro criterio de conexión

En opinión de Lerebours-Pigeonnière,¹⁹¹ el D. I. Privado propone para cada tipo de conflicto dos soluciones, una norma de conflicto principal y otra subsidiaria para el caso en que el derecho declarado competente por la primera se niegue a ser aplicado. Por su parte, Louis-Lucas¹⁹² señala que, al igual que la elección de la primera legislación, ya se haga por el juez o por el legislador, no debe ser nacionalista, la elección de la segunda legislación tampoco debe serlo. Es precisamente por ello por lo que para él la *lex fori* no podría tener el monopolio de la competencia subsidiaria. A su vez, C. David¹⁹³ defiende que las relaciones jurídicas internacionales deben someterse sucesivamente a los derechos con los cuales tienen los vínculos más estrechos, de modo que cuando el derecho con el que la relación jurídica tiene los lazos más estrechos es desconocido, hay que referirse al derecho que tiene

190. M. SCERNI, *op. cit.*, pp. 17-19.

191. P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de Droit International Privé*, 7.ª ed., Dalloz, París, 1959, núm. 364, pp. 429 y ss.

192. P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, p. 439.

193. C. DAVID, *La loi étrangère...*, *op. cit.*, núm. 161, pp. 123-124.

189. E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *op. cit.*, p. 71.

los lazos preferibles en segundo lugar, y así sucesivamente. Para Scerri,¹⁹⁴ las dos situaciones de imposible conocimiento del Derecho extranjero y de orden público, diferentes entre sí, tienen una cierta coincidencia y ésta es la necesidad de un completo agotamiento de la norma de conflicto antes de declarar que de ella no pueden extraerse los cánones para resolver la controversia. Esto vale sobre todo para aquellas reglas de conflicto en las que el legislador ha mencionado más de un criterio de conexión, habiéndose sostenido en tales casos que si la ley extranjera a la que se llega por efecto de uno de los criterios de conexión resulta inaplicable por contraria al orden público, el juez debe reclamar la ley designada por otro de los criterios indicados en la regla de conflicto, debiéndose proceder de modo análogo cuando el obstáculo venga representado, no ya por la inaplicabilidad, sino por la falta de conocimiento de la norma extranjera. También Lalive¹⁹⁵ alude a la solución consistente en recurrir a una norma de colisión subsidiaria que, por hipótesis, no designaría la *lex fori*, ni siquiera el derecho más próximo, sino el derecho del país que tenga, después del primer Derecho extranjero (derecho desconocido), el contacto más estrecho. Señala que habría en esta concepción una especie de «cascada» de contactos sucesivos.

En el terreno del Derecho positivo, el art. 23,2 del CC portugués de 25 de noviembre de 1966, modificado por Decreto-Ley n.º 496/77, de 25 de noviembre de 1977, establece que «en la imposibilidad de averiguar el contenido de la ley extranjera aplicable se recurrirá a la ley que sea subsidiariamente competente, debiendo adoptarse igual procedimiento siempre que no sea posible determinar los elementos de hecho o de derecho de que dependa la designación de la ley aplicable».

El fundamento de esta solución se encuentra en la conveniencia de respetar en la medida de lo posible el espíritu de la regla de conflicto, evitando o dilatando el regreso hacia la ley del foro, perdiendo este repliegue nacionalista su carácter automático, necesario, inmediato, para hacerse sólo posible, en defecto de otras conexiones subsidiarias anteriores. No ha escapado la citada solución a la crítica, habiéndose señalado su carácter complejo, difícilmente aplicable, y posiblemente arbitrario, cuando la norma de conflicto contenga un único criterio de conexión que atribuya competencia a una única ley extranjera, o cuan-

194. M. SCERRI, *op. cit.*, p. 15.

195. P. LALIVE, *op. cit.*, p. 246.

do la ley extranjera designada subsidiariamente aplicable resulte también desconocida.

8. Recurso a los procedimientos interpretativos del derecho del foro

Señala Tito Ballarino¹⁹⁶ que el ordenamiento italiano contiene una norma legislada relativa a las lagunas que pueden presentarse en la aplicación de la ley, el art. 12,2.º de las disposiciones preliminares, según el cual «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Estima que no pueden surgir seriamente dudas sobre la aplicación de esta norma a las disposiciones de D. I. Privado. Ahora bien, la analogía y los principios generales podrán operar no sólo en clave de Derecho Internacional Privado, sino también en el sentido de la construcción de normas materiales apropiadas al caso, teniendo al derecho interno italiano como modelo o material de construcción. Estima que la primera eventualidad (el recurso a los métodos integrativos del D. I. Privado) es un poco remota, desde el momento en que el problema está en la dificultad de aplicar el Derecho extranjero y no en la individualización de éste; podrá, no obstante, sugerir soluciones, como la reglación por el estatuto de la filiación ya constituida de los aspectos relativos al establecimiento de la misma (prescindiendo de la ley del hijo o del adoptando cuyo contenido no se conoce). Considera más frecuente la segunda eventualidad en que la norma o las normas que faltan para regular el caso se construyen en base al derecho italiano: en una manifestación que no es la de su plena validez, dado que ésta se ha agotado con la remisión al Derecho extranjero (cuyo efecto preliminar consiste en retirar la fuerza preceptiva a las normas nacionales que regulan otro supuesto análogo), y que lo somete a las adaptaciones necesarias para una más satisfactoria solución del caso.

9. Recurso a los procedimientos interpretativos, criterios de hermenéutica jurídica (principios generales, analogía...) del ordenamiento extranjero reclamado

Lamberti Zanardi¹⁹⁷ señala que en todo ordenamiento jurídico se establecen procedimientos interpretativos que consienten al juez valo-

196. T. BALLARINO, *op. cit.*, pp. 368-369.

197. P. LAMBERTI ZANARDI, nota en *Riv.Dir.Int.*, *op. cit.*, p. 657.

rar jurídicamente la relación deducida en juicio también en ausencia de una específica disposición legislativa, como p. ej. en el ordenamiento italiano la analogía y los principios generales del derecho. A tales procedimientos, como se determinan en el ordenamiento extranjero designado por las normas de D. I. Privado, deberá recurrir el juez en la hipótesis de que no alcance el conocimiento de la ley extranjera específicamente aplicable, de modo que pueda en cualquier caso recabar del ordenamiento extranjero la disciplina de la relación deducida en juicio. A su vez, Cappelletti¹⁹⁸ afirma que todo ordenamiento contiene sus propios criterios de hermenéutica jurídica, tácitos o explícitos, en virtud de los cuales puede superarse el llamado problema de las lagunas, equiparándose al caso de la falta de norma («norma mancante») el de desconocimiento de la norma («norma non accertata»). La referencia a la norma extranjera no significa referencia a un texto escrito o específico, sino que significa, ante todo, referencia al ordenamiento del cual esa supuesta norma es parte integrante. Si la norma específica no existe o no se encuentra, el juez nacional recurrirá a la solución que, para un caso semejante, ofrece el ordenamiento reclamado. Estima que puede ocurrir a veces que también por esta vía se llegue a la solución del rechazo, pero no se llegará necesariamente y por lógica abstracta, sino porque, en determinado caso concreto, la solución ofrecida por el ordenamiento reclamado era precisamente la del rechazo. Y señala que el problema volverá a presentarse cuando no sólo sea imposible el conocimiento de la específica norma extranjera reclamada, sino también el conocimiento de los criterios hermenéuticos del ordenamiento reclamado o su aplicación en concreto. Por su parte, Scerni¹⁹⁹ estima que esta solución tiene ciertamente el mérito de mantener el debido respeto a la regla de conflicto, porque tal regla quiere sustancialmente que la relación concreta encuentre su disciplina en el ámbito de un determinado ordenamiento extranjero y de este ordenamiento forman parte ciertamente sus propios principios generales (*analogia juris*) y así también la regla, si existe, que permite hacer uso de la *analogia legis*. Pero puntualiza que con este modo de razonar se expone el problema, pero en muchos casos no se resuelve, pues puede ocurrir que el juez no alcance el conocimiento de los procedimientos hermenéuticos, de los principios generales del sistema extranjero, que

198. M. CAPPELLETTI, *Il trattamento...*, op. cit., pp. 357-358.

199. M. SCERNI, op. cit., p. 16.

deberá aplicar por falta de conocimiento de la norma específica relativa al caso concreto.

IV. LA SOLUCIÓN ESPAÑOLA EN EL SUPUESTO DE DESCONOCIMIENTO DEL CONTENIDO DEL DERECHO EXTRANJERO COMPETENTE

En un asunto cambiario, la *Sent. TS de 7 de noviembre de 1896* considera que:

si bien el art. 475 del C de C establece que las letras giradas en territorio español sobre países extranjeros se presentarán con arreglo a la legislación vigente en la plaza donde hubieren de ser pagadas, dicho precepto se halla subordinado necesariamente a la prueba que se haga sobre la vigencia y certeza de dicha legislación, en defecto de la que es la del territorio nacional la que procede aplicar.

Con relación al cobro de un crédito, establece la *Sent. TS de 1 de junio de 1929* que:

no habiendo sido aportado a los autos el texto de la ley cubana que estima el recurrente aplicable al pleito, al resolver que los Tribunales españoles son competentes para conocer de la cuestión litigiosa planteada, es obvio que habían de juzgarla y decidirla con arreglo a las leyes españolas, prescindiendo de la extranjera, sin que por ello se infrinja o desconozca ningún precepto de aquéllas ni doctrina de la Jurisprudencia.

A propósito de una demanda de divorcio presentada por una mujer española de origen, contra su marido, italiano, estima la *Sent. TS de 27 de enero de 1933* que:

dando por admitido que sea de nacionalidad italiana, no se ha acreditado como fuera procedente en cuanto a su legislación lo que se refiere a las leyes vigentes y extensión de sus preceptos en los casos de matrimonio y de divorcio entre italianos y extranjeros, ya que lejos de invocar textos legales sobre los cuales se fundaran sus aseveraciones no hay ningún precepto, ni más que alegaciones vagas, que no pueden en modo alguno inducir a aplicación de otra ley distinta de la española al caso que se discute.

A propósito de una demanda de divorcio presentada por una mujer, originariamente española, pero italiana por razón de matrimonio, con-

tra su marido, italiano, considera la *Sent. TS de 10 de julio de 1934* que:

la lógica y legal consecuencia era aplicar la legislación italiana o abstenerse de fallar en cuanto al fondo, por no ser de aplicación la ley española, pero ni se cita en la sentencia precepto alguno de aquella legislación, ni se deja de fallar en el fondo, puesto que se desestima la demanda sin reserva ni aditamento alguno, y ello constituye una injusticia notoria en la interpretación y en la aplicación de la ley del divorcio, porque la desestimación total y absoluta de una demanda de divorcio tiene que basarse en la ley especial que regula éste y lo que procede evidentemente, con arreglo a la citada ley, en el actual caso, es la estimación de la demanda, que, fundada en la causa doce de su art. 3.º, o sea en la separación de hecho en distinto domicilio libremente consentida durante tres años, resulta completamente acreditada...

Es de señalar que la Audiencia había desestimado la demanda ante la solicitud formulada en este sentido por el M. F. en el acto de la vista «por ser el demandado súbdito italiano y no ser de aplicación para él la legislación española, conforme al art. 9.º del CC».

Con relación a una demanda de divorcio formulada por una mujer contra su marido, súbditos ingleses domiciliados en España, la *Sent. TS de 21 de febrero de 1935* consideró aplicable el Derecho español, declarando haber lugar al recurso de revisión por injusticia notoria interpuesto por la mujer contra la sentencia de la Audiencia que había absuelto al marido, demandado, rechazando el divorcio, ante la solicitud del M. F., en el acto de la vista, alegando la inaplicación de nuestras leyes internas al caso debatido. Según el TS:

la sentencia recurrida es notoriamente injusta, por inaplicación de preceptos legales de observancia, que implica denegación de justicia, y, por lo tanto, procede anular aquella decisión para reenvío del pleito al Tribunal *a quo*, a fin de que, reponiendo los autos al trámite de fallo, dicte la pertinente por subsunción bajo el Derecho español vigente...

Respecto al argumento de la denegación de justicia invocado por el TS, estima Puente Egido²⁰⁰ que ésta no sería posible si la ley extranjera es un mero hecho, «pero aun considerándola como verdadera norma, la obligación de fallar del juez nacional sólo nace de su propio

Derecho, y no de la material extranjera originariamente aplicable y que eventualmente pueda ser después sustituida por la ley material del foro».

En cuanto a una demanda de divorcio presentada por un súbdito inglés contra su mujer, española de origen, con base en la Ley de Divorcio de 1932, la *Sent. TS de 4 de diciembre de 1935* considera que:

a la parte litigante que se acoja a la ley de su país, le incumbe probar su existencia como una mera cuestión de hecho, y en este pleito si bien se trajo a los autos la justificación de que con respecto al matrimonio civil admite el divorcio vincular la ley inglesa, no así que ésta establezca como causa de divorcio hechos análogos a los contenidos en la duodécima del art. 3.º de nuestra Ley, única causa en la que se apoya la demanda, lo cual impide que pueda aplicarse al caso de autos otra ley que no sea la española.

Comentando esta sentencia, Puente Egido²⁰¹ estima incongruente deducir de la falta de prueba de la ley extranjera su necesaria sustitución por la ley material del foro, pues «la falta de prueba de la ley extranjera no lleva aparejada como consecuencia lógica, si es que a la ley extranjera se le da el tratamiento procesal de hecho, más que la no estimación de la misma».

Sobre una demanda de divorcio formulada por una mujer, española de origen, contra su marido, alemán, al amparo de la legislación española, estima la *Sent. TS de 9 de enero de 1936* que procedía aplicar ésta, considerando que:

es manifiesta la injusticia notoria en la sentencia recurrida que de oficio y fundándose en los arts. noveno y 22 del Cc por nadie invocados y en el estatuto personal del marido que éste no defendió, declara no haber lugar a decretar el divorcio pedido por la mujer «por no haberse probado que las leyes de Alemania admitían como causas de disolución matrimonial las que en el pleito han sido justificadas», injusticia evidente en la aplicación del Derecho... porque incurre en contradicción la sentencia recurrida al afirmar en su tercer Considerando, que nada se ha probado sobre las leyes vigentes en Alemania respecto al divorcio y fallar en cuanto al fondo desestimándolo, como si en la legislación alemana no existieran las causas de divorcio alegadas en la demanda, sin advertir además que aquella prueba era legal y procesalmente imposible en un pleito en el que no se había pedido más aplicación que la de la legislación española.

200. J. PUENTE EGIDO, *op. cit.*, p. 296.

201. J. PUENTE EGIDO, *op. cit.*, p. 1071.

Se observa que, en tanto que para la Audiencia la falta de prueba de la legislación extranjera conduce a la desestimación de la demanda, para el TS procede aplicar la ley española.

Conociendo de una demanda de divorcio de un matrimonio portugués, la *Sent. TS de 21 de febrero de 1936* considera que:

procede penetrar en el fondo del asunto, sometiéndolo a la Ley del Divorcio española, toda vez que no se ha reclamado la aplicación del estatuto personal al caso presente, ni, por tanto, se ha acreditado cuál sea la legislación portuguesa vigente en la materia.

Al año siguiente, a propósito de una demanda de divorcio formulada por una mujer, al parecer española, contra su marido, húngaro, la *Sent. TS de 27 de julio de 1937* considera que:

La Audiencia de Madrid absuelve de la demanda y de la reconvencción, por no haber acreditado el marido demandado los preceptos de la Ley húngara reguladora de la materia. Al llegar a esta solución incide también la Sala de instancia en la injusticia que se le atribuye, pues la falta de prueba de la legislación húngara no puede dar lugar a la absolución, sino, como dice la sentencia de este Tribunal Supremo de 10 de julio de 1934, a la abstención de pronunciamiento, cosa que, por otra parte, no permite el art. 6.º del Cc, de todo lo cual se infiere que no aceptando la mujer la legislación húngara y no habiendo cumplido el marido su obligación de probar los preceptos de aquélla, no puede sufrir la demandante las consecuencias de una omisión sólo imputable al demandado y, en consecuencia, ha debido fallarse el pleito aplicando los preceptos de la Ley española invocados por la actora.

Y, a continuación, añade que:

la Sala de la Audiencia de Madrid ha cometido, pues, en su fallo, injusticia notoria en primer término señalada en el recurso al negar la aplicación de la Ley española y absolver de la demanda por falta de prueba de la legislación húngara...

La *Sent. TS de 16 de octubre de 1940*, en un supuesto de rendición de cuentas de una tutela ejercida en España sobre unos menores de nacionalidad rusa, aplicó el Derecho español, al no conocerse el Derecho ruso, en principio competente, considerando que:

este tema admite como soluciones posibles la desestimación de las pretensiones del litigante que invocó en su favor la legislación rusa

y no la acreditó en autos, la aplicación de aquel derecho que más se acerque al Derecho ruso, o la aplicación de la *lex fori*, y si bien la primera de estas soluciones cuenta en su apoyo con la antigua y arraigada teoría llamada del mero hecho, según la cual incumbe a las partes la invocación y demostración del Derecho extranjero, la mayoría de los tratadistas ven en ella cierto aspecto de denegación de justicia, más acusado aún en la tendencia actual de la ciencia jurídica, que en vez de mantener la pasividad del juez en la comprobación de la norma extranjera aplicable, quiere que la indague o coopere a la indagación de oficio (*iure novit curia*), sin que, por lo tanto, recaiga toda la responsabilidad de la carga probatoria sobre el litigante, porque la doctrina científica más justificada se pronunció en estos casos por la aplicación de la *lex fori*...

Refiriéndose a esta sentencia, señala Pérez Voituriez²⁰² que «como en no pocos casos, se hace hincapié en brillantes alegaciones de un estilo muy progresista en los considerandos, en la seguridad de que en el caso concreto debatido no es de aplicación consecuente la doctrina exaltada en la fundamentación previa de la sentencia».

Más recientemente, la *Sent. TS de 6 de junio de 1969*, relativa a una demanda de separación matrimonial formulada por un marido contra su mujer, ambos finlandeses, considera que:

la legislación extranjera, según criterio constante de esta Sala, ha de probarse en autos como cuestión de mero hecho, para que pueda ser aplicada y no habiéndose hecho ni intentado tal prueba, no puede resolverse sobre la separación debatida, por falta de esa prueba, por lo que resulta inoperante que pueda estar acreditada la existencia del matrimonio por el reconocimiento de las partes, si no constan las condiciones precisas según la Ley extranjera para que la separación se pueda decretar...

Esta sentencia, confirmatoria de la Audiencia, absolutoria de ambas partes, se aparta, sin embargo, del criterio sustentado por el TS en ocasiones anteriores en que se había manifestado favorable a la aplicación de la legislación española.

Por último, la *Sent. TS de 19 de diciembre de 1977*, concerniente a una demanda de alimentos presentada por una mujer contra su marido, ambos alemanes, pero residentes en España desde hacía bastantes años, considera que el presupuesto para la aplicación de la ley española está en que su derecho no esté regulado por la ley nacional,

202. A. PÉREZ VOITURIEZ, *op. cit.*, p. 56.

prueba que incumbe a la parte actora, sin que en los presentes autos lo haya siquiera intentado, por lo que se desestimó el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandante, entre otros motivos, por inaplicación del art. 9, n.º 7 del CC, y en el que se argumentaba en sentido favorable a la aplicación de la ley española. Comentando esta sentencia, Puente Egido²⁰³ observa que «desde una perspectiva formal hay indicios que inducen a pensar se ha producido aquí un supuesto de denegación de justicia» y añade que «si se contrasta esta actitud de nuestro más Alto Tribunal con la que en otras ocasiones ha tenido respecto de las consecuencias de la no alegación y falta de prueba de la ley extranjera en principio aplicable, conviene decir que el fallo actual se contrapone a lo decidido en otros supuestos anteriores. La jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal no sigue, pues, una línea clara respecto de la competencia potencial o sustitutiva de la ley material española en relación con la ley material extranjera inaplicable o inaplicada. Según la doctrina de otros fallos, al TS le hubiera bastado que la parte interesada invocara la aplicación de nuestra ley y silenciara la de leyes extranjeras, para que por la vía del principio dispositivo él entendiera que hacía aquí una intención de sometimiento a nuestro derecho. Pero en este caso prefirió refugiarse en un *non liquet*...». Continúa diciendo este autor que un *non liquet* sólo quedará justificado «cuando no existiendo ley directamente aplicable al caso controvertido, el tribunal no tenga obligación de investigar un derecho suplementario que pueda ser aplicable, y esto tanto si el derecho suplementario ha de ser buscado por la vía de la analogía, según el camino utilizado por el recurrente, como si resulta de la prueba de la ley extranjera en principio aplicable».

El examen de la jurisprudencia que hemos verificado nos permite efectuar las siguientes precisiones:

1.º No existe en la práctica referencia alguna a la distinción entre los supuestos de ausencia de prueba y de imposibilidad de prueba del Derecho extranjero, limitándose el TS a constatar el dato de que la prueba de la ley extranjera no ha sido aportada, y prescindiendo de ulteriores indagaciones en torno al motivo determinante de esa omisión.

2.º Por lo que respecta a las posibles soluciones en caso de desconocimiento del contenido del Derecho extranjero designado competente

203. J. PUENTE EGIDO, *op. cit.*, p. 467.

por la norma de conflicto del foro, la alternativa fundamental se ha planteado entre la desestimación de la demanda, con la consiguiente absolución del demandado, y la aplicación del derecho material del foro. Con carácter más minoritario, otras posibles soluciones han sido contempladas, como la abstención de pronunciamiento o de fallar en el fondo (*Sents. TS de 10 de julio de 1934 y de 27 de julio de 1937*), e incluso la aplicación de aquel derecho que más se acerque al Derecho extranjero declarado aplicable (*Sent. TS de 16 de octubre de 1940*), si bien han sido descartadas.

3.º Respecto a la solución consistente en la desestimación de la demanda, se ha considerado que «cuenta en su apoyo con la antigua y arraigada teoría llamada del mero hecho, según la cual incumbe a las partes la invocación y demostración del Derecho extranjero» (*Sent. TS de 16 de octubre de 1940*), pero ha sido generalmente rechazada por entender que implica injusticia notoria o denegación de justicia (*Sents. TS de 10 de julio de 1934, 21 de febrero de 1935, 9 de enero de 1936, 27 de julio de 1937 y 16 de octubre de 1940*). Esa solución ha sido, no obstante, defendida por las *Sents. TS de 6 de junio de 1969 y 19 de diciembre de 1977*, lo que, de confirmarse en futuras decisiones, permitiría hablar de una evolución al respecto.

4.º La solución tradicionalmente aceptada ha consistido en aplicar, en defecto del Derecho extranjero competente, pero no conocido en su contenido, el derecho material del foro.

LA COMPETENCIA RESIDUAL DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL. RIESGO Y VENTURA

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

SUMARIO:

1. Carácter atrayente de la Jurisdicción Ordinaria. — 2. Delimitación de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. — 3. Una propuesta interesante. — 4. La Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 1974. — 5. La Constitución Española de 1978. — 6. El Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 1980. — 7. Nuestro criterio sobre la pretendida innovación. — 8. Un posible obstáculo. — 9. Dos veces en la misma piedra. — 10. Solución que se propone.

1. CARÁCTER ATRAYENTE DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Al tratar de la Jurisdicción en su Práctica General Forense, Manuel Ortiz de Zúñiga (adición 1.861, p. 8) recuerda una división de la misma en ordinaria y especial.

«La primera es la que por regla general extiende su poder a toda clase de negocios y a todas las personas, cualquiera que sea su estado o jerarquía, salvo algunas excepciones, por lo cual se la llama también Jurisdicción común. La especial o privilegiada es la que tiene circunscrita su potestad al conocimiento de negocios, que ya por la naturaleza de lo que se litiga o discute, ya por la clase, estado o profesión de las personas sobre quienes se ejerce, no es tan amplia y general como la ordinaria, sino limitada a determinados asuntos y personas.

Frente a la jurisdicción ordinaria, que es la regla general, la especial constituye la excepción. «La primera se distingue bajo la denomi-

nación de real ordinaria, y la segunda con la de jurisdicción eclesiástica, militar o de guerra, de hacienda, de comercio y alguna otra.»

El carácter citado queda reflejado en las Constituciones de nuestro siglo XIX. En la gaditana de 1812 el art. 248 prescribía: «en los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas». Este principio se repite en el art. 91 de la Constitución de 1869. Y queda consagrado en el art. 75 de la Constitución de 1876.

Pero la situación descrita por Ortiz de Zúñiga variaría pronto con la legislación sobre unificación de fueros: la Ley de 11 de abril de 1868 que sentó las bases y el Decreto Ley de 6 de diciembre de ese año que articuló la reforma. Fue radical la supresión de los Juzgados Especiales de Hacienda y de los Tribunales de Comercio. Especialmente expresiva es la exposición de motivos de la segunda disposición citada al detallar los inconvenientes de la pluralidad jurisdiccional. Ante la extensión de sus párrafos, es obligada la remisión al texto legal.

El carácter residual de la jurisdicción ordinaria frente a las especiales ha sido reiteradamente recordado por la jurisprudencia. Citemos sólo la Sentencia de 26 de junio de 1943 de la Sala Especial del Tribunal Supremo para decidir cuestiones de competencia (en el caso concreto entre la ordinaria y la laboral).

«Es preciso recordar que la administración de justicia se ha confiado originariamente a la jurisdicción ordinaria, y, a pesar de las segregaciones que el proceso histórico ha producido, sigue mereciendo el concepto de fuente o matriz de jurisdicción, como fuero común y atrayente, por lo que en principio se ha de entender que a los Tribunales especiales les está atribuido el conocimiento de la contienda judicial en los casos tan sólo en que claramente concurran los requisitos específicos y determinantes, según la Ley de su actuación, pues en los demás, incluso en los que ofrezcan duda, actuarán los Tribunales ordinarios.»

En las líneas que siguen nos ocuparemos, pues, de la suerte de este principio tradicional, si bien por razones obvias el deslinde que principalmente nos ocupará es el de la jurisdicción ordinaria respecto de la contencioso-administrativa.

2. DELIMITACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Hasta la vigente Ley de 1956, aquella delimitación respecto de la civil tuvo un tinte peculiar y anejo. Se conserva hasta en el Texto Refundido de 8 de febrero de 1952.

El art. 1 de éste admitía el recurso contencioso frente a las resoluciones administrativas emanadas de la Administración y que vulnerasen un derecho de carácter administrativo. No entramos en más detalles, pues no se requiere para nuestro fin.

Sí tiene importancia una de las excepciones del artículo 4 de la Ley, conforme al cual «no corresponderán al concimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa»:

4.º Las cuestiones de índole civil y criminal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y aquellas otras que por su naturaleza sean de la competencia de otras jurisdicciones.

Se considerarán de índole civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil, y también aquellas que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica, o sea, como sujeto de derechos y obligaciones.

Frente a esta proclamación general de incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa tienen extraordinario interés dos salvedades que se mencionan a continuación, más si cabe por la forma literal en que están redactadas.

La primera está contenida en el artículo 5 del Reglamento de 1894. No se comprendía en aquel n.º 4 (derecho vulnerado de carácter civil) «el derecho que se considere lesionado por resoluciones de la Administración sobre inteligencia, rescisión y efectos de las ventas y arriendo de bienes sujetos a la desamortización, materia que está atribuida a la Administración».

La segunda salvedad está contenida en el art. 5 del Texto Refundido de la Ley. «Continuarán, sin embargo, atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración Central, Provincial y Municipal para obras y servicios públicos de toda especie.» Es fundamental la partícula «sin embargo».

Frente a tan atormentada redacción, la vigente Ley de lo contencioso-administrativo de 1956 tiene una dicción mucho más simple y directa.

Comienza en el art. 1 por concretar tal jurisdicción a «las preten-

siones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley». Conforme al art. 2 no corresponden a dicha jurisdicción las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria.

Tras ello el art. 3 dice textualmente:

«La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de:

a) Las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

b) Las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; y

c) Las cuestiones que una Ley le atribuya especialmente.»

En cuanto a la materia de contratos del Estado, hemos de decir que hoy día el deslinde jurisdiccional se contiene en la Ley cuyo Texto articulado fue aprobado por Decreto de 8 de abril de 1965 (con las importantes modificaciones introducidas por la Ley de 17 de marzo de 1973) y en el Reglamento de 25 de noviembre de 1975. A ellos habría que acudir preferentemente.

En materia de responsabilidad de la Administración, el intento unificador de competencias de la Ley de 1956 fue pronto modificado por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Conforme al art. 41 del Texto Refundido de 26 de julio de 1957, cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.

3. UNA PROPUESTA INTERESANTE

Nos referimos a la expuesta por el profesor García Trevijano Fos en su trabajo «Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa en España», publicado en el n.º 34 de la Revista de Administración Pública, año 1961.

La propuesta era ésta: «en cuantos litigios sea parte la Administración Pública de forma única o litisconsorcialmente, la competencia debe ser de las Salas de lo Contencioso-administrativo». De tal forma dicha jurisdicción sería competente «en cuantas controversias fuera parte la Administración Pública subjetivamente considerada».

En sus comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo de

1965 Trujillo, Quintana y Bolea no tienen inconveniente en sumarse a la tesis anterior. Para ellos «sería conveniente atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de todas las pretensiones que se dedujeran en relación con actos de la Administración, fueran de una u otra índole. Para lograrlo, bastaría modificar el párrafo c) del art. 3 de la Ley para incluir aquel supuesto».

Una impugnación del anterior criterio se contiene en el trabajo de Godet Miranda «La Administración del Estado como parte en el Proceso civil», publicado en los Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, Tomo III, años 1963-65.

Las razones de Godet son, sumariamente: a) la atribución exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa tendría una apariencia de privilegio personal opuesto al principio de igualdad ante la Ley; b) Al conocer la jurisdicción especial de las cuestiones de derecho privado en que esté implicada la Administración, caen por tierra las razones de especialización que justifican en buena parte lo contencioso-administrativo; c) que esta jurisdicción no podrá emplear el procedimiento normal para el conocimiento de los asuntos civiles, sino los variados existentes en las Leyes procesales de este carácter para que cada materia recibiera el trato procesal correspondiente.

Con un carácter más concreto, pero sumamente ponderado, se manifiesta Clavero Arévalo en su trabajo «La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración», publicado en el n.º 66 de la Revista de Administración Pública, año 1971. Tal quiebra se había producido en 1957 con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado que antes citamos.

Clavero deja a un lado la responsabilidad civil de la Administración impuesta en sentencia penal. «Por el contrario, es aconsejable la unidad jurisdiccional contencioso-administrativa para conocer en las demás reclamaciones de responsabilidad extracontractual, aun cuando las reglas de fondo determinantes de dicha responsabilidad sean distintas según la naturaleza de la actuación administrativa.» Volveremos después sobre ello.

4. LA LEY DE BASES ORGÁNICA DE LA JUSTICIA DE 1974

Dentro de tal Ley, n.º 42 de 1974, de 28 de noviembre de tal año, en la Base 3.ª dedicada a la extensión y límites de la jurisdicción, el n.º 15, párrafo 1, decía así:

«A los órdenes judiciales les corresponde conocer de las materias que específicamente les sean atribuidas en la Ley Orgánica, en los Códigos Procesales respectivos o en las Leyes que los regulen. Al orden judicial civil, además de las que le son propias, le corresponderán todas las que no estén expresamente atribuidas a los demás.»

Ciertamente se recogía el carácter atrayente o residual que tenía la jurisdicción ordinaria, antes visto, y que ahora se predica, con nueva terminología, del orden civil.

Es interesante consignar la opinión de Parada Vázquez sobre tal principio, cuando se contenía en el Anteproyecto de Bases para tal Ley Orgánica de la Justicia. La expone en informe que se publicó en el n.º 58 de la Revista de Administración Pública, año 1969.

Preocupaban a Parada la progresiva reducción de competencias de los Tribunales civiles. Para evitarlo estimaba «imprescindible definir el contenido de la jurisdicción civil de una forma positiva, formal y a la vez residual». Su competencia debía declararse «absolutamente prioritaria respecto a la de la Administración Pública y a la de la jurisdicción contencioso-administrativa».

Proponía que en la Base se incluyeran estos párrafos:

«La jurisdicción civil será competente en los negocios sobre la aplicación del Derecho privado, las controversias entre simples particulares y todos aquellos litigios que no estén atribuidos a otro orden jurisdiccional.

La existencia de un acto de la Administración Pública decidiendo o prejuzgando una controversia entre particulares no impediría en cualquier momento el pronunciamiento definitivo sobre la misma de la jurisdicción civil.»

Hasta aquí la interesante propuesta de Parada Vázquez.

5. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Importancia extraordinaria tiene la promulgación de la misma para el tema que nos ocupa. Para destacarlo introducimos este epígrafe. No obstante, en él nos vamos a limitar a enumerar algunos de los aspectos destacados de su regulación. Sin perjuicio de que en el apartado 8 hagamos otra referencia al texto constitucional.

De entrada es destacable que el título VI de éste se dedique, con terminología clásica, al «Poder judicial».

El párrafo 5 del artículo 117 prescribe que el principio de unidad

jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales.

Con referencia a la futura Ley que anuncia, el art. 122, párrafo 1, establece que la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales.

Finalmente, para el artículo 123, párrafo 1, el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

Es interesante cómo este último precepto recoge y constitucionaliza la terminología de «órdenes jurisdiccionales».

6. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE 1980

Digamos de entrada que, aunque la denominación de Ley Orgánica del Poder Judicial tiene anejas resonancias en nuestra Patria, en el Proyecto citado la palabra orgánica tiene el sentido preciso que se deriva del artículo 81 de nuestra Constitución.

Es interesante el artículo 3 del Proyecto (Boletín Oficial de las Cortes, Congreso de los Diputados de 16 de abril de 1980). En la parte que interesa proclama que «la jurisdicción es única y se ejerce por los Jueces y Tribunales de los órdenes civil, penal, administrativo y social». La denominación «administrativo» es ciertamente novedosa. No obstante, la Ley, después, al hablar de las Salas competentes, las denomina como de lo Contencioso-administrativo.

Pero vayamos ya al artículo que motiva estas reflexiones. Es el 9 del Proyecto, que hay que transcribir por entero:

«Los Jueces y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida competencia por esta u otra Ley.

Los del orden civil, conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquéllas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. No obstante, los del orden administrativo conocerán de las pretensiones dirigidas frente a la Administración Pública no expresamente atribuidas a otros Jueces y Tribunales.»

7. NUESTRO CRITERIO SOBRE LA PRETENDIDA INNOVACIÓN

Por supuesto que la innovación dicha es la contenida en la última frase del artículo citado, que establece una especie de competencia residual para el orden contencioso-administrativo.

En el epígrafe 3 de este apartado expusimos brevemente la interesante propuesta de García Trevijano en el sentido de que la jurisdicción contencioso-administrativa conociera de todas las cuestiones en que estuviera interesada la Administración. Allí aludimos también a la impugnación que de tal criterio hacía Godet Miranda.

Las razones expuestas y allí resumidas de este autor las hacemos nuestras íntegramente. Entendemos que la delimitación de los órdenes jurisdiccionales en razón a la materia, amén de ser la tradicional, es la verdaderamente lógica y científica. Recordemos que básicamente las ciencias se especifican por su objeto.

Lo que aquel art. 9 pretende es que haya dos órdenes con competencia residual: el civil y el contencioso-administrativo. Éste cuando las pretensiones se dirijan frente a la Administración pública; aquél en todos los demás casos.

Si ambos criterios de delimitación fueran homogéneos no habría problema. Pero como en general la separación de los órdenes jurisdiccionales se basa en razones objetivas o de la materia a tratar, el mezclar eso con un criterio subjetivo (el ser una parte la Administración) puede llevar a soluciones inarmónicas y aberrantes. Porque bastará la presencia del ente público para que queden distorsionados los criterios normalmente aplicables.

Piénsese además que frente a las demás jurisdicciones, más inclinadas al sistema de lista de competencias, el orden civil no ha necesitado nunca de ellas por la generalidad de su ámbito y el carácter atrayente que siempre se le reconoció.

Por tanto, en muchos supuestos de posible duda bastaría la presencia de la Administración para atribuir al orden contencioso-administrativo asuntos que nunca deberían sustraerse de los Tribunales civiles. Porque en esos mismos casos, no interviniendo la Administración habrían actuado los Tribunales últimamente citados.

Nos encontraríamos así con el riesgo de que la verdadera jurisdicción ordinaria quedara vaciada de este carácter en buen número de supuestos. Y como ello ocurriría por razones puramente subjetivas, el deslinde jurisdiccional se resintiría enormemente. Sin olvidar que

el principio de igualdad ante la Ley y el de eliminación de los fueros personales serían contrarios a tal resultado.

Al cabo de más de un siglo habíamos caído en la situación denunciada en 1868 por las disposiciones sobre unificación de fueros. Se derogó el viejo fuero de Hacienda para ahora resucitarlo con la denominación de fuero de la Administración Pública. Cuando la Constitución tan claramente proclamaba la unidad jurisdiccional.

El riesgo de resoluciones contradictorias sobre una misma materia emanadas de distintos órdenes jurisdiccionales encierra una gravedad extraordinaria. La lectura de aquella exposición de motivos de 1868 no puede ser más aleccionadora. Y ello cuando también nuestra Constitución (art. 9) proclama como principio básico el de la seguridad jurídica.

Y es que no en balde el carácter residual y atrayente del orden jurisdiccional civil tiene su reflejo hasta en la virtualidad supletoria que los textos legales sustantivos de dicha materia civil tienen para las demás ramas del Derecho. El párrafo 3 del art. 4 del Código Civil redactado en 1974 no puede ser más expresivo.

Para nosotros, y éste es nuestro criterio, el art. 9 del Proyecto debía haber terminado tras establecer el carácter atrayente o residual del orden jurisdiccional civil.

8. UN POSIBLE OBSTÁCULO

Importancia extraordinaria ha tenido en nuestro ordenamiento la aparición de la Ley 62 de 1978, de 6 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. El art. 1 establece el elenco de derechos protegibles.

Después, las tres secciones del texto legal articulaban las garantías jurisdiccionales civil, penal y contencioso-administrativa. Esta última se daba (art. 6) frente a los actos de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo. La protección penal (art. 2) se daba en los asuntos de tal índole. Finalmente, la garantía civil se da, con carácter residual, para los supuestos no comprendidos en los arts. 2 y 6 de la Ley.

Hemos de decir que por Real Decreto de 20 de febrero de 1979 se amplió, en ejecución de la Constitución y de la propia Ley de 26 de diciembre de 1978, el elenco de derechos que eran susceptibles de la protección jurisdiccional conforme a dicha Ley.

Pero vayamos al precepto constitucional que da pie a la pregunta con que hemos titulado este epígrafe 8. Dentro del título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales, el capítulo IV se ocupa de las garantías de las libertades y derechos fundamentales.

El art. 53 establece en su primer párrafo el régimen general de protección de todos los derechos reconocidos en el capítulo II del título I. Después, con carácter más concreto, el párrafo 2 establece lo siguiente:

«Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30.»

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, n.º 2 de 1979 de 3 de octubre, se ocupa, como no podía ser menos, del recurso de amparo. A ello dedica todo el título III.

El art. 41 sienta el principio general de que el recurso de amparo se da frente a las violaciones de derechos y libertades originadas por «disposiciones, actos jurídicos y simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes».

Después el art. 42 se ocupa concretamente de aquellas violaciones que puedan provenir de los órganos legislativos del Estado o las Comunidades Autónomas. El art. 44 del amparo frente a actos de los órganos judiciales, para lo que se requiere haber agotado previamente los recursos en la vía judicial.

Finalmente, el art. 43 trata del supuesto (sin duda el más general) en que las violaciones de los derechos y libertades estén originados por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes. (No se mencionan otros entes públicos o corporativos citados en el art. 41, pero entendemos que ha de darse por supuesto.)

Pues bien, conforme a dicho art. 43, tales violaciones de los órganos administrativos «podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente, de acuerdo con el artículo 53,2 de la Constitución». Recordemos que ésta hablaba de un procedimiento ante los Tribunales ordinarios.

Y a ello subviene el párrafo 2 de la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que dice así: «En tanto no sean desarrolladas las previsiones del art. 53,2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales, se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa, ordinaria o la configurada en la Sección 2.ª de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado art. 53,2 de la Constitución». (La Sección 2.ª citada es la que articula la garantía contencioso-administrativa por proceso especial y sumario.)

Hasta aquí la exposición de datos; y surge la pregunta. Si la Constitución hablaba de procedimientos ante los Tribunales Ordinarios y la Transitoria 2.ª transcrita establece que esa vía será la contencioso-administrativa (bien por el cauce del proceso ordinario o por el especial de la Ley de 1968), ¿no estamos convirtiendo a esta última jurisdicción en la verdadera ordinaria dentro de nuestro ordenamiento? Porque hemos defendido que tal carácter sólo corresponde al orden jurisdiccional civil.

Creemos que el obstáculo se puede superar. Primero porque, en virtud del principio de unidad jurisdiccional proclamado en la Constitución, para ésta tan ordinarios son los Tribunales civiles como los que entienden del Contencioso-administrativo.

Por otra parte, si el art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (que es donde se contiene la remisión a la vía judicial previa del art. 53,2 de la Constitución) contempla los supuestos de violaciones por parte de las autoridades administrativas, es lógico que el recurso previo que se establezca sea el contencioso administrativo, que es donde normalmente se revisan los actos de aquellos órganos de la Administración.

Pero sería sacar de su quicio la Transitoria 2.ª de la Ley del Tribunal Constitucional hacerla decir que en todo caso, aunque la violación fuera constitutiva de delito o falta o se diera en una típica actuación de derecho civil, hubiera que acudir previamente al recurso contencioso-administrativo. Primero, porque ello supondría una subversión total del deslinde de órdenes competenciales que no puede atribuirse ligeramente a una Ley. Después porque, de admitirse tan extremada conclusión, resultaría que una Transitoria de una Ley ha derogado toda la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales,

cuando de ello no hay el más mínimo indicio o fundamento racional.

Nos parece por ello más correcta la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley Orgánica 1 de 1982, de 5 de mayo, sobre derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, según la cual en tanto no sean desarrolladas las previsiones del art. 53,2 de la Constitución sobre establecimiento de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, la tutela judicial de aquellos derechos se podrá recabar por cualquiera de los procedimientos establecidos en las Secciones II y III de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Son los procedimientos de la garantía contencioso-administrativa y civil. La referencia a este último nos parece un acierto. En la misma línea está la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional según la cual el proceso laboral puede hacer las veces de vía judicial previa al amparo constitucional.

Creemos, pues, que el obstáculo es superable y que nada se opone, de derecho constituido, a que la Ley Orgánica del Poder Judicial proclame el tradicional principio del carácter residual y atrayente del orden jurisdiccional civil.

9. DOS VECES EN LA MISMA PIEDRA

El Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 1980 quedó sin curso parlamentario. El peligro que amenazaba al carácter residual del orden jurisdiccional civil quedó conjurado.

Pero cuando un Gobierno de distinto signo acometió la tarea de sacar adelante aquella Ley, el peligro volvió a reproducirse. En efecto, el Boletín Oficial de las Cortes, Congreso de los Diputados, publicaba el día 19 de septiembre de 1984 el nuevo Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial.

Curiosamente también era ahora el artículo 9 el que encerraba la novedad. En la parte atinente decía así: «Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida competencia por esta u otra Ley. Los del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. Los del orden administrativo conocerán de las pretensiones formuladas frente a la Administración Pública, no expresamente atribuidas a otros Juzgados y Tribunales». Como vemos, los tres párrafos transcritos coinciden con los del Proyecto de 1980, salvo en el tercero, donde se ha suprimido la expresión «no obstante» con que comenzaba.

Afortunadamente esa propuesta no llegó a cuajar. El artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 dice así en la parte que nos interesa:

1. «Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley.

2. «Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

4. «Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias.»

Aparte haber suprimido la referencia que en el apartado 1 se hacía a la competencia y la expresión orden contencioso-administrativo que se recupera en el apartado 4, lo fundamental es que en éste el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa se define en la forma tradicional y sin poner en riesgo el carácter residual del orden jurisdiccional civil. Al final no se tropezó en la piedra.

10. SOLUCIÓN QUE SE PROPONE

Hemos defendido la conservación de ese carácter común o general de la jurisdicción civil. Y nos hemos adherido a la crítica de Goded frente a la propuesta de entregar a la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución de todos los litigios en que se vea envuelta la Administración Pública.

Pero ello no quiere decir que tales propuestas no tuvieran algunos motivos serios para formularse. Concretamente el que en algunos puntos el deslinde de lo civil y de lo contencioso-administrativo ofrece grandes dificultades y obscuridades. Pensamos que ello se da fundamentalmente en materia de responsabilidad de la Administración. Y más concretamente en la responsabilidad extracontractual, pues la contractual tiene un criterio delimitador en el que separa el contrato civil del administrativo, cosa que hoy con la nueva legislación de Contratos del Estado no ofrece mayores dificultades.

En cambio, para la responsabilidad extracontractual de la Adminis-

tración hacemos nuestra la sugerencia de Clavero Arévalo que transcribíamos en el epígrafe 3. De aquélla debía conocer en todo caso la jurisdicción contencioso-administrativa. A tal efecto en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado podría introducirse dicha aclaración.

Y tal reforma no tiene los inconvenientes que denunciaba Goded para la otra propuesta, porque en definitiva aquí nos limitamos a atribuir una materia concreta a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y ese deslinde por materias es respetuoso con el que con carácter general preside la separación de los distintos órdenes jurisdiccionales.

Todavía para algún caso obscuro de delimitación que pudiera quedar hay soluciones más razonables. La base la da el párrafo 3 del art. 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. Cuando ésta se declare incompetente se expresará qué jurisdicción es la competente; y si el interesado se personara ante ésta en el plazo de un mes, se entenderá que lo ha hecho con anterioridad, cuando se iniciaba el plazo para el recurso contencioso-administrativo.

Una norma semejante a ésta podría introducirse, aunque con carácter general para los distintos órdenes jurisdiccionales, en el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El sitio adecuado sería el último párrafo del apartado 6 del art. 9 de dicha Ley. Con ello las situaciones de incertidumbre perderían prácticamente toda su gravedad.

En cambio, ha resultado oportuno conservar el carácter común o residual y atrayente que ha tenido y tiene el orden civil y a cuya defensa hemos dedicado estas líneas.

DESPACHO ORDINARIO

JURISPRUDENCIA PROCESAL INTERNACIONAL

Silvia BARONA VILAR

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universitat de València

Carlos ESPLUGUES MOTA

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universitat de València

SUMARIO:

2. Régimen del proceso con elementos extranjeros: A. Presupuestos procesales; B. Medidas provisionales o de aseguramiento; C. Justicia gratuita. — 3. Reconocimiento de sentencias y resoluciones extranjeras: B. Divorcio. — 5. Extradición.

2. RÉGIMEN DEL PROCESO CON ELEMENTOS EXTRANJEROS

A. Presupuestos procesales

FALTA DE PERSONALIDAD DEL ACTOR Y DE SU PROCURADOR:
PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO

11. STS (Sala 1.ª) 19 d febrero de 1987 (RA 717)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Deducida la demanda inicial de las actuaciones de las que el recurso dimana, por las entidades «E. Alimentos Congelados, S. A.» y «S. F. Industry Limited», contra la mercantil «Compañía A. de Seguros, S. A.» en reclamación de cantidad, la deman-

dada opuso, al contestar la demanda frente a la actora S. F. Industry L. T. D. las excepciones dilatorias de falta de personalidad en la actora (artículo 533-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de falta de personalidad en el Procurador de la misma (artículo 533-3.º de la propia ley), usándolas como perentorias, lo que determinó fueran resueltas en la sentencia que puso fin al litigio en primero y segundo grado jurisdiccional,

con sendos pronunciamientos desestimatorios y es en relación al dictado por la sentencia de la Audiencia en los referidos extremos concretos contra el que se alza el presente recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, al amparo de la preceptiva contenida en el artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la reforma aplicable al caso, en razón a la fecha de su interposición y, por ende, tramitado con arreglo a las normas que a la sazón lo regían.

2. Por la vía del ordinal 2.º del artículo 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se articula por la demandada Compañía A. de Seguros, S. A. el primer motivo del recurso, aduciendo falta de personalidad en el «Sr. Víctor A. N.» para litigar en nombre de S. F. Industry L. T. D., tachando a la resolución impugnada, que había desestimado dicha falta de personalidad, de haber violado por falta de aplicación el artículo 533 excepción 2.ª, supuesto segundo en relación con los artículos 2, párrafo tercero y 503, número 2.º, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 8-2 del Código Civil, desarrollándose el motivo con base en la alegación de que el Sr. A. no había acreditado, al otorgar el poder a favor del Procurador que en el litigio actuaba en nombre de la entidad actora referida, que ostentara la representación de la misma con facultades que al respecto le hubieran sido conferidas por los órganos competentes de la mercantil que ante Notario otorgante del poder había dicho representar, y en el motivo segundo, por igual cauce procesal, se acusa la violación por falta de aplicación por la sentencia recurrida, del art. 533, excepción 3.ª de la dicha

Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 503, número 1.º de la propia ley y arts. 8-2 11-2 y 1.280-5.º del Código Civil, todo ello con fundamento en la excepción alegada, en su momento procesal oportuno de falta de personalidad del Procurador de la actora Sr. Granizo y García-Cuenca por insuficiencia e ilegalidad del Poder que el mismo tenía presentado «por no constar en dicho poder —según textualmente se expresa en el motivo— el pertinente testimonio literal de las facultades de representación de S. F. que tuviese el otorgante Sr. A. N., y que autorizasen al mismo para conferir dicho Poder, obrante en autos».

3. *Reiterada jurisprudencia de esta Sala*, contenida entre otras, por citar algunas de las más recientes, en sus sentencias de 3 de marzo y 29 de noviembre de 1983 (R. 1.418 y 6.732), 9 de marzo de 1984 (R. 1.209) y 9 de abril y 23 de mayo de 1985 (R. 1.686 y 2.616), *exige como presupuestos para la viabilidad de la casación por quebrantamiento de forma el cumplimiento de determinados requisitos, destacando todas ellas la necesidad de que al recurrente, con motivo de la falta que denuncie, se le haya producido «indefensión», exigencia ésta cuyo fundamento es obvio al derivar de la improcedencia de esterilizar una serie de actuaciones judiciales e incluso todo un proceso, sin razón que lo justifique, y de aquí que en la nueva regulación legal del recurso de casación, introducida por la reforma llevada a efecto por la Ley 34-1984 de 6 de agosto (R. 2.040), el vigente art. 1.692 de la misma, recogiendo lo que era doctrina legal ampliamente consolidada, haya establecido en su número 3.º que la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesa-*

les requiere siempre para autorizar el motivo que se funde en la vulneración de las mismas, que se haya producido indefensión para la parte que la alegue.

4. La aplicación de la doctrina consignada en el razonamiento que antecede hace decaer los dos motivos que sirven de fundamento al recurso, por cuanto: a) según pone de relieve la sentencia del Juzgado, en el poder otorgado por D. Víctor A. a favor de Procuradores, en la ciudad de Lagos (Nigeria), se expresa por el Notario autorizante que «el referido señor, Director Financiero de la Cía. "S.", actúa en representación de la Sociedad y ha acreditado tener poder suficiente de la Compañía que representa, inscrita en el Registro de Sociedades, que el Notario ha tenido a la vista, y con capacidad para otorgar el poder», certificando, asimismo, el Notario, que estos poderes son válidos y cumplen con lo preceptuado por la Ley de su país y b) al folio 255 de los autos originales obra unido escrito del Procurador que actúa en el litigio en representación de «S.», al que acompaña certificación notarial sobre la resolución tomada por el Consejo de Administración de la entidad S. en relación al nombramiento del Sr. A. como Director Financiero y sobre las facultades que como tal se le concedieron, y aunque dicho escrito y los documentos al mismo acompañados (unidos a los folios 256 a 259, ambos inclusive, de las referidas actuaciones originales), no aparecen incorporados a los autos en la forma ritual, la realidad es que demuestran las amplias facultades que el Consejo de Administración de la Sociedad demandante en reunión de 12 de agosto de 1974 concedió al Sr. A. para representarla. La «indefensión» de la

parte, imprescindible para que el recurso pueda prosperar, aparte no haber sido alegada en el escrito por el que se formalizó, no resulta de las supuestas irregularidades que en orden a la representación de la sociedad actora por el Sr. A. e insuficiencia o ilegalidad en el poder otorgado a favor del Procurador Sr. Granizo, se acusan en los dos motivos que sirven de fundamento al recurso, al no ser dable cuestionar, de una parte, en lo referente a las formalidades que ha de llenar la escritura pública de apoderamiento, la aplicación de lo dispuesto en la preceptiva contenida en el número 1 del art. 11 del Código Civil, según la que las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se registrarán por la ley del país en que se otorguen, formalidades cumplidas, en el caso del poder que nos ocupa, no sólo en lo referente a las exigidas por la legislación del país en que fue otorgado, sino, también, por la legislación española (art. 1.280-5.º del Código Civil), y de otra, porque inducida la legalidad del Poder, la única circunstancia que podría determinar una indefensión para la entidad recurrente, que no es ocioso insistir no fue alegada por la misma, sería la que podría producirse en el caso de que el pronunciamiento condenatorio recaído en su contra adquiriera firmeza y pagara a quien no tuviera la representación de la sociedad actora con arreglo a la legislación de Nigeria, y a este respecto ha de estarse a lo que afirma el Notario autorizante de la escritura pública de poder en el sentido de que el Sr. A. habla acreditado de conformidad a la ley de su país las facultades de representación de la Sociedad de que hacía uso.

5. La desestimación del recurso

lleva anejas las consecuencias de imposición de costas a la recurrente y su condena a la pérdida del depósito que constituyó, según lo preceptuado en el art. 1.767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción.

Se cuestiona a través de esta sentencia la viabilidad de la casación por quebrantamiento de forma por falta de personalidad del actor y de su procurador.

Como ha señalado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo (SS. 3 de marzo de 1983 —RA 1.418—, 29 de noviembre de 1983 —RA 6.732—, 9 de marzo de 1984 —RA 1.209—, 9 de abril de 1985 —RA 1.686—, y 23 de mayo de 1985 —RA 2.616—) se precisa para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento de forma una serie de requisitos, como son:

1.º La cita del motivo contenido en el actual art. 1.692 de la LEC en que se apoye.

2.º El precepto procesal que se supone infringido.

3.º La resolución origen de la infracción acusada.

4.º La causa en que consiste.

5.º La indefensión.

La disposición alegada por el recurrente fue el motivo 2.º del anterior art. 1.693 de la LEC, hoy encuadrado en el motivo 3.º del artículo 1.692 de la LEC, que viene a regular los vicios del procedimiento cuando señala que cabe el recurso de casación en el caso de que se de «el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sen-

tencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte».

En este caso deben concurrir, como pone de manifiesto Moreno Catena¹ los tres requisitos siguientes:

1.º Que se haya producido un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

2.º Que éstas rijan los actos y garantías procesales.

3.º Que se haya producido indefensión.

Para la viabilidad de este motivo relativo a faltas en la actividad procesal, se requiere haber pedido la subsanación de la falta o la transgresión en la instancia en que se hubiere cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia, se reproduzca en la segunda, con la salvedad, en cuanto a las faltas cometidas en la segunda instancia, de que fuere ya imposible la reclamación. En este caso se había efectuado al contestar la demanda, interponiendo las excepciones dilatorias de falta de personalidad en la actora (art. 533-2.º de la LEC) y de falta de personalidad en el Procurador de la misma (art. 533-3.º de la LEC) usándolas como perentorias, lo que determinó que fueran resueltas en la sentencia que puso fin al litigio.

En el supuesto que analizamos se planteó el tema de la falta de personalidad del actor con base en la alegación de que el actor no había acreditado, al otorgar el poder a favor del Procurador que en el litigio actuaba en nombre de la entidad actora y asimismo se alega la falta de

personalidad del Procurador de la actora por insuficiencia e ilegalidad del Poder que el mismo tenía presentado «por no constar en dicho poder el pertinente testimonio literal de las facultades de representación que tuviese el otorgante y que autorizase al mismo para conferir dicho Poder, obrante en autos».

De la sentencia puede claramente señalarse que en el poder otorgado a favor de Procuradores, en la ciudad de Lagos (Nigeria) se expresa por el Notario autorizante que el referido señor, Director Financiero de la Compañía actúa en representación de la sociedad y ha acreditado tener poder suficiente de la compañía que representa, inscrita en el Registro de Sociedades, que el Notario ha tenido a la vista, y con capacidad para otorgar poder, certificando que estos poderes son válidos y cumplen con lo preceptuado por la ley de su país, y asimismo consta la certificación notarial sobre la resolución tomada por el Consejo de Administración de la entidad en relación al nombramiento de Director Financiero y sobre las facultades que como tal se le concedieron.

Hay que partir de la idea básica de que no toda infracción de un precepto procesal tiene acceso a la casación, siendo indispensable que se pueda calificar de trascendente a dicha infracción. Para que pueda hablarse de trascendencia desde el punto de vista subjetivo se exige que «se haya producido indefensión» para la parte.²

El requisito exigido de la indefensión es de gran importancia para que pueda ser estimado el recurso; exigencia ésta, como señala la sentencia objeto de nuestro comentario, «cuyo fundamento es obvio, al derivar de la improcedencia de esterilizar una serie de actuaciones judiciales e incluso todo un proceso, sin razón que lo justifique, y de aquí que en la nueva regulación legal del recurso de casación el vigente ar. 1.692 de la LEC, recogiendo lo que era doctrina legal ampliamente consolidada, haya establecido en su n.º 3.º que la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales requiere siempre para autorizar el motivo que se funde en la vulneración de las mismas, que se haya producido indefensión para la parte que la alegue».

El concepto de indefensión no es, sin embargo, un concepto pacífico. Aunque se tratara de un concepto ya contenido en el n.º 5 del anterior art. 1.693 de la LEC, algún sector de la doctrina lo ha calificado de imposible definición a priori,³ por cuanto hace referencia a un resultado ya producido, que «puede producirse tanto como consecuencia de la infracción de una norma procesal, como por inadecuadas regulaciones legales; incluso es posible que una misma infracción pueda o no originar indefensión: depende de las circunstancias en que la infracción se produzca».⁴ No obstante hay que partir del art. 24 de nuestro texto Constitucional, del 7-3 y del 283-3 de la

2. M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, dirigidos por D. Cortés, Tecnos, Madrid, 1985, página 841.

3. M. A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal civil*, con DE LA OLIVA, PPU, S.A., Barcelona, 1988, p. 516.

4. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho...*, cit., p. 517.

1. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y ALMAGRO NOSBETE, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, p. 65.

LOPI, e incluso del art. 1.692-3.º de la LEC, así como de la propia Jurisprudencia, para señalar, como lo hace en este sentido Serra Domínguez⁵ que «la exigencia de una real indefensión responde a la misma esencia de la jurisdicción, que pretende la justicia del caso concreto. Si se ha infringido una norma procesal y no ha resultado perjuicio para persona alguna, falta la legitimación requerida por el art. 1.691, y el recurso no puede prosperar». En última instancia hay que partir de la base de que la indefensión será apreciada por el Tribunal Supremo con criterio amplio «excluyéndola cuando resulte evidente de las actuaciones procesales la no producción de perjuicio a la parte recurrente».⁶

En la sentencia que ahora comentamos la indefensión de la parte no fue alegada en el escrito que formalizaba el recurso de casación, no resulta de las supuestas irregularidades que alega el recurrente en orden a la representación de la sociedad e

**FALTA DE REPRESENTACIÓN DEL ACTOR:
PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO
POR EL PRIMER SECRETARIO DE EMBAJADA**

12. STS (Sala 1.ª) 11 de junio de 1987 (RGD 1988, p. 2667 (RA 4.291))

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El primer motivo del recurso se amparó en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías pro-

insuficiencia e ilegalidad en el poder otorgado a favor del Procurador, por cuanto:

1.º Se aplica el art. 11-1.º del Código Civil, según el cual las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen, cumpliéndose dichas formalidades en el supuesto de hecho que comentamos, ya que el poder cumplía no sólo las formalidades exigidas por la legislación del país en que fue otorgado, sino también por la legislación española (art. 1.280-5.º CC).

2.º Porque el notario autorizante de la escritura pública del poder puso de manifiesto que el actor había acreditado de conformidad a la ley de su país las facultades de representación de la sociedad de que hacía uso.

Por todo ello, se desestima el recurso de casación por quebrantamiento de forma.

cesales, con indefensión de la parte, en cuanto, a su juicio, no existe el poder del actor, y, por tanto, el procurador carece de la representación que dice ostentar con conculcación de los artículos 164, número 1.º, 165, párrafo único, y 166, párrafos 1.º y 2.º, del Reglamento Notarial (R. 1944, 994; R. 1945, 57, y N. Dicc., 22.309); motivo que no puede prosperar, pues, si en el poder otorgado en la ciudad de Bruselas (Bélgica) ante el primer

secretario de Embajada, encargado a. i. del Consulado de España en funciones, se expresa, por una parte, que don J. F. J. Q., de nacionalidad belga, interviene en su propio nombre y derecho «...y en calidad de vicepresidente de la sociedad anónima C.-B., con domicilio en 1070 Bruselas, B. d. J. G., ...», lo que acredita por el diario oficial *Moniteur Belge* de 6 de septiembre de 1977, donde consta su nombramiento, documento que me exhibe y retira», y, por otro lado, que «tiene, a mi juicio (al del fedatario), capacidad para formalizar esta escritura de poder general para pleitos y... confiere su representación a los procuradores de Tribunales de Madrid...» que se relacionan, es manifiesto que se cumplan las exigencias de acreditamiento de la representación social del otorgante por la reseña que en el poder se hace del diario oficial donde consta, así como de sus facultades para conferir el poder a ocho procuradores, según el juicio del funcionario interviniente, representación y facultades que deben tenerse por subsistentes al no haberse acreditado ni el cese de aquélla ni la pérdida de éstas.

Segundo. El segundo motivo se ampara en el propio ordinal tercero y denuncia la misma infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales productora de indefensión, con violación de los artículos 29, párrafo 1.º, y 30, párrafo único, del Reglamento de la Carrera Consular de 27 de abril de 1900 (N. Dicc., 4.328), y los artículos 1.º y 3.º, párrafo 4.º, del anexo III del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, argumentando a tal efecto que tan sólo a los cónsules se confiere el carácter de funcionarios notariales, y, en su defecto, tan sólo los vicecónsules, y por delegación del cónsul,

pueden actuar como notarios, por lo que si en el caso de éstos, continúa razonando, no fue el cónsul ni el vicecónsul quienes intervinieron el poder, sino un encargado del Consulado, es claro que fue autorizado por funcionario manifiestamente incompetente; motivo que debe igualmente rechazarse, pues, con independencia de que, como se afirmó por los órganos jurisdiccionales de instancia, el funcionario autorizante actuaba «como encargado a. i. del Consulado de España, en funciones notariales», es decir, asumiendo las propias que a estos efectos corresponden al cónsul encargado, cuya legalidad ni se ha cuestionado ni sería la jurisdicción ordinaria la competente para conocer de su impugnación, y aparte ello, decimos, y aun en el caso más favorable para el recurrente, tal supuesto nos situaría ante la hipótesis de un nombramiento viciado, y, por tanto, anulable, cuyos actos, realizados en la esfera de la competencia propia del órgano cuyas funciones se ejercen, serían válidos en tanto no se anulase el nombramiento o designación; sin que por lo expuesto sea necesario extenderse en otras argumentaciones, tanto más si se tiene en cuenta que si el Ministerio de Asuntos Exteriores legaliza la firma del funcionario actuante en el poder, como «cónsul de España en Bruselas», está afirmando su legítima actuación como tal fedatario público.

Con la presente sentencia del Tribunal Supremo se resuelve un recurso de casación planteado al amparo del art. 1.692-3.º de la LEC relativo al quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, con la producción, al efecto, de una

5. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios...*, cit., p. 842.

6. SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios...*, cit., p. 842.

situación de indefensión para la parte recurrente.

En este supuesto fáctico se planteó el tema de la falta de poder del actor, en cuanto el poder mismo fue otorgado en Bruselas (Bélgica) ante el primer secretario de la Embajada, encargado del Consulado de España en funciones, por el vicepresidente de una sociedad anónima con domicilio en Bruselas, que confiere la representación a los procuradores de los Tribunales de Madrid, alegándose a este respecto por el recurrente:

1.º Que se conculcaron los artículos 164-1.º, 165 y 166-1.º del Reglamento Notarial.

2.º Que se violaron los arts. 29-1.º y 30 del Reglamento de la carrera consular de 27 de abril de 1900; y los arts. 1 y 3-4.º del anexo III del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944.

El recurso es rechazado por el Tribunal Supremo, que considera que ninguna de esas dos conculcaciones puede tener viabilidad a los efectos de amparar este recurso, por cuanto:

1.º Intervino el vicepresidente de la sociedad anónima, como quedó acreditado por el diario oficial *Moniteur Belge* de 6 de septiembre de 1977, donde constaba su nombramiento.

2.º Este tiene capacidad para formalizar la escritura de poder general para pleitos.

3.º En consecuencia, otorga la representación a los procuradores de los Tribunales de Madrid y está otorgado, por tanto, por la persona con capacidad para hacerlo.

4.º Alega que sólo los cónsules tie-

nen carácter de funcionario notarial y, en su defecto, tan sólo los vicecónsules y siempre por delegación de aquél, por lo que en este caso se trataba de primer secretario de la Embajada, encargado del Consulado de España en Bruselas, por lo que el poder fue otorgado por un funcionario manifiestamente incompetente. De ser aceptada esta alegación, ello supondría:

a) Que no sería la jurisdicción ordinaria la competente para conocer de la impugnación.

b) De aceptarse su hipótesis, estaríamos ante un supuesto de nombramiento viciado y, por tanto, anulable. Lo que significaría que si no se pretendiere la anulación del nombramiento o designación, los actos dictados en ejercicio de las funciones que no le competen, serían válidos.

c) Además de todo ello hay que tener en cuenta que el Ministerio de Asuntos Exteriores legaliza la firma del funcionario actuante en el poder, como «cónsul de España en Bruselas», por lo que está legitimando su actuación como fedatario público.

Por todo ello, es evidente que el poder otorgado es válido a todos los efectos y que, en ningún caso, llegó a producir situación de indefensión en la parte recurrente y, por tanto, no se considera como una infracción de precepto procesal trascendente, en el sentido de que haya llegado a producir indefensión a la parte recurrente.⁷ Por todo lo cual, el Tribunal Supremo se decide claramente por desestimar el recurso por este motivo.

B. Medidas provisionales o de aseguramiento

EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUE EXTRANJERO:

PLAZO PARA INTERPONER DEMANDA; LEGITIMACIÓN CAPITÁN

13. SAT (Sala 1.ª) Barcelona, 31 de marzo de 1987 (RGD 1988, página 1399)

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. Antes de entrar en el estudio del recurso, procede centrar la problemática a analizar dada la pluralidad de puntos y argumentos vertidos por la recurrente en el acto de la vista del recurso, pudiendo señalarse los siguientes antecedentes fácticos: 1.º Decretado el embargo preventivo de un buque extranjero, se fijó en la resolución por la que se acordaba la traba el plazo de tres meses para interponer la correspondiente demanda; 2.º Dicha resolución fue notificada al capitán de la nave, sin que se interpusiera contra el mismo recurso alguno; 3.º Transcurrido el plazo de veinte días desde la práctica del embargo, se solicitó por el capitán del navío, representado y dirigido por procurador y letrado, respectivamente, que se procediera al levantamiento del embargo por haber transcurrido el plazo prevenido en el art. 1.411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 4.º Por el Juzgado de Instancia, sin dar traslado del escrito ni oír al embargante, tras declarar «la nulidad del plazo de tres meses concedido... para presentar la demanda sobre el fondo, debiendo quedar reducido dicho plazo al de veinte días que imperativamente señala el art. 1.411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», se disponía que «habiéndose transcurrido dicho plazo le-

gal sin que la parte actora haya interpuesto dicha demanda... se acuerda el levantamiento del embargo...», y 5.º Interpuesto recurso de reposición, por el Juzgado se acordó, previa la oportuna tramitación en su parte bastante, «reponer... en parte la resolución... se declara la nulidad del plazo de tres meses concedido por este Juzgado... cuyo plazo será sustituido por el legal de veinte días que señala el art. 1.411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, plazo que empezará a contarse a partir de la notificación de la presente resolución...»

Segundo. Es contra la última de las resoluciones contra la que se interpone el recurso de apelación objeto de la presente resolución, por lo que huelga el análisis de la procedencia o no del embargo, sus efectos y extensión, naturaleza jurídica del buque y demás extremos que no afectan al tema objeto de debate.

Tercero. A su vez, el análisis del auto apelado exige el examen de las siguientes cuestiones: a) cuál sea el plazo para interponer demanda sobre el fondo del pleito en el caso de haberse procedido al embargo preventivo de un buque extranjero; b) cauce procesal seguido para dictar la resolución impugnada, y c) legitimación del capitán del navío para solicitar el levantamiento del embargo.

Cuarto. Por lo que hace referencia a la primera de las cuestiones apuntadas, la doctrina ha venido señalando que el Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952, para la unificación de reglas sobre embargo pre-

7. Sobre el tema de la indefensión y los requisitos para que pueda prosperar este motivo de casación por quebrantamiento de formas esenciales del procedimiento, vid. la sentencia anteriormente comentada del Tribunal Supremo en esta crónica de jurisprudencia, de 19 de febrero de 1987.

ventivo de buques, ratificado por España por instrumento de 11 de septiembre de 1953, de indiscutida aplicación a la presente controversia, distingue tres supuestos diferentes al contemplar: a) en el art. 7.º del Convenio, en su apartado 2, el caso de que fijada caución o garantía para el levantamiento del embargo «Si el Tribunal dentro de cuya jurisdicción ha sido embargado el buque no tiene competencia para resolver sobre el fondo... el Tribunal o cualquier otra autoridad judicial del lugar del embargo fijará el plazo dentro del cual el demandante deberá entablar su acción sobre el fondo del asunto»; b) en el apartado 3 del propio precepto regula la hipótesis «Si las convenciones de las partes contienen, ya una cláusula atributiva de la competencia a otra jurisdicción, ya una cláusula arbitral, el Tribunal podrá fijar un plazo dentro del cual el embargante deberá entablar su acción sobre el fondo del asunto», y c) finalmente, para el supuesto de que los Tribunales españoles sean competentes para conocer del fondo, si bien no contiene una previsión concreta, rige la Ley de Enjuiciamiento Civil por la remisión contenida en párrafo segundo del art. 6.º del Convenio al decir que «Las reglas de procedimiento relativas al embargo de un buque, a la obtención de la autorización prevista en el art. 4.º, y cualesquiera otros incidentes de procedimiento que pudieren suscitar el embargo, se regirán por la Ley del Estado contratante en el que haya sido practicado o pedido el embargo».

Quinto. En el presente caso, dada la competencia de los Tribunales españoles, extremo indiscutido por los litigantes, para conocer de la acción sobre el fondo de la cuestión que de-

terminó la medida cautelar, resultaba de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Civil y, consecuentemente, era de aplicación, tal como la recurrente expuso, el plazo de veinte días que prevé el art. 1.411 de la citada Ley procesal.

Sexto. Ordenado en el art. 240.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, que «La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos... se harán valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las Leyes procesales», aparece infringido en el presente caso por el auto que dejaba sin efecto la traba, ya que se pretendió obtener la nulidad del auto por el que se fijaba el plazo de tres meses al margen de los recursos establecidos en la Ley, permitiendo que ganase firmeza, pese a que pudo recurrir contra el mismo.

Séptimo. Pese a lo expuesto, al apreciarse un error judicial afectante a la esfera procesal, podía procederse a la rectificación del auto ya firme, pero necesariamente a través del cauce prevenido en el art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, previa la audiencia de las partes, toda vez que si bien es cierto los errores judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica de los ciudadanos, según ha venido sosteniendo esta Sala, entre otros, por auto de 27 de diciembre de 1986, recogiendo las tesis mantenidas, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional 43/1983, de 10 de mayo, y 172/1985, de 16 de diciembre; debe compatibilizarse dicho principio con el de defensa y audiencia, singularmente en casos como en el presente, en el que el cauce para acordar la nulidad y subsanar el error padecido era el de de-

cretar la nulidad de oficio —toda vez que no aparece vetado que por alguna de las partes se inste la revisión de oficio—, en cuya tramitación la Ley prevé de forma expresa la audiencia de las partes.

Octavo. De lo expuesto aparece que el auto que se recurre acertadamente estimó la nulidad de la resolución que decretaba de oficio y sin audiencia de las partes provocando indefensión, la nulidad del particular relativo al plazo para interponer demanda sobre el fondo, y si bien podría haberse estimado que la petición de levantamiento del embargo por transcurso del plazo legalmente previsto implicaba una petición de reducción del plazo concedido a tenor de lo previsto en el art. 1.415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no aparece formulada con claridad tal petición, por lo que debe confirmarse en este punto la resolución recurrida.

Noveno. Si bien los razonamientos expuestos y el aquietamiento de la recurrida relevan de un análisis detallado de la legitimación del capitán del buque embargado para solicitar el levantamiento del embargo, debe señalarse que la doctrina ha puesto de relieve las amplias facultades del capitán como gestor responsable de la expedición —de entre los que cabe destacar la obligación de fletar a su costa otro buque si durante el viaje el por él capitaneado quedara inservible (art. 657 del Código de Comercio), e incluso (artículo 578-3.º del Código mercantil) la facultad de venderlo—, por lo que siendo la petición de levantamiento del embargo un acto de gestión dirigido a posibilitar una expedición, claramente se halla legitimado para ello el capitán del buque, incluso cuando debiera afianzarse el importe del crédito marítimo determinan-

te de la medida cautelar, máxime cuando el art. 5.º del Convenio establece que la petición de levantamiento del embargo mediante dicha garantía no podrá ser interpretada ni como un reconocimiento de la responsabilidad ni como una renuncia al beneficio de la limitación legal de la responsabilidad del propietario del buque.

Décimo. Consecuentemente con lo expuesto, procede la confirmación del auto apelado.

A pesar de las críticas recibidas por diversos sectores de la doctrina acerca de la adopción del embargo preventivo en los procedimientos con elemento extranjero, por considerarlo como medida discriminatoria, lo cierto es que se sigue haciendo uso en nuestra práctica jurídica de dicha medida cautelar.

En el supuesto de hecho que comentamos se hace referencia a un supuesto especial de embargo preventivo, el que tiene como objeto buques extranjeros, embargo que tiene unas características especiales. Pero no se cuestiona la viabilidad o inviabilidad del embargo adoptado y, en consecuencia, no se plantea la procedencia o improcedencia del embargo, sus efectos y extensión, sino que se plantean respecto del mismo tres cuestiones:

a) *Cuál sea el plazo para interponer demanda sobre el fondo del asunto, en el caso de haberse procedido al embargo preventivo de un buque extranjero.*

b) *Cauce procesal seguido para dictar la resolución impugnada.*

c) *Legitimación del capitán del navío para solicitar el levantamiento del embargo.*

La solución dada por la Audiencia Territorial de Barcelona a la prime-

ra de las cuestiones es clara, ya que distingue tres supuestos diferentes:

1.º Si el Tribunal dentro de cuya jurisdicción ha sido embargado el buque no tiene competencia para resolver sobre el fondo... el Tribunal, o cualquier otra autoridad judicial del lugar del embargo, fijará el plazo dentro del cual el demandante deberá entablar su acción sobre el fondo del asunto (art. 7-2 del Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952, para la unificación de reglas sobre embargo preventivo de buques, ratificado por España por Instrumento de 11 de septiembre de 1953).

2.º Si las convenciones de las partes contienen, ya una cláusula atributiva de la competencia a otra jurisdicción, ya una cláusula arbitral, el Tribunal podrá fijar un plazo dentro del cual el embargante deberá entablar su acción sobre el fondo del asunto (art. 7-3 del Convenio de Bruselas de 1952).

3.º Supuesto de que los Tribunales españoles sean competentes para conocer del fondo, rige la ley del Estado contratante en el que haya sido practicado o pedido el embargo (artículo 6 del Convenio de Bruselas de 1952); por lo que, siendo éste el caso en el que nos encontramos, se aplica

el plazo de 20 días del art. 1.411 LEC.

El problema suscitado en este caso concreto es el de que, en la resolución por la que se decretaba el embargo preventivo del buque extranjero se establecía el plazo de tres meses para interponer la correspondiente demanda, sin que dicha resolución fuera recurrida por el capitán de la nave, una vez notificada la misma, y solicitando éste, transcurridos los 20 días del art. 1.411 LEC, el levantamiento del embargo.

Al apreciarse un error judicial afectante a la esfera procesal el cauce para acordar la nulidad y la posible subsanación es el de decretar la nulidad de oficio (art. 240-2 LOPJ), en cuya tramitación prevé de forma expresa la audiencia de las partes.

En cuanto a la legitimación del capitán del buque embargado para solicitar el levantamiento del embargo, está legitimado por cuanto posee amplias facultades como gestor responsable de la expedición, incluso se halla legitimado cuando debiera afianzarse el importe del crédito marítimo determinante de la medida cautelar.

Por todo ello es por lo que la Audiencia Territorial de Barcelona confirma el auto apelado.

SUFICIENCIA DE CAUCIÓN PRESTADA Y CAUCE DE LEVANTAMIENTO DEL MISMO EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUE EXTRANJERO:

14. AAT (Sala 1.ª) Barcelona, 23 de marzo de 1987 (RGD 1988, página 1384)

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Sexto. Por lo que hace referencia a la posibilidad de levantamiento del

embargo que pesaba sobre el buque, establecido por el art. 5.º del Convenio de Bruselas, de 10 de mayo de 1952, que «el Tribunal o cualquier otra autoridad judicial competente... concederá el levantamiento del embargo cuando se haya prestado una caución o una garantía suficiente, sal-

vo el caso en que el embargo se practicara por razón de los créditos marítimos enumerados en el art. 1.º que antecede, bajo las letras O) y P)...», la recurrente sostiene que al ampararse el embargo trabado en un crédito marítimo enumerado en el apartado O) del art. 1.º del Convenio «la propiedad impugnada de un buque», no resultaba viable el levantamiento de la traba.

Séptimo. Frente a lo sostenido por la recurrente, debe ponerse de relieve que si bien es cierto que los principios de rapidez y eficacia que inspiran la legislación vigente en la materia han atenuado el acreditamiento del derecho del que pide el embargo sin que sea necesario justificar el *fumus bonis iuris* o apariencia del derecho, a tenor de lo previsto en el artículo 1.º de la Ley 2/67, de 8 de abril, no es parte la que puede decidir de forma caprichosa o arbitraria, ni si el derecho que alega o el crédito que reclama tiene el carácter de «Crédito Marítimo», ni si la causa que los motiva debe incardinarse en uno u otro de los diferentes supuestos contemplados por el artículo 1.º del Convenio Internacional, y si bien el principio de congruencia impide la alteración del componente fáctico de la *causa petendi*, el principio *iura novit curia* autoriza al Tribunal para calificar de manera distinta a como lo hicieron las partes la situación en conflicto partiendo de la estricta acomodación de la libertad valorativa a las pretensiones entabladas y a los hechos que las fundamentan, según doctrina que se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1986.

Octavo. Sostenida por la recurrente la existencia de un contrato de arrendamiento y la de una opción de compra, al alegar el incumplimien-

to contractual por las sociedades demandadas de embargo, manifestando que el buque ha cambiado de nombre, pabellón y propiedad, no se ha concretado con precisión la causa en la que funda la «impugnación de la propiedad», imprecisión cuyas consecuencias, en su caso, deben recaer sobre la parte que las provoca, máxime cuando del contexto de la exposición fáctica aparece que no se atribuye la propiedad del buque a sí misma, y que tan sólo es invocada la impugnación a efectos de obtener una garantía muy superior a la legalmente prevista para el supuesto de hecho que relata en el escrito inicial de los autos.

Noveno. Admitida la viabilidad del levantamiento del embargo, y pasando al análisis del cauce procesal seguido para la adopción del acuerdo, debe ponerse de relieve que establecido en el artículo 6.º del Convenio citado, que el embargo del buque y cualesquiera otros «incidentes de procedimiento que pudieran suscitar el embargo, se regirán por la Ley del Estado contratante en el que haya sido practicado o pedido el embargo», la exposición de motivos de la Ley de 8 de abril de 1967 pone de relieve que el Convenio fijó «... normas generales sobre la materia que, no obstante, sólo parcialmente han logrado producir la deseable unidad, y aun ésta, con referencia a conceptos sustantivos, pues, como quiera que para el embargo prescribe el art. 6.º de dicho Convenio que han de seguirse las normas de procedimiento nacionales...», lo que a su vez plantea cuestión en orden a lo prescrito en el segundo párrafo del art. 5.º del Convenio que, tras referirse en el primer párrafo a la posibilidad de levantamiento de embargo en los términos referidos en el 6.º razonamien-

to de la presente resolución, ordena que «A falta de acuerdo entre las partes sobre el alcance de la caución o de la garantía, el Tribunal o la autoridad judicial competente fijará su naturaleza y cuantía».

Décimo. Un análisis sistemático de los aspectos procesales del art. 5.º del Convenio y de los arts. 1.405 y 1.406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permiten constatar que, pese a la remisión global contenida en el artículo 6.º del Convenio, aparecen ciertas peculiaridades, de entre las que, sin ánimo de exhaustividad, pudieren señalarse: a) la Ley procesal se refiere a «... suspensión» de la diligencia —por la que el embargo no se llevaría a cabo— mientras el Convenio habla de «levantamiento» del embargo —por la que éste ya se habría efectuado—; b) el momento procesal para el ofrecimiento de fianza que contempla el art. 1.405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es el de la práctica de la traba, en cambio el art. 5.º del Convenio Internacional implícitamente admite que sea un momento posterior; c) la Ley nacional prevé de forma expresa el pago y la consignación; no es este el caso de la norma internacional que tan sólo menciona la caución o garantía suficiente aunque no excluya otras posibilidades, y d) en lo que a efectos de la presente resolución interesa, no prevé la Ley procesal la audiencia del embargante en el supuesto de que persona contra quien se haya decretado el embargo «diera fianza a responder de las sumas que se le reclamen», limitándose el artículo 1.406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a ordenar que «los ejecutores del embargo suspendieran toda diligencia hasta que el juez de Primera Instancia... con conociemien-

to de la fianza determine lo conveniente...».

Undécimo. En el presente supuesto, oída la embargante en el acto de interposición de la demanda de embargo, ulteriormente ya trabado el embargo y antes de que por la embargada se prestara la fianza, espontáneamente efectuó las manifestaciones que creyó oportunas, tanto respecto de la imposibilidad de levantamiento del embargo como en cuanto a la cuantía, en su caso, de la caución exigible, lo que fue admitido por el juzgador que incorporó las mismas al expediente, por lo que no puede sostener que no fuera oída siendo, por otro lado, constatable y evidente el desacuerdo de las partes, la que exigía la fijación por el juez de la naturaleza y cuantía de la garantía, y si bien no aparece vetado que se le hubiere dado traslado de la postura de la embargada con posterioridad a ser conocida su posición a fin de posibilitar un acuerdo, no aparece exigido tal trámite ni por el Convenio ni por la Ley procesal.

Duodécimo. Finalmente, rechazándose expresamente la analogía pretendida por la recurrente con las fianzas exigibles al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que el art. 589 fija en una cantidad que «no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias», y pasando al examen de la suficiencia o no de la suma de pesetas 48.000.000 tenida por bastante a efectos de levantar el embargo que pesaba sobre el buque, al permanecer indiscutida la competencia del Tribunal arbitral de Londres, debe ponerse en relación con la aptitud para «garantizar la ejecución de todas las condenas que se pronunciasen ulteriormente por el Tribunal competente para resolver

sobre el fondo...», de conformidad a lo preceptuado en el número 2 del art. 7 del Convenio de Bruselas, ahora bien, rechazada la argumentación en la que la recurrente basa la improcedencia del levantamiento del embargo y de la fijación de la cuantía de la fianza, la ausencia de enumeración y concreción de daños y perjuicios que pudieren derivarse del crédito marítimo que no cuantifica con precisión, lleva aparejado el que no se estime errónea por insuficiente la fianza fijada por el juez de instancia para el levantamiento del embargo que pesaba sobre el buque.

Decimotercero. Consecuentemente con lo expuesto, procede desestimar el recurso.

En este auto de la Audiencia Territorial de Barcelona no se plantea la procedencia o no del embargo, ni la cuestión relativa a la legitimación del capitán mercante para consignar fianza, ni la suficiencia de los poderes en cuya virtud actuó el procurador, sino que se cuestiona la suficiencia de la caución prestada y la regularidad del cauce por el que fue acordado el levantamiento de la traba.

I. En relación al primero de los puntos planteados, la recurrente sostiene que al ampararse el embargo en un crédito marítimo, enumerado en el apartado 0) del art. 1.º del Convenio de Bruselas, «la propiedad impugnada de un buque», no resultaba viable el levantamiento del embargo. La Audiencia Territorial de Barcelona afirma al respecto que el principio iura novit curia autoriza al Tribunal para calificar de manera distinta a como lo hicieron las partes la situación en conflicto, por lo que

no le corresponderá a la parte el decidir si el derecho que alega o el crédito que reclama tiene carácter de crédito marítimo y, por tanto, si la causa que los motiva debe incluirse en alguno de los supuestos que regula el art. 1 del Convenio de Bruselas.

II. En relación al cauce por el que fue acordado el levantamiento del embargo hay que tener en cuenta el art. 6 del Convenio, que señala la vigencia para la resolución de esta cuestión de la ley del Estado contratante en el que haya sido practicado o pedido el embargo, teniendo, en este sentido, en cuenta, en todo caso, que el art. 5-2 del Convenio prescribe que «a falta de acuerdo entre las partes sobre el alcance de la caución o de la garantía, el tribunal o la autoridad judicial competente fijará su naturaleza y cuantía». En este supuesto, oída la embargante en el acto de interposición de la demanda de embargo, ulteriormente ya trabado el embargo y antes de que por la embargada se prestara la fianza correspondiente, efectuó las manifestaciones que consideró oportunas, tanto en relación a la imposibilidad de levantamiento del embargo como en cuanto a la cuantía de la caución exigible, por lo que no puede alegar que no fuera oída. Así se puso de manifiesto claramente el evidente desacuerdo de las partes, que exigía la fijación por el juez de la naturaleza y la cuantía de la garantía.

Por todo lo cual no se estimó por la Audiencia Territorial de Barcelona que fuera errónea por insuficiencia la fianza fijada por el juez de instancia para el levantamiento del embargo que pesaba sobre el buque y, por ello, se desestimó el recurso.

C. Justicia gratuita

JUSTICIA GRATUITA: SÚBDITO CANADIENSE.

VINCULACIÓN DE LA CONCESIÓN DEL BENEFICIO

A AQUELLOS EXTRANJEROS NACIONALES DE ESTADOS PARTE DEL CONVENIO DE 1 DE MARZO DE 1954 SOBRE PROCEDIMIENTO CIVIL

15. STS de 30 de abril de 1987
(Sala 1.ª) (RA 2.878)

FUNDAMENTOS DE DERECHO
(Primera sentencia)

1. La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, en 13 de julio de 1984, dictó sentencia por la que concedió los beneficios de pobreza a Doña Josefa M. B. y sus hijos Don Juan José, Don Andrés, Don Vicente, Doña María Josefa y Don Nicolás B. M. para litigar en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra don José A. F. y Don Manuel M. P., sentencia que vino a revocar la denegatoria del Juzgado de Primera Instancia número dos de esa Capital, de 28 de marzo de 1983, y ante cuya situación, la representación procesal del demandado Sr. M. P. formalizó recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal, por los diversos motivos que se expongan a continuación y que se articulan al amparo de los ordinales concordantes del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus redacciones anterior y posterior a la Reforma de 6 de agosto de 1984 (R. 2040 y Ap. 1975-85, 4257), si bien, de acuerdo con las disposiciones transitorias de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, el estudio del recurso habrá de atemperarse a la existente al tiempo de promulgarse la citada ley.

2. El primer motivo del recurso se ampara en el ordinal séptimo del

rituario artículo 1.692, «error de hecho en la apreciación de la prueba, según resulta de documento auténtico que evidencia la equivocación sufrida», queriendo aludirse con ello, al documento constituido por la escritura de poder para pleitos otorgada por el actor D. Vicente B., en 29 de diciembre de 1975, ante el Sr. Notario de Hospitalet, en la que se consignaba que era «vecino de 829 Masson St. Oshawa, Ontario (Canadá), de nacionalidad canadiense y con pasaporte número KE 485.457, expedido por el Ministerio de Asuntos Exteriores, en Ottawa (Canadá) el 26 de agosto de 1974», y a la vista del cual, se argumenta por el recurrente que «el error de hecho estriba en que la Sala no ha tenido en cuenta aquella condición de súbdito extranjero cuya nacionalidad corresponde a país no signatario de la Convención de La Haya de 1 de marzo de 1954 (N. Dicc. 8525), sobre procedimiento civil, en el que se incluye la cuestión relativa a la justicia gratuita». *Formulado el motivo en los términos expresados, es evidente que no plantea cuestión nueva alguna, toda vez que el recurrente, en su escrito de contestación a la demanda de solicitud del beneficio de justicia gratuita, ya hizo referencia a la nacionalidad canadiense del actor Don Vicente B. M. y es, asimismo, evidente que la ratificación por España del Convenio Internacional de 1 de marzo de 1954, determina que los Juzgados y Tribunales españoles deberán prestarle observancia*

y cumplimiento, y respecto a su contenido, el apartado IV viene dedicado a la «defensa gratuita», comprensivo de los artículos 20 a 24, estableciéndose en el 20 la norma fundamental siguiente: «En materia civil o mercantil, a los súbditos de cada uno de los estados contratantes se les concederá en los demás estados contratantes el beneficio de pobreza, al igual que a los nacionales mismos conforme la legislación del Estado donde se solicitare la defensa gratuita».

3. Por cuanto antecede y dado que Canadá no figura entre las naciones signatarias del Convenio de La Haya, resulta fuera de duda que el actor antes mencionado, debido precisamente a la nacionalidad que ostentaba no podía postular la concesión del beneficio a la defensa gratuita en España, en la forma y modo pretendidos, lo que origina, consecuentemente y sin necesidad de mayores razonamientos, la estimación del motivo objeto de estudio, estimación ésta que hace innecesario entrar a examinar los dos siguientes motivos, ya que el segundo toma su punto de partida en el error de hecho denunciado en el precedente, que le sirve de apoyatura, y el tercero se contrae también al repetido actor Don Vicente, sin ninguna referencia a los restantes codemandantes.

4. El cuarto motivo, por el mismo cauce procesal del artículo 1.692, y al amparo de su ordinal primero, alega violación por inaplicación, del artículo 28 de la Ley Procesal, toda vez que la sentencia impugnada reconoce expresamente el incumplimiento de los requisitos exigidos por el mentado artículo, sobre lo cual, conviene decir que si bien es cierto que la doc-

trina de las sentencias citadas por el recurrente es contraria a admitir como válidas las omisiones de las menciones exigidas por el artículo 28, no lo es menos que la de la Sala de instancia vino a reconocer las omisiones en cuestión pero no las estimó como ocultación maliciosa que influyesen en la realidad de la situación e hizo suya la doctrina de la sentencia de 18 de noviembre de 1941 (R. 1232), que estableció que la «constante jurisprudencia referida a que la ocultación maliciosa de bienes determina la denegación del beneficio de justicia gratuita, no es de aplicación al caso en el que la omisión de medios no influye en la realidad de la situación de pobreza», llegando a decir la de instancia, al comienzo de su primer considerando, que «la razón de ser de la defensa gratuita descansa en la justa y legal necesidad de dispensar de los gastos judiciales a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de sufragarlos, pues de no ser así se produciría una verdadera denegación de justicia proscrita desde siempre y que hoy, a más, reconoce el texto constitucional», lo que representó, indudablemente, una llamada al derecho a obtener la tutela efectiva judicial que a todas las personas concede el artículo 24 de la Constitución (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875) para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, que igualmente viene reconocido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial (R. 1578, 2635 y Ap. 1975-85, 8375), por ello y de acuerdo con que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», artícu-

lo 3.1 del Código Civil, es claro que la exigencia formalista del reiterado artículo 28, debe ceder ante la probanza de la ausencia real de medios de fortuna, especialmente, en aquellos casos en que no concurrió una voluntad maliciosa al respecto, lo que conlleva, en definitiva, al rechazo del motivo estudiado.

5. La inadmisión del motivo preliminar, produce, de por sí, la del 5.º, último objeto de alegación, al articularse con carácter subsidiario por vía del ordinal 1.º del artículo 1.692, por interpretación errónea del artículo 28, en cuanto que las razones expuestas en punto a considerar que la Sala sentenciadora no incurrió en aplicación del tan repetido precepto ritualario, son atinentes en orden a la carencia de errónea interpretación del mismo, y resulta irrelevante, a los fines del estudio y resolución del recurso de casación planteado, la protesta del recurrente acerca del fraude de Ley que supuso, en su opinión, la incorporación de los documentos presentados por la parte demandante con su escrito de proposición de prueba.

6. El éxito del primer motivo del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 13 de julio de 1984, supone la estimación parcial de dicho recurso, con lo cual y atendiendo a los términos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta improcedente hacer pronunciamiento expreso en materia de las costas causadas en la tramitación del mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Segunda sentencia)

1. Por los fundamentos y razonamientos de la sentencia de casación

parcial que antecede, que se dan por reproducidos, resulta procedente denegar a Don Vicente B. M. los beneficios de la justicia gratuita para litigar contra Don José A. F. y Don Manuel M. P. en los autos principales de que dimana esta incidencia.

2. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 27 en su redacción por la Ley 34/1984 de 6 de agosto, debe condenarse al referido Sr. B. M. al pago de las costas de la primera instancia en la parte proporcional que le corresponda.

La sentencia de 30 de abril de 1987 suscita el problema del reconocimiento del beneficio de justicia gratuita. Sin embargo, y a diferencia de la ya mencionada sentencia de 2 de octubre de 1987, en esta ocasión se refiere a extranjeros.

El primer supuesto, de 30 de abril, es especialmente interesante por quebrar la que ha venido siendo postura constante por parte de la jurisprudencia y la doctrina. La sentencia refiere a la solicitud de justicia gratuita planteada por JMB y sus cinco hijos (Juan José, Andrés, Vicente, Josefa y Nicolás) contra MMP y JAF. El Juez de Primera Instancia denegó tal petición amparándose en la no constancia del domicilio de los demandantes durante los últimos cinco años, ni del alquiler abonado no acompañándose tampoco los documentos que fundamentaban su derecho. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial de Barcelona revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y concede el beneficio a los apelantes. MMP formalizó recurso de casación por infracción de ley y éste es resuelto por el Tribunal Supremo de forma parcial en dos sentencias.

El Tribunal Supremo fundamenta su solución básicamente en el hecho de haber quedado fehacientemente demostrada la nacionalidad canadiense de D. Vicente M.B. quien, además, reside en Ottawa (Canadá) y posee pasaporte de aquel país. En la medida en que no es español y que Canadá no ha ratificado el Convenio de La Haya de 1954 relativo al procedimiento civil no cabe permitirle gozar del beneficio de pobreza reconocido para los españoles en el artículo 13 y ss. de la LEC que se hace extensible por el artículo 20 del precitado Convenio del 54 a los nacionales de los Estados ratificantes. Esto incita al Tribunal Supremo a estimar el motivo primero del recurso presentado por MMP «... dado que Canadá no figura entre las naciones signatarias del Convenio de La Haya, resulta fuera de duda que el actor antes mencionado, debido precisamente a la nacionalidad que ostentaba no podía postular la concesión de beneficio de justicia gratuita en España...» (Fto. 3).

El Alto Tribunal rechaza, por su parte, el razonamiento incorporado en el motivo 4 planteado en base a la inaplicación del artículo 28 de la Ley Procesal alegando que si bien es cierto que se ha demostrado la ocultación de bienes, también es cierto que persiste «... la ausencia real de medios de fortuna» (Fto. 4) habiendo quedado patente la ausencia de voluntad maliciosa al respecto. Se rechaza por lo tanto una interpretación literal del artículo 28 en favor de una aproximación más flexible en la que se tenga en cuenta la finalidad última del beneficio de pobreza.

Como consecuencia de la estimación parcial del recurso se dicta una segunda sentencia por la que se deniega a D. Vicente BM los beneficios

de la justicia gratuita para litigar en este asunto y se le condena al pago de las costas de la primera instancia en la parte proporcional que le corresponda.

El Tribunal Supremo alcanza de esta suerte un resultado totalmente erróneo que quiebra, además, lo que ha sido una línea de conducta bastante clara en el sentido de reputar el beneficio de la justicia gratuita a todos, nacionales y extranjeros (vid. STS de 1 de febrero de 1912 (CL 123, 1912-1, p. 369); STS de 26 de noviembre de 1953 (CL 221, 1935-5, p. 322) en ejercicio del mandato y del espíritu del artículo 27 del Código civil que vendría a matizar decisivamente el confuso enunciado del artículo 119 de la Constitución y el 13 y ss. de la LEC. (Al respecto, vid. J. D. González Campos y R. Recondo Porrúa, Lecciones de Derecho procesal civil internacional, Bilbao, Univ. de Deusto, 2.ª ed., 1981, pp. 116 y ss.; UNED, Derecho internacional privado, Madrid, UNED, 1986, pp. 295 y 296; A. Miaja de la Muela, Derecho internacional privado, Madrid, Atlas, 10.ª ed., 1987, p. 586; J. M. Espinar Vicente, Derecho procesal civil internacional, Madrid, La Ley, 1988, pp. 86-90.) El Tribunal Supremo limita de esta suerte el beneficio de justicia gratuita a los supuestos de nacionales de países que hayan ratificado el Convenio de La Haya sobre procedimiento civil de 1954 o, en su caso, el Convenio europeo sobre tratado de solicitudes de asistencia judicial gratuita de 27 de enero de 1977. Es triste que el Alto Tribunal haya decidido desempolvar su «pureza internacional-privatista» precisamente para arremeter contra uno de los pocos sectores temáticos en los que se había alcanzado una práctica realmente progresista e internacional.

JUSTICIA GRATUITA: EXEQUATUR DE SENTENCIA EXTRANJERA

16. STS de 2 de octubre de 1987 (Sala 1.ª) (RA 6.708)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Aparece documentalmente acreditado que doña María del Carmen N. L., mayor de edad, vecina de Zamora desde 1985, casada y con un hijo, que ha obtenido sentencia de divorcio en país extranjero y desea obtener el *exequatur* en España, carece de medios económicos y de bienes tanto raíces como muebles. Sus ingresos, no superan en consecuencia el doble del salario mínimo interprofesional vigente.

Segundo. El Sr. Letrado del Es-

tado, citado en forma, no compareció al acto de la vista y lo mismo aconteció con la otra parte, don Göedo O. O. *Consiguientemente nadie se ha opuesto a la solicitud de justicia gratuita formulada.*

La sentencia de 2 de octubre de 1987 plantea la problemática de la concesión del beneficio de justicia gratuita a una nacional española para ejecutar una sentencia extranjera de divorcio. Dado que la solicitante reúne las condiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y no existe oposición del Letrado del Estado se le concede sin más el beneficio.

FALTA DE PERSONALIDAD DEL ACTOR. SOLICITUD DE JUSTICIA GRATUITA

17. STS de 14 de diciembre de 1987 (Sala 2.ª) (RA 9.430)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Con amparo en lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el Procurador don Santos de G. C., actuando en nombre y representación de doña Edith B., según facultades conferidas al mismo en el poder otorgado por la expresada señora, de nacionalidad alemana (República Federal), el día 5 de julio de 1984, ante el Cónsul General de España en Hamburgo, instó mediante la correspondiente demanda, suscrita por Letrado, la pretensión de que se concediera a su patrocinada el beneficio de justicia gratuita, para que «como representante legal de su hijo Michael Antonio Haz, pudiera solicitar de este Tribunal Su-

premo, usando del aludido beneficio de justicia gratuita, el reconocimiento y ejecución en España del Auto sobre fijación de alimentos dictado por el Tribunal de Primera Instancia de Winsen (República Federal de Alemania) el día 22 de julio de 1981, contra don Antonio S. F., de nacionalidad española, al que en la demanda se le señala domicilio en la República Federal de Alemania y que reside actualmente en el pueblo de Zurgena (Almería).

Segundo. Como resulta de lo consignado en el fundamento de derecho que antecede la pretensión que se propone ejercitar doña Edith B. ante este Tribunal Supremo y para lo que solicita el beneficio de justicia gratuita, lo será como representante legal de su menor hijo Michael H., y *siendo así que, según consta en el do-*

cumento aportado por la referida actora para justificar su situación económica, su citado hijo nació en el año mil novecientos sesenta y siete, es visto que con arreglo a la legislación de su país ha adquirido la mayoría de edad, establecida por Ley de 31 de julio de 1974, que entró en vigor el 1 de enero de 1975, en los 18 años, los que determina que al no ostentar su madre, la aquí actora, la representación legal del mismo, no podrá instar con tal carácter el reconocimiento y ejecución en España de la resolución judicial dictada por el Tribunal de la República Federal de Alemania a que antes, también, se ha hecho mérito, por lo que, en su consecuencia, procede la estimación de la excepción dilatoria 2.ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil opuesta por el Señor Letrado del Estado en el acto de celebración del juicio verbal a que se contrae la preceptiva contenida en el artículo 730 de la propia Ley; no siendo ocioso poner de relieve, por demás, que la demandante actúa con Procurador y Letrado de su elección y que la justicia se administra actualmente en España sin exacción de tasas judiciales.

Tercero. La acogida de la excepción dilatoria 2.ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil conlleva la desestimación de la demanda y sin que proceda imponer las costas a la actora en atención a que cuando instó su pretensión de justicia gratuita el hijo de la misma aún no había cumplido los 18 años de edad.

La sentencia de 14 de diciembre de 1987 plantea, al igual que la anteriormente citada de abril de 1987, un problema de demanda del beneficio de

justicia gratuita solicitado por un extranjero. La sentencia se encuentra muy confusamente redactada, de su tenor parece derivarse se trata de una súbdita alemana (EB), divorciada de español, que pide en nombre de su hijo (MH) gozar de tal beneficio a efectos de solicitar el reconocimiento y ejecución en nuestro país del Auto sobre fijación de alimentos dictado por el Tribunal de Primera Instancia de Winsen (RFA). El Tribunal Supremo deniega tal beneficio estimando la excepción dilatoria 2 del artículo 533 de la LEC opuesta por el Letrado del Estado apuntando que el hijo posee la condición de mayor de edad con arreglo a la legislación de su país «... lo que determina que al no ostentar su madre, la aquí actora, la representación legal del mismo, no podrá instar con tal carácter el reconocimiento y ejecución en España de la resolución judicial dictada en la República Federal de Alemania...».

Dos breves reflexiones sobre la sentencia. De un lado, apuntar cómo el espíritu de la solución alcanzada por el Tribunal Supremo parece en principio acorde con el tenor de la ley (vid. F. Ramos Méndez, La sucesión procesal, Barcelona, Bosch, 1974, pp. 17 y 18; J. Guasp, Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madria, 1964, t. I, p. 158; M. J. Mascarell Navarro, «Comentario a la Sentencia de 14 de diciembre de 1987», RGD [en prensa]).

En segundo lugar la ausencia de cualquier referencia al Convenio de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias con respecto a menores de 15 de abril de 1958 (su sustituto el Convenio de reconocimiento y ejecución de las obligaciones alimenticias fue ratificado por España y la República Federal de Ale-

mania pocas fechas antes de ser dictada la sentencia), o al Convenio de La Haya sobre procedimiento civil de

1954. En todos ellos se incluyen disposiciones relativas al beneficio de pobreza.

3. RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES EXTRANJERAS

B. Separación y divorcio

EFFECTOS DE SENTENCIA EXTRANJERA DE DIVORCIO

18. SAT Barcelona (Sala 1.ª) de 15 de mayo de 1987 (*RJC Jur.* 1988, p. 268)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.º Acordes ambas partes en el pronunciamiento de divorcio, deben analizarse exclusivamente las medidas consecuencia de dicha declaración, susceptibles todas ellas de revisión en esta alzada, aunque alguna no haya sido impugnada, por tratarse de cuestiones de orden público, según resulta de las sentencias de 2 de mayo de 1983 del Tribunal Supremo y de 10 de diciembre de 1984 del Tribunal Constitucional, criterio sustentado asimismo por esta Sala, en sentencias de 11 de diciembre de 1985, 28 de febrero, 7 de julio y 28 de octubre de 1986 y 28 de febrero de 1987, al reseñar, que si bien el principio de congruencia es de inexcusable aplicación en las peticiones de separación, nulidad o divorcio en orden a las medidas aludidas, de ahí la intervención del Ministerio Fiscal, el Juzgador no necesita sujetarse a los pedimentos de las partes, dentro de un principio tuitivo inspirador de las mismas.

2.º Debido a la duplicidad de ju-

risdicciones en el conocimiento de las cuestiones que dimanar de la presente situación de ruptura matrimonial, y atendida la problemática que ello comporta, es preciso delimitar y concretar las medidas que contiene la sentencia apelada relativas al derecho de visitas y a la pensión alimenticia, máxime cuando con posterioridad a la misma el Tribunal del Condado de Oxford ha dictado una nueva Orden traída a los Autos, con su correspondiente traducción, para mejor proveer, en la que se fija un detallado régimen de visitas a favor del padre, mucho más amplio que el establecido por la resolución impugnada, y siendo el interés prevalente en toda situación de conflicto matrimonial el de los hijos, cuanto más profunda y dilatada sea la relación paterno filial, mayor será la contribución a que el niño no pierda el cariño hacia la persona de su padre, así como a su cultura y costumbres, por lo que la Sala, en base a la precedente consideración estima conveniente establecer un derecho de contacto permanente en los períodos vacacionales, en la forma que se especificará en la parte dispositiva de la presente resolución. Asimismo el padre tendrá derecho a visitar a su hi-

jo en el Reino Unido, cuando se trasladara a dicho país con tal finalidad; para ello durante su estancia deberá facilitársele la comunicación con el niño fuera de los horarios escolares, además de un amplio régimen de visitas si el padre fuera a residir de forma estable o a pasar temporadas más o menos largas en aquel país, que deberá ser acordado por ambos padres conjuntamente, y en caso de discrepancia sería fijado por el Tribunal inglés, y viceversa en el hipotético supuesto de que la madre y el hijo trasladaran su residencia a España, en cuyo caso correspondería al Juzgado español.

3.º Por lo que respecta a la medida de carácter económico, cuestionada en el acto de la vista, es de puntualizar, que si bien el aquí apelante se comprometió a pagar una pensión alimenticia para su hijo a razón de 65 libras al mes, según consta en la aludida Orden del Tribunal del Condado de Oxford, de 30 de abril de 1986, tal suma fue fijada con carácter provisional, como se especifica en el tercer punto de la mentada resolución «hasta que sea tomada una decisión respecto a la cuestión de la pensión alimenticia por el Tribunal español o el inglés, el que antes lo haga», y como quiera que, según se informó en la vista del recurso, aún no se ha pronunciado al respecto el Tribunal de aquel país, a esta Sala es a quien corresponde fijar el modo de la pensión alimenticia a favor del hijo H., y a pesar de que se estime acertada la fijación de la misma en base a un porcentaje de los ingresos

de la persona que debe satisfacerla, cual establece la sentencia recurrida, ratificando un convenio presentado por las partes ante el órgano jurisdiccional anglosajón, en el presente supuesto, dado que el padre ejerce una profesión liberal, se considera más adecuado que la cuantía de la pensión quede perfectamente concretada, mediante el abono de una cantidad mensual determinada *a priori*, como solicitan ambos litigantes, y en atención a las necesidades del alimentista y posibilidades económicas del alimentante, se establece como suma a abonar por el padre para su hijo, en concepto de pensión como contribución al levantamiento de las cargas familiares, la de 50.000 pesetas mensuales, revalorizables anualmente en la forma que seguidamente se especificará en la parte dispositiva de esta resolución.

La sentencia que reproducimos no nos permite conocer con claridad el supuesto fáctico que subyace en la misma: parece tratarse de la ejecución, en sentido estricto, de una sentencia inglesa de divorcio en la que se incluyen determinadas medidas con respecto a los hijos. Intentaremos conseguir el texto completo de la sentencia para incluirlo en posteriores comentarios; en estas líneas nos limitamos a destacar dos datos, la aparente ausencia de exequatur alguno y, en segundo lugar, el ejercicio claramente exorbitante de la competencia que en la búsqueda del beneficio filial realiza la Audiencia Territorial de Barcelona.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS SUIZAS DE DIVORCIO. EXEQUATUR.
TRATADO ENTRE ESPAÑA Y SUIZA SOBRE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS
EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1896

19. Auto Juzgado 1.ª Instancia n.º 8 de Valencia de 9 de diciembre de 1985 (S. R.)

Considerando: Que teniendo en cuenta el art. 951 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el tratado existente entre España y Suiza para la ejecución de sentencias dictadas en los respectivos países ratificado el 6 de junio de 1989; que la sentencia no es contraria al orden público, procederá decretarse la eficacia civil de la misma.

Considerando: Que no procede hacer expresa imposición de costas. Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

Declaro: La eficacia civil de la sentencia de divorcio dictada el 9 de febrero de 1978, por el Tribunal Civil de la Chaux de Fonds, Neuchatel (Suiza), de los esposos D. J. T. y D.ª I. W. Procedase a la anotación de la sentencia en el Registro Civil donde consta el matrimonio de los litigantes y el nacimiento de las hijas. Sin hacer imposición de costas.

20. Auto Juzgado 1.ª Instancia n.º 9 de Valencia de 18 de julio de 1986 (S. R.)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.º Que la presente ejecución tiene por objeto una sentencia de divorcio de matrimonio celebrado en España, pronunciada en Suiza, por lo cual, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 951 de la LEC y dado que existe Tratado con dicho país, procede atender a su contenido.

2.º Que conforme dispone el ar-

tículo 2.º del Convenio Celebrado en Suiza para la Ejecución de sentencias recaídas en materia civil y comercial de 9 de noviembre de 1896 ratificado el 6 de julio de 1898, la efectividad de dichas resoluciones se pedirá directamente por la parte interesada al Tribunal o Autoridad del punto donde el cumplimiento debe efectuarse, por ser a quien corresponde la competencia para concederlo o denegarlo.

3.º Que de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 955 de la LEC, la competencia general del Tribunal Supremo establecida en su párrafo 1.º tiene como excepción lo preceptuado en los tratados como acontece en el presente supuesto.

4.º Que por lo expuesto anteriormente procede ejecutar la sentencia dictada por el Tribunal Civil del Distrito de la Sarina de Friburgo.

Vistos los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

DISPONGO

Declarar la ejecución civil de la sentencia de fecha 17 de noviembre de 1977 de divorcio entre D. J. M. y D.ª M. K., dictada por el Tribunal Civil del Distrito de la Sarina de Friburgo (Suiza).

21. Auto Juzgado 1.ª Instancia n.º 8 de Valencia de 31 de mayo de 1988 (S. R.)

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. Por la Procuradora D.ª María Esther Bonet Peiró, en nom-

bre y representación de D. Enrique Pelluch Martínez se solicitó la ejecución de la sentencia firme de divorcio dictada el 1 de febrero de 1983, por el Tribunal Civil del Cantón de Basilea, respecto al matrimonio formado por D. Enrique Pelluch Martínez y D.ª María Vicenta Herro Silvestre.

Segundo. Que este Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 es competente para acordar la ejecución de la citada solución, ya que si bien el auto de la Excma. Audiencia Territorial de Valencia, de fecha 21 de febrero de 1962, invocado por el M. Fiscal que interpreta la cláusula 2.ª del tratado de fecha 6 de julio de 1898, celebrado entre España y Suiza y que establece que la ejecución de las sentencias dictadas en materia civil se realiza directamente por la parte interesada al Tribunal o Autoridad del punto donde el cumplimiento deba efectuarse parece desprenderse que el órgano competente para conocer del expediente sea la Audiencia Territorial, al ser el órgano judicial superior existente en el punto donde la sentencia ha de cumplirse, que es la ciudad de Valencia, ello nos llevaría al resultado contradictorio de que en esta ciudad no tendrían competencia los Juzgados de 1.ª Instancia, en tanto que en los demás partidos judiciales de la provincia de Valencia sí la tendrían, en los presentes autos.

Tercero. Siendo firme la sentencia extranjera cuya ejecución se pretende y no oponiéndose a su efectividad el orden político interno español, tras la reforma llevada a cabo en el C. Civil por la Ley de 7 de julio de 1981, es de aplicación a lo solicitado en los presentes autos sobre ejecución de la sentencia de divorcio dictada por el Cantón de Ba-

silea-Suiza, lo dispuesto en el art. 951 de la LEC y Tratado de 6 de julio de 1898 entre España y Suiza, que establece que la ejecución de las sentencias dictadas en materia civil o comercial en los estados contratantes se pedirá directamente por la parte interesada al Tribunal o Autoridad del punto donde el cumplimiento deba efectuarse y a quien corresponde la competencia para conocer del *exequatur* y cumplidos los requisitos exigidos en el art. 951 y siguientes de la LEC a instancia de quien a justificado interés directo y legítimo y presentando la documentación adecuada, no habiéndose formulado oposición, ha de acordarse la eficacia de dicha resolución, procediendo a su ejecución.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación:

Su Señoría ante mí, el Secretario, dijo: Se declara la eficacia y se acuerda la ejecución en España de la sentencia de divorcio del matrimonio formado por D. E. P. y D.ª M. V., dictada por el Tribunal del Cantón de Basilea-Suiza, en fecha 1 de febrero de 1983, y a tal fin expídase exhorto al Ilmo. Sr. Juez Encargado del Registro civil al que se acompañará testimonio de esta resolución a fin de que proceda a la anotación marginal de la sentencia a que se alude en la inscripción de matrimonio, debiendo remitir a este Juzgado testimonio del acta con la anotación producida.

Los Autos objeto de análisis refieren a la ejecución en España de tres sentencias de divorcio dictadas por diversos tribunales suizos. El mayor interés que presentan los autos radica en el hecho de ser dictados al amparo del Convenio Hispano-Suizo

sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial de 1896 (19 de noviembre. Ratificado por Instrumento de 6 de julio de 1898. Gaceta de Madrid de 9 de julio de 1898, n.º 190). Convenio en el que se exceptúa la regla general de atribución de la competencia para conceder el exequatur al Tribunal Supremo recogida en el art. 955 LEC en favor del «Tribunal o ... Autoridad del punto donde el cumplimiento (de la resolución) deba efectuarse» (art. 2 del Convenio); en otras palabras, los Juzgados de Primera Instancia.

La Ley de Enjuiciamiento Civil recoge en sus arts. 951 a 954 diversos regímenes de exequatur. El art. 951 plasma el denominado régimen convencional. Los arts. 952 y 953 el llamado régimen de reciprocidad, y el 954 el régimen de condiciones. (Al respecto vid. González Campos, J.; Fernández Rozas, J. C. y Recondo Porrúa, R., Derecho internacional privado, Parte Especial. Vol. I, Oviedo, 1984, pp. 384 y ss.; Espinar Vicente, J. M. Derecho procesal civil internacional, Madrid, La Ley, 1988, pp. 173 y ss.; Remiro Brotons, A. Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del tribunal Supremo, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 34 y ss.; Cortés Domínguez, V. Derecho procesal civil internacional. Ordenamiento español. Madrid, Edersa, 1981, pp. 129 y ss.) Se trata de un sistema jerarquizado (al respecto STS 21 de marzo de 1935 y STS 22 de noviembre de 1966), lo que implica que sólo en el supuesto de no existir Tratado internacional operará el régimen de reciprocidad y, en ausencia de éste, el de condiciones (González Campos, et al., op. cit., páginas 393 y ss.). Como ya se ha apun-

tado, el órgano competente para conocer de estas demandas es el Tribunal Supremo (como señala el artículo 955 LEC) salvo «... el caso en que, según los tratados, corresponda su conocimiento a otros Tribunales» (art. 955, cit.).

En el presente supuesto existe un Tratado bilateral entre España y Suiza que establece un procedimiento específico de reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas en ambos países. Tratado que, además, exceptúa en su art. 2 al art. 955 LEC (único ejemplo existente entre los diversos Convenios negociados por España) en favor de los Juzgados de Primera Instancia (al respecto, Autos TS de 14 de noviembre de 1959 y 6 de julio de 1960, cit. en Remiro Brotons, op. cit., pp. 391 y 394, y Auto Audiencia Territorial de Barcelona de 5 de julio de 1962, cit. en RJC 1963, p. 276).

Los Autos suponen una aplicación lineal del Tratado Hispano-Suizo. Quizás el único problema destacable se suscita en el de 31 de mayo de 1988 en que el Ministerio Fiscal, alegando el Auto de la Audiencia Territorial de Valencia de 21 de febrero de 1962, interpreta el art. 2 del Convenio en el sentido de atribuir competencia a la mencionada Audiencia y no a los Juzgados de Primera Instancia. Esta alegación es desestimada por el Juez de Primera Instancia señalando que «... ello nos llevaría al resultado contradictorio de que en esta ciudad no tendrían competencia los Juzgados de 1.ª Instancia, en tanto que en los demás partidos judiciales de la provincia de Valencia, sí la tendrían, en los presentes autos».

REGISTRO CIVIL. IMPROCEDENCIA DE INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO.
MATRIMONIO DE ESPAÑOL DIVORCIADO EN EL EXTRANJERO.
SENTENCIA EXTRANJERA DE DIVORCIO:
INEFICACIA POR NO OBTENER PREVIAMENTE EL EXEQUATUR DE LA MISMA

22. RDGRN de 4 de marzo de 1988
(R. A. 2.522)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero. Los términos, por el contrario, en que han quedado fijados los hechos son los siguientes: a) un varón, nacido en La Habana en 1941, es hijo de padres españoles y de su nacionalidad española de origen, mantenida sin interrupción, no cabe ahora dudar, puesto que la inscripción de su nacimiento en el Registro Consular, aunque practicada en 1983, no contiene ninguna prevención en orden a la falta de pruebas de la nacionalidad española, lo que hubiera sido necesario de existir dudas sobre este dato, según aclaró la Circular de 11 de abril de 1978 en su apartado 2 y cuya doctrina ha alcanzado hoy valor reglamentario por virtud del último párrafo del artículo 66 del Reglamento del Registro Civil, introducido por la reforma de 1986; b) esa persona ha contraído matrimonio civil en La Habana en marzo de 1986 con ciudadana cubana, y c) según las manifestaciones del propio promotor, había contraído matrimonio anteriormente con otra mujer de la que luego se divorció, y aunque no se especifican otros datos sobre este primer matrimonio, ni sobre el divorcio, se deduce que ambos ocurrieron en Cuba.

Cuarto. Este primer matrimonio de un ciudadano español es válido y produce efectos desde su celebración, como señalaba ya el art. 70 de la Ley

del Registro Civil y confirma hoy el art. 61 del Código Civil. La circunstancia de que tal matrimonio no esté inscrito implicará una dificultad de su prueba y del pleno reconocimiento de sus efectos, pero no puede provocar la grave consecuencia de estimar que el contrayente no está casado. Por el contrario, la inscripción sigue siendo obligatoria y su falta no puede redundar en beneficio de uno u otro contrayente, sino solamente en su caso en el de los terceros de buena fe, como concretan los artículos citados —cfr. Res. de 16 de febrero de 1977 (R. 815); 19 de octubre de 1979 (R. 3.286) y 11 de abril de 1985 (R. 3.496).

Quinto. Si el contrayente español está casado, según lo dicho, con su primera esposa —y quizá ésta obtuvo automáticamente también la nacionalidad española, si el enlace tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 14/1975, de 2 de mayo (R. 913)—, la consecuencia inmediata es que el divorcio obtenido en el extranjero no prueba la disolución del vínculo, pues para este resultado es imprescindible, conforme a los arts. 9 y 107 del Código Civil, que se obtenga previamente el «exequatur» de la sentencia extranjera —cfr. hoy artículo 265, II, RRC y, antes, las Resoluciones de 28 de enero, 2 de noviembre y 23 de diciembre de 1981 (R. 1.186, 4.742 y 5.443) y 11 de abril y 30 de septiembre de 1985)—. Subsiste, por tanto, al menos formalmente, el impedimento de ligamen, que impide la extensión del asiento.

La Resolución objeto de estudio resuelve negativamente la solicitud de inscripción del matrimonio celebrado en La Habana por un ciudadano español RSR y una súbdita cubana MMM. La Dirección General de los Registros y del Notariado alega para denegar tal inscripción la existencia de un anterior matrimonio de RSR que carece de la preceptiva inscripción en el Registro Consular, matrimonio que fue disuelto en su día por sentencia de divorcio dictada por los tribunales cubanos. Sentencia que carece del preceptivo exequatur para ser eficaz en España.

Dos básicamente son las cuestiones que suscita la presente Resolución. En primer lugar la relativa a la validez y eficacia del matrimonio celebrado por español o españoles fuera de nuestras fronteras, cuestión que en este caso se plantea inmersa en la problemática acerca de la condición o no de español de RSR. Y, en segundo lugar, la relevancia del exequatur para que las sentencias extranjeras de divorcio o separación sean eficaces en España. De estas dos cuestiones, es la segunda la más relevante para esta crónica; sin embargo, el hecho de que ambas aparezcan íntimamente ligadas determina que también nos detengamos —aunque sea mínimamente— en la primera.

Con respecto al primero de los problemas suscitados resaltar que la postura adoptada por la Dirección General, en relación al matrimonio, concuerda con la posición mantenida por la Jurisprudencia en los últimos años en el sentido de considerar el art. 61 como referido a todo matrimonio celebrado por español fuera o dentro de nuestras fronteras considerando que la inscripción no posee carácter constitutivo y que,

en consecuencia, la falta de la misma no determina la inexistencia del matrimonio. (Al respecto vid. García Velasco, I. «Jurisprudencia española de Derecho internacional privado», REDI, 1988, pp. 231-240.)

En lo que refiere a la segunda de las cuestiones, la Resolución no hace más que aplicar linealmente la solución recogida en el párrafo 2 del artículo 107 del Código Civil que esconde en su redacción —«Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil»— una referencia a los arts. 951 y ss. de la LEC. Planteándose de esta suerte por el legislador a modo de «recordatorio» del régimen diseñado en la ley procesal.

El art. 107 encuentra su sentido en la práctica anterior a la Constitución en que la rigidez del modelo familiar español incitó a los tribunales y a la Dirección General de los Registros a adoptar posiciones de dudosa legalidad que venían a atemperar la voluntad del legislador evitando situaciones de flagrante injusticia. Este actuar se observó básicamente en relación a la institución del divorcio y en el ámbito de la filiación ilegítima en las que mediante la figura del «orden público atenuado» (al respecto, vid. Miaja de la Muela, A. «Indicios de atenuación del orden público en el derecho internacional privado español», Multitudo Legum Ius Unum. Festschrift für W. Wengler, Berlín, 1973, p. 585; Pecourt García, E. «Jurisprudencia de Derecho internacional privado», ADI, 1975, p. 601; Aguilar Benítez de Lugo, M. «Estatuto personal y orden público en el derecho internacional pri-

vado español», REDI, 1967, p. 234; IDEM, «A propósito de la Resolución de 6 de abril de 1979: el supuesto de matrimonio de divorciado», RFDM, 1980, p. 179; González Campos, J. D. «Crónica de jurisprudencia española de Derecho internacional privado», REDI, 1980, p. 210) se negaba el reconocimiento en España de la institución contraria al orden público español, pero se admitía una eficacia indirecta de la misma, con lo cual se salvaban en la práctica gran parte de las disfuncionalidades a que podía conducir una aplicación mecánica y rígida del modelo matrimonial español. De esta suerte, el mensaje que el legislador parece querer transmitir con el art. 107 excede el mero recordatorio de la necesidad de obtener el exequatur para que las sentencias extranjeras sobre divorcio produzcan efectos en España; se tra-

ta de una norma que intenta constituirse en un punto y aparte en relación a la práctica existente en la materia con anterioridad a su promulgación. La utilización del mecanismo de la atenuación del orden público, la eficacia indirecta de las sentencias extranjeras sobre divorcio o separación ... son soluciones útiles y justas, pero soluciones planteadas en unas coordenadas temporales concretas que ya no caben en el nuevo marco del derecho familiar español, mucho más flexible que el anterior. (Para una evolución jurisprudencial vid. Esplugues Mota, C. «El tratamiento de la indisolubilidad matrimonial en el derecho internacional privado español», Anuario Jurídico de México, 1984, pp. 434-457; IDEM, «Nuevas perspectivas en la proyección internacional del divorcio», La ley, 1982, n.º 548, pp. 1-3.)

5. EXTRADICIÓN

PROCESO ESPECIAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS SOBRE CONTINUACIÓN DEL EXPEDIENTE DE EXTRADICIÓN

23. STS (Sala 5.ª) 6 de julio de 1987 (RA 5.206)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Por el Letrado del Estado se interesa la inadmisibilidad del recurso interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de enero de 1985 que mandó continuar expediente de extradición contra quien recurre en aplicación de cuanto se dispone en la L 26 de diciembre de 1958, y todo ello al amparo

del art. 82 a) y c) LJCA para lo cual invoca en síntesis que carece de las características intrínsecas de los actos administrativos susceptibles de recurso contencioso, porque, se argumenta, es un acto básicamente de Gobierno o político a través del cual se ponderan las circunstancias que rodean los hechos que dan lugar al procedimiento de extradición decidiendo unas veces la continuación del procedimiento y otras denegándola, y todo ello aplicando los tratados de extradición a

la propia Ley de 1958, por lo que el Acuerdo recurrido es un acto puramente interno, preparatorio de actuaciones futuras que se desenvuelven ante la jurisdicción ordinaria, quien es precisamente por ello la encargada del control de todos los actos; cualquiera que sea la naturaleza del procedimiento es innegable que el acto o Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado previa propuesta del Ministro de Justicia al decidir continuar el expediente incide sobre la libertad de un súbdito extranjero y sobre su seguridad, lo que es bastante para justificar este especial procedimiento interpuesto precisamente bajo la invocación de que tales derechos fundamentales han sido vulnerados para la persona de quien recurre, a más de la tutela judicial efectiva de que es acreedor, por lo que se debe partir de la afirmación de que tal acto, separable de todo el procedimiento en el que se produce, por su singularidad, por sus específicos efectos está sometido al control de esta jurisdicción y en este proceso especial y no en otro, de carácter ordinario; el Acuerdo, pues, no es preparatorio de otro procedimiento, sino autónomo y singular que pondera circunstancias que rodean a un súbdito extranjero, sobre el que se decide autónomamente si se deja en libertad o si se remite a un especial procedimiento en el que se decida sobre su situación personal de extranjero en España; por ello es controlable en este especial procedimiento y ante esta jurisdicción sin que sea atendible la invocación de su naturaleza de acto político, para colegir de ello ausencia de control, pues ya no hay área alguna que escape al control de un juez; tampoco cabe decir que estamos en presencia de un acto preparatorio que no decide di-

recta ni indirectamente la cuestión para anudar a tal argumentación la inadmisibilidad de este especial recurso.

Segundo. Como acto autónomo y separable por sus peculiares características y singular trascendencia, el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado puede ser residenciado ante esta jurisdicción y por este trámite especial en el que ha de decidirse sólo si existe una vulneración directa y frontal de los derechos fundamentales que se invocan: libertad, seguridad y tutela judicial efectiva y no otra cuestión que haga referencia o tenga relación con la extradición, que es materia que quedaría fuera de este amparo por estar incluida en el art. 13 CE; es por esto por lo que se impone la desestimación de los motivos de inadmisibilidad del recurso que se interpone contra el Acuerdo considerado en sí mismo y no en el seno del procedimiento, sin que esto suponga o implique que al estimarse procede conocer de esta cuestión se invada terreno acotado a otra jurisdicción, a quien corresponda, como la Penal, decidir sobre la procedencia de la extradición interesada; el acto impugnado aquí no es cuestión prejudicial penal que determine cualquier pronunciamiento de esta jurisdicción, sino acto autónomo y de contenido propio sobre el que no existe obstáculo legal alguno para que se traiga al control de esta jurisdicción.

Tercero. El fondo de la cuestión planteada consiste en decidir si el Acuerdo impugnado por la finalidad y alcance que tiene vulnera de modo directo e inmediato algunos de los derechos fundamentales que cita, cuando acuerda continuar el procedimiento siguiendo propuesta motivada del M.^o Justicia; y a este propó-

sito hay que decir que tal como autoriza la citada L. 26 de diciembre de 1958 la detención de la persona reclamada por las especiales circunstancias que concurren en el caso y por razones de cautela y prevención aconsejaron proceder a la detención de la misma de manera inmediata a través de un requerimiento directo de autoridades extranjeras, todo lo cual discurre dentro de lo autorizado por la Ley de Extradición, sin que se pueda afirmar que el Acuerdo impugnado, al continuar el curso del procedimiento de extradición, desconoce de por sí ningún derecho fundamental del recurrente, ni el de libertad, por cuanto su detención y puesta a disposición de la Autoridad Judicial competente está autorizada por Ley, ni su seguridad, por cuanto son autoridades y agentes del Estado quienes actúan, ni el derecho a tutela efectiva judicial por cuanto todo conduce a la puesta a disposición de un juez que es el encargado de seguir el procedimiento, de manera tal que estas cuestiones de legalidad ordinaria tienen su específico cauce en donde deben ser vistas y por tanto ajenas a este proceso en el que sólo cabe defender derechos fundamentales, e inválidas para fundar o apoyar una tesis que defiende la conculcación o lesión de un derecho fundamental, que en ningún momento se descubre para que la pretensión de invalidez de la continuación del procedimiento que se impetra tenga éxito, por lo que procede desestimar este recurso, con expresa imposición de las costas causadas.

Se plantea a través de este supuesto un proceso contencioso-adminis-

trativo especial en materia de protección de los derechos fundamentales de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, alegándose que los derechos fundamentales de libertad y de seguridad de un súbdito extranjero habían sido vulnerados al decidirse por Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado previa propuesta del Ministro de Justicia, la continuación del expediente de extradición del recurrente colombiano.

Para poder centrarnos en la Sentencia que nos ocupa, vamos a exponer, muy brevemente, las fases del procedimiento de extradición, para poder, posteriormente, comentar los posibles problemas que pueden derivarse de esta sentencia, en la que el Tribunal Supremo viene a resolver las cuestiones planteadas por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal en el procedimiento contencioso-administrativo.

*Las fases del procedimiento de extradición son:*⁸

1. FASE GUBERNATIVA

I. El inicio de esta fase puede efectuarse por tres vías:

a) *El Embajador del Estado requirente en España deposita la solicitud de extradición en el Ministerio de Asuntos Exteriores español (artículo 12 Ley Extradición). Esta fue la vía utilizada en el caso que comentamos, en cuanto la Embajada de EEUU presenta ante el Ministerio de Asuntos Exteriores de España la Nota Verbal n.º 1.029 en solicitud de «detención provisional con fines de extradición» del recurrente, en espe-*

8. B. PASTOR BORGONÓN, *Aspectos procesales de la extradición en Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1984.

ña y EEUU de 29 de mayo de 1972. *ra del requerimiento de extradición de conformidad con el art. 11 a) del Tratado de Extradición entre Espa-*

b) *Mediante petición por vía diplomática de la detención preventiva del sujeto, anunciando que se va a presentar petición formal de extradición (art. 13 Ley Extradición).*

c) *En los casos de urgencia, el órgano jurisdiccional competente del Estado requirente emite, a través de la Interpol, una orden de captura internacional cuando el sujeto ha huido al extranjero y no se sabe dónde se encuentra.*

II. En el Ministerio de Asuntos Exteriores

Las documentaciones relativas a extradición se tramitan en la Dirección General de Asuntos Consulares, Servicio de Asuntos Jurídicos. Si no están en castellano y no se acompaña traducción, se envían a la oficina de interpretación de lenguas. A continuación se pasa el expediente completo al Ministerio de Justicia (artículo 12 Ley Extradición).

III. En el Ministerio de Justicia (art. 12 Ley Extradición)

Dentro del Ministerio de Justicia se atribuye el examen y continuación del procedimiento al Servicio de Asuntos Penales, Sección de Extradiciones, dependiente de la Subsecretaría. Si se considera que falta algún dato o documento, el Ministerio de Justicia puede pedir que se completen por la vía diplomática (art. 12-1). El plazo queda en suspenso durante este trámite.

Una vez se tienen todos los datos y documentos precisos, se eleva la pro-

puesta al Consejo de Ministros, proponiendo la continuación o no continuación del procedimiento (artículo 12-II LE).

Esta propuesta contiene una exposición de los trámites realizados hasta el momento en el procedimiento, señalando la fecha de los mismos; una enumeración de los documentos presentados en apoyo de la solicitud; un dictamen sobre la decisión procedente, a tenor del derecho aplicable; e incluso la sugerencia de continuar o no con el procedimiento.

La propuesta, aprobada por el Subsecretario y luego por el Ministro, es elevada por éste al primer Consejo de Ministros.

IV. En el Consejo de Ministros

El Gobierno tiene 15 días para adoptar una decisión sobre la continuación o no del procedimiento (art. 12-4.º L. Extradición).

V. En el Ministerio de Justicia nuevamente

Cuando la decisión ha sido de no continuación del procedimiento, el Ministerio de Justicia oficia al de Asuntos Exteriores para que lo comunique a la Embajada del Estado requirente. Igualmente, si el reclamado se encontraba detenido, se oficia al Ministerio del Interior (Interpol) para que sea puesto en libertad inmediatamente.

Si se decidió la continuación del procedimiento, el Ministerio de Justicia oficia al órgano jurisdiccional competente, enviando todo el expediente y si el sujeto se encontraba detenido se pone a disposición de la autoridad competente (art. 15 de la Ley de Extradición).

2. FASE JUDICIAL

En esta segunda fase no vamos a entrar porque no afecta a la sentencia que comentamos.

En este supuesto concreto se impugna ante el orden contencioso-administrativo el Acuerdo del Consejo de Ministros de adoptar la decisión de la continuación del procedimiento (art. 12-4.º Ley Extradición) y la vía utilizada es la del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Se plantean en esta sentencia una serie de cuestiones que vamos a desarrollar:

1. *¿Es o no susceptible dicho acuerdo del Consejo de Ministros acerca de la continuación de un expediente de extradición, de ser impugnado por la vía contencioso-administrativa? ¿Cuál es la naturaleza del mismo?*

2. *¿Desconoce dicho Acuerdo los derechos y libertades fundamentales del recurrente?*

3. *¿Cuál sería el cauce procesal para plantear, en su caso, tales violaciones?*

El Consejo de Ministros debe decidir sobre si ha lugar o no continuar el procedimiento de extradición pasiva.

Si la decisión es negativa (lo que significa manifestarse en contra de la continuación del procedimiento) todo termina aquí. No cabe contra la resolución de no continuación del Consejo de Ministros recurso alguno. El fundamento de esta no impugnación se encuentra en que la decisión se ha basado en motivos políticos, de política exterior, cuya dirección corresponde libremente al Gobierno (art. 97 Constitución), no sujeta, por

tanto, a un control judicial posterior (art. 106-1 Constitución y 2-b LJCA). No obstante, si que podría ser controlada la legalidad del procedimiento seguido hasta la resolución y también la decisión misma cuando se haya basado en la no concurrencia de algún requisito esencial, por la vía de lo contencioso-administrativo (artículo 1-1.º LJCA).

Si la decisión fue positiva, es decir, en el sentido de que continúe el procedimiento, ésta podrá recurrirse por la vía administrativa, por irregularidad del procedimiento utilizado en su adopción. Lo lógico sería que el proceso jurisdiccional posterior tendría que quedar en suspenso durante la tramitación del recurso. Si se trata, sin embargo, de una alegación referente a la concurrencia de impedimentos insubsanables, debe reservarse para el proceso jurisdiccional posterior. El Consejo de Ministros puede servir de filtro y denegar solicitudes evidentemente inestimables, pero, ante el silencio de la ley, esta posibilidad es totalmente facultativa y puede ser utilizada o no, a discreción del Gobierno.

En el caso que nos ocupa, aunque no se trata de un supuesto que se dé con frecuencia, se acude a la vía contencioso-administrativa, en concreto a la vía del proceso especial de la ley de 1978, con el fin de ir contra la decisión del Consejo de Ministros de continuar con el procedimiento de extradición. Esta vía está perfectamente justificada si tenemos en cuenta que el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado previa propuesta del Ministro de Justicia, al decidir continuar el expediente de extradición, incide sobre la libertad del súbdito colombiano y sobre su seguridad, lo que justifica la utilización del proceso especial para la protec-

ción de los derechos fundamentales de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, interpuesto precisamente bajo la invocación de que tales derechos fundamentales han sido vulnerados. Por todo ello hay que partir de que tal acto, por su singularidad y por sus específicos efectos, está sometido al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y, en concreto, a esta vía de carácter especial.

En cuanto a la naturaleza de este Acuerdo del Consejo de Ministros no es un acto preparatorio de otro procedimiento, sino autónomo y singular, que pondera circunstancias que rodean a un súbdito extranjero, sobre el que se decide autónomamente si se deja en libertad o se remite a un especial procedimiento en el que se decida sobre su situación personal de extranjero en España; por todo ello es por lo que puede afirmarse que dicho acto es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que sea atendible la invocación de su naturaleza de acto político, para colegir de ello ausencia de control.

La primera consecuencia de la ley ligada a la decisión de continuación del procedimiento de extradición es la adopción de una medida cautelar: el Ministerio de Justicia oficiará a la Dirección General de Seguridad para que proceda a la detención de la persona reclamada, si no lo estaba ya (art. 12-3). En este supuesto concreto, las especiales circunstancias que concurren y por razones de cautela y prevención, se hizo aconsejable el proceder a la detención de la persona reclamada por un país extranjero de manera inmediata, a través de un requerimiento directo de autoridades extranjeras, todo lo cual se efectuó de acuerdo con los límites establecidos en la Ley de Extradición,

sin que se pueda afirmar que el Acuerdo del Consejo de Ministros que acordó continuar el expediente de extradición desconociese de por sí ningún derecho fundamental del recurrente, ni el de libertad (por cuanto su detención y posterior puesta a disposición de la autoridad judicial competente está autorizada por ley), ni su seguridad (por cuanto son autoridades y agentes del Estado quienes actúan), ni tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva (por cuanto todo conduce a la puesta a disposición de un juez, que es el que va a dirigir y seguir el procedimiento, de manera tal que estas cuestiones de legalidad ordinaria tienen su específico cauce en donde deben ser vistas y, por tanto, ajenas a este proceso en el que sólo cabe defender derechos fundamentales, e inválidas para apoyar o fundar una tesis que defiende la conculcación o lesión de un derecho fundamental, que en ningún momento se descubre para que la pretensión de invalidez de la continuación del procedimiento tenga éxito).

Por tanto, se resuelve en el sentido de no considerar la inadmisibilidad del recurso, planteada por el Ministerio Fiscal y el Letrado del Estado —por cuanto este acto es susceptible de impugnación por la vía contencioso-administrativa y, en concreto, por esta vía especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la medida en que el acto o Acuerdo de Consejo de Ministros es susceptible de incidir sobre la libertad, la seguridad y la tutela judicial efectiva, requisito sine qua non para ser objeto de este proceso— sino la desestimación, dado que no se vulnera realmente ninguno de los tres derechos fundamentales, como bien ha quedado demostrado.

COMISIONES ROGATORIAS

PROCESO E IDEOLOGÍA EN EL PROCESO BRASILEÑO ACTUAL *

CARLOS-ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA
Profesor de Derecho Procesal Civil
en la Universidad del «Vale do Rio dos Sinos»,
UNISINOS, RGSul

1. Durante mucho tiempo se pensó que el proceso, en cuanto mero instrumento de realización del derecho material, debía presentarse con todas las garantías de neutralidad y de imparcialidad, a salvo de las influencias del Poder. La concepción que se tenía de la ciencia procesal, en la primera mitad de este siglo, como bien señala Vittorio Denti en la fundamental obra (*Processo Civile e Giustizia Sociale*, Milano, 1971, Ed. di Comunità, pp. 17 y ss.), era la de que debería estar alejada del medio social, volcada en la elaboración de principios y categorías dotados de intrínseca validez. De ahí el enorme desarrollo de conceptos como jurisdicción, acción, cosa juzgada, acto procesal, procedimiento, litigio, cuestión, etc. Sin embargo, destaca con agudeza Vittorio Denti (*op. y loc. cit.*) que en realidad la «neutralidad de esa construcción era sólo aparente, correspondiendo plenamente a la ideología conservadora de la cual la ciencia jurídica había extraído sus principios informadores».

Es de notar, por otro lado, que ese mito encuentra sus raíces en el dogma de la igualdad ante la ley, fruto de las ideas liberales que desembocaron en la Revolución Francesa de 1789, y que vino a refle-

* Traducción del portugués por Lotario Vilaboy Lois, Profesor Ayudante de Derecho Procesal, Universidad de Santiago de Compostela.

jarse en el principio, hoy universalmente aceptado, de la igualdad de las partes en el proceso. Esa igualdad, tantas veces proclamada y resaltada, no pasa, sin embargo, de ser una igualdad puramente formal. La posición que las personas ocupan en la sociedad, la mayor o menor condición de fortuna, el poder de que disfrutan, influyen, desde luego, en el propio acceso a la Justicia, en la mejor o peor preparación de los profesionales que las asisten, en la facilidad de proveerse de pruebas y tantos otros elementos decisivos.

Por eso mismo ya resaltaba Calamandrei, buscando identificar la disfunción entre el proceso liberal y el proceso idealmente justo, que, en verdad, para que exista un proceso justo no basta que delante de un juez independiente e imparcial «estén dos partes en contradicción, de modo que el juez pueda oír las razones de ambas; sino que también es necesario que esas dos partes se encuentren, entre sí, en condiciones de paridad no meramente jurídica (lo que quiere decir meramente teórica), sino que se dé entre ellas una efectiva paridad *práctica*, lo que equivale a decir paridad técnica y también económica (P. Calamandrei, *Processo e Democrazia*, Padova, Cedam, 1954, pp. 145-146, citado por Mauro Cappelletti, en *Giustizia e Società*, Milano, Ed. di Comunità, 1977, p. 42).

Frecuentes constataciones de esta especie constituyeron motivo de preocupación de la doctrina europea de las últimas décadas, destacando la obra de Mauro Cappelletti. Entre los temas resultantes de esa fructífera investigación tiene lugar destacado el del acceso a la Justicia, del proceso como fenómeno social de masa, de la oralidad en el proceso civil, de la asistencia judicial a los pobres, del proceso como instrumento de política social y otros relacionados.

Nos interesa en el presente trabajo, que está dedicado en exclusiva al derecho positivo brasileño, verificar de qué manera las clases dominantes, en los últimos veinte años, vinieron a utilizar del instrumento procesal en beneficio propio.

2. La primera evidencia, tanto para el hombre del pueblo como para cualquier litigante de un proceso, es que la administración de la Justicia, entre nosotros, es lenta y tardía.

Ese fenómeno, tantas veces constatado, encuentra su explicación en la *estructura* misma del Poder Judicial, relegado, a propósito, a un *segundo plano*, durante todos esos años de autoritarismo.

Las clases dominantes nos legaron un Código del Proceso Civil de alto contenido técnico, incorporando las más modernas conquistas científicas, pero, intencionadamente, se olvidaron de atender a los graves

problemas de organización judicial, de administración forense, de efectiva asistencia judicial a los pobres y, lo fundamental, de proveer al Judicial de instrumentos propios y adecuados al desarrollo de su importante labor.

El resultado es por lo demás conocido: insuficiencia del nivel remuneratorio de los magistrados, con poca estima de la carrera; voluminosa avalancha de procesos distribuidos a cada juez anualmente, haciendo decaer la eficacia y el nivel de las decisiones; falta de recursos materiales y de infraestructura.

Esa estructura, que asfixia y aprisiona, fue eficaz para hacer que el procedimiento ordinario (y aún más el sumarísimo) se convierta en un verdadero tormento, pese a los esfuerzos de jueces y abogados. De ahí el porqué —abatido el procedimiento común— de la inmensa cantidad de procesos cautelares, pues, como acertadamente denuncia Ovidio A. Baptista da Silva, en la destacada obra *Comentarios ao Código de Proceso Civil* (Porto Alegre, LEJUR, 1985, v. XI, p. 99; ver también pp. 10, 11, 59 y 65), «el práctico forense, sea juez o abogado, realmente no dispone de otro instrumento de trabajo, moderno y eficiente, para la tutela de aquellas situaciones que demanden *satisfacción inmediata* por la relevancia de los intereses en juego y por la *evidente legitimidad de la tutela probada initio litis*» (todos los subrayados son del original). Resulta claro, por otra parte, como bien señala el jurista gaúcho (*op. y loc. cit.*), que «... el uso indiscriminado y casi compulsivo del proceso cautelar puede poner en peligro su propia funcionalidad y comprometer gravemente la tutela cautelar innominada en la experiencia forense brasileña».

Hechas estas consideraciones iniciales, la pregunta que de pronto surge, naturalmente, consiste en de qué modo toda esa coyuntura podrá beneficiar al Poder. En el plano institucional, consecuencia un tanto obvia, resalta con fuerza irresistible: a medida que los Poderes Legislativo y Judicial son debilitados y desmoralizados, la hipertrofia del Ejecutivo es estimulada, ganando espacio. No es ésta, con todo, la única constatación; el análisis del sistema evidencia otra, todavía más pragmática y asombrosa.

3. Todos son iguales, mas, como en la célebre obra de George Orwell (*Animal Farm*), unos son mas iguales que otros.

Mientras el común de los mortales se tiene que contentar con un lento y poco eficiente procedimiento común, en cuanto que el pobre mortal, o mejor, el mortal pobre, se ve forzado al procedimiento sumarísimo (muy frecuente, por lo demás, según la conocida «*blague*» de

J. J. Calmon de Passos), los dueños del poder están a salvo de esos males, reinando solos en el Olimpo!

Las contiendas más sensibles, que ponían en juego los valores de mayor interés para las clases dominantes, ésas, escapan al rito lento e ineficiente, prolongado y desastroso. Para esos litigios se crearon, simplemente, procedimientos especialísimos, generalmente con total desconocimiento del tan decantado principio de la igualdad de las partes en el proceso, generándose, con ello, una doble desigualdad: desigualdad de procedimiento y desigualdad en el procedimiento. ¿Para qué, entonces, preocuparse por un Poder Judicial fuerte y soberano, capaz de resolver el insistente anhelo de Justicia en que se debate el pueblo brasileño?

4. Así, dentro de esa óptica, se creó un procedimiento especial para la satisfacción rápida y eficaz de los créditos corrientes de enajenación fiduciaria que la jurisprudencia dominante considera beneficiaria sólo a las instituciones financieras (R. T. 496/148, 496/149, 506/153, 508/141).

Téngase en cuenta el dato altamente significativo de que, en la esfera del tráfico de los bienes de consumo duraderos, se propagó el llamado contrato de adhesión, en el cual no resta otra alternativa al infeliz deudor sino la de consentir enteramente al pacto impuesto por el acreedor o desistir del negocio; se podrá bien evaluar la terrible extensión del privilegio. Por otra parte, los abusos son constantes, pues incluso, para los bienes de circulación rápida, fungibles, no duraderos, se impone, muchas veces, la adhesión al contrato de enajenación fiduciaria.

Ahora, el Decreto-Ley 911, de 1 de octubre de 1969, casualmente promulgado por la Junta Militar, asegura al acreedor, de inmediato, previamente y sin ser oída la otra parte, la búsqueda y aprehensión del bien enajenado fiduciariamente (art. 3.º) con carácter de satisfacción del alegado derecho (en el art. 3, § 6.º, se deja claro que esa búsqueda y aprehensión constituye un proceso autónomo e independiente de cualquier procedimiento posterior). Efectuada la aprehensión, el acreedor podrá luego vender el bien a terceros, «independientemente de subasta, hasta pública, avalúo previo o cualquier otra medida judicial o extrajudicial» (art. 2.º).

A todo ello el deudor ha de someterse pasivamente, pudiendo alegar solamente el pago del débito vencido o el cumplimiento de las obligaciones contractuales (art. 3.º, § 2.º)... La diferencia entre el proceso de ejecución normal —creado para el resto de la población— y la cobranza del débito resultante del contrato de financiamiento con enajena-

ción fiduciaria, que privilegia a los grandes capitalistas financieros, ¡es palpable!

Si de lo que se trata es del Plan Financiero de Vivienda («Sistema Financeiro de Habitação»), comprometiendo, de un lado, a los poderosos agentes financieros del SFH, y, de otro, a la gran masa de la población brasileña, la solución es igualmente la del procedimiento *á jato* y, válgame Dios, ¡incluso fuera del propio Poder Judicial!

Se lanza, para este efecto, el Decreto-Ley 70, de 21 de noviembre de 1966, y ya sin orden se alarga el espantoso *sin sentido* de las ejecuciones extrajudiciales de cédulas hipotecarias precisamente a las instituciones financieras y compañías de seguros (art. 10, 11). Vencida y no pagada la deuda, el acreedor comunica el hecho al agente fiduciario (aquí investido de las prerrogativas del Poder Judicial) que asegura al deudor el plazo de veinte días para purgar la deuda, ¡bajo amenaza de subasta particular (arts. 31 y 32)! La toma de posesión en el inmueble, por el subastador, se realiza en cuarenta y ocho horas, ¡por concesión previa del juez competente (art. 37, § 2.º)!

A pesar de la evidente inconstitucionalidad de estos mecanismos, que alejan de la apreciación del Poder Judicial eventuales lesiones a los derechos de los deudores y la ausencia total del *due process of law*, contrariando claramente lo dispuesto en el art. 153, § 4.º, de la Carta de 1967, redacción de la EC 1/69, y muy a pesar de que voces autorizadas condenasen, con entero acierto, la inaudita e inconcebible «justicia» de mano propia (v. g., por todos, Ada Pellegrini Grinover, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, São Paulo, RT, n.º 53, páginas 168-169), se continuó a entender —con pocas y honrosas excepciones— que los arts. 31 y 38 del Decreto-Ley 70 son enteramente constitucionales y que el Código Procesal Civil de 1973 no revocó el singular procedimiento especial de toma de posesión previsto en el Decreto-Ley (TFR-R.F. 254/246; Rev. Jur. TJESP 68/121; TFR-R. T. 260/223, R. T. 496/88, 503/96; R. P. 23/274; RFTFR 97/67; R. T. 565/130-em.; JTA 73/40).

Pero si el acreedor de deuda originaria de financiamiento de bienes inmuebles vinculados al SFH, por algún motivo, no quisiera ejercer la violenta expropiación forzosa que le es asegurada por el Decreto-Ley 70, de 1966, podrá valerse de las facultades concedidas por la Ley 5.741, de 1 de noviembre de 1971.

En esa hipótesis el legislador fue un tanto más benigno. El juez, por ejemplo, podrá ordenar al deudor, luego del inicio de la demanda, que desocupe el inmueble, concediéndole un plazo de treinta días

(art. 4.º, § 2.º). Además de eso, las oposiciones opuestas por el ejecutado sólo serán admitidas con efecto suspensivo si «alegase y probase» (1) que depositó por entero el importe reclamado en la inicial o rescató la deuda, ofreciendo desde luego la prueba de que satisfizo la deuda (art. 5.º e incisos). Y para evitar cualquier confusión con el proceso de ejecución común, se apresuró el legislador a proclamar que «las demás causas de oposición previstas en el art. 741 del Código Proceso Civil no suspenden la ejecución» (art. 5.º, p. único).

No se piense, por esto, que el hombre ligado a las faenas del campo fue olvidado por el sistema. El impetuoso crecimiento de la burguesía industrial y financiera y la interferencia cada vez mayor del capital extranjero en los sectores dinámicos de la economía nacional, determinaron cierto agarramiento del agricultor y del pecuarista, principalmente del pequeño y mediano productor.

Surge, así, el Decreto-Ley 167, de 14 de febrero de 1967, determinando que en la acción ejecutiva para la cobranza de cédula de crédito rural, pignorados los bienes constitutivos de la garantía real, asistirá al acreedor el derecho de promover, *en cualquier momento*, contestada o no la acción, la venta de aquellos bienes en subasta pública (art. 41, § 1.º). Más aún, los bienes objeto de empeño o de hipoteca, constituidos por la cédula de crédito real, no serán pignorados, arrestados o secuestrados por otras deudas del emitente o del tercero pignorados o hipotecante (art. 69); disposición, por otra parte, considerada perfectamente legal y constitucional por el Tribunal Supremo Federal (R.T.J. 90/1.053).

Dispositivo semejante al del art. 69, del Decreto-Ley 167, anteriormente citado, se encuentra en el art. 57 del Decreto-Ley 413, ahora con relación a los títulos de crédito industrial. Esta última disposición legal también favorece desmesuradamente al acreedor, regulando la acción expedita de ejecución; reducción del plazo de impugnación a cuarenta y ocho horas, instrucción sólo sumaria y efecto no suspensivo de los recursos interpuestos por el vencido (art. 41 del DL 413). El mismo procedimiento se aplica a las cédulas de crédito a la exportación y a los documentos de crédito a la exportación (Ley 6.313, de 16 de diciembre de 1975). Sorprendentemente, cierta jurisprudencia entendió que continuaba en vigor el art. 41 del DL 413, a pesar de la edición posterior del Código de Proceso Civil (R. T. 566/211; R. P. 16/280, em. 142; *contra*: JTA 37/68; 77/132).

5. Este rápido bosquejo de la legislación procesal especial que se formó en nuestro país después de 1964, de modo bastante significativo en su mayor parte promulgada por decretos-leyes, en oposición con las

normas comunes del proceso civil brasileño, impone una meditación profunda.

Su examen evidencia de qué forma los grupos que ocupan el poder se apropian de los instrumentos más eficaces para la satisfacción de sus pretensiones, relegando a un segundo plano las aspiraciones de la mayor parte de la población.

En una época en que se proclama la efectiva redemocratización de la sociedad brasileña, es necesario que toda la Nación se movilice en la exigencia de los medios indispensables para la buena y adecuada entrega de la prestación jurisdiccional. Más que eso, el momento actual está exigiendo la revocación de las normas legales creadoras de privilegios inaceptables. La imaginación creadora de los juristas y profesionales del foro, además, debe ser puesta al servicio de la búsqueda de nuevos instrumentos que satisfagan los derechos más sensibles de la población brasileña, de forma rápida y eficiente. Un campo a ser explorado consiste en el estudio del procedimiento sumario anticipatorio de la satisfacción del derecho, por tanto de carácter no cautelar, y ya objeto de apreciación por la moderna literatura procesal italiana. Se trata de la llamada «tutela jurisdiccional diferenciada», que incluye la noción de sub-procedimiento inserto en procedimiento (*cf.* Proto Pisani, *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, pp. 563 y ss.).

Constituye una enfática señal del camino que ahora se emprende la reciente Ley 7.244, de 7 de noviembre de 1984, que dispone la creación y el funcionamiento del Juzgado Especial de Pequeñas Causas. La original experiencia, en términos brasileños, trata de facilitar la solución de demandas de diminuto valor, abaratando, al mismo tiempo, el costo del proceso. Sin crear privilegios, la novísima disposición legal atiende a los reclamos de una parcela sustancial del pueblo. Es de esperar que, a la par del moderno instrumento técnico que se instituye, se atribuyan a tales juzgados los recursos materiales imprescindibles, para que la tentativa no resulte un fracaso.

**RESEÑA LEGISLATIVA PROCESAL
(Del 1-XI-1987 al 30-X-1988)
REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL/
REFORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN PENAL**

Manuel LOZANO-HIGUERO

SUMARIO:

1. Ley 33/1987, de 23 de diciembre (BOE del 24), de Presupuestos Generales del Estado para 1988. — 2. Ley 1/1988, de 14 de enero (BOE del 15), por la que se modifica la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto. — 3. Real Decreto 34/1988, de 21 de enero (BOE del 30), por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales. — 4. Ley 14/1987, de 29 de diciembre (BOE del 8 de febrero), por la que se determina la sede del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. — 5. Instrumento de Ratificación del Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, firmado en Bonn el 14 de noviembre de 1983, y acta de canje correspondiente, firmada en Madrid el 19 de enero de 1988 (BOE del 16). — 6. Ley 2/1988, de 23 de febrero (BOE del 27), de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal. — 7. Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo (BOE del 26), de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. — 8. Ley 5/1988, de 24 de marzo (BOE del 29), por la que se crea la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de drogas. — 9. Ley 6/1988, de 5 de abril (BOE del 7), por la que se crea el Cuerpo Jurídico Militar de Defensa. — 10. Ley 7/1988, de 5 de abril (BOE del 7), de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. — 11. Ley 8/1988, de 7 de abril (BOE del 15), sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social. — 12. Ley 9/1988, de 21 de abril (BOE del 22), de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar. — 13. Orden de 27 de abril de 1988 (BOE de 5 de mayo), por la que se establece la estructura orgánica de las Garantías Provinciales del Ministerio de Justicia. — 14. Ley Orgánica 3/1988, de

25 de mayo (BOE del 26), de Reforma del Código Penal. — 15. Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo (BOE del 26), de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. — 16. Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio (BOE del 11, corrección de errores en BOE del 15), por la que se modifican los artículos 50 y 86 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. — 17. Real Decreto 607/1988, de 10 de junio (BOE del 16), por el que se crean nuevas plazas y órganos en la Administración de Justicia. — 18. Ley 19/1988, de 12 de julio (BOE del 15), de Auditoría de Cuentas. — 19. Ley 20/1988, de 14 de julio (BOE del 15), por la que se modifican determinados artículos del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobada por Real Decreto 1.568/1980, de 13 de junio. — 20. Ley 21/1988, de 19 de julio (BOE del 20), de reforma de los artículos 855, 876, 882 bis, 884, 885, 893 bis a), y 898 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. — 21. Ley 22/1988, de 28 de julio (BOE del 29), de Costas. — 22. Real Decreto 1.062/1988, de 16 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, de desarrollo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 1977, encaminada a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los Abogados.

1. LEY 33/1987, DE 23 DE DICIEMBRE

Esta auténtica catarata normativa, que cada año va aumentando su caudal, sin que casi ningún sector ordinamental quede a salvo de la riada, contiene, como no podía ser menos, normas de relevancia procesal que a continuación reproducimos:

Artículo 110. Recaudación en vía de apremio de las deudas tributarias.

Los artículos 111.1, 128, 130 y 131 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, modificada parcialmente por la Ley 10/1985, de 26 de abril, quedan redactados del siguiente modo:

«Artículo 130.

Previa exhibición del documento, individual o colectivo, acreditativo de la deuda tributaria, los Jueces de Instrucción autorizarán, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la socilidad, la entrada en el domicilio del deudor, siempre que se manifieste por los órganos de recaudación haber perseguido cuantos bienes sea posible trabar sin necesidad de aquella entrada.»

«Artículo 131.

1. El embargo se efectuará sobre los bienes del deudor en cantidad suficiente para cubrir el importe de la deuda tributaria definida en el artículo 58 de esta Ley más los recargos, intereses y costas que con posterioridad al primitivo acto administrativo se hayan causado o se causen.

2. En el embargo se guardará el orden siguiente:

- 1.º Dinero efectivo o en cuentas abiertas en Entidades de depósito.
- 2.º Créditos, efectos, valores y derechos realizables en el acto o a corto plazo.
- 3.º Sueldos, salarios y pensiones.
- 4.º Bienes inmuebles.
- 5.º Establecimientos mercantiles e industriales.
- 6.º Metales preciosos, piedras finas, joyería, orfebrería y antigüedades.
- 7.º Frutos y rentas de toda especie.
- 8.º Bienes muebles y semovientes.
- 9.º Créditos, derechos y valores realizables a largo plazo.

3. Las personas o Entidades depositarias de bienes embargables que, con conocimiento previo del embargo, colaboren o consientan en el levantamiento de los mismos, serán responsables solidarios de la deuda hasta el límite del importe levantado.»

2. LEY 1/1988

Consta de tres artículos, una disposición transitoria y una final, que transcribimos a continuación:

Artículo primero

Se adiciona a la Ley estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, de 18 de junio de 1870, el siguiente artículo:

«Artículo 28. — Los expedientes que se formen al amparo del párrafo segundo del artículo 2.º del Código Penal se tramitarán en turno preferente cuando los informes del Ministerio Fiscal y del Establecimiento Penitenciario y del ofendido, en su caso, no se opusieran a la propuesta del Tribunal.

También se tramitarán en turno preferente los expedientes calificados de especial urgencia o importancia.»

Artículo segundo

Los artículos 3 y 9 de la Ley estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, de 18 de junio de 1870, quedarán redactados de la siguiente forma:

«Artículo 3. — Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en el capítulo I, secciones

primera y segunda del capítulo II, y en los capítulos III, IV y V, todos del título II del libro II del Código Penal.»

«Artículo 9. — El indulto no se extenderá a las costas procesales.»

Artículo tercero

1. En los artículos 20, 22, 23 y 26 de la misma Ley, las palabras «Ministro de Gracia y Justicia» quedan sustituidas por «Ministro de Justicia».

2. En el artículo 24, las palabras «parte agraviada» quedan sustituidas por «parte ofendida».

3. En el artículo 30, la palabra «Gaceta» queda sustituida por «Boletín Oficial del Estado», y las palabras «Decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros», por «Real Decreto».

4. En el artículo 15 se suprimen las palabras «se exceptúan los casos de indulto general».

5. Se suprime el artículo 28.

6. En el artículo 2 se suprimen las palabras «o del Consejo de Estado».

7. En el artículo 11 se suprimen las palabras «y del Consejo de Estado».

8. En el artículo 29 se suprimen las palabras «ni al Consejo de Estado».

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Esta ley será de aplicación a los expedientes de indulto en tramitación, formándose la relación ordenada de los que presenten los requisitos exigidos en el Servicio correspondiente del Ministerio de Justicia, para su elevación al Consejo de Ministros.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

3. REAL DECRETO 34/1988

Comprende un preámbulo, ocho artículos, dos disposiciones adicionales, dos transitorias y cuatro finales. Tiende a la modificación de las

normas que regulan los depósitos, cauciones y consignaciones de dinero ante los Juzgados y Tribunales.

Esta tendencia se muestra palmaria en los dos primeros artículos de la norma, que señalan:

Artículo 1.º 1. Queda prohibida la recepción material de dinero o cheques en los Juzgados o Tribunales, salvo las excepciones consignadas expresamente en esta norma o en leyes y disposiciones especiales.

2. Asimismo queda expresamente prohibida la utilización de cuentas distintas de las previstas en este Real Decreto para cumplir las finalidades a que éste hace referencia.

3. Los órganos judiciales que reciban u ocupen dinero o cheques los depositarán el mismo día con arreglo a los criterios establecidos en el presente Real Decreto. Cuando ello no fuera posible, por ser festivo o estar cerrada la Entidad en la que deba realizarse el depósito, éste se efectuará el primer día hábil siguiente a esa ocupación.

Art. 2.º 1. Cada Secretaría de Juzgado o Tribunal abrirá en la Entidad de crédito que se determine conforme a lo que establece el presente Real Decreto una cuenta que llevará el nombre del órgano en cuestión, adicionado con la denominación «Cuenta de Depósitos y Consignaciones», en la que tendrán cabida el dinero o cheques mencionados en el artículo primero. Cuando sea necesario se abrirán cuentas en divisas convertibles.

2. Las personas autorizadas para disponer de la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» y, en su caso, de las cuentas en divisas convertibles serán conjuntamente el Juez o Presidente del Tribunal y el Secretario correspondiente.

4. LEY 14/1987

Consta de Exposición de Motivos, artículo único y disposición final. Transcribimos el siguiente:

Artículo único. — El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, órgano superior de la Administración de Justicia de la Comunidad, tendrá su sede en la ciudad de Burgos.

5. INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN

Contiene veintiocho artículos. De ellos reproducimos, a título meramente informativo, los tres primeros:

ARTÍCULO 1

1) Las resoluciones de los Tribunales de un Estado contratante en materia civil o mercantil, que decidan sobre peticiones de las partes en un procedimiento contencioso o voluntario, se reconocerán y ejecutarán en el otro Estado con arreglo a las disposiciones del presente Convenio.

2) Se equiparan a las resoluciones judiciales las transacciones judiciales y los documentos públicos con fuerza ejecutiva.

3) Las resoluciones en materia civil o mercantil recaídas en un procedimiento penal se considerarán incluidas dentro del ámbito de aplicación del presente Convenio.

ARTÍCULO 2

A los efectos del presente Convenio, las siguientes expresiones se entenderán como se precisa a continuación:

1. Por «resolución»:

- a) Toda decisión judicial, cualquiera que sea su denominación.
- b) Los acuerdos de un funcionario competente, judicial o coadyuvante de los Tribunales, mediante los cuales se fije el importe de los alimentos, y las órdenes de ejecución ya firmes expedidas por el mismo.
- c) Los acuerdos de los Tribunales u otras Autoridades competentes de cada Estado en virtud de los cuales se fije la cuantía de las cosas del procedimiento, a condición de que desarrollen una decisión susceptible de ser reconocida o ejecutada en virtud de este Convenio y de que hubieran podido ser impugnados judicialmente.

2. Por «Estado de origen», el Estado en cuyo territorio el Tribunal o Autoridad de origen tenga su sede o ante cuyos Tribunales o Autoridades se formalice el documento con fuerza ejecutiva.

3. Por «Tribunal o Autoridad de origen», aquel que haya dictado la resolución o ante el que se haya verificado la transacción de cuyo reconocimiento o ejecución se trata.

4. Por «Estado requerido», aquel en cuyo territorio tenga lugar el reconocimiento o se solicite la ejecución.

5. Por «Tribunal o Autoridad requerida», aquel ante el que se solicite el reconocimiento o ejecución de la resolución, la transacción o el documento con fuerza ejecutiva.

ARTÍCULO 3

Las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán:

1) A las resoluciones recaídas en un procedimiento de quiebra o concurso de acreedores, en un previo procedimiento conciliatorio, o en cualquier otro procedimiento análogo, incluidas las resoluciones que en dichos procedimientos decidan sobre la validez de actos jurídicos que afecten a los acreedores.

2) A las resoluciones en materia de seguridad social.

3) A las resoluciones en materia de responsabilidad nuclear.

4) Al arbitraje.

5) A las resoluciones cautelares, medidas provisionales, embargos preventivos y arrestos.

6. LEY 2/1988

Contiene un solo artículo que modifica, de la Ley de Propiedad Horizontal, los artículos 15, párrafo 2.º; 16, norma 2.ª, párrafo 2.º; 20 y 9, obligación 5.ª, a cuyo párrafo 2.º se adiciona otro.

Transcribimos los artículos de mayor relevancia procesal.

Artículo 20

«1. Las obligaciones a que se refiere el número quinto del artículo 9.º serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local, en el tiempo y forma determinados por la Junta. Si no lo hiciere, podrá el Presidente o el Administrador, si éste hubiere sido autorizado por la Junta, exigirlo por vía judicial sin necesidad de requerimiento previo alguno, salvo si los Estatutos exigiesen el requerimiento.

2. Cualquiera que fuere el procedimiento que se utilizare para el cobro, la certificación del acuerdo de la Junta, aprobatorio de la liquidación de la deuda, será documento suficiente a los efectos del número 1.º del artículo 1.400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que pueda decretarse el embargo preventivo de los bienes del deudor, siem-

pre que tal acuerdo haya sido notificado al deudor en el domicilio en España que previamente haya designado o, en su defecto, en el propio piso o local.»

Artículo 9.

En el párrafo segundo de la obligación 5.ª del artículo 9.º de la misma Ley se adicionará el siguiente párrafo:

«En la escritura por la que se transmita el piso o local a título oneroso deberá el transmitente declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos o, en su caso, expresar los que adeudare; el transmitente a título oneroso quedará sujeto a la obligación legal de saneamiento o por la carga no aparente de los gastos a cuyo pago esté afecto el piso o local.»

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.— Las modificaciones que introduce la presente Ley en cuanto a convocatoria de Juntas se aplicarán a aquellas que sean convocadas desde su entrada en vigor.

Segunda.— Las modificaciones relativas a la reclamación judicial del cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 9 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, se aplicarán a los procesos que se inicien después de la entrada en vigor de la presente Ley.

(La reforma parece acertada, tendente a facilitar el funcionamiento más fluido —jurídico y económico— de las Comunidades de Propietarios. Se elimina así la necesidad de requerimiento previo —especie de óbice de procedibilidad— con el nuevo n.º 2 del art. 20, por una parte se sitúa la virtualidad del documento acreditativo de la deuda en el art. 1.400 n.º 1 de la LEC —*fumus boni iuris* de la medida cautelar—, en lugar de hacerlo, como algunos pretendían, a nuestro juicio equivocados, en el art. 1.429 LEC. Se añade que el acuerdo de la Junta aprobatorio de la Liquidación de la Deuda se haya notificado al deudor, y, aunque la ley no lo dice, entendemos que dicha notificación ha de ser fehaciente.)

7. LEY ORGÁNICA 1/1988

Consta de un extenso Preámbulo y cinco artículos, de los que reproducimos el siguiente:

Artículo tercero

Se añade al Código Penal un nuevo artículo 93 bis, con la siguiente redacción:

«Aun cuando lo concurrieren las condiciones previstas en el artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de dos años, que hubieren cometido el hecho delictivo por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas siempre que se den las siguientes circunstancias:

1.ª Que se declare probada en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación.

2.ª Que se certifique suficientemente, por centro o servicio debidamente acreditado u homologado, que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de concederse el beneficio.

3.ª Que el sujeto no sea reincidente ni haya gozado con anterioridad del beneficio de la remisión condicional.

La autoridad judicial requerirá al condenado o a los centros o servicios que participen en su tratamiento de deshabitación lo necesario para comprobar el comienzo y la continuación del mismo, así como para controlar su evolución y las modificaciones que hubiere de experimentar.

La suspensión de la ejecución de la pena quedará condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, así como a que no abandone el tratamiento.

Cumplido lo anterior, una vez transcurrido el plazo de suspensión y acreditada la deshabitación del reo, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena. De lo contrario ordenará su cumplimiento.»

8. LEY 5/1988

La forman un Preámbulo, seis artículos, cinco disposiciones adicionales y una final. Reproducimos los cinco primeros artículos.

Artículo primero.

El artículo 12.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, queda redactado de la siguiente forma.

«Son órganos del Ministerio Fiscal:

- El Fiscal General del Estado.
- El Consejo Fiscal.
- La Junta de Fiscales de Sala.
- La Fiscalía del Tribunal Supremo.
- La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.
- La Fiscalía de la Audiencia Nacional.
- La Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.
- Las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia.
- Las Fiscalías de las Audiencias Provinciales.»

Artículo segundo.

El párrafo primero del artículo 18.1 de la misma Ley quedará redactado de la siguiente forma:

«En la Audiencia Nacional, en los Tribunales Superiores de Justicia y en cada Audiencia Provincial, existirá una Fiscalía bajo la jefatura directa del Fiscal respectivo, integrada por un Teniente Fiscal y los Fiscales que determine la plantilla. La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, bajo la dirección del Fiscal General del Estado, estará integrada por un Fiscal de Sala y los Fiscales que determine la plantilla. Del mismo modo, la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, bajo la dirección del Fiscal del Estado, estará integrada por un Fiscal de Sala, por un Teniente Fiscal de la categoría 2.ª y por los Fiscales que determine la plantilla, que podrán pertenecer indistintamente a las categorías 2.ª y 3.ª»

Artículo tercero.

Se introduce un nuevo artículo 18 bis en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, con el siguiente texto:

«1. La Fiscalía especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas ejercerá las siguientes funciones:

a) Intervenir directamente en los procesos penales por delitos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas cometidos por bandas o grupos organizados, y que produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas audiencias y cualesquiera otros que sean de competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de los Juzgados Centrales de Instrucción, conforme a los artículos 65.1, d) y e), y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) Intervenir directamente en los procedimientos penales por delitos relativos al tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en que lo acuerde el Fiscal General del Estado.

c) Coordinar las actuaciones de las distintas Fiscalías en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas.

Cuando el número de procedimientos así lo aconseje, el Fiscal General del Estado podrá designar a uno o varios Fiscales de las mismas para que actúen en relación directa con dicha Fiscalía Especial. El Fiscal Jefe de esta última tendrá, con respecto a los Fiscales así designados y sólo en el ámbito específico de su competencia, las mismas facultades y deberes que corresponden a los Fiscales Jefes de los demás órganos del Ministerio Fiscal. Los Fiscales así designados deberán informar de los asuntos a que esta Ley se refiere al Fiscal Jefe del órgano en que desempeñen sus funciones.

Por su parte, las Fiscalías de los Tribunales Militares colaborarán con la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas en relación con los hechos cometidos en centros, establecimientos y unidades militares.

d) Investigar la situación económica y patrimonial, así como las operaciones financieras y mercantiles de toda clase de personas respecto de las que existan indicios de que realizan o participan en actos de tráfico ilegal de drogas o de que pertenecen o auxilian a organizaciones que se dedican a dicho tráfico, pudiendo requerir de las Administraciones Públicas, Entidades, Sociedades y particulares las informaciones que estime precisas.

e) Colaborar con la autoridad judicial en el control del tratamiento de los drogodependientes a quienes se haya aplicado la remisión condicional, recibiendo los datos precisos de los centros acreditados que participen en dicho tratamiento.

f) Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional

previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas.

2. La Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas podrá impartir a la Policía Judicial las órdenes e instrucciones que considere procedentes para el desempeño de sus funciones.»

Artículo cuarto.

En el artículo 19 de la misma Ley la frase «y Tribunal de Cuentas» se sustituye por la de «Tribunal de Cuentas y para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas».

Artículo quinto.

1. En el párrafo uno del artículo 35 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, se adiciona una letra G, con el siguiente contenido: «Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas».

2. En el párrafo tres del mismo artículo se adiciona lo siguiente: «Teniente Fiscal de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas».

Artículo 95

1. Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente.

2. Cuando la infracción derive del incumplimiento de las condiciones del título administrativo se declarará su caducidad, cuando sea procedente, conforme a lo previsto en el artículo 79.

3. Asimismo se iniciarán los procedimientos de suspensión de los efectos y anulación de los actos administrativos en los que presuntamente pudiera ampararse la actuación ilegal.

Artículo 109

1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación.

2. La Administración, comprobada la existencia de la infracción y siempre que el hecho denunciado no sea materia de un expediente

sancionador ya finalizado o en trámite, abonará a los particulares denunciantes los gastos justificados en que hubieran incurrido.

Artículo 119

Se declaran contrarios al interés general los actos y acuerdos que infrinjan la presente Ley o las normas aprobadas conformes a la misma, y podrán ser impugnados directamente por la Administración del Estado, autonómica o local, ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, con petición expresa de suspensión. El Tribunal se pronunciará sobre dicha suspensión en el primer trámite siguiente a la petición de la misma.

REAL DECRETO 1062/1988

El Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, desarrolló la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, de 22 de marzo de 1977, encaminada a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los Abogados. La experiencia obtenida en su aplicación, y el acatamiento a la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 25 de febrero de 1988, aconsejan la modificación parcial del citado Real Decreto en lo concerniente al ámbito de la concertación y a ciertos aspectos prácticos del ejercicio de la actividad profesional.

Artículo 1.º El artículo 6.º del Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, quedará redactado así:

1. Cuando sea preceptiva la intervención 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 u Organismo públicos.

Art. 2.º Queda derogado el párrafo 2 del artículo 9.º del Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo.

9. LEY 5/1988

Consta de un Preámbulo, diez artículos, cuatro disposiciones adicionales, seis transitorias, una derogatoria y cuatro finales.

Transcribimos los tres primeros artículos.

Artículo primero

Se crea el Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa en el que se unifican los actuales Cuerpo Jurídico Militar del Ejército de Tierra, Cuerpo Jurídico de la Armada y Cuerpo Jurídico del Ejército del Aire, cuyos miembros se integran en el creado por esta Ley.

Artículo segundo

Los miembros del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa desempeñarán las funciones que conforme a la Ley les corresponden en la jurisdicción militar, y las de asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de los Organismos autónomos adscritos al mismo.

Artículo tercero

El Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa depende en el orden jerárquico del Ministro de Defensa, y su organización y gestión corresponden al Subsecretario de Defensa.

En el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y fiscales se regirá por sus leyes específicas.

10. LEY 7/1988

Comprende un Preámbulo, noventa y tres artículos, nueve disposiciones adicionales, cuatro transitorias y dos finales.

Reproducimos algunos párrafos del Preámbulo que explican la inspiración de la Ley.

IV. La regulación más detallada, como no podía ser de otra forma, es la que afecta al ejercicio de las funciones fiscalizadora y jurisdiccional.

V. Respecto de la primera, la Ley establece su extensión y los instrumentos en que se materializa, erigiendo la Memoria o Informe anual, que el Tribunal debe rendir a las Cortes Generales en cumplimiento de

lo establecido en el artículo 136.2 de la Constitución y 13 de su ley Orgánica, en verdadero eje de su función de control de la actividad económico-financiera del sector público, sin perjuicio de las Memorias extraordinarias y de las Mociones y Notas que sea procedente elevar a las propias Cortes. Asegura, por otra parte, la indispensable coordinación del Tribunal con los órganos de control interno de las Entidades del sector público y con los de control externo que puedan existir en las Comunidades Autónomas, haciendo innecesaria la creación de Secciones Territoriales que, lejos de conducir a una fiscalización eficaz, supondría, en la mayor parte de los casos, una concurrencia de competencias y una antieconómica duplicación de esfuerzos en materia de control. Por lo demás, la Ley regula, con el necesario detalle, el contenido y publicidad de los resultados de la función fiscalizadora, los diferentes procedimientos en que ésta se articula y sus modos de terminación; ante la imposibilidad de atribuir naturaleza estrictamente jurisdiccional a la inicialmente prevista fase instructora de los procedimientos para la exigencia de responsabilidades contables, conforme fue puesto de relieve en el antecitado informe del Consejo General del Poder Judicial, se contemplan también las actuaciones previas a la iniciación de la vía jurisdiccional, de tal manera que puedan servir de necesario soporte de la misma, tal y como sucede con el expediente administrativo respecto del proceso contencioso-administrativo, según la ley Reguladora de dicha Jurisdicción.

VI. En lo que se refiere a la función jurisdiccional, la Ley, al tratar de la naturaleza, extensión y límites de la jurisdicción contable, la contempla como una auténtica jurisdicción, que goza del necesario respaldo constitucional, pero que, en orden a su contenido y de acuerdo con el criterio manifestado por el Consejo General del Poder Judicial en su mencionado informe, ha de ser interpretada restrictivamente y dentro de los justos límites para poder hacerla compatible con la unidad y exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción que reconoce a la ordinaria, conforme antes se destacó, el artículo 117 de la Constitución. Por ello, le atribuye, como objeto, el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad que se deduzcan contra quienes, teniendo a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos e interviniendo dolo, culpa o negligencia graves —exigencia ésta derivada de la enunciación del principio por el artículo 140 de la Ley General Presupuestaria— originan menoscabo en los mismos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicable a las Entidades del sector público o a las personas o

Entidades beneficiarias o perceptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas provenientes de dicho sector. Y es que si la responsabilidad es contable, además de deber lucir de las cuentas que deban rendir todos cuantos manejen caudales o efectos públicos, como se desprende claramente del contenido del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/1982, debe también significar la infracción de preceptos reguladores de la contabilidad a que están, en términos generales, sometidas las Entidades del sector público o quienes manejan caudales o efectos que merezcan la misma conceptualización.

VII. Dentro del capítulo dedicado a delimitar la extensión de la jurisdicción contable y después de reconocer a sus órganos, en los mismos términos prevenidos para la jurisdicción contencioso-administrativa, la facultad de apreciar, incluso de oficio, su falta de jurisdicción o competencia, regula la Ley los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones del Tribunal de Cuentas reproduciendo el contenido de la Ley Orgánica 2/1982 y remitiendo, respecto de los conflictos que se susciten entre los órganos de la jurisdicción contable y la Administración o las restantes jurisdicciones, a lo dispuesto en la ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales.

VIII. Se refiere la Ley a continuación a los órganos de la jurisdicción contable —reducidos a los Consejeros y Salas del Tribunal de Cuentas— y sus atribuciones, a los presupuestos procesales —con regulación detallada de las condiciones y circunstancias de ejercicio de la acción pública del artículo 47.3 de la Ley Orgánica—, pretensiones de las partes, régimen de cuantías y procedimientos judiciales, haciendo las oportunas remisiones a los procesos contencioso-administrativo y civil correspondientes, en evitación de innecesarias repeticiones normativas. Distingue la Ley, en punto a estos procedimientos judiciales, entre los supuestos de responsabilidad contable distintos del alcance de caudales y efectos públicos y aquellos otros que únicamente pretenden dilucidar pretensiones fundadas en este concreto caso. La razón de la separación es clara: mientras que el alcance supone la existencia de un saldo negativo e injustificado de una cuenta, fácilmente constatable en un mero examen y comprobación de la misma y que, por esa razón, puede sin dificultad discurrir por los cauces del juicio declarativo que corresponda a su cuantía, los demás supuestos de responsabilidad implican, las más veces, un complejo proceso de fiscalización y constatación de datos —menoscabo en caudales y efectos públicos, infracción de precepto legal regulador del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable, relación de causa a efecto, etcétera—, que

sólo a través de un proceso declarativo, como el ordinario contencioso-administrativo, pueden ser clarificados con las adecuadas garantías.

IX. Con separación de los dos clásicos procedimientos jurisdiccionales, y por tener una naturaleza diferente y más bien asimilable a la de los expedientes de jurisdicción voluntaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula la Ley de Funcionamiento los expedientes de cancelación de fianzas. En ellos no se ejercitan pretensiones de responsabilidad contable y su única finalidad es, precisamente, constatar la inexistencia de ésta para, si así ocurre, proceder a su cancelación y devolución.

X. Termina la Ley el título dedicado a la jurisdicción contable y sus procedimientos con la regulación de los modos de terminación de los procedimientos jurisdiccionales, régimen de recursos contra las diversas resoluciones, incluidos los de casación y revisión a que hace méritos el artículo 49 de la Ley Orgánica que se desarrolla, y ejecución de sentencias.

XII. Las disposiciones adicionales se refieren, en primer lugar, al régimen de los actos no adoptados en el ejercicio de las funciones fiscalizadora y jurisdiccional, que se somete a las prescripciones de la Ley de Procedimiento Administrativo; en segundo lugar, a la obligada nueva redacción de los artículos 143 y 144.1 de la Ley General Presupuestaria, prescripción de responsabilidades contables, creación de los dos Cuerpos anteriormente mencionados e integración en ellos de los funcionarios del actual de Censores Letrados y Contables del Tribunal de Cuentas, situación de los funcionarios incorporados al Tribunal en virtud de las Leyes de Presupuestos para los ejercicios de 1983 y 1984, confección de las relaciones de puestos de trabajo y adscripción del personal a los mismos.

XIII. Por último, las disposiciones transitorias y las disposiciones finales abordan la aplicación de las nuevas normas procedimentales al régimen de recursos, a los modos de terminación de los procedimientos jurisdiccionales y a aquéllos que hayan alcanzado determinado estado en la tramitación. Se clarifica también, con el mismo carácter transitorio, lo que se entiende por Empresa pública a los efectos de delimitar el ámbito de la función fiscalizadora; se regulan, provisionalmente, los recursos de casación y revisión y las repercusiones que la nueva normativa pueda representar para el personal actualmente al servicio del Tribunal, y los temas propios de la extinción del derecho precedente y el desarrollo reglamentario de la Ley, cuya iniciativa se deja al propio

Tribunal, con conocimiento ulterior de la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas.

TÍTULO PRIMERO

Del ámbito de aplicación de la Ley

CAPÍTULO ÚNICO

DEL OBJETO DE LA LEY

Artículo 1

De acuerdo con lo preceptuado en la Ley 2/1982, Orgánica del Tribunal de Cuentas, la presente Ley tiene como objeto:

a) La ordenación del funcionamiento del Tribunal de Cuentas y de las atribuciones de sus órganos, así como del estatuto de sus miembros.

También es novedosa la regulación contenida en los artículos 81 a 87, que establecen:

Artículo 81

1. El conocimiento del recurso de casación en materia de responsabilidad contable corresponde exclusivamente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

2. Son susceptibles de recurso de casación:

1.º Las sentencias definitivas pronunciadas por las Salas del Tribunal en apelación o en única instancia cuando la cuantía del procedimiento exceda de 3.000.000 de pesetas.

Esta cuantía se entenderá, en su caso, elevada o disminuida, sin necesidad de precepto legal que así lo exprese, en la medida en que lo sea para el recurso de casación en el proceso civil.

2.º Los autos dictados por las Salas del Tribunal de Cuentas, en asuntos de que conozcan en única instancia por virtud de los cuales no se dé lugar a la incoación del procedimiento jurisdiccional correspondiente.

3.º Los autos dictados por las mismas Salas en apelación, confirmatorios de los pronunciados en primera instancia por los Consejeros de Cuentas, no dando lugar a la incoación del procedimiento jurisdiccional que corresponda.

3. El recurso de casación podrá interponerse por el Ministerio Fiscal, o por quienes, siendo actores o figurando como demandados en el procedimiento jurisdiccional de que traigan causa puedan resultar perjudicados por la sentencia o resolución recurrida, siempre que no hubieren consentido otra previamente recaída sobre igual objeto y en el mismo proceso.

Artículo 82

1. El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los motivos siguientes:

1.º Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción contable.

2.º Incompetencia o inadecuación del procedimiento.

3.º Quebrantamiento de las normas esenciales del proceso o de los principios de audiencia y defensa, siempre que, en este último caso, se haya producido efectiva indefensión.

4.º Error evidente en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en el procedimiento que demuestren la equivocación del órgano del Tribunal sin resultar contradichos por otros elementos de prueba.

5.º Infracción de las normas de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las pretensiones de las partes.

2. La infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que producen indefensión requiere que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiere cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia, se reproduzcan en la segunda, con la salvedad en cuanto a las faltas cometidas en segunda instancia de que fuere ya imposible la reclamación.

Artículo 83

Habrá lugar al recurso de revisión contra las sentencias firmes en los casos siguientes:

1.º Si después de pronunciada la sentencia apareciesen documentos nuevos que resultaran decisivos para adoptar los pronunciamientos de la sentencia.

2.º Cuando se descubra que en las cuentas que hayan sido objeto de la sentencia definitiva existieron errores trascendentales, omisiones de cargos importantes o cualquier otra anomalía de gran entidad.

3.º Si la sentencia hubiere recaído en virtud de documentos declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.

4.º Si la sentencia firme se hubiera ganado injustamente en virtud de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.

5.º Cuando la sentencia se funde en lo resuelto respecto a una cuestión prejudicial que posteriormente fuere contradicha por sentencia firme del orden jurisdiccional correspondiente.

6.º Si los órganos de la jurisdicción contable hubieren dictado resoluciones contrarias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad contable, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegue a pronunciamientos distintos.

Artículo 84

1. Los recursos de casación y revisión se prepararán, interpondrán, sustanciarán y decidirán de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo, sin que sea necesaria garantía de depósito alguno.

2. La interposición de los recursos de casación y de revisión no impedirá la ejecución de la sentencia impugnada, salvo que el recurrente prestase fianza o aval suficientes para garantizar el cumplimiento de la misma.

CAPÍTULO XII

DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

Artículo 85

1. Una vez firme la sentencia recaída en los procedimientos jurisdiccionales a que se refiere el presente título se procederá a su ejecución, de oficio o a instancia de parte, por el mismo órgano jurisdiccional que la hubiera dictado en primera instancia, en la forma establecida para el proceso civil.

2. Cuando no se haya podido obtener el total reintegro de las responsabilidades decretadas se practicarán cuantas diligencias se juzguen pertinentes en punto a la averiguación y descubrimiento de bienes de cualquier clase sobre los que puedan hacerse efectivas.

3. Si no dieran resultado las indicadas diligencias, se declarará la insolvencia de los responsables directos y se procederá contra los subsidiarios.

4. Las declaraciones de insolvencia de los responsables, tanto directos como subsidiarios, se entenderán hechas siempre con la cláusula de sin perjuicio, a fin de poder hacer efectivas las responsabilidades contables cuando vinieren a mejor fortuna.

Artículo 86

1. Todas las diligencias de ejecución se tramitarán en pieza separada, abierta una por cada responsable así declarado en la sentencia.

2. Cuando la sentencia no hubiere determinado el importe de los daños y perjuicios en que se cifren las responsabilidades contables, se procederá a su liquidación por el órgano del Tribunal que conociere de la ejecución en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 87

Sin perjuicio de las diligencias a que se refieren los artículos anteriores, firme que sea la sentencia, se procederá a la tasación de las costas por los trámites establecidos para el proceso civil.

También transcribimos las disposiciones transitorias primera, segundo párrafo, y tercera.

2. Los procedimientos jurisdiccionales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán, asimismo, sustanciándose de conformidad con las disposiciones en tal momento vigentes. Esto no obstante, serán de aplicación directa a partir de su vigencia los preceptos relativos a los modos de terminación de los procedimientos jurisdiccionales y al régimen de recursos si fuere más favorable que el establecido en la legislación anterior.

3. Los procedimientos jurisdiccionales de alcance y reintegro que no hubieren sobrepasado el trámite de liquidación definitiva continuarán sustanciándose con arreglo a las disposiciones de esta Ley, teniendo, a todos los efectos, las actuaciones realizadas hasta dicho trámite el carácter de previas a la exigencia de responsabilidades contables en vía jurisdiccional.

Tercera. — 1. Hasta tanto sea regulado el recurso de casación en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se observarán las disposi-

ciones siguientes acerca de su preparación, interposición, sustanciación y decisión:

a) El recurso de casación se preparará ante el órgano de la jurisdicción contable que hubiere dictado la sentencia recurrida mediante escrito presentado dentro de los diez días siguientes al de su notificación. En dicho escrito se hará constar la intención de interponer el recurso y se señalarán los motivos en que se funde y la concurrencia de los requisitos de admisibilidad. Si el órgano de la jurisdicción contable denegara tener por preparado el recurso podrá acudir en queja ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) Una vez el órgano de la jurisdicción contable tenga por preparado el recurso de casación, emplazará a las partes a fin de que, en el plazo de veinte días, comparezcan ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a la que remitirá, seguidamente, los autos originales, quedando testimonio de los mismos en el Tribunal de Cuentas a efectos de la ejecución de la sentencia.

c) De no comparecer el recurrente dentro del término del emplazamiento, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo declarará desierto el recurso y devolverá los autos al órgano de la jurisdicción contable de que procedan.

d) Comparecido el recurrente y transcurrido el término del emplazamiento, la Sala del Tribunal Supremo concederá a aquél el plazo de veinte días para que interponga el recurso de casación mediante escrito en el que se expondrán razonadamente los motivos en que se funde, sean o no coincidentes con los señalados en el escrito de preparación, con expresa indicación de las normas o jurisprudencia que se consideren infringidas.

e) Presentado el escrito de interposición, se dará traslado del mismo a las restantes partes comparecidas a fin de que, dentro del plazo de cinco días, puedan oponerse razonadamente a la admisión del recurso.

f) Si fuera admitido el recurso, la Sala dispondrá, a su prudente arbitrio, que se sustancie mediante la celebración de vista o la presentación de alegaciones escritas, poniendo de manifiesto las actuaciones a las partes para instrucción, en el primer caso, por término común de diez días y, en el segundo, para instrucción y presentación de las alegaciones, por término, también común, de veinte días.

g) La sentencia se dictará dentro del plazo de diez días, contados desde el siguiente a la celebración de la vista o al transcurso del térmi-

no de presentación de las alegaciones escritas, y decidirá definitivamente el proceso. Cuando casare la sentencia, resolverá sobre el fondo si pudiere hacerlo sin causar indefensión y tuviere suficientes elementos de juicio. En otro caso, devolverá los autos al órgano de la jurisdicción contable de que se trate para que, previos los trámites que procedan, dicte nueva sentencia con observancia de lo que se hubiere resuelto en casación.

2. El recurso de revisión contra sentencias firmes se sustanciará en la forma determinada en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo.

Cuarta. — Los funcionarios que, como consecuencia de la aplicación de esta Ley y de las disposiciones reglamentarias que la desarrollen, así como de su nueva adscripción a los diferentes destinos que comprenda la relación de puestos de trabajo, experimenten una disminución en el total de sus retribuciones anuales, con exclusión del actual concepto retributivo de dedicación exclusiva y de aquellos otros que dependan exclusivamente de las características de los puestos de trabajo o del nivel de rendimiento o de productividad, tendrán derecho a un complemento personal y transitorio por la diferencia, que será absorbido por cualquier futura mejora retributiva según los criterios que en su caso establezcan las sucesivas leyes de presupuestos, hasta conseguir la equiparación total a la cuantía de la retribución que le corresponda por razón del puesto de trabajo desempeñado.

También es relevante la disposición final primera:

1. Quedan derogadas la Ley de 3 de diciembre de 1953 sobre Organización, Funciones y Procedimientos del Tribunal de Cuentas del Reino, modificada por la 87/1961, de 23 de diciembre; el Reglamento del Tribunal de Cuentas de la República de 16 de julio de 1935, el Reglamento Orgánico del Tribunal Supremo de la Hacienda Pública de 3 de marzo de 1925, en la parte relativa al Tribunal de Cuentas y cuantas disposiciones se opongan a lo preceptuado en la presente.

2. Queda igualmente derogado el artículo 14 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, sobre procesos autonómicos.

11. Ley 8/1988

Comprende una Exposición de Motivos, cincuenta y tres artículos, dos disposiciones adicionales y tres finales.

Reproducimos los artículos 52 y 53.

Artículo 52. Contenido de las actas

1. En las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se reflejarán:

a) Los hechos constatados por el Inspector actuante, destacando los relevantes a efectos de la tipificación de la infracción y graduación de la sanción.

b) La infracción presuntamente cometida con expresión del precepto vulnerado.

c) La propuesta de sanción, su graduación y cuantificación.

2. Las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se extiendan con arreglo a los requisitos establecidos en el apartado anterior estarán dotadas de presunción de certeza respecto de los hechos reflejados en la misma que hayan sido constatados por el Inspector actuante, salvo prueba en contrario.

Artículo 53. Recursos

Contra las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores se podrán interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales que legalmente procedan.

(Respecto al desafortunado art. 52-2, que, a nuestro entender vulnera la presunción de inocencia, aplicable al caso —arg. STC 13/1982 de 2 de julio—, implicando una inversión de la carga de la prueba, que aquí correspondería a la Administración —art. 1.250 Cod. Civ.—, reputamos su redacción inconstitucional.)

12. Ley 9/1988

Consta de un corto preámbulo, doce artículos y una disposición adicional y otra final.

Transcribimos los dos primeros artículos.

Artículo 1

A los efectos jurisdiccionales militares el territorio español se divide en:

Territorio primero: Comprende las provincias de Madrid, Toledo, Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara, Segovia, Avila, Cáceres, Badajoz, Castellón, Valencia, Alicante, Murcia, Albacete e Islas Baleares.

Territorio segundo: Comprende las provincias de Sevilla, Córdoba, Cádiz, Huelva, Jaén, Granada, Málaga y Almería, así como Ceuta y Melilla.

Territorio tercero: Comprende las provincias de Barcelona, Tarragona, Lérida, Gerona, Zaragoza, Huesca y Teruel.

Territorio cuarto: Comprende las provincias de La Coruña, Lugo, Orense, Pontevedra, Asturias, León, Zamora, Salamanca, Valladolid, Palencia, Cantabria, Burgos, Soria, La Rioja, Navarra, Guipúzcoa, Vizcaya y Alava.

Territorio quinto: Comprende las provincias de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas.

Artículo 2

En cada uno de los territorios descritos en el artículo anterior existirá un Tribunal Militar Territorial, cuya sede será la siguiente:

- Tribunal Militar Territorial Primero, Madrid.
- Tribunal Militar Territorial Segundo, Sevilla.
- Tribunal Militar Territorial Tercero, Barcelona.
- Tribunal Militar Territorial Cuarto, La Coruña.
- Tribunal Militar Territorial Quinto, Santa Cruz de Tenerife.

El Tribunal Militar Territorial Primero se compondrá de dos Secciones, ambas con sede en Madrid, y los demás Tribunales Militares Territoriales de una Sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

La disposición adicional establece:

1. La normativa procesal penal por la que se regirá la Jurisdicción Militar a partir del primero de mayo de 1988 será el Tratado Tercero, Procedimientos Militares, del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, acomodado a la estructura, terminología y atribuciones de los órganos que determina la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la

Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y con las modificaciones, sustituciones y supresiones que se señalan en esta Disposición Adicional.

2. Las referencias a la autoridad judicial militar, al auditor, o a la autoridad judicial con su auditor de dicho Tratado, se entenderán hechas al Tribunal Militar correspondiente.

3. Los siguientes artículos del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar quedarán redactados como sigue:

Artículo 730. El Fiscal, una vez formulado el precedente escrito, que unirá al procedimiento, remitirá éste al Instructor.

El Instructor requerirá al procesado para que nombre defensor, si no lo hubiere designado en el sumario. Si se negase a designarlo o transcurrieren cinco días sin hacerlo, se le nombrará de oficio.

Artículo 797. La sentencia que el Tribunal Militar pronuncie se notificará, por el Secretario Relator, a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación, que deberá prepararse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación.

Transcurridos cinco días sin que ningún legitimado haya preparado recurso de casación, el Tribunal declarará, por auto, firme la sentencia.

Artículo 1.062 Cuando la responsabilidad civil de que se trate sea la subsidiaria del Estado derivada del artículo 48 del Código Penal Militar, firme la sentencia o el acuerdo del Tribunal que declare procedente exigirla, ordenará éste que se tramite pieza separada, que encabezará con testimonio de particulares, entre los que ha de figurar siempre la resolución del procedimiento. Una vez completa la instrucción, se elevará lo actuado al Ministerio de Defensa para su ejecución.

4. Quedarán sin contenido los siguientes artículos del Código de Justicia Militar: 470, 512, 514, 525, 527, 725, párrafo primero, 731, 763, 764, 765, 798 a 807, 825 a 860, 911, 954 a 975, 977, 978, 980 a 985, 1.025 a 1.046, 1.063 a 1.071.

5. Los expedientes judiciales por faltas graves comprendidas en los artículos 431, 432 y 433 del Código de Justicia Militar, que no se hallen concluidos el primero de mayo de 1988, serán resueltos por la Autoridad sancionadora a que se refiere el número 3 del artículo 19 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

6. Se regirán por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

a) Las cuestiones de competencia entre órganos judiciales militares. A estos efectos serán superiores jerárquicos para resolver dichas cuestiones los Tribunales Militares Territoriales respecto de los Jueces

Togados Militares de su territorio y la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central en los demás casos.

b) Las causas de abstención y recusación.

c) Los recursos de revisión y casación.

El procedimiento ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal será norma supletoria del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar.

7. En el procedimiento contencioso disciplinario militar será norma procesal la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, con las salvedades orgánicas propias de la Jurisdicción Militar.

13. ORDEN DE 27 DE ABRIL DE 1988

De interés relativo es el apartado 2-c) de esta disposición, que señala que corresponde a los Gerentes provinciales en su ámbito territorial respectivo:

Recibir información de los órganos jurisdiccionales de la provincia, así como recabar datos de los mismos, a través de los Secretarios, sobre necesidades de medios materiales y conservación de inmuebles.

14. LEY ORGÁNICA 3/1988

Consta de un solo artículo, que reforma o introduce los artículos 10 n.º 15, 57 bis a), 57 bis b), 98 bis, 174, 174 bis a), 174 bis b), y 233 del Código Penal y una disposición final (en virtud de ésta se deroga la Ley orgánica 9/1984 de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55-2 de la Constitución).

Reproducimos los siguientes artículos:

Artículo 10, número 15

Se introduce como penúltimo párrafo el siguiente:

La condena de un Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Tribunales españoles siempre que hubiere sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

Artículo 57 bis, a)

Las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes se impondrán en su grado máximo salvo que tal circunstancia estuviese ya prevista como elemento constitutivo del tipo penal.

Artículo 57 bis, b)

1. En los delitos a que se refiere el artículo 57 bis, a), serán circunstancias cualificadas para la graduación individual de las penas:

a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior, el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito, sin tener en cuenta para ello la elevación de pena establecida en el artículo anterior. Asimismo, podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiera tenido una particular trascendencia para identificar a los delincuentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los artículos 418, 419 y 420, números 1.º y 2.º del Código Penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 57 bis a).

Artículo 98 bis

Los condenados por los delitos a que se refiere el artículo 57 bis a) podrán obtener la libertad condicional si concurre alguna de las circunstancias de los apartados 1, b), o 2 del artículo 57 bis, b), y hubiesen cumplido al menos un tercio de la pena impuesta.

El artículo 57 bis, b), delimita la figura del terrorista arrepentido, o del colaborador de la justicia, *pentiti* del Derecho italiano; *cooperating witness* del Derecho norteamericano; *supergrass* o *conver-*

ted terrorist, en Gran Bretaña; *State o immunized witness*, también en EE.UU., etc.

Nos encontramos con el fenómeno más amplio de la colaboración procesal que se manifiesta en tres modelos típicos: el premial, el negocial (*pleabargaining*, *patteggiamento*, el *statutory immunity*); aquí nos hallaríamos en el supuesto del proceso penal premial. Para todas estas cuestiones, *vid.*, más ampliamente, Lozano-Higuero: «Notas sobre la participación procesal y su proyección en las formas alternativas de justicia», en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, n.º 0, pp. 52-56.

15. LEY ORGÁNICA 4/1988

Consta de dos artículos, una disposición adicional y una transitoria. A continuación reproducimos este importante texto:

Artículo primero

Se introducen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal los siguientes preceptos:

Artículo 348 bis

Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión.

Artículo 504 bis

Cuando, en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se hubiere acordado la libertad de presos o detenidos por los delitos a que se refiere el artículo 384 bis, la excarcelación se suspenderá por un período máximo de un mes, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal. Dicha suspensión no se aplicará cuando se hayan agotado en su totalidad los plazos previstos en el artículo 504, y las correspondientes prórrogas, en su caso, para la duración de la situación de prisión provisional.

Artículo 520 bis

1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del

Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.

Artículo 553

Los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder, de propia autoridad, a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que con ocasión de aquélla se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos o instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.

Artículo 779

Se añade un párrafo tercero del siguiente tenor:

Tercero. — Los delitos a que se refiere el artículo 384 bis.

Artículo segundo

El artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedará redactado en los términos que a continuación se expresan:

Artículo 579

1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministerio del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

DISPOSICIÓN ADICIONAL

Las referencias a la norma de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución se entenderán hechas a esta Ley Orgánica.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores.

La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial.

16. LEY ORGÁNICA 6/1988

Comprende dos artículos, una disposición transitoria y una final. Seguidamente los reproducimos:

Artículo primero

El artículo 50 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 50. 1. La Sección, por unanimidad de sus miembros, podrá acordar mediante providencia la inadmisión del recurso cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Que la demanda incumpla de manera manifiesta e insubsanable alguno de los requisitos contenidos en los artículos 41 a 46 o concurra en la misma el caso al que se refiere el artículo 4.2.

b) Que la demanda se deduzca respecto de derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional.

c) Que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional.

d) Que el Tribunal Constitucional hubiere ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual, señalando expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias.

2. La providencia a que se refiere el apartado anterior, que indicará el supuesto en el que se encuentra el recurso, se notificará al deman-

dante y al Ministerio Fiscal. Contra dicha providencia solamente podrá recurrir el Ministerio Fiscal, en súplica, en el plazo de tres días. El recurso se resolverá mediante auto.

3. Cuando en los supuestos a que alude el apartado primero no hubiere unanimidad, la Sección, previa audiencia del solicitante de amparo y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no excederá de diez días, podrá acordar mediante auto la inadmisión del recurso.

4. Contra los autos a los que se refieren los apartados 2 y 3 anteriores no cabrá recurso alguno.

5. Cuando en la demanda de amparo concurran uno o varios defectos de naturaleza subsanable, la Sección procederá en la forma prevista en el artículo 85.2; de no producirse la subsanación dentro del plazo fijado en dicho precepto, la Sección acordará la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno.»

Artículo segundo

El artículo 86.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, queda redactado de la siguiente forma:

«1. La decisión del proceso constitucional se producirá en forma de sentencia. Sin embargo, las decisiones de inadmisión inicial, desistimiento y caducidad adoptarán la forma de auto salvo que la presente Ley disponga expresamente otra forma. Las otras resoluciones adoptarán la forma de auto si son motivadas o de providencia si no lo son, según la índole de su contenido.»

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Lo dispuesto en la presente Ley Orgánica será de aplicación a las demandas de amparo que se encuentren pendientes de admisión a la fecha de su entrada en vigor.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

17. REAL DECRETO 607/1988

Consta de 9 artículos, una disposición adicional y una final, y por ella se crean plazas de Magistrados, Secciones de diversas Audiencias Provinciales (Barcelona, Bilbao, La Coruña, Madrid y Oviedo), Magistraturas de Trabajo, Juzgados de Primera Instancia, Instrucción y Distrito.

18. LEY 19/1988

Se compone de un Preámbulo dividido en cinco apartados, veintidós artículos, cuatro disposiciones adicionales, cinco transitorias, cinco finales y una derogatoria.

Como pertinentes procesalmente señalamos las siguientes:

DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA

La referencia a los dos interventores peritos mercantiles o prácticos, contenida en el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, se entenderá hecha a auditores de cuentas.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA

No obstante lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta, los peritos mercantiles o prácticos que en el momento de la entrada en vigor de esta Ley puedan acreditar mediante certificación expedida por las Secretarías de las Audiencias territoriales respectivas su función como interventores judiciales durante un período no inferior a cinco años, podrán continuar actuando en tal condición, hasta que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, según lo establecido en el número 3 de la Disposición Transitoria Primera, resuelva sobre su Inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas.

DISPOSICIÓN FINAL QUINTA

La presente ley entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»; no obstante, la Disposición Adicional

Primera solamente será de aplicación a los ejercicios económicos que se iniciaren a partir de la expresada fecha.

19. LEY 20/1988, DE 14 DE JULIO

Comprende un Preámbulo, un único artículo, una disposición transitoria y una final.

Como señala el primer párrafo del Preámbulo, trata principalmente de otorgar competencia al orden jurisdiccional social en las reclamaciones dirigidas contra el Fondo de Garantía Salarial, que vienen siendo sustanciadas actualmente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Reproducimos, seguidamente, el texto de la Ley.

Artículo único

Se modifican los siguientes artículos del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral del 13 de junio de 1980, que quedarán redactados como a continuación se indica:

Artículo 1, apartado 2.

a) Las reclamaciones contra el Estado, cuando éste pueda ser responsable de salarios de tramitación en proceso por despidos o extinción de contratos por causas objetivas, declarados improcedentes.

b) Las que se deriven por las responsabilidades previstas en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores contra el Fondo de Garantía Salarial.

Artículo 49, párrafo segundo.

En las demandas dirigidas contra el Fondo de Garantía Salarial en base al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, no será necesaria la reclamación previa en vía administrativa ante dicho Fondo.

Artículo 86 bis.

En los procedimientos seguidos contra el Fondo de Garantía Salarial al amparo del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, las afirmaciones de hecho contenidas en el expediente y en las que se haya basado la resolución del mismo se considerarán ciertas salvo prueba en contrario.

Artículo 98.

Se suprimen el apartado c) y el último párrafo de este artículo.

Artículo 204.

1. Si no se encontrasen bienes del ejecutado en los que hacer traba de embargo o éstos fueran insuficientes, se practicarán las necesarias averiguaciones en la Alcaldía, Registro de la Propiedad o Delegación de Hacienda, previa declaración de tres testigos solventes y citación al Fondo de Garantía Salarial si no hubiera comparecido con anterioridad, sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones señaladas en el Estatuto de los Trabajadores, pudiendo el Fondo en el plazo máximo de quince días instar la práctica de las diligencias que a su derecho convengan.

El Magistrado, en el plazo máximo de treinta días, contados a partir de la práctica de las diligencias instadas por el Fondo de Garantía Salarial, dictará Auto declarando, cuando proceda, la insolvencia total o parcial del ejecutado, fijando en este caso el valor pericial dado a los bienes embargados. La insolvencia siempre se entenderá a todos los efectos como provisional hasta que se conozcan bienes al ejecutado o se realicen los bienes embargados.

2. Cuando los bienes señalados por el ejecutante para hacer traba y embargo se encuentren afectos al proceso productivo de la empresa deudora y ésta continúe su actividad, el Fondo de Garantía Salarial podrá solicitar la suspensión del procedimiento ejecutivo, por el plazo de treinta días, a fin de valorar la imposibilidad de satisfacción de los créditos laborales, así como los efectos de la enajenación en subasta judicial de los bienes embargados sobre la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora. Constatada por el Fondo de Garantía Salarial la imposibilidad de satisfacer los créditos laborales por determinar ello la extinción de las relaciones laborales subsistentes, lo pondrá de manifiesto motivadamente ante la Magistratura de Trabajo solicitando la declaración de insolvencia a los solos efectos de reconocimiento de prestaciones de garantía salarial.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Los procedimientos actualmente en trámite ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, salvo aquellos que estuviesen señalados para deliberación y fallo, serán resueltos por el Órgano de la Jurisdicción Laboral que resulte competente, al que se remitirán de oficio las actuaciones en el estado en que se encuentren.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

20. LEY 21/1988, DE 19 DE JULIO

Es ésta una Ley que reproducimos íntegramente, con su correspondiente Preámbulo, por su importancia, y que se mueve en dirección semejante a la reseñada más arriba (6/1988, de 9 de junio), que modifica los artículos 50 y 86 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en un sentido de drenaje de asuntos, aquí en el Tribunal Supremo, estableciendo mayores filtros de admisibilidad. Este es el texto de la Ley:

El notable incremento de la litigiosidad que se ha producido después de la vigencia de la Constitución es especialmente manifiesto en la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El reconocimiento constitucional de la tutela judicial efectiva y de la presunción de inocencia han generado un elevado número de recursos de casación que el Alto Tribunal no puede, ni podría en ninguna circunstancia, resolver sin desvirtuar su importante función unificadora en la interpretación del ordenamiento jurídico, propia de los Tribunales de casación.

La preservación de la función del recurso de casación exige, pues, introducir en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal algunas reformas, la más relevante de las cuales es la que se refiere al régimen de admisión del recurso. El recurso de casación será inadmitido cuando manifiestamente carezca de fundamento o cuando el Tribunal Supremo se hubiera pronunciado de manera previa, para desestimarlos, sobre recursos iguales. Se evitará así al Alto Tribunal conocer de recursos que carecen de fundamento o que inciden en materias que hayan sido ya solventadas en un sentido uniforme, en perjuicio de su función.

Importa destacar que ello no redundará en disminución de las garantías del justiciable porque la inadmisión debe ser acordada por unanimidad. Basta, pues, que un Magistrado considere que el recurso no está en ninguno de los casos citados para que sea admitido.

Este mecanismo supondrá, sin menoscabo de los derechos de los recurrentes, una agilización de la labor que realiza la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y, por consiguiente, un reforzamiento de la tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas.

Al objeto de facilitar a la Sala el cumplimiento de su tarea, se operan otras modificaciones. En primer lugar, y a la vista de la sentencia 37/1988 del Tribunal Constitucional, se modifica el artículo 876 al objeto de evitar que la eventual negativa del Letrado designado de oficio a interponer el recurso redunde en lesión del derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva en cuanto el derecho a recurrir forma parte, cuando el recurso está previsto en la Ley, del contenido de aquélla. En segundo lugar, se establece la composición normal de la Sala con tres Magistrados, aun cuando se mantiene el número de cinco en los supuestos en que la duración de la pena impuesta o que pudiera imponerse sea superior a doce años. De otro lado, y en atención al elevado número de asuntos en los que la vista oral del recurso resulta innecesaria, se exige, en términos generales, la expresa solicitud de las partes y una pena mínima de duración superior a seis años para que la vista tenga lugar. No obstante, se exceptúan de esta regla general determinados recursos cuyas específicas características hacen aconsejable la publicidad y aquellos otros supuestos en los que el propio Tribunal la considere oportuna.

Artículo único

Los siguientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se monifican en los términos que se expresan a continuación:

Artículo 855.

Los párrafos segundo y tercero quedan redactados del siguiente modo:

«Cuando el recurrente se proponga fundar el recurso en el número 2.º del artículo 849, deberá designar, sin razonamiento alguno, los particulares del documento que muestren el error en la apreciación de la prueba.

Si se propusiere utilizar el de quebrantamiento de forma, designará también, sin razonamiento alguno, la falta o faltas que se supongan cometidas, y, en su caso, la reclamación practicada para subsanarlas y su fecha.»

Artículo 876.

Los párrafos primero y segundo quedan redactados en los términos siguientes:

«En el caso previsto en el último párrafo del artículo 874, o cuando el Tribunal hubiere remitido de oficio el testimonio de la sentencia o

autos recurridos, mandará la Sala nombrar, dentro de tres días, Procurador y Abogado de oficio, y se entregará al Procurador el testimonio de la resolución y los antecedentes a que se refiere el párrafo tercero del artículo 861, a fin de que el Abogado interponga el recurso dentro de quince días precisos o exprese en igual término su opinión contraria a la procedencia del recurso.

Si el Letrado designado no estimare procedente el recurso, se nombrará un segundo Letrado, y si tampoco encontrara motivo de casación que alegar, expresará dicha negativa y se pasarán los antecedentes al Fiscal, a fin de que funde el recurso en beneficio del que lo hubiese interpuesto, si lo creyere procedente, o, de lo contrario, los devuelva en unión de escrito sucintamente razonado. Si el Fiscal hiciere lo primero, se sustanciará el recurso en la forma ordinaria; si lo segundo, la Sala lo comunicará al recurrente a fin de que, si lo estima oportuno, designe Abogado e interponga el recurso dentro del plazo de quince días. Si no lo hiciere, se tendrá por desestimado.»

Artículo 882 bis.

Queda redactado del siguiente modo:

«En su escrito de interposición, el recurrente podrá solicitar la celebración de vista; la misma solicitud podrán hacer las demás partes al instruirse del recurso.»

Artículo 884, 6.º

Queda redactado del siguiente modo:

«En el caso del número 2.º del artículo 849, cuando el documento o documentos no hubieran figurado en el proceso o no se designen concretamente las declaraciones de aquellos que se opondan a las de la resolución recurrida.»

Artículo 885.

Queda redactado del siguiente modo:

«Podrá, igualmente, inadmitirse el recurso:

- 1.º Cuando carezca manifiestamente de fundamento.
- 2.º Cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.

La inadmisión de recurso podrá afectar a todos los motivos aducidos o referirse solamente a algunos de ellos.»

Artículo 893 bis, a).

Queda redactado del siguiente modo:

«La Sala podrá decidir el fondo del recurso, sin celebración de vista, señalando días para fallo, salvo cuando las partes solicitaran la celebración de aquélla y la duración de la pena impuesta o que pueda imponerse fuese superior a seis años o cuando el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, estime necesaria la vista.

El Tribunal acordará en todo caso la vista cuando las circunstancias concurrentes o la trascendencia del asunto hagan aconsejable la publicidad de los debates o cuando, cualquiera que sea la pena, se trate de delitos comprendidos en los títulos I, II, IV o VII del libro II del Código Penal.»

Artículo 890.

Queda redactado del siguiente modo:

«Constituirán la Sala tres Magistrados, salvo cuando la duración de la pena impuesta o la que pudiere imponerse, caso de que prosperasen los motivos articulados por las partes acusadoras, sea superior a doce años, en cuyo caso se formará por cinco.»

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Las previsiones de esta Ley se aplicarán en todos los casos en los que no se hubiera resuelto el trámite procesal a que la reforma se refiere, con las siguientes precisiones:

1.ª Lo previsto en el artículo 885 se aplicará en todos los recursos respecto de los que, a la entrada en vigor de esta Ley, el Tribunal no hubiese acordado aún su admisión o inadmisión.

2.ª El artículo 898 se aplicará en todos los recursos en tramitación que estuvieran pendientes de señalamiento de vista, debilidad o votación.

3.ª El artículo 893 bis, a), se aplicará a los recursos en que, a la entrada en vigor de esta Ley, no hubiese recaído decisión del Tribunal sobre la celebración de vista.

4.ª En los recursos que, a la entrada en vigor de esta Ley, estuvieran en tramitación y a los que el Tribunal decidiera aplicar lo previsto en los artículos 885 y 893 bis, a), se dará traslado a las partes por plazo común de cinco días para que expongan a la Sala lo que a su derecho convenga, tras lo cual la Sala resolverá lo que proceda.

21. LEY 22/1988, DE 28 DE JULIO

Abarca una Exposición de Motivos, dividida en cinco amplios apartados, ciento nueve artículos, nueve disposiciones transitorias, ocho disposiciones adicionales, una derogatoria y tres finales.

De este complejo normativo nos interesan procesalmente los que a continuación reproducimos:

Artículo 94

1. Toda acción u omisión que sea constitutiva de infracción será sancionada con la multa que proceda según los artículos 97 y 98.

2. Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte la mayor sanción. No obstante, los titulares de concesiones otorgadas con arreglo a la presente Ley podrán ser siempre sancionados por las infracciones que en ella se establecen, con independencia de otras responsabilidades que, en su caso, sean exigibles.

3. Cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa.

4. En caso de reincidencia en infracciones graves se podrá declarar la inhabilitación para ser titular de autorizaciones y concesiones por un plazo de uno a tres años.

VESCOVI, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, 552 páginas.

Es objetivo primordial de la presente obra, elaborada por el eminente procesalista iberoamericano Dr. Vescovi, construir una teoría general de los medios de impugnación que posibilite la unificación de criterios en el ámbito del Derecho iberoamericano. Subyacen en este extenso volumen, aparte de las consideraciones técnicas de carácter procesal en cuanto al estudio y análisis de los diferentes tipos de recursos, un entramado de motivaciones de índole socio-política, cuales sean la necesidad de integración jurídica como posible vía para el progreso de los países iberoamericanos en vías de desarrollo y también la actuación mediante un sistema común que asegure las principales garantías de los derechos humanos vigentes en cada uno de esos países. Estas motivaciones han sido efectivamente recogidas en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, actuando, primero, mediante la elaboración de Bases, y luego con propuestas y anteproyectos de Códigos Modelos de Derecho Procesal Civil y Penal.

El análisis conjunto de los medios impugnativos realizado por el Dr. Vescovi viene a demostrar que las diferencias existentes no son de fondo sino que a veces sólo son producto de diversidad semántica. En todo caso, cabe destacar la importancia que tendría la actuación práctica de la unificación de medios impugnativos respecto del aprovechamiento de una doctrina y jurisprudencia comunes.

Son analizados los recursos ordinarios (aclaración, ampliación, revocatoria, reconsideración), especialmente el de apelación. También el de queja, tanto por denegación de apelación o de hecho como por denegación o retardo de Justicia, y el de innovación o atentado. Dentro de los recursos extraordinarios merece especial atención el recurso de casación, que es analizado, además, con las particularidades que presenta en la República Argentina.

Otros temas relevantes estudiados son la rescisión o pretensión de audiencia del declarado rebelde, el proceso de inconstitucionalidad de la Ley y la protección internacional de los Derechos Humanos, con especial refe-

rencia a la impugnación ante los Tribunales internacionales. Es analizado también el Pacto de Costa Rica y el Derecho comunitario americano.

En definitiva, una obra interesante tanto desde el punto de vista jurídico, por el análisis pormenorizado de todos los medios de impugnación, como por el intento que supone de reconstruir una teoría general de los medios de impugnación que sirva para la unificación del Derecho iberoamericano.

J. S.

CATELANI, Giulio, y STRIANI, Daniele, *L'Estradizione*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, 160 páginas.

Dentro de la presente monografía dedicada a la extradición, destacamos, por una parte, el comentario y análisis de los más recientes Tratados de extradición celebrados por Italia, y, por otra, el estudio de los Convenios multilaterales sobre la materia.

Así, los autores analizan el contenido de los Tratados de extradición celebrados entre Italia y Estados Unidos, Canadá, Australia, Gran Bretaña y Checoslovaquia. Con Estados Unidos y Canadá los Tratados entraron en vigor el 24 de septiembre de 1984 y el 27 de junio de 1985, respectivamente. Destacamos, por la innovación que comporta, del Tratado con Estados Unidos, la adopción del sistema cuantitativo (o eliminativo) en sustitución del cualitativo (o enumerativo), respecto de los delitos que dan lugar a la extradición; esta importante modificación se traduce en la sustitución de la típica lista de delitos susceptibles de extradición por la indicación de la cuantía de la pena atribuida al tipo delictivo. Respecto a la jurisdicción, se admite la posibilidad de la extradición por delitos cometidos fuera del territorio del Estado reclamante cuando la ley de la parte reclamada prevé su punibilidad, pudiendo actuar la extradición cuando el buscado es ciudadano del Estado reclamante. Otros aspectos destacables aluden a la regulación de la detención provisional, recogiendo directamente la posibilidad de cooperación efectiva con la INTERPOL, la comunicación de la orden de extradición (siempre por vía diplomática e incorporando una copia de la decisión de la autoridad judicial), así como la posibilidad de denuncia del Tratado en cualquier momento, con efectos a los seis meses de la fecha del recibo de la comunicación escrita.

Con respecto a los Tratados firmados con los otros países reseñados, mencionamos como aspectos más destacables, en el caso de Canadá, el mantenimiento de la lista de delitos susceptibles de extradición, aunque introduciendo modificaciones en cuanto a los tipos delictivos respecto de Tratados precedentes entre ambos países, e incorporando nuevos supuestos, como los relativos a delitos relacionados con sustancias estupefacientes y psicotrópicas, productos nucleares, piratería aérea, marítima, etc.

Con Checoslovaquia destacamos la elaboración de un Convenio de Extradición y cooperación judicial en materia civil y penal, finalizado en Praga el 6 de diciembre de 1985, y aún pendiente de ratificación.

Respecto a los Convenios multilaterales en materia de extradición y terrorismo, los autores hacen especial mención al 2.º Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Extradición, adoptado en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978, ratificado por Italia, entrando en vigor el 23 de abril de 1985. Este Convenio Europeo de Extradición, adoptado en Estrasburgo el 17 de marzo marca, Islandia, Noruega, Países Bajos, España, Suecia y Suiza.

También cabe destacar el Convenio europeo para la represión del terrorismo y el Acuerdo relativo a la aplicación del referido Convenio en los Estados miembros de la Comunidad Europea (llamado el Pacto de Dublín), firmado el 4 de diciembre de 1979 en Dublín. Tal pacto no ha entrado aún en vigor ya que su artículo 6.2 exige el depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación y aprobación, por parte de todos los Estados miembros de la CEE, no habiéndose realizado esto hasta el momento.

Por último, se hace referencia a la ratificación por parte de Italia del Convenio Internacional de Nueva York sobre captura de rehenes, entrando en vigor el 1 de abril de 1986, destacando la introducción de un nuevo tipo delictivo (toma de rehenes).

En definitiva, una obra no extensa en cuanto a páginas pero sí muy concisa en el análisis de todos los últimos Tratados bilaterales y multilaterales celebrados en materia de extradición por Italia.

J. S.

IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Los derechos civiles de los extranjeros en España. El artículo 27 del Código Civil*, La Ley, Madrid, 1988, 152 páginas.

Constituye la presente obra un estudio centrado en la problemática que plantea el ejercicio de los derechos civiles en España por parte de aquellas personas que no son nacionales, problemática circunscrita al ámbito del artículo 27 del Código Civil, en donde se dice que los extranjeros gozarán en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las Leyes especiales y en los Tratados.

El autor conceptúa el referido artículo 27 del Código Civil como un tipo particular de la normas materiales especiales, partiendo de la diferenciación entre principios y normas, y entendiendo los principios como juicios de valor inspiradores de una normativa y, las normas, como medios para materializar, de modo explícito, en el Derecho positivo, los anteriores juicios de valor; así, encuadrado el artículo 27 del Cc como norma, se acepta que por su forma y estructura guarda similitud con las normas materiales especiales, siendo, por su contenido, una norma principal que positiviza en nuestro Ordenamiento Jurídico el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros respecto del goce de derechos civiles.

Dividida la obra en tres partes, destacamos de la parte primera los presupuestos históricos (especialmente importantes en esta materia), tanto a nivel comparado (así, el modelo francés, recogido en el artículo 11 de su Código Civil; el modelo italiano, influenciado por el sistema francés, in-

corporando de forma expresa el principio de igualdad en el artículo 16 del Título Preliminar del Código Civil de 1942), como a nivel de la evolución sufrida por el Derecho español de extranjería en el campo de los demás derechos civiles, desde la Novísima Recopilación, pasando por los diversos proyectos de Códigos Civiles de 1821, 1836, 1851, 1869, hasta la elaboración del artículo 27 en el texto de 1889 y su posterior reforma por la Ley de 15 de julio de 1954.

En la parte segunda se estudia el alcance de la norma, partiendo de la condición de extranjero, extensible, según el autor, tanto a personas físicas como jurídicas, y culminando en la igualdad como principio o norma del sistema español de Derecho internacional privado. El tercer apartado analiza las excepciones al principio general y régimen convencional. En el ámbito de la adquisición de bienes inmuebles por parte de extranjeros, cabe hacer mención al Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, y el Real Decreto 1.042/1985, de 29 de mayo, por el que se liberaliza el régimen de autorización de las inversiones extranjeras en España, significando ambas disposiciones una importante liberalización de las inversiones extranjeras, y por lo tanto afectando directamente a la adquisición de inmuebles en España por extranjeros.

En materia de arrendamientos urbanos rige un criterio de reciprocidad, siendo la causa de ello que en dicha legislación arrendataria se conceda a los inquilinos, arrendatarios y subarrendatarios una importante protección en detrimento de los arrendadores. Además, España es parte de numerosos tratados internacionales que garantizan un tratamiento en plano de igualdad con los nacionales o de sometimiento a la reciprocidad en materia de arrendamientos urbanos. Diferente tratamiento reciben los refugiados y apátridas respecto del goce de los derechos derivados de la LAU, aplicándoseles un trato más humanitario y acogedor que al resto de los extranjeros.

Por último, destacar el régimen convencional existente en materia de derechos civiles, tanto tratados consulares, de paz, de reconocimiento de independencia y de comercio y navegación.

J. S.

GERLACH, Johann W., Prof. Dr., *Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Bereicherung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1986 (tomo 86 de Schriften zum Prozessrecht), 80 páginas.

El autor, Catedrático de Derecho en la Universidad de Berlín y buen conocedor del Derecho español al que ha dedicado varios trabajos en revistas especializadas, se ocupa en este tomo de la relación entre ejecución forzosa injusta y enriquecimiento injusto. Una temática que sorprende, a primera vista, pero que puede dar lugar a una problemática puesta a debate entre el Derecho procesal y el Derecho material cuando, por ejemplo, la ejecución forzosa se ha llevado a cabo siendo inexistente el Derecho de

crédito, cuando la ejecución se ha realizado en el patrimonio de un tercero o en concurrencia con otros derechos. El enriquecimiento injusto que en tales casos se produce es una cuestión de Derecho material que viene a entrecruzarse con la problemática procesal de la ejecución, injusta en estos casos. Estos temas, ciertamente muy especializados, son tratados con gran brillantez, de forma clara y concisa.

U. V.

SCHWEITZER/HUMMER, *Derecho Europeo, El Derecho institucional de las tres Comunidades Europeas y el Derecho material de la Comunidad Económica Europea*, Distribuidor: Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987.

Como ya se anunció al comentar el original libro, escrito en alemán (*vid. Justicia 86, IV, p. 1078*), ahora ha aparecido ya en el mercado la versión castellana de esta excelente obra, traducida por D. José Teixeira Martínez, Licenciado en Derecho, Profesor de español en la Universidad de Passau y colaborador del Prof. Schweitzer. No hay que añadir nada a lo que se dijo en su momento respecto de los méritos del libro. Pero cabe resaltar un dato que distingue este libro de otros tratados sobre el Derecho de las Comunidades Europeas: se añaden en forma de Anexos dos capítulos que tratan, el primero, de la integración económica en América Latina y en el Caribe, y el segundo, de las relaciones entre América Latina y las Comunidades Europeas, tarea especialmente patrocinada por nuestro país en atención a los lazos históricos que nos unen con los países hispanoamericanos. Bajo la letra C se ha incorporado como tercer Anexo el texto del Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea en versión según el Acta de Adhesión de España y Portugal a las CCEE de 1985 (JOCE 1985, L 302/23).

U. V.

***Enforcement of money judgments abroad*, Matthew Bender, 1988. Un tomo con más de mil hojas recambiables que permiten sucesivas puestas al día. Dir. Philip R. WEEMS, colaboran más de cuarenta especialistas de los cinco continentes.**

La ejecución de sentencias extranjeras de condena al pago de dinero es un problema corriente en la actualidad, especialmente en el mundo de los contratos transnacionales.

El director de la presente obra, Philip R. Weems, apunta, con gran acierto, que los abogados que intervienen en procesos cuyas sentencias deban

ejecutarse en el extranjero, necesitan información actual y de primera mano para evitar los problemas que pueden surgir al intentar ejecutar las sentencias. De nada sirve obtener una sentencia positiva si carece de los requisitos necesarios para su ejecución en el extranjero.

En los últimos años algunas obras han intentado cubrir el vacío que existía en este campo. Sin embargo, son pocas y de carácter regional. El objetivo primordial de esta obra es cubrir esta laguna y presentar una obra que reúna una información actual sobre la ejecución de sentencias extranjeras de condena de cantidad de dinero en los principales países del mundo.

Cada uno de los 47 capítulos está dedicado a un país distinto. Se hace referencia al régimen que aplican cada uno de los países de la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico —excluida Yugoslavia—), de la CEE y otros muchos de América del Sur, Asia y Oriente próximo que tienen una especial importancia económica.

Los capítulos han sido redactados por abogados de los respectivos países a que se refiere la obra y refuerza el interés práctico de esta obra los utilísimos anexos que recogen las principales normas aplicables a la ejecución de sentencias extranjeras en los países a los que se refiere el libro.

En resumen, se puede decir de este libro que es de consulta ineludible para todo aquel que se tenga que enfrentar con los múltiples problemas que surgen al intentar ejecutar en un país sentencias de condena al pago de una cantidad de dinero que han sido dictadas en otro país distinto.

Adolf M. SEFFER

TERMINOS PERENTORIOS

1989 COLONIA DEL SACRAMENTO (URUGUAY) 19-22 ABRIL

V Jornadas nacionales de Derecho procesal

Organizadas por:

Instituto Uruguayo de Derecho Procesal
Colegio de Abogados del Uruguay
Colegio de Abogados de Colonia
Revista Uruguay de Derecho Procesal

TEMARIO

- | | |
|--|--|
| — Audiencia preliminar | Contenido y funciones. Conciliación. Saneamiento del proceso. |
| — Proceso penal por audiencias y sus problemas | Régimen del Código del Proceso penal uruguayo. |
| — Indagatoria preliminar judicial y administrativa en materia penal | |
| — Acción de amparo | |
| — Medios impugnativos en el proyecto del Código de procedimiento civil | Recurso de apelación (apelación con efecto diferido), de casación, de revisión, etc. |
| — Facultades del juez en el nuevo proceso | Proyecto del Código de Procedimiento General de la República Oriental del Uruguay. |

Información e Inscripciones:

Colegio de Abogados del Uruguay
Colonia 909 - Piso 4.º - Tel. 90 20 65
MONTEVIDEO (Uruguay)

XI JORNADAS IBERO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL

José Carlos BARBOSA MOREIRA

Organizadas pelo CEPAD (Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito), com a participação da AJES (Associação Jacarepaguá de Ensino Superior), realizaram-se no Rio de Janeiro, no Rio Palace Hotel, de 22 a 27 de maio de 1988, as XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, cuja Comissão Organizadora se compunha dos Professores José Carlos Barbosa Moreira (Coordenador-Geral), Ada Pellegrini Grinover e Sérgio Bermudes (pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual), Heloisa Helena Fabião e Onurb Couto Bruno (pelo CEPAD).

Com numerosa assistência, na qual se incluíram 43 membros titulares do Instituto, convidados especiais —entre eles o Professor Mauro Cappelletti, Presidente da Associação Internacional de Direito Processual—, professores magistrados, advogados e estudantes, cumpriu-se o programa previamente anunciada, cuja parte cultural assim se resume:

1. Sessão inaugural: 22.5 —18 horas— aberta pelo Presidente do CEPAD, Onurb Couto Bruno, e na qual usaram de palavra o Coordenador-Geral, José Carlos Barbosa Moreira, e o Presidente do Instituto, Hernando Devis Echandía.
2. 1a. sessão de trabalho (relatórios e debates): 23.5 —9 horas. Tema: «Meios de aumentar a eficiência do serviço da Justiça». Relatores: Roberto Berizonce (Argentina) e Sérgio Bermudes (Brasil).

3. Conferência: 23.5 —16 horas.
«A reforma do processo civil espanhol» —José Almagro No-sete (Espanha).
4. 2a. sessão de trabalho (relatórios e debates): 24.5 — 9 horas.
Tema: «Proteção procesual dos direitos fundamentais»
Relatores: Cipriano Gómez Lara (México) e Celso Agrícola Barbi (Brasil).
5. Conferência: 24.5 —16 horas.
«Do mandado de segurança» —Alfredo Buzaid (Brasil).
6. Sessão especial: 25.5 —9 horas.
 - a) Apresentação do Anteprojeto de Código-tipo de Processo Civil para a América Latina, por Enrique Vescovi;
 - b) Mesa-redonda sobre a redação do Anteprojeto de Código-tipo de Processo Penal para a América Latina, durante a qual usaram da palavra os membros do Instituto Fernando de la Rúa, Julio Maier, Jaime Bernal Cuéllar e Ada Pellegrini Grinover, que haviam participado da elaboração, e ainda os Professores Antônio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Gomes Filho e Raul Gavião Fernandes, que colaboraram na revisão, sob a direção da Prof. Ada Pellegrini Grinover;
 - c) Conferência do Prof. Mauro Cappelletti sobre o tema «O procesualista diante dos grandes desafios da nossa época».
7. 3a. sessão de trabalho (relatórios e debates): 26.5 —9 horas.
Tema: «Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal».
Relatores: Jaime Bernal Cuéllar (Colômbia) e Ada Pellegrini Grinover (Brasil).
8. Conferência: 26.5 —16 horas.
«Orientação geral do Projeto de Código-tipo de Processo Civil para a América Latina» —Luís Torello Giordano (Uruguai).
9. 4a. sessão de trabalho (relatórios e debates): 27.5 —9 horas.
Tema: «Medidas cautelares inominadas».
Relatores: Arístides Rengel Romberg (Venezuela) e Egas Dirceu Moniz de Aragão (Brasil).
10. Conferência: 27.5 —16 horas.
«Alguns problemas atuais da prova civil» —José Carlos Barbosa Moreira (Brasil).
11. Sessão de encerramento: 27.5 —18 horas— iniciada com uma

homenagem à memória dos professores, recentemente falecidos, Ary Florêncio Guimarães (Paraná, Brasil) e Luís Loreto (Venezuela, membro do Instituto), teve prosseguimento com o anúncio da nova Comissão Diretora, eleita em 24.5 (v. abaixo, n.º II, 1), e dos novos membros do Instituto (v. abaixo, n.º II, 2), e com a entrega dos certificados de presença às XI Jornadas. Usaram da palavra, ainda, pelos membros brasileiros, Ada Pellegrini Grinover, e pelos visitantes, Faustino Gutiérrez Alviz y Armario (Espanha) e Mario Aguirre Godoy (Guatemala).

Acrescente-se que no dia 26.5, às 15 h 30, o Prof. Alexandre Mário Pessoa Vaz (Portugal) fez uma exposição oral, ilustrada com projeção de *slides*, sobre o emprego de meios eletrônicos no registro e na documentação da prova.

A programação social das XI Jornadas compreendeu: coquetel de abertura, no Rio Palace Hotel (22.5, às 20 h), coquetéis oferecidos pela Ordem dos Advogados do Brasil (23.5, às 18 h), pelo Secretário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (25.5, às 20 h), pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (26.5, às 18 h), e jantar de despedida (27.5, às 20 h 30). A esposa do Coordenador-Geral, Sra. Gilka Barbosa Moreira, recebeu as acompanhantes dos membros do Instituto e dos convidados especiais, para um chá em sua residência, na tarde de 24.5.