

JUSTICIA 93

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



1993

JOSÉ MARÍA BOSCH EDITOR, S. A. — BARCELONA

«JUSTICIA 93» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), José M.^º Bosch, editor, S. A., Rosselló, 22
08029 — Barcelona, Tel. (93) 419 77 50.

DIRECCION (originales, libros para revisiones), Dr. Francisco Ramos Méndez.
Paseo de Gracia 92, 08008 Barcelona. Tel. (93) 487 11 12. Tx 59398 FRM.
Fax (93) 487 35 62.

INDICE

EN ESTRADOS

Diagnóstico sobre el estado de vigencia de los juicios concursales
por Francisco Ramos Méndez 5

DACIONES DE CUENTA

En torno a la creación por la Ley 10/1992 de un nuevo título eje-
cutivo (artículo 1.429 LEC) referido a los valores anotados en
cuenta por Valentín Cortés Domínguez 17
El reconocimiento judicial por Jaume Solé Riera 29
Sobre la docencia del Derecho Procesal por Rosa Cobos Gavala .. 73
La nulidad de actuaciones según la Ley Orgánica del poder judi-
cial por Ignacio Borrajo Iniesta 81

DESPACHO ORDINARIO

Los Tribunales han dicho por C. Navarro 103

COMISIONES ROGATORIAS

La acción de acusación pública por Raymond Dumas 159
El abogado negociador por Roberto O. Berizonce 169

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS 185

TERMINOS PERENTORIOS

XIV Jornadas ibero-americanas de Derecho Procesal 187

© 1993, José M.^º Bosch, editor, S. A.
Rosselló, 22 — 08029 Barcelona

Depósito legal: B. 19.117-87
ISSN (en trámite)

Printed in Spain/Impreso en España por
COMETA, S. A. — Ctra. Castellón, Km. 3,400 — Zaragoza

EN ESTRADOS

DIAGNOSTICO SOBRE EL ESTADO DE VIGENCIA DE LOS JUICIOS CONCURSALES*

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO:

1. Labyrinthus creditorum. — 2. Carácter residual de los juicios concursales. — 3. La experiencia de los actuales juicios concursales. — 4. ¿Por dónde comenzar a revisar el sistema?

I. LABYRINTHUS CREDITORUM

Es siempre para mí un placer acudir a la plaza de Alicante, donde cada vez me encuentro con un público entregado. A este respecto, todavía me sigo preguntando cómo es posible que estos temas susciten la presencia de un público tan numeroso. Al mismo tiempo, me encuentro con una organización modélica y eficaz, unos compañeros de mesa y de jornadas que son primeras espadas en su campo y, en este sentido, uno a veces puede sentirse maletilla e incluso histrión. Seguramente, llegado

* Transcripción de mi intervención el día 23 de abril de 1991 en el ámbito de las Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante sobre el tema *Suspensión de pagos y quiebra* en el ámbito de la reforma procesal.

este momento, hubiera bastado con que nos conformásemos con los dos primeros toros de la tarde e iniciásemos ya el debate. Los dos temas que ya se han expuesto me proporcionan cantidad de intervenciones y estoy seguro de que a la Sala muchas más, pero el guión es el guión, y nosotros tenemos la misión de echarle más leña al fuego y enfrentarnos con el tercero de la tarde, que lleva, ni más ni menos, el título de *Procesos concursales*. Los miras se quedan pálidos a la luz de este toro que me ha tocado lidiar.

Antes que nada, relajemos un poco el tema. Me pregunto si todos los que están aquí han venido a este teatro a ver la comedia de las siete de la tarde. Digo esto porque se puede venir a reír, que es una actitud proclive en los últimos tiempos respecto de aquellos que se toman la justicia a cachondeo; a llorar, como una alternativa para aquellos que se toman las cosas a la tremenda; o simplemente a estar serios y tratar las cosas con un cierto desenfado, actitud que posiblemente sea necesaria para tratar estos temas, aunque esto no quiera decir que uno sea poco serio. Y eso lo digo porque a mi me ha tocado officiar y, por exigencias del guión, desnudar, al Proceso Concursal.

Es evidente que no puedo dejar de atender, en primer lugar, a la realidad, es decir, a lo que ocurre en la realidad del proceso concursal tal como se vive en la experiencia de las grandes ciudades, porque estadísticamente es donde se concentran más del 80% de todos los procesos concursales que se producen en el país. Existen otros foros y otros juzgados, para los que el proceso concursal es una novedad cuando algún caso ocurre. La realidad es siempre una fuente de experiencia y de sugerencias importante ya que suele ir por delante del legislador procesal. Mucho más si tenemos en cuenta que nuestras leyes procesales son ya seculares y longevas, pero longevas en un estado decrepito y no en un estado de cabeza clara, lo cual sería respetable. ¡Pasen señores, por favor, porque vamos a iniciar las exequias de este «*labyrinthus creditorum*»!

El proceso concursal siempre ha respondido a la imagen clara del laberinto con que se designa en las fuentes clásicas. Se trata de uno de esos laberintos legislativos en los que una vez que se entra, aunque se vaya acompañado de la mano de expertos y de guías avisados, no se sale con demasiada facilidad. Además, responde a un funcionamiento que dista mucho del paradigma legislativo, lo cual no es ninguna novedad en materia procesal.

Por un lado, adelantemos una visión positiva: el proceso concursal sería algo así como las exequias del comerciante, un oficio de difuntos destinado a repartir la herencia del comerciante. Es cierto que cuando un

comerciante quiebra y desaparece, el mercado se encarga de repartir los restos, es más, enseguida toma posiciones al margen del proceso concursal. Muchas estrategias de procesos concursales van exclusivamente encaminadas a facilitar esta toma de posiciones o esta toma de mercado. Actualmente asistimos a la compra de muchas empresas en quiebra o que no son rentables financieramente para así cerrarlas y hacerlas desaparecer. En vez de integrarlas en una mejor organización, lo que se pretende es que dejen de funcionar para lograr así una cuota de mercado. Es un aspecto positivo, ya que la práctica se ha convertido enseguida en acomodaticia: como no podía conseguir los objetivos de la ley, ha ido a la búsqueda de unos objetivos más claros y más fáciles de conseguir.

Por otro lado —y esto pudiera ser una visión negativa, pero no necesariamente—, creo que todo el mundo es consciente de que los procesos concursales constituyen una aventura que conduce al desengaño de los acreedores comunes y, a veces, cuando se trata de los menos avisados, al consiguiente cabreo y pataleo. Eso no quiere decir que sea algo anómalo. Hoy en día, los más avisados huyen del procedimiento concursal, y desde el momento en que se ven envueltos como acreedores en un procedimiento de este tipo, lo único que les interesa es justificar el dato, contable y fiscalmente hablando, para cargar esa partida a pérdidas. En todo caso, como el fisco se lo tiene que tragar, ya sería de por sí una función positiva. Desde el punto de vista fiscal, tenemos el soporte contable de deudas incobrables que ni siquiera hay que mantener en la cuenta de morosos y que van directamente a la cuenta de fallidos. Además, en cuanto al tema de la duración y del coste del procedimiento concursal, es notorio que en la práctica se halla sobredimensionado, de forma que no es rentable para nadie salvo para todos los que officiamos en la escena desde el punto de vista jurídico: abogados, comisarios, interventores, síndicos, etc.

Con todo esto, desde un punto de vista filosófico y de principios, nos encontramos con que el modelo o modelos —la riqueza de procedimientos de que hablan nuestras leyes es proverbial—, no responden a las necesidades actuales. No olvidemos que bajo la rúbrica de *Procedimientos Concurales* incluimos nada menos que cuatro modelos: hacemos un derroche de procedimientos, con un número de artículos que todos juntos casi podrían copar la mitad de la Ley de Enjuiciamiento. Este modelo responde a una época en la que el centro de atención del Derecho Mercantil era el comerciante. Por lo tanto, en el fondo, estamos hablando de microeconomía. ¡No nos engañemos! Nuestro Código de Comercio es un código para necesidades microeconómicas y hoy, por desgracia, o por

suerte, debido o gracias a la evolución a donde nos ha llevado el desarrollo industrial, nos encontramos ya en unas magnitudes superiores a la microeconomía. Hoy estamos ya hablando de dimensiones macroeconómicas y el Derecho Mercantil ya no centra su atención en torno al comerciante sino en torno a la figura del empresario. Ello ha supuesto un cambio importante. El derecho del comercio ha ido por delante y, evidentemente, los procesos concursales han quedado completamente desfasados. Tanto es así, que hoy nos encontramos con que la realidad de las crisis empresariales tienen que ver muy poco, o incluso nada, con el Derecho Concursal.

2. CARÁCTER RESIDUAL DE LOS JUICIOS CONCURSALES

Por un lado, se podría decir que existen sectores que son completamente *inmunes* al Derecho Concursal. Ahí está el gran ejemplo de las *empresas públicas*, que parece ser que por definición deban perder dinero para ser públicas, y que, además, jamás en los anales de la historia reciente han entrado, o se nos ha ocurrido que entren, en la dinámica de un procedimiento concursal. Todo el mundo está convencido de que no sería útil para nadie, aunque se trate de un ejemplo tal vez abusivo por mi parte.

Si seguimos buceando en nuestra experiencia reciente, y por lo tanto no pretérita, vemos que tanto la práctica como el propio legislador cuando les ha interesado y ha pensado en estas magnitudes de macroeconomía, ha buscado alternativas que nada tienen que ver con el Derecho Concursal. Ahí están por ejemplo las *Uvis bancarias*. ¿Cuántos bancos han quebrado durante la última crisis? Creo que han dejado quebrar alguno, simplemente para demostrar que el modelo era válido, o que —como se comenta en los mentideros de la Corte— ha caído en desgracia. No obstante, generalmente no se les ha dejado quebrar. Nos hemos inventado unas *Uvis bancarias* que, en el fondo, no han sido sino organismos de embalsamamiento de esos operadores económicos en un sector importante de nuestra economía, cuya finalidad era evitarles la quiebra y lograr diluir la crisis en el resto del sector.

Ahí está la *Comisión Liquidadora de Entidades de Seguros*. ¿Cuántas entidades de seguros han desaparecido del mapa en los últimos años? Todas ellas Sociedades Anónimas. ¿Cuántas han pasado por el procedimiento concursal? A nuestra economía industrial no le interesaba entrar

en la dinámica del proceso concursal porque existía la convicción de que era una ruina para todos, incluso para el propio país.

Pero hemos llegado a muchísimo más: hemos pensado e incluso el propio legislador se ha dado cuenta de que había sectores enteros de la industria que estaban abocados a la crisis empresarial. Han sido contados los que han optado por la vía del procedimiento concursal que teóricamente está abierta en las leyes para estos casos. Ahí están todos los *procedimientos de reconversión industrial*, del sector naval, del sector textil, de tantos y tantos otros sectores industriales que han sido acometidos con medidas, todas ellas extraprocesales, y que, en el fondo, han obviado el camino del Derecho Concursal. La reflexión sigue pues siendo válida.

En este camino hay un punto máximo en nuestra experiencia jurídica: *la expropiación de Rumasa*. Uno ha leído en todas las exposiciones de motivos y en todo lo que se ha debatido sobre este caso, nunca bien esclarecido ni terminado, que se ha optado por la vía de la expropiación para evitar justamente que todo un grupo cayese en un procedimiento concursal, al que teóricamente estaba abocado. Pongamos un interrogante. Los ejemplos se podrían multiplicar, pero ya estamos viendo que el proceso concursal no lo es todo y que no sirve para solucionar las crisis empresariales que sufrimos en el momento actual.

Es más, así como he dicho que había sectores inmunes y que existen alternativas, hay sectores que son, por decirlo así, *inocuos* frente al procedimiento concursal. Existen miles de empresas —o más de una, si ustedes no me quieren aceptar la exageración— que simplemente desaparecen cerrando la persiana, apagando las luces y marchándose todo el mundo, y por supuesto, dejando las deudas detrás, sin que nadie se preocupe y sin que pase absolutamente nada en la práctica. Se trata de empresas que a lo mejor se han montado en plan fantasma, con un domicilio arrendado cuyo arrendamiento nunca han vuelto a pagar después de la primera mensualidad. Empresas que han conseguido que sus trabajadores se autocobren, ya que también desconfían de la solución que les puede dar un procedimiento concursal: desaparece todo el mundo y al final no queda nadie. Los acreedores comunes... ¡que los parta un rayo! Apaguemos la luz y vámonos. Efectivamente. Hay toda una cantidad de experiencias en las que esto ocurre y no pasa nada.

Nos encontramos pues ante un proceso concursal que, incluso hoy en día, en nuestra experiencia, es residual. Sin embargo, es un proceso al cual le dedicamos una cantidad de artículos increíble en nuestras leyes y en nuestros códigos. Cada vez que se está hablando de crear una ley concursal, nadie está pensando en promulgar una ley concursal de cin-

cuenta artículos, sino que aparecen verdaderos códigos de trescientos, cuatrocientos, o quinientos artículos. Está claro que todo eso es basura, en el sentido de que jamás llegará a tener una vigencia práctica, si partimos del hecho de que este proceso concursal se ha convertido en algo residual. No obstante, aún siendo residual, habría que ver si el esquema de funcionamiento que se produce en la práctica, si la puesta en escena de los procedimientos concursales y básicamente de la suspensión de pagos y de la quiebra, responden a los objetivos del legislador o, por el contrario, van por un camino completamente distinto. Creo que cualquier persona que se haya acercado a la práctica del Derecho Concursal no cometería la ingenuidad de creerse que los procesos concursales se desarrollan tal como está escrito en la Ley. Bastan unas cuantas pinceladas para demostrar, sin extenderme demasiado, que esto no es así.

3. LA EXPERIENCIA DE LOS ACTUALES JUICIOS CONCURSALES

Actualmente, jamás se les ocurriría montar una suspensión de pagos a un empresario o a una Sociedad Anónima solventes. Sería una ingenuidad tremenda por la que tendrían que pagar un precio muy alto. No les interesa en absoluto porque equivaldría a dejar la empresa en manos de sus acreedores, en virtud de los mecanismos a que conduce la aplicación del convenio. Por el contrario, la suspensión de pagos requiere un diagnóstico preciso de la situación, antes de que se le pueda recomendar a un empresario si le conviene o no acogerse a los beneficios de esa Ley de Suspensión de Pagos. Todo ello exige un período previo de preparación de la suspensión de pagos, que pasa por varios capítulos obvios de aquellos que se le ocurren a cualquier principiante en la materia:

Primero: Retire Vd. inmediatamente todo el efectivo que pueda y vaya acumulándolo en otros Bancos, en otras empresas o a nombre de terceros.

Segundo: Deje Vd. de pagar la Seguridad Social y los impuestos. Hay que hacer las declaraciones correspondientes, pero no se le ocurra pagarlas. Con esto se evita todo riesgo delictivo pero, en el fondo, no se paga a nadie.

Tercero: Búsquese Vd. la forma de asegurarse un convenio contando con acreedores proclives, es decir, acreedores más o menos ficticios y, si hace falta, es preciso crear algunas partidas de acreedores ficticios, que son los que nos van a echar una mano a la hora de votar un convenio favorable.

Cuarto: No tenga escrúpulos en presentar un estado de situación aproximado, mejor dicho, ficticio. Por lo demás, sería una insensatez no hacerlo, no se lo cree nadie, y no pasa nada casi nunca. Además, hay que tener en cuenta que cuando uno ya ha descapitalizado por completo la empresa y no hay nada que poner en el activo, no queda más remedio que inventar partidas de fondo de comercio, sobrevaloradas, infladas, aunque sólo sea para presentar ese estado de situación, estado de situación que es la nada absoluta. No es sino una hoja rellena de números que, por supuesto, no coinciden con la realidad. Unos meses más tarde vendrán los interventores, aclararán las cosas y dirán: Donde aquí decía que había cien no hay ni uno. Pero tampoco va a ocurrir nada, porque esa insolvencia definitiva ya está aceptada de antemano por la propia ley como una situación a que puede llegar la suspensión de pagos. ¿Acaso tiene uno que hacerse el ingenuo y plantear las cosas como si la empresa fuera solvente? Ni mucho menos: nuestros trabajadores, inquietos, en la medida en que empiecen a cobrar del Fondo de Garantía Salarial, ya estarán lo suficientemente apaciguados en la primera ronda hasta ver qué es lo que ocurre o qué es lo que pueden recoger.

Esa es la realidad dura de la suspensión de pagos. Hay ocasiones en que no conviene siquiera andarse con chiquitas y vale la pena aconsejar directamente una quiebra, simplemente con el objeto de disuadir ya de entrada a todos los acreedores de sus esperanzas de cobrar. Si no existe ningún riesgo en cuanto a las cuotas obreras impagadas, si éstas ya se han declarado o se han pagado a los organismos correspondientes para eludir toda responsabilidad penal, todos los riesgos de calificación de la insolvencia como fraudulenta, punible o culposa, son un mero «*flatus vocis*». A este respecto me remito a las estadísticas y a los repertorios de jurisprudencia y les invito a todos ustedes a que me pasen por las narices sentencias condenatorias, aunque cabe preguntarse a qué precio, cuándo y cuántas.

Por lo tanto, tomemos nota: Hoy en día no pasa nada. En el ámbito económico, mientras que desde el punto de vista de las obligaciones meramente formales y administrativas, se está exigiendo un rigor en la contabilidad de los empresarios así como toda una serie de formalidades que empiezan a presentarnos a las empresas como algo serio en el mercado, el proceso concursal todavía no sabe absolutamente nada de esto y pasa olímpicamente. Mejor dicho, lo hemos hecho pasar, arrastrando una rutina que, a lo mejor sí, tiene un siglo de experiencia y de práctica pero que, por supuesto, es una enmienda a los propósitos del legislador.

4. ¿POR DÓNDE COMENZAR A REVISAR EL SISTEMA?

¿Qué se puede hacer? Yo no vengo aquí a dar soluciones, pero tampoco es cuestión de que me limite a pintarles un panorama que pudiera creerse negativo. ¡Ni mucho menos! No me interpreten mal. Ya he dicho que el proceso concursal, cuando realmente se produce, al fin y a la postre cubre siempre una función de clarificación. Se trata de un requisito jurídico más, para clarificar el mercado en los casos en que conviene que pase por ese trámite jurídico, que por fortuna no son todos.

¿Qué se puede hacer? Hay algo que es obvio. No traigo ninguna fórmula mágica ni ninguna receta, pero sí tengo varias cosas que decir.

a) *Hay que reducir el proceso a uno sólo.* No se puede tener una dilapidación de procedimientos judiciales como tenemos en estos momentos: nada menos que cuatro procedimientos judiciales. Yo abogo por un único procedimiento, sólo uno, ni siquiera admito la suspensión de pagos y la quiebra. De esta forma, será más claro y la única diferencia vendrá determinada por el tipo de la insolvencia, según sea ésta definitiva o provisional. Efectivamente, cuando un empresario se halla en una situación transitoria o provisional de iliquidez, es decir, en una de aquellas situaciones que tienen arreglo, hay que concederle el beneficio de la espera, o el de la quita, o incluso, hay que ayudarlo a remontar la situación. Pero eso sí, debe cumplir con el principio de la solvencia. No como se hace hoy en día, y como se hizo históricamente para evitar la quiebra del Banco de Barcelona, que da igual que la empresa sea una mera pantalla fantasma que lo único que tiene son unos papeles que hacen creer a todo el mundo que hay un activo que en la práctica es irrealizable y que, por lo tanto, es una mera fórmula de perder el tiempo.

b) *Hay que desprocesalizar todo lo que se pueda.* El proceso no es la solución para muchas de estas situaciones de crisis. Del mismo modo que ya hemos visto que pueden existir otras vías, por qué no solucionar también por otras vías todo lo que se pueda desprocesalizar. Habría que insistir y darle más juego a todo ese tipo de medidas de saneamiento. Muchos de los problemas que pueden tener hoy las crisis empresariales se solucionan a veces en el campo del derecho de sociedades, otras veces en el juego de las garantías (la práctica ha sido realmente imaginativa en materia de garantías), y ha llegado a instrumentos verdaderamente sutiles. La hipoteca hoy no cuenta, es una reliquia histórica prácticamente reducida al mercado inmobiliario. Pero las garantías de

verdad, aquéllas que cuentan en las grandes transacciones, van por otros caminos. Sin embargo, no es ahora el momento de entrar en este tema.

c) *Hay que profesionalizar.* La palabra profesionalizar evidentemente no supone crear juzgados especiales. Yo mismo soy contrario a todo lo que sea crear juzgados especiales: ni tribunales de comercio, ni órganos especiales de comisarios de quiebra, de síndicos, etc. No nos engañemos, profesionalizar significa darle cancha a todo el mundo y que todos los profesionales puedan entrar en la práctica, que no sea un coto cerrado como está ocurriendo, no de derecho pero sí de hecho, en algunos sectores. De este modo, el que tenga una solución imaginativa y el que realmente tenga la infraestructura necesaria, podrá participar en ese campo. Hoy, no es que la figura del comisario o la del síndico esté mal regulada. Ni mucho menos. Lo que ocurre es que no hace casi nada o, a veces, pasa que siempre son las mismas personas por tradición o por rutina. A la hora de la verdad, esto significa que cada uno se monta la vida como mejor le va y mejor puede, lo cual es legítimo y no puedo descalificarlo. Pero seguramente habría que dar algún paso más y entonces, desde el momento que hay síndicos, comisarios, interventores, depositarios y tantas otras figuras, habría que potenciarlas, exigirles responsabilidad y preguntarles: «¿Quiere usted hacer el trabajo? ¿Sí? De acuerdo, se le pagará». La regulación de la ley no es incorrecta. La regulación de la antigua ley de enjuiciamiento y del código de comercio antiguo es aceptable. Un porcentaje sobre resultados es un criterio americano pragmático y eficaz. ¡No nos engañemos! ¿Dónde está el fiasco? El fiasco se produce, a mi modo de ver, cuando todo el mundo (el comisario, el síndico, el interventor, etc.) se reducen a ser una figura decorativa que enseguida echan mano de expertos: un perito por aquí, un perito por allá, un abogado para la sindicatura, otro para esto otro... Al final se dilapida, evidentemente, una gran parte del activo. Les podría traer números y ejemplos concretos para que alguien me desmienta que se abusa de este sistema. Todo el mundo desplaza su responsabilidad: «¡Yo no! El perito ha dicho que esto vale «tanto», por lo tanto yo lo pongo en el balance por «tanto». No es así, no acepte usted el cargo y no le nombremos síndico o interventor, porque en el fondo, esto parece un simple reparto de juego entre personas que son inútiles y que para cada caso tienen que echar mano de otros profesionales más expertos. Por lo tanto, hay que profesionalizar.

d) Otra cosa que hay que reforzar es que *las medidas de ocupa-*

ción tienen que tener un carácter ejecutivo inmediato. La ocupación nunca puede estar tan dilatada en el tiempo, como ocurre ahora cuando se impugna el auto de declaración de quiebra, porque en el fondo, esa pieza de ocupación se dilata uno o dos años según lo que dure la apelación. Y a la hora de la verdad, cuando uno va a ocupar, no hay absolutamente nada, todo es ficticio. Tengo vividas experiencias prácticas realmente espeluznantes en el sentido de que incluso todo un domicilio social se ha cambiado de la noche a la mañana: entre el simple acto o diligencia de solicitar la quiebra hasta el momento de realizar la ocupación, ha desaparecido la empresa del local que ocupaba y se ha desplazado unos metros más allá, en una habitación sin teléfono, sin luz, sin empleados, una entelequia, y esto cuando no está perdida en una masía, en un chalet deshabitado en el campo en donde evidentemente no hay nada que ocupar. Es lamentable y el derecho lo consiente. También el proceso concursal lo consiente. Hay una rutina acumulada y lo consentimos. No es que la ley no permita hacer otras cosas, ¡claro que lo permite!, pero no las hacemos. Hay una rutina que realmente nos ha llevado a situaciones extremas.

e) También es importante que tomemos nota de otro punto relevante: Hay que revisar a ver si es cierto eso de la «*par conditio creditorum*». La *par conditio* siempre se ha opuesto al sistema de privilegios que se va introduciendo más y más en cada ley especial. No hay ley especial que no saque un privilegio para algún tipo de acreedor. Y a la hora de la verdad, cuando uno va a un procedimiento concursal, resulta que sólo hay privilegiados y que todos los demás son los tontos, los desgraciados que no han conseguido obtener algún privilegio. Estos últimos son los llamados acreedores comunes, ¡tan comunes que son unos zoquetes! Por esta razón, dichos acreedores no pueden sino reírse de la *par conditio*.

f) Y finalmente, *la retroacción*. Desde el punto de vista de la práctica, no hemos hecho nada serio al respecto porque todo el mundo sabe que, en el fondo, la totalidad de operaciones de reconstrucción de la masa pasan por procesos declarativos ordinarios a largo plazo, con instancias, con apelaciones y con casaciones. Por lo tanto, se acaba la ocupación y empieza todo el procedimiento de reintegración de la masa. Entonces, el procedimiento concursal se queda congelado durante un período de cinco o seis años como mínimo. Por lo tanto, no hay procedimiento concursal que pueda resolverse en un plazo razonable. Lo cual

equivale a consagrar un atentado constitucional, sin que se haga nada por invertir dicho estado de cosas.

En fin, las sugerencias podrían multiplicarse y extenderse también a infinidad de detalles. Pero seguramente es preferible insistir antes que nada en las líneas maestras, en los grandes principios. Sólo cuando los objetivos están claros llega el momento de completar el trabajo. Mientras no se incida sobre las costumbres forenses que minan el proceso concursal, seguiremos construyendo vistosos castillos de arena condenados a la fugacidad de una tarde de asueto. Tal vez la misma con que se ha producido esta intervención.

DACIONES DE CUENTA

EN TORNO A LA CREACION POR LA LEY 10/1992 DE UN NUEVO TITULO EJECUTIVO (ARTICULO 1.429 LEC) REFERIDO A LOS VALORES ANOTADOS EN CUENTA *

Prof. Dr. VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
Abogado y Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO:

1. Introducción. — 2. Las anotaciones en cuenta y la Ley del Mercado de Valores. Ley 24/1988 de 28 de julio. — 3. La insuficiencia de la legislación procesal ante la aparición de valores representados por anotaciones en cuenta. — 4. El sistema de titulación de los valores representados por anotaciones en cuenta. Análisis y Crítica. — 5. La aplicación de las condiciones establecidas en el art. 1.435 LEC.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, entre otras muchas introdujo la que se regula en el art. 1.429, n.º 7 de la LEC. En realidad, la Ley introduce este nuevo número crean-

* Trabajo realizado para el libro homenaje al Prof. Dr. D. Evelio Verdura, Catedrático de Derecho Mercantil.

do un nuevo título ejecutivo que, según la terminología de la LEC, lleva aparejada ejecución. El nuevo título es «el certificado expedido» por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión.

En realidad, el legislador ha introducido en la LEC una serie de modificaciones que, desde un punto de vista general, pueden calificarse de caprichosas, no tanto por lo que implican o como están efectuadas, sino porque excluyen otra serie de temas que hubiesen sido igualmente un buen objeto de modificación. La modificación que nosotros vamos a estudiar, es decir la introducida en el art. 1.429.7 LEC, es, por las mismas razones, una modificación caprichosa, un ejemplo más de como el legislador parece que hubiese ido leyendo, artículo por artículo, la vieja LEC, para detenerse en unos sí en otros no, todo ello sin un claro programa de reforma y sin un sistema que indique cuáles son los problemas que realmente tiene nuestro proceso, en este caso el proceso ejecutivo, necesarios de resolver para obtener una mejor Administración de Justicia.

Aunque la reforma que se introduce en el art. 1.429 LEC no ha merecido una mención del legislador en la Exposición de Motivos, tiene, según nuestro criterio, una indudable importancia, pues pretende traer al ámbito del proceso ejecutivo un mundo que en el tráfico jurídico ha adquirido en los últimos tiempos una gran relevancia: el de las anotaciones en cuenta.

2. LAS ANOTACIONES EN CUENTA Y LA LEY DEL MERCADO DE VALORES. LEY 24/1988 DE 28 DE JULIO.

A) Como es bien sabido la Ley del Mercado de Valores (art. 5 y siguientes) (véase también el R.D. de 14 de febrero de 1992, 116/92 sobre Representación de valores por medio de anotaciones en cuenta) establece la posibilidad de que los valores negociables no sólo se puedan representar mediante títulos, sino también a través de anotaciones en cuenta.

El sistema de representación de valores por medio de anotaciones en cuenta es muy anterior a la promulgación de la LMV. Ya el Decreto 1.128/1974, de 25 de abril, derogado por el 116/1992 de 14 de febrero sobre representación de valores por anotaciones en cuenta, estableció la

posibilidad de utilizar las anotaciones contables de las entidades financieras, en las que estaban depositados valores mobiliarios, para evitar la mera manipulación física de esos valores en los supuestos de operaciones de compraventa en Bolsa. Y algo parecido se permitió en los Decretos 656/1982, de 12 de febrero y 505/1987, de 3 de abril con los llamados pagarés del Tesoro y con los títulos representativos de la deuda del Estado, de modo tal que las anotaciones contables de las entidades financieras sustituyeron al título como tal.

En definitiva, la necesidad del mercado y la emisión de títulos en masa ha impuesto un sistema mucho más racional de manipulación y transmisión de valores que la meramente manual, contando con el prestigio que tienen y la seguridad que ofrecen en el tráfico jurídico mercantil las entidades financieras, que coadyuvan así con la Administración.

Con posterioridad, la Ley de Sociedades Anónimas, de 1989, permitió no sólo que las acciones, como parte alícuota del capital social, puedan estar representada por el medio tradicional del *título* y también por medio de anotaciones en cuenta (art. 51), sino, a lo que a nosotros importa, que *las obligaciones o cualquier otro valor que reconozca o que cree deuda* puedan estar representadas por anotaciones en cuenta (art. 290 en relación al art. 282 LSA). Se pasa de un sistema que imponía la existencia del documento formal con las características que están recogidas en el art. 53 de la LSA a un sistema mucho más eficaz, sobre todo en los supuestos de emisión de valores en masa, que es el de las anotaciones en cuenta.

B) La representación de valores por medio de anotaciones en cuenta, de acuerdo con lo que se establece en el art. 6 de la LMV, requiere el otorgamiento de una *escritura Pública*, denominada de *representación*, en la que consta la denominación, el número de unidades, el valor nominal y las demás características y condiciones de los valores integrados en la emisión. (vid. arts. 6 y siguientes del R.D. 116/1992). En los supuestos en los que las emisiones provengan de Entidades Públicas, la escritura pública se sustituye por la publicación de las características de la emisión en los Boletines Oficiales respectivos (art. 10 R.D. 116/1992; por ejemplo, las emisiones de Renfe, disposición adicional tercera del Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios).

Quiere la Ley que la entidad emisora deposite una copia de dicha escritura ante la entidad encargada de Registro contable y otra ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores; cuando se trate de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial (art. 31 LMV)

deberá depositarse también una copia de la escritura ante su Organismo Rector.

Si los valores han sido admitidos a negociación en Bolsa el registro contable lo lleva el *Servicio de Compensación y Liquidación de Valores* (art. 30 RD 116/1992) con las excepciones establecidas en el citado art. 30.3, art. 7 LMV). Este Servicio llevará una cuenta para cada una de las sociedades adheridas (art. 31.1 RD 116/1992) y serán éstas las que lleven, con referencia a cada valor, las cuentas correspondientes a cada titular, que expresarán en todo momento el saldo de los valores que le pertenezcan (art. 31.2 del RD 116/1992). Este Servicio de Compensación y Liquidación de Valores tiene forma jurídica de sociedad anónima (art. 65 RD 116/1992).

Cuando los valores no son admitidos a negociación en los mercados oficiales la entidad encargada del Registro contable será la que elija la sociedad emisora siempre que ostente la condición de Sociedad y Agencia de Valores (art. 7 LMV y art. 45 y siguientes RD 116/1992).

3. LA INSUFICIENCIA DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL ANTE LA APARICIÓN DE VALORES REPRESENTADOS POR ANOTACIONES EN CUENTA

Antes de la reforma de 1992, cuando el valor que se representaba mediante una anotación en cuenta llevaba incorporada una obligación, no era posible la utilización del juicio ejecutivo, como mecanismo de tutela jurisdiccional.

En efecto, la aparición tal como hemos visto de la representación de los valores mediante las anotaciones en cuenta dejaba a un importante número de derechos de crédito fuera de la influencia del juicio ejecutivo; porque al representarse el valor con una anotación en cuenta y no por un título, entendiéndose por tal un documento, los acreedores no podían utilizar ninguno de los «títulos ejecutivos» que están reconocidos en el art. 1.429 de la LEC; cabe recordar que todos ellos exigen como requisito esencial el de la documentación, o si queremos el de la representación de la obligación en un documento; incluso en el supuesto recogido en el n.º 3 del art. 1.429 de la LEC, que hace referencia a la confesión judicial hecha ante el Juez competente (véase art. 1.432 LEC).

En estas condiciones, añadir tal como ha hecho el legislador un nuevo número para recoger un título ejecutivo, entendido como documento, que haga referencia a los valores representados mediante anotaciones en cuenta no merece más que aplausos.

4. EL SISTEMA DE TITULACIÓN DE LOS VALORES REPRESENTADOS POR ANOTACIONES EN CUENTA. ANÁLISIS Y CRÍTICA.

A) Curiosamente el legislador procesal ha tenido que recorrer el camino inverso que en su momento recorrió el legislador mercantil; si éste, por necesidades del tráfico jurídico, ideó un sistema para que la representación de valores no fuese necesariamente la que viene dada por la documentación, las necesidades que vienen impuestas por la naturaleza y por la función del proceso ejecutivo hacen absolutamente imprescindible convertir esos valores, que no tenían una representación documental, en documentos.

Hemos dicho anteriormente que no cabe entrar en el juicio ejecutivo sin aportar con la demanda un título, que si bien es la manifestación de un negocio jurídico que contiene una obligación, con las circunstancias materiales que están recogidas en el art. 1.435 LEC, no tiene virtualidad procesal ejecutiva sin que se representen en un documento; por eso ahora el legislador debe de desandar el camino para buscar lo que hemos llamado *sistema de titulación*.

B) ¿En qué consiste el sistema de titulación ideado por la Ley?

El legislador de 1992 se ha apoyado en la existencia de las entidades encargadas de los registros contables; ya hemos visto que esas entidades (a lo que nos interesa en este trabajo) o es el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, cuando se trata de valores que están cotizados en Bolsa, o se trata de cualquiera de las Sociedades y Agencias de Valores que hayan sido elegidas por las entidades que hacen la emisión.

Característica fundamental de una y otra clase de entidades a las que se encomienda ese registro contable de las anotaciones en cuenta es que no tienen, de acuerdo con la Ley, otorgada la fe pública; dicho en otras palabras, los certificados que puedan emitir los órganos correspondientes de esas entidades no son certificaciones emitidas por funcionario público ni por persona, que de acuerdo con la Ley, tenga concedida la fe pública en sus actuaciones. En las Sociedades y Agencias de Valores porque se trata de entidades privadas que la única particularidad que ofrecen es su objeto social y su vinculación a la disciplina que viene impuesta por la Comisión del Mercado de Valores; el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, porque aún cuando es una sociedad anónima que tiene carácter público administrativo, tampoco tiene concedida en sus actuaciones la fe pública por ninguna norma jurídica, tal

como se desprende de la lectura de la Ley del Mercado de Valores y del Real Decreto 116/1992.

Lo anteriormente dicho nos permite plantearnos la cuestión de dilucidar si el sistema ideado por el legislador para regular sustancialmente el Mercado de Valores, que es apropiado y ofrece certeza y seguridad en las relaciones jurídicas y transacciones mercantiles que en él se desarrollan, tiene la misma eficacia cuando de lo que se trata es de crear títulos ejecutivos que dan lugar a un procedimiento especial en el que gracias a la apariencia de derecho cuasi incontestable que ofrece el título-documento, se entra en el conocimiento de demandas sustanciadas en procesos en los que el deudor está en condiciones de inferioridad procesal con respecto al actor.

Tradicionalmente el legislador había confiado en la autenticidad del título ejecutivo como elemento esencial del despacho de ejecución, porque todas las desventajas procesales que tiene el demandado tienen explicación porque desde el principio existe más que una apariencia de legitimación activa y pasiva y sobre todo porque la autenticidad del título ofrece mucho más que una apariencia de la existencia de la deuda. Ello permite naturalmente que la Ley ponga al acreedor en una posición mucho más ventajosa que la que puede tener en el proceso declarativo ordinario.

El legislador ha entendido, quizá con buen criterio, que en este campo de los valores anotados en cuenta buscar la solución en la autenticidad del título lisa y llanamente podía ser perturbador; por eso ha buscado un sistema distinto.

Pero curiosamente, se ha arbitrado un sistema en el que no hay la menor intención de encontrar un punto de autenticidad. Porque obsérvese que, al contrario de lo que dice el art. 1.429 LEC, título ejecutivo, en los supuestos de valores cotizados en Bolsa, no será ni siquiera la certificación emitida por el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, pues aquella deberá ir acompañada necesariamente de otra certificación emitida por la *sociedad adherida* que corresponda. En efecto, no se olvide que, de acuerdo con lo que se establece en el Real Decreto 116/1992, las entidades encargadas del registro contable de los valores deben de llevar todo lo relativo a cada entidad adherida y con referencia a cada categoría de valores; de modo tal que para cada entidad adherida y para cada categoría de valor el registro consistirá en una cuenta que refleje el saldo de que sea titular en cada momento la propia entidad adherida; y otra cuenta que refleje el saldo global de los valores que la entidad adherida tenga registrados en sus cuentas a nombre de terceros. Y sólo son las entidades adheridas quienes en sus registros contables lle-

van, con referencia a cada valor, las cuentas correspondientes a cada titular, en las que se expresaran en todo momento el saldo de los valores que le pertenecen. Todo ello quiere decir que la entidad que puede certificar que un valor anotado en cuenta pertenece a un determinado titular (determinación de la legitimación activa y pasiva) es sólo la entidad adherida al Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, y, como veremos más adelante, la única que puede calificar el impago de la obligación que se deduce de los valores anotados.

Por consiguiente, para integrar el título ejecutivo que está recogido en el nuevo n.º 7 del art. 1.429 LEC, en los supuestos que hemos estudiado y que aquí nos interesan, no sólo habrá que aportar, como veremos más adelante, la escritura de representación o de emisión, sino que habrá que aportar un certificado de la entidad adherida manifestando que una determinada persona, el ejecutante, es titular de un determinado valor y un certificado del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores en el que se exprese las características que tienen esos valores, siendo las más importantes a efectos de juicio ejecutivo, la indicación de su valor facial. En los demás supuestos, la certificación es única y proviene siempre de la Sociedad y Agencia de Valores correspondiente.

Todo ello quiere decir que se entra en el proceso ejecutivo con un título que es complejo y que está emitido o creado por entidades privadas; bajo nuestro criterio, esto quiere decir que el juez pone en marcha todo el especialísimo mecanismo del juicio ejecutivo sin más que la afirmación, por escrito, de alguien que dice que una persona debe a un tercero una cantidad de dinero en base a la existencia de un negocio jurídico que llamamos *valor anotado en cuenta*.

Creemos que entre un sistema rígido en el que se exija la autenticidad del documento de forma clara y terminante, mediante la intervención de fedatario público en la constitución del derecho de crédito (inscripción en el registro contable del nombre del titular del valor anotado), y un sistema como el que ha ideado el legislador, que prescinde totalmente del problema de la autenticidad, existe un punto intermedio de solución.

Si recordamos la solución que el legislador dio en 1984 a la liquidación de los contratos mercantiles en escritura pública o en póliza (art. 1.429,6 en relación con el art. 1.435 LEC), en ella podría haber encontrado el legislador ese punto de equilibrio. Creemos que si la intervención del fedatario es imposible en el momento de la suscripción del valor a nombre del ejecutante, sí que se podría haber arbitrado la intervención del fedatario público, sobre todo de los corredores de comercio, para que intervinieran posteriormente certificando las siguientes circunstancias:

a) *Para los supuestos de intervención del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores.*

— La legitimidad de las firmas y la suficiencia de los poderes de las personas firmantes de las certificaciones tanto del Servicio como de las sociedades adheridas.

— La comprobación de que la certificación de las sociedades adheridas y del Servicio coincide con los registros contables existentes en ambas.

b) *Para los supuestos de intervención de las Sociedades y Agencias de Valores.*

— La realidad del encargo a la Sociedad y Agencia de Valores correspondiente de la emisión de los valores puestos en juego.

— La legitimidad de la firma y la suficiencia de los poderes de la persona firmante de la certificación.

— La comprobación de que la certificación de la Sociedad y Agencia de Valores coincide con los registros contables que en ella se llevan.

Con estas intervenciones de fedatario público no se entorpecería en ningún momento la mecánica y dinámica de los valores representados mediante anotaciones en cuenta y se daría al título ejecutivo un tinte de autenticidad que permitiría al órgano judicial partir desde la convicción de la existencia de unos hechos que en la realidad del mercado funcionan como tales.

Digamos, por último, que el título ejecutivo se integra con la aportación de la escritura pública de la representación de los valores o, en su caso, de la emisión. Cuando se trata de entidades oficiales, ya hemos visto que el Decreto regulador permite sustituir la escritura por la publicación de las condiciones de la emisión en los Boletines Oficiales respectivos; quiere ello decir que en los supuestos en los que hubiese que ir contra alguna de esas entidades oficiales o asimiladas, el título se integraría no con la escritura de emisión o de representación, sino con una copia del Boletín Oficial en el que estén publicadas las condiciones y circunstancias de la emisión.

5. LA APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL ART. 1.435 LEC

No todos los valores anotados en cuenta pueden, lógicamente, ser la base de las certificaciones a las que se refiere el art. 1.429.7 LEC. Dado

que se trata de un título ejecutivo que da lugar a un proceso declarativo, pero con predominante función ejecutiva, que requiere necesariamente de una sentencia de condena, sólo aquellos valores anotados en cuenta que contengan una obligación de pago de dinero podrían considerarse como los que están contemplados en la norma anteriormente citada. En este sentido, hay que estar a lo que establece el art. 1.435 LEC: se ha de tratar de una obligación de pago de una cantidad líquida, vencida, superior a 50.000 ptas. y, en los supuestos en los que la obligación sea de pago en moneda extranjera, que ésta sea convertible en España y que esté admitida a cotización oficial, y siempre y cuando la obligación de pago esté permitida o autorizada de acuerdo con la legislación en materia de control de cambio.

Pues bien, no debemos olvidar que el art. 25 del RD 116/1992, establece que el ejercicio de los derechos económicos que se deriven de los valores representados en anotaciones en cuenta se hará a través de las entidades adheridas o encargadas en cuyos registros estén inscritos los valores. Eso quiere decir que el cobro de intereses, de dividendos o, como es lógico, el pago o la amortización de la obligación, deberán contar necesariamente con la asistencia o el ejercicio de esas entidades ya citadas.

No está clara, o al menos nosotros no tenemos claro, como debe de entenderse esta norma, sobre todo cuando haya que ponerla en relación con las normas del procedimiento ejecutivo. Algo sí hay claro; así, el hecho de que el Decreto establezca que los derechos económicos deben ejercitarse a través de las entidades adheridas o encargadas no significa que la demanda ejecutiva haya de interponerse por esas entidades, como sustitutas procesales de los acreedores, o que en ellas deban de intervenir, en concepto de *asistencia*, las entidades adheridas o encargadas. Más bien creemos que la norma en este sentido tiene un estricto contenido sustancial, de modo que aunque desde el punto de vista de las relaciones sustanciales es la entidad adherida o encargada la que hace el cobro y posteriormente distribuye entre los titulares de los valores según las anotaciones contenidas en su registro, eso no implica que, supuesto el impago, el titular del valor tenga restringidos sus derechos procesales de acudir directamente a los tribunales para ejercitar un derecho que sólo es suyo. Creemos que lo que el Decreto establece en este art. 25 no es sino un mecanismo operativo de cobro de todos los derechos referentes a una clase de valor, por eso en el párrafo segundo de esa norma se establece que el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores comunicará al emisor puntualmente el número de valores inscritos en los registros de

cada entidad adherida, precisamente para que el emisor provea de los fondos necesarios, que repartidos por la entidad adherida, harán pago de las obligaciones contenidas en el valor.

Pero con independencia de este problema surgen otros que creemos tiene un hondo calado procesal. Nos referimos al problema de la liquidación de la deuda y a los probatorios que surgen en relación con la demostración prima facie de la inexistencia de pago y a la prueba del pago.

En cuanto a los problemas de liquidación es obvio que se pueden presentar; no olvidemos que el art. 1.435 LEC, tal como se ha dicho, exige que la cantidad sea líquida. Pudiera ocurrir que la cantidad exigible a la entidad emisora necesite de una liquidación, que puede venir dada por la necesidad de determinar la cantidad debida por intereses, o porque habiéndose hecho pagos parciales o amortizaciones temporales, se necesite determinar la cantidad que en el momento de presentación de la demanda ejecutiva debe la entidad emisora.

Este es un problema que no está resuelto por la Ley; recuérdese los gravísimos problemas que se presentaron en la práctica en relación con la liquidación de las pólizas de crédito y que dieron lugar, como es sabido, a distintas manifestaciones normativas que culminaron con la reforma introducida en el art. 1.435 LEC en el año 1984. Nada de esto se ha contemplado ahora y es claro que en la práctica se producirán los mismos problemas que antaño se produjeron con la liquidación de las pólizas de crédito. Lo lógico hubiera sido que la Ley hubiese regulado un sistema por el que las entidades adheridas se encargasen de la liquidación de la deuda derivada de un valor anotado en cuenta con la intervención de los fedatarios públicos, interviniendo la firma y capacidad de la persona encargada de librar la certificación y comprobando la identidad de los resultados de la identificación con los libros y registros correspondientes de las entidades adheridas y encargadas.

En lo que se refiere a la prueba prima facie de la inexistencia del pago, nuestro sistema procesal ha establecido un mecanismo para el juicio ejecutivo que posibilita que el órgano judicial, a la hora de despachar ejecución, haya adquirido la verosimilitud o la probabilidad de que la cantidad exigida y reflejada en el título se debe realmente; en unos casos, porque la posesión del título demuestra prima facie la inexistencia de pago, en otros, porque se arbitra un sistema de reconocimiento de la deuda, que hace posible la entrada en el juicio ejecutivo a través de documentos privados, en otros, en fin, porque se arbitra un sistema en el que fedatarios públicos compulsan los libros de los comerciantes que

aparecen como acreedores en la relación jurídica obligacional que da lugar a la emisión del título.

En el caso concreto que estamos estudiando esa demostración prima facie no puede venir dada sino por la certificación de la entidad adherida o encargada; es ésta la única que puede decir si a su través se ha cumplido o no la obligación contenida en el valor anotado en cuenta, de modo que entendemos que el acreedor debe acudir al juicio ejecutivo acompañando el título que está descrito en el art. 1.429.7 LEC con la certificación de la entidad adherida o encargada expresiva de la inexistencia de pago al acreedor.

Distinto es el problema de la prueba del pago, que es la que tiene que llevar a cabo el deudor, es decir la entidad emisora, en aquellos supuestos en los que frente a la demanda ejecutiva del acreedor quiera oponer la excepción de pago; porque, ¿qué ocurriría procesalmente si la entidad emisora ha cubierto sus obligaciones entregando el dinero a la entidad adherida o encargada y ésta no lo ha distribuido entre los titulares registrados?; ¿puede en estos casos oponer la excepción de pago y probarlo mediante los documentos precisos, o, por el contrario, dado el tenor del art. 25 tantas veces citado hay que entender que el mecanismo limitador de facultades para el acreedor no debe ser utilizado en su contra?; o ¿qué ocurriría si ha cubierto parcialmente las obligaciones contenidas en la emisión?; ¿cómo se controla y determina, en estos últimos casos, las personas a las que se paga y a cuáles otras no? ¿o es que acaso aquí jugaría el principio de la *pars condictio creditorum*?, y, por tanto, la excepción de «plus petitio».

Todas estas cuestiones tienen un clarísimo reflejo en la prueba del juicio ejecutivo y plantea importantísimos problemas de tipo material en relación a la naturaleza jurídica que tienen estos actos de intermediación, que no es el momento de tratarlos, aunque afectan lógicamente a la sentencia que el juez tendría que dictar.

EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

JAUME SOLÉ RIERA
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO:

1. Consideraciones previas. — 2. Naturaleza jurídica de la prueba de reconocimiento judicial. — 3. Objeto de la prueba de reconocimiento judicial: 3.1. *Reconocimiento con desplazamiento del Juez*. 3.2. *Reconocimiento en la propia sede del Tribunal*. — 4. Proposición, admisión y práctica del reconocimiento judicial: 4.1. *Proposición*. 4.2. *Admisión*. 4.3. *Práctica del reconocimiento*. 4.4. *Apreciación del reconocimiento en el mismo proceso por Juez o Tribunal distinto, o en otro proceso diferente*. — 5. Valoración del reconocimiento judicial. — 6. Impugnación del reconocimiento judicial.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El artículo 578.6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) destaca como uno de los medios de prueba de los que podrá hacerse uso en juicio el del reconocimiento judicial. Por su parte, los artículos 1.215, 1.240 y 1.241 del Código Civil (C.c) también aluden a la prueba por medio de la inspección personal del Juez. En ambos casos, no obstante la diferente terminología empleada¹, nos estamos refiriendo a una misma

1. La doctrina ha añadido a este respecto, también, una variedad terminológica que

diligencia de prueba, que presenta unas características perfectamente definidas dentro de nuestro esquema procesal.

El reconocimiento judicial se configura como la única diligencia de prueba de carácter directo² que regula nuestro derecho positivo, por cuanto supone la percepción inmediata por parte del órgano jurisdiccional, con cualquiera de sus sentidos, de los hechos que son objeto de prueba. Entre el Juez y lo que vaya a ser objeto de prueba no existe ningún intermediario (como sucede, por ejemplo, con la prueba documental o la testifical), ya que de lo contrario, se desvirtuaría la propia naturaleza y funcionalidad del reconocimiento³. Debido a ello, y a partir de la definición propuesta, entendemos preferible la denominación de percepción judicial inmediata para referirnos al reconocimiento judicial, por cuanto incluye las notas distintivas y propias de la institución⁴.

poco ha contribuido a clarificar la referida institución. Así, FENECH, *Derecho Procesal Penal*, Barcelona, 1960, I, pp. 619 y ss., se refiere a la «percepción judicial inmediata», mientras que GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1947, II, 1.º, pp. 675 y ss., emplea el término «monumentos» para indicar la dicha prueba de reconocimiento judicial.

A nivel de precedentes históricos, señala SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XVI, Vol. 2, pp. 365 y ss., que la diligencia de prueba de reconocimiento judicial aparece ya en las *Siete Partidas* (Partida III, Título XIV, Ley 8.ª y Ley 13.ª). También varía la terminología empleada en los sucesivos Proyectos de Código Civil; así, el de 1821 habla «De la prueba por inspección ocular»; el Proyecto de 1836, «De la prueba que se hace por inspección del Juez acompañado de testigos o peritos», mientras que el Proyecto de 1851 prescindió de la inspección personal del Juez.

En el derecho comparado tampoco se aprecia una denominación única: en Italia se utiliza el término «ispezione giudiciale», mientras que en Francia se denomina «descente sur les lieux».

2. CARNELUTTI, *La prueba civil*, Trad. ALCALÁ-ZAMORA, Buenos Aires, 1955, pp. 56 y ss.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 11 de diciembre de 1992 (Sección 1.ª). Revista General del Derecho, n.º 582, marzo 1993, pp. 2.225 y ss. «... la prueba de reconocimiento judicial, que no es otra cosa que la percepción por parte del Juez, de una forma directa, de los hechos que son objeto de prueba. En dicha prueba, la Juez de Primera Instancia, con la intermediación propia de la misma, sin que nada se interpusiera entre la juzgadora y los hechos objeto de inspección, se hizo constar que 'no se observan obras recientes. Que hay una puerta de doble hoja que ha sido cambiada. Que en el dormitorio había un agujero, y lo taparon con una ventana de doble hoja de madera'. Tanto la actora como el demandado pudieron concurrir al reconocimiento judicial acompañados de una persona práctica (art. 633 LEC) para ilustrar a la Juez sobre el terreno en cuanto a si para la sustitución de la puerta hubo necesidad de realizar obras, así como si sobre el conjunto de las alegadas por la parte demandante, sin que ninguna de ellas hiciera uso de tal facultad».

4. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 365. Destaca el Prof. SERRA que la denominación de «percepción judicial inmediata» es la más

Aunque de algunos textos legales se desprenda que el elemento básico y definidor del reconocimiento judicial sea el sentido de la vista⁵, es lo cierto que el Juez puede, y debe, percibir aquello que se le somete a reconocimiento o inspección utilizando todas sus percepciones sensoriales, y no limitarse sólo a ver aquello que se le ofrece a su consideración. Resulta muy pedagógico, al respecto, el ejemplo que emplea CORTÉS DOMÍNGUEZ⁶: «El órgano judicial puede percibir directamente los malos olores que se desprenden de la cocina del restaurante, o los ruidos que producen los encargados de la cocina al limpiar los platos, o puede apreciar el calor que desprende la chimenea de esa cocina al pasar por la habitación del piso superior; el juez, en definitiva, puede probar el vino que dan en el restaurante para apreciar que no es el buen rioja que anuncian en la carta». Por ello, no existe limitación alguna respecto de las representaciones sensoriales que puede efectuar el Juez, y de ahí que, en vez de reconocimiento o inspección, se proponga la denominación genérica, ya aludida, de percepción para designar en toda su amplitud la actividad judicial⁷.

Con independencia de la terminología que se adopte, sí se hace preciso destacar con SERRA⁸, que no es procedente la regulación de la diligencia de prueba de reconocimiento judicial dentro del Código Civil, tanto por el carácter procesal de toda prueba, como por el hecho cierto de que el reconocimiento sólo puede practicarse en el curso de un proceso, con intervención de un Juez, y que además carece del carácter de prueba legal. En este sentido, si se suprimieran los artículos 1.240 y 1.241 C.c. no variaría en absoluto la regulación del reconocimiento judicial.

correcta teóricamente, ya que comprende las notas distintivas de la institución, si bien desde un aspecto legislativo, estima más conforme a la naturaleza jurídica de la prueba la expresión de reconocimiento judicial, que envuelve el concepto de comprobación de anteriores afirmaciones, que la de inspección judicial, por su claro contenido inquisitivo, incompatible con los principios que informan el actual proceso civil.

5. El artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a la inspección ocular dentro del título dedicado a la comprobación del delito y averiguación del delincuente. Asimismo, el artículo 634 LEC equipara el reconocimiento judicial a la inspección ocular. Por su parte, el art. 1.667 LEC y el art. 54 del R.D. de 21 noviembre de 1952, recogen también esta denominación de *inspección ocular*.

6. CORTÉS DOMÍNGUEZ (CON ALMAGRO NOSETE, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA), *Derecho Procesal*, Valencia, 1988, Tomo I, Vol. 1.º, Parte General. Proceso Civil (1), p. 432.

7. RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1990, Tomo I, p. 617.

8. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 365. Destaca que esta prueba no figura ni en el C.c. francés ni en el italiano, y tampoco estuvo regulada en el Proyecto de Código Civil español de 1851.

Especial relevancia merece el tratamiento que deba darse a la relación entre la diligencia de reconocimiento judicial y el principio dispositivo, dado el sentido y el carácter preeminente de éste en el ámbito del proceso civil. A este respecto, la concepción clásica del principio dispositivo ha inducido a pensar en una actitud pasiva del Juez, a resultas, exclusivamente, de la iniciativa de las partes. De seguir este criterio indicado, el reconocimiento judicial quedaría relegado a una diligencia de prueba de segundo grado, o subsidiaria, por afectar tanto los principios sobre la carga de la prueba, como el carácter de *dominus litis* que tiene el litigante en los diferentes aspectos del proceso.

Sin embargo, el principio dispositivo, desde una perspectiva teórica, carece de relevancia en la prueba, agotándose en la alegación de los hechos⁹, ya que las partes son libres para alegar unos hechos o silenciarlos, y el Juez debe limitarse a los hechos alegados por las partes. Además, el principio dispositivo sólo preside la actividad de las partes, y no la actividad del órgano jurisdiccional¹⁰, razón por la cual, una vez alegados los hechos en su momento procesal oportuno, el Juez puede estimarlos probados por el medio de prueba que considere más oportuno, incluyendo, por lo tanto, el reconocimiento judicial. Es más, a tenor de lo previsto en el artículo 340.3.º LEC, el Juez podrá acordar para mejor proveer, cuando lo estime oportuno para el mejor conocimiento del asunto, y aunque las partes no lo hayan solicitado expresamente, la «práctica de cualquier reconocimiento o aváluo que reputen necesario, o que se amplien los que ya se hubiesen hecho». No por ello se menoscabará el principio dispositivo ni el de aportación de parte, por cuanto ya la doctrina mayoritaria ha considerado que ambos principios rigen, aunque limitadamente, en materia de prueba en relación a la iniciativa probatoria¹¹.

En todo caso, como señala SERRA¹², el verdadero problema de este medio de prueba estriba en el carácter limitado de su objeto, ya que éste debe circunscribirse a cosas, muebles o inmuebles o a personas, cuyo examen pueda ser de utilidad para reconstruir la pequeña historia debatida en el proceso. Pero como los hechos procesales son anteriores al proceso, únicamente respecto de hechos permanentes y respecto de las huellas dejadas por los hechos pretéritos, presenta verdadera utilidad esta

9. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 366.

10. RAMOS, *Derecho Procesal...*, cit., I, p. 338.

11. RAMOS, *Derecho Procesal...*, cit., I, p. 338. Sobre el fundamento constitucional de ambos principios, vid., ALMAGRO NOSETTE, *Garantías constitucionales del proceso civil*, JUSTICIA 81, pp. 17 y ss.

12. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 367.

prueba, que en estos casos, en cuanto recoja la observación directa por parte del Juez, debe considerarse insustituible y absolutamente necesaria.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Como hemos destacado, y como se desprende del concepto y definición propuestos de la diligencia de reconocimiento judicial, la nota más característica de esta diligencia es la ausencia de cualquier instrumento que se coloque entre el Juez y la cosa litigiosa¹³. El Juez percibe directamente y sin intermediarios aquello que es objeto del reconocimiento, entendiendo, conociendo y convenciéndose para sí de las notas peculiares que le ofrece externamente el objeto litigioso. En este sentido, GUASP¹⁴ señala que mientras que en los demás medios de prueba al Juez *le* convence, en el reconocimiento judicial el Juez se convence.

Precisamente, por el hecho de tratarse de una prueba de percepción judicial inmediata se ha cuestionado su carácter de verdadero medio de prueba, ya que se suprime todo instrumento material entre el Juez y el objeto de la *litis*. Debido a ello, como ya hemos indicado más arriba, autores como GUASP¹⁵ prefieren hablar de prueba por monumentos, definiéndola como «aquel medio de prueba real en que se utilizan objetos inmuebles para formar la convicción del Juez sobre un dato procesal determinado». Así, se afirma al respecto que los hechos que se perciben directamente no son objeto de prueba, porque no se prueba aquello que de por sí es ya visible y evidente.

Sin embargo, la gran mayoría de la doctrina¹⁶ considera el reconocimiento judicial como un verdadero medio de prueba. Si centramos el estudio de la prueba en la convicción judicial, el reconocimiento judicial debe ser considerado como un utilísimo medio de prueba por cuanto permite y está ordenado a la formación de la referida convicción del órgano judicial¹⁷, y máxime en el proceso civil en que el Juez no puede investigar hechos nuevos mediante el reconocimiento judicial, ya que el princi-

13. RAMOS, *Derecho Procesal...*, cit., I, p. 618.

14. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1968, I, pp. 407 y ss.

15. GUASP, *Derecho Procesal...*, cit., I, p. 407.

16. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1976, I, pp. 363 y ss.; SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *comentarios...*, cit., p. 366; RAMOS, *Derecho Procesal...*, cit., I, pp. 617 y ss.; GÓMEZ COLOMER (con MONTERO AROCA y ORTELLS RAMOS), *Derecho Jurisdiccional*, Barcelona, 1989, T. II, 1.º, pp. 295 y ss.

17. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 368.

pio dispositivo se lo impide, sino que se limita a comprobar mediante el examen directo de la realidad, las afirmaciones iniciales de las partes.

Como afirma RAMOS¹⁸, «en la medida en que esta actividad perceptiva del Juez puede obtener un dato comparativo de primera mano con las afirmaciones de las partes en los escritos de alegaciones, puede considerarse verdadero medio de prueba». Nota propia de esta diligencia de reconocimiento lo es que, normalmente, el órgano judicial se desplaza al lugar en que se encuentra el objeto litigioso, aunque nada obsta a que el reconocimiento tenga lugar en la sede del propio Juzgado o Tribunal, cuando la cosa litigiosa se trate de bienes muebles o personas, y éstas puedan trasladarse a presencia judicial.

Una de las teorías que niegan al reconocimiento judicial el carácter de medio de prueba parte del punto de considerar que el medio de prueba está integrado por la actividad del Juez, cuando es lo cierto que esta actividad tiene siempre un carácter instrumental respecto de la cosa reconocida, ya que ésta constituye el verdadero objeto de la prueba de reconocimiento¹⁹. Destacar que, en la diligencia de reconocimiento, el Juez actúa como destinatario de la prueba; no debe confundirse la participación judicial con el destino de la prueba, que es únicamente el órgano judicial²⁰. La percepción judicial del Juez en el reconocimiento no es, en sí misma, medio de prueba, sino únicamente el medio propio para observar la prueba, cuyo objeto es la cosa litigiosa sometida a reconocimiento; es decir, el medio de prueba lo constituye el objeto examinado por el Juez. Por ello, la percepción que realiza el Juez en el reconocimiento no se diferencia en nada de las restantes percepciones judiciales realizadas respecto de cualquier otros actos procesales en los que sea precisa la intervención del Juez²¹.

18. RAMOS, *Derecho Procesal...*, cit., I, p. 618.

19. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 369.

20. GUASP, *Comentarios...*, cit., p. 681.

21. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 368. Destaca el Prof. Serra, como otras teorías que niegan al reconocimiento judicial el carácter de medio de prueba, aquellas que consideran como objeto de reconocimiento los hechos alegados en el proceso, y las que estiman que el reconocimiento judicial no es susceptible de error. A las primeras, cabe oponerse alegando que el reconocimiento tiene por objeto sólo las cosas en las que los hechos han marcado unas huellas de interés para el proceso; además, las afirmaciones de las partes versan siempre sobre hechos que ya se han producido cuando el reconocimiento tiene lugar, por lo que resulta imposible que el reconocimiento se produzca directamente sobre los hechos. A la segunda teoría, objetar que, siendo el reconocimiento una actividad humana, nunca puede excluirse por completo el error, no sólo en lo que el reconocimiento judicial tiene de interpretación de los datos proporcionados por las cosas reconocidas, sino incluso en cuanto a la misma per-

3. OBJETO DE LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL

La regulación del reconocimiento judicial en la LEC (art. 633,1) y en el C.c. (art. 1.240) no clarifica absolutamente cual sea el objeto sobre el que pueda recaer esta diligencia de prueba. Esta indeterminación del objeto ha originado no pocas polémicas doctrinales y también de carácter práctico en su aplicación diaria en el foro.

En este sentido, la dicción empleada por la Ley de Enjuiciamiento Civil es restrictiva y limitativa, por cuanto se refiere a «algún sitio o la cosa litigiosa»²², pero, en los demás artículos 634 a 636, sólo regula las cuestiones de procedimiento aplicables al reconocimiento de bienes inmuebles, razón por la que cabe pensar que sólo abarca este determinado tipo de bienes. Por su parte, el Código Civil se refiere, en sentido amplio, a la «cosa inspeccionada», y, cabe entender, por ello, que no presenta una intencionalidad limitativa respecto de determinado tipo de objeto mueble, inmueble o personas.

Consideramos que la interpretación preferente es la que entiende que la diligencia de reconocimiento procede respecto de cualquier tipo de bienes, sean muebles o inmuebles, e incluso, respecto de personas, como analizaremos más adelante en un siguiente epígrafe.

La doctrina²³ ha considerado que puede ser objeto de reconocimiento judicial, además de los bienes inmuebles a los que se refiere expresamente la LEC, también los siguientes:

a) Los objetos muebles siempre que por su naturaleza y por la finalidad de su examen no constituyan fuente de prueba documental. En atención a lo dicho, quedan excluidos los bienes muebles que, principalmente, incorporen signos de lenguaje, o los que requieran la práctica de cotejo de documentos para su esclarecimiento.

b) El cuerpo humano, ya que es perfectamente susceptible de percepción judicial; así, el caso previsto en el artículo 208 C.c. en el que el Juez examinará por sí mismo al presunto incapaz.

cepción y descripción de la misma; así, el riesgo de falsificación del objeto de la prueba no desaparece por completo aunque el reconocimiento lo efectúe directa y personalmente el Juez.

22. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio 1990. «... Prueba de reconocimiento judicial se subordina evidentemente a que por el órgano judicial se considere necesario el examen personal de 'algún sitio o cosa litigiosa', en los términos previstos en el artículo 633 de la Ley, por lo que la Sala de instancia subordinó en citadas resoluciones su práctica para acordarlo, en su caso, como diligencia para mejor proveer, sobre cuya discrecionalidad al amparo del art. 340 huelga argumentación alguna».

23. GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional...*, cit., II, p. 296.

c) Los bienes en general, tanto considerados en un aspecto estático (dónde están, cómo son, qué forma tienen), como dinámico (cómo funciona una determinada maquinaria, efectos (a.e. grietas) del funcionamiento de esa maquinaria, o, en general, cualquier acción o hecho continuado).

3.1. Reconocimiento con desplazamiento del Juez.

En determinadas ocasiones, para la práctica del reconocimiento judicial, el Juez deberá desplazarse de la sede del Juzgado para poder llevar a cabo la referida diligencia. Este desplazamiento del Juez no tiene lugar exclusivamente cuando lo que vaya a ser objeto de reconocimiento sea un bien inmueble; también se produce cuando el reconocimiento recae sobre determinado tipo de bienes muebles²⁴. Pensemos, por ejemplo, en aquellos bienes muebles que por su tamaño no puedan trasladarse al Juzgado (a.e. un centro de cálculo informático), o aquellos otros supuestos en los que lo que se solicita para la efectividad de la diligencia es ver su funcionamiento en el lugar en el que, de ordinario, están ubicados (a.e. una pequeña máquina fresadora, para apreciar el ruido y las vibraciones que produce desde el inmueble vecino).

En todo caso, como indica SERRA, el objeto sobre el que recaiga el reconocimiento judicial deberá ser, siempre, un bien de carácter material. Si el reconocimiento se efectúa mediante los sentidos, se comprende que únicamente las cosas susceptibles de percepción sensorial puedan ser objeto de la prueba²⁵.

Así, no se concibe una diligencia de reconocimiento en la que el Juez deba apreciar, o no, si el honor de una persona, o el buen nombre de un comerciante, se ha visto afectado como consecuencia de las manifestaciones efectuadas por el demandado²⁶.

24. GUASP, *Comentarios...*, cit., p. 679.

25. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 373.

26. Respecto al carácter irrelevante de determinado reconocimiento judicial, Vid., Auto del Tribunal Constitucional 612/87, de 20 de mayo. «... Los actores argumentan que por no haberse practicado la prueba de reconocimiento judicial no han podido acreditar que el aparcero-demandante en el juicio de retracto lo era sólo de parte de la finca retraída y no de toda ella. La Sentencia rechaza frontalmente esta alegación, porque entienden que la finca, como realmente existe es una unidad de tierras y casa, recibiendo el mismo nombre y habiendo sido vendida como tal unidad en todos los contratos existentes en Autos y figurando inscripción única en el Registro de la Propiedad, sin que haya aportado prueba alguna de que la casa de hecho o de derecho tuviese un destino separa-

El desplazamiento del Juez en la práctica de esta diligencia plantea una cuestión que reviste un especial interés, sobre todo, por su relación directa con derechos especialmente protegidos: nos referimos al supuesto en que se impide la entrada al lugar que debe ser reconocido, en el caso de que este lugar sea propiedad particular de la persona que no permite la entrada del Juez. Al respecto, cabe distinguir el caso en que la negativa a facilitar la tarea del Juez provenga de las partes en litigio, o bien de un tercero, ajeno a la *litis*.

La Ley Procesal nada dice sobre este particular. A nuestro entender, las partes no están legitimadas para oponerse a la práctica de la diligencia de reconocimiento judicial acordada por el Juez en el curso del proceso. Amén de la propia viabilidad de tal medida, recogida expresamente en el articulado de la LEC, su soporte último estaría en el contenido del artículo 118 del texto de la Constitución de 1978 cuando dice que: «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto»²⁷. De esta manera, coincidimos

do, antes al contrario, ha fracasado toda prueba tendente a demostrar que la casa era ocupada por el propietario o que no se hallaba a disposición del aparcero. Con la prueba de reconocimiento judicial el actor pretende acreditar que el aparcero no ocupaba la casa y los terrenos contiguos a ella, pero aún cuando esto se hubiese conseguido acreditar, la Sentencia se refiere en el último inciso a que no se ha probado que la casa no se encontrase a disposición del aparcero. El reconocimiento sólo podía acreditar que la casa y los terrenos contiguos no eran utilizados por el aparcero, pero nunca serviría para probar esta falta de disponibilidad en la que se fundamenta la Sentencia. Todo ello demuestra lo irrelevante del reconocimiento judicial, y en definitiva, lo razonable de esta declaración judicial de no pertinencia...».

27. Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1986, de 31 enero. FJ 3.º: «... El obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho y, como tal, es enunciado y recogido en el art. 118 CE. Exigencia objetiva del sistema jurídico, la ejecución de las sentencias y demás resoluciones que han adquirido firmeza también se configura como una derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al contenido del art. 24, número 1, de la CE, cuya efectividad quedaría decididamente anulada si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial en favor de alguna de las partes se relegara a la voluntad caprichosa de la parte condenada o, más en general, éste tuviera carácter meramente dispositivo. Presupuesto para el ejercicio del derecho que asiste al justiciable a instar la ejecución de lo juzgado y ser repuesto, así, en el disfrute de los derechos e intereses que le fueron cuestionados el principio de intangibilidad de las sentencias y demás resoluciones dictadas por los órganos integrados en el Poder Judicial entra a formar parte, por lo mismo, del cuadro de garantías que el art. 24, número 1 de la CE consagra. No quiere decir ello que la formulación constitucional impida al legislador sacrificar la 'santidad de la cosa juzgada' en aras del superior valor de la justicia, estableciendo supuestos de firmeza potencialmente debilitada; lo que el derecho a la tutela judicial efectiva proscribiera

con SERRA²⁸, cuando señala que la resolución acordando el reconocimiento judicial contiene implícitamente la autorización de entrada en el lugar que debe ser reconocido, y, por consiguiente, el Juez puede reconocer el lugar, incluso contra el consentimiento de la parte, recurriendo si es preciso al auxilio de la fuerza pública. La parte, en su condición de tal, no puede obstaculizar a su voluntad una diligencia de prueba. Es más, consideramos que las partes tienen un deber, asimilable a una verdadera *carga*, de facilitar y permitir, en la medida de lo posible, la entrada al órgano jurisdiccional al lugar que deba ser examinado²⁹.

Cuestión diferente resulta cuando quien se opone a la práctica de la diligencia de reconocimiento es un tercero, y como tal, ajeno a los autos. Para GUASP³⁰, a los terceros no se imponen cargas ni obligaciones de ninguna clase: si no permiten el acceso, la prueba no se practicará y correrá con su riesgo la parte a quien interese.

El tercero, no ha sido oído en el curso del proceso y, por lo tanto, puede tener motivos legítimos para oponerse a la práctica de la prueba; por ello, este tercero estaría legitimado a oponerse al reconocimiento de un local de negocio, por ejemplo, cuando éste fuera de su propiedad particular.

Ello no obstante, hay autores que no comparten este criterio. Para MONTERO AROCA³¹, el citado artículo 118 de la Constitución obligará a alterar esta situación en la legislación futura; entiende este autor, que ello comportará que el tercero tenga el deber de facilitar al Juez el acceso a ese medio de prueba.

Sobre este punto, se hace necesario poner en relación lo preceptuado en el indicado art. 118 CE con lo previsto en el art. 18,2 del mismo cuerpo legal; en este sentido, cabe considerar que, si bien resulta de completa aplicación el citado artículo 118 para el caso, ya indicado, de

es que, fuera de los supuestos taxativamente previstos, las resoluciones firmes no queden sin efecto.

Vid, también, en el mismo sentido, las SSTC 4/1988, 21 enero, y la 67/84, 7 junio.

28. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 374.

29. Como indica SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 375, las partes vendrán obligadas a consentir el reconocimiento judicial en todo caso, lo que puede resultar perjudicial en determinados supuestos en los que puede llegar a montarse un proceso sin otro propósito que averiguar las materias objeto del reconocimiento judicial. Además, el tema es especialmente grave si tenemos en cuenta que el reconocimiento judicial se decreta sin previa audiencia de la parte afectada y sin admitirle recurso alguno.

30. GUASP, *Derecho Procesal...*, cit., p. 440.

31. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional...*, cit., II, 1.º, p. 296.

las partes procesales, también debe serlo cuando se trata de un reconocimiento judicial que vaya a afectar a un tercero: en este caso, el artículo 118 se ve concretado, para el supuesto que ahora se analiza, por lo dispuesto en el artículo 18.2 del mismo cuerpo legal, así como por la interpretación que de dicho derecho fundamental ha realizado el Tribunal constitucional. El tercero no podrá oponerse al reconocimiento que para su práctica afecte a su propio domicilio³², cuando dicha diligencia de prueba esté válidamente acordada en el curso de un proceso civil. En caso de negativa manifiesta del tercero a facilitar la práctica del reconocimiento, siempre que el Juez entienda relevante la diligencia a los fines probatorios del proceso, el órgano judicial deberá expedir el oportuno y *específico* mandamiento de entrada en el domicilio privado, y llevar a cabo la diligencia de reconocimiento. La Sentencia 22/1984, de 17 febrero, del TC es explícita a este respecto, cuando indica que «... la Constitución no es sólo la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos. Ello es, además, indiscutible respecto de los preceptos contenidos en los artículos 14-30, por ser objeto del proceso de amparo. Por consiguiente la autoridad judicial está investida de la suficiente potestad para otorgar las autorizaciones de entrada y registro, de la misma manera que ocurre en el apartado 3.º del artículo 18, donde se inviste a los jueces de potestad para permitir el levantamiento parcial del secreto de las comunicaciones»³³.

32. STC 22/1984, 17 de febrero. «... la idea de domicilio que utiliza en art. 18 de la CE no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho Privado, y en especial en el art. 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por esta de sus derechos y obligaciones. Como se ha dicho acertadamente en los alegatos que en este proceso se han realizado, la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y en registro en un domicilio (art. 18.2 CE) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 de la CE). Todo ello obliga a mantener, por lo menos «prima facie» un concepto constitucional de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo».

33. Añade la citada STC 22/1984, 17 febrero, que «... existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el artículo 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social. No ocurre esto en materia de inviolabilidad de domicilio, donde la Constitución no dice que deba sacrificarse a cualquier fin social, que en general será de rango superior por serlo, y únicamente menciona de modo expreso la presunción de un delito flagrante como causa bastante para el sacrificio del derecho, aunque esta norma sea susceptible de desarro-

A tenor de todo ello, cabe considerar legítimo, y no infrinje los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Marga, aquel reconocimiento judicial que deba practicarse en un domicilio privado de un tercero —que no es no parte en autos—, pese a la negativa expresa de éste, siempre que, a tal efecto, se haya dictado, por el Juez que vaya a practicar la diligencia de prueba, resolución expresa que ordena la entrada en dicho lugar³⁴.

Por lo demás, el desplazamiento del órgano jurisdiccional fuera de la sede del Juzgado se efectuará, previa citación de las partes, y con tres días de anticipación, por lo menos, al día y hora en que haya de practicarse, según dispone el artículo 633 LEC. De este precepto también se desprende que el reconocimiento que no revista estas garantías (publicidad audiencia y citación) será nulo, como también lo será el reconocimiento efectuado de forma privada por el Juez o el practicado sin su asistencia³⁵.

Los diferentes. (...) De la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización de ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas. La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que se trata de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa, como ocurre en el presente caso. A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la Jurisdicción ordinaria en materia civil. Si los agentes judiciales encargados de llevar, por ejemplo, a cabo, un desahucio o un embargo encuentran cerrada la puerta o el acceso de un domicilio, sólo en virtud de una específica resolución judicial pueden entrar. Por consiguiente, el hecho de encontrarse ejecutando una decisión judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y en registro en un domicilio particular. Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito, y salvo, naturalmente, las hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con el estado de necesidad».

34. Pensemos en el siguiente supuesto: en un juicio declarativo ordinario en el que se exigen responsabilidades a constructor y arquitecto por defectos en la construcción de un edificio, se solicita la práctica de reconocimiento judicial para que el Juez aprecie el alcance de unas grietas que aparecen en las paredes interiores del edificio; si algunos vecinos propietarios del inmueble, que no son parte en el proceso, se niegan a facilitar la entrada del órgano jurisdiccional para que compruebe el alcance, estado y características de las referidas grietas, se limitaría, de *facto*, la formación de la convicción judicial, por cuanto el Juez sólo podría apreciar de forma parcial el objeto de la diligencia, y por ende, obtener una visión limitada de la realidad.

35. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1946 (Colección Legislativa, Sentencia n.º 7, Tomo XIV, marzo-mayo 1946, pp. 81 y 82), en cuyo Considerando cuarto se dice: «... en cuanto a la denegación del reconocimiento judicial, simultáneo a la

3.2. Reconocimiento en la propia sede del Tribunal

Cuando lo que vaya a constituir el objeto del reconocimiento judicial pueda trasladarse a la sede del Juzgado o Tribunal, sin sufrir menoscabo, y sin que se altere la esencia de la práctica de la referida diligencia, tendrá lugar ese reconocimiento sin necesidad de desplazamiento del órgano jurisdiccional.

La Ley procesal no regula en su articulado este supuesto ya que, como hemos indicado en el epígrafe anterior, la LEC sólo contempla expresamente el supuesto de reconocimiento de inmuebles, lo que implica un desplazamiento del Juez fuera de la oficina judicial.

Hemos distinguido según el reconocimiento verse sobre cosas muebles o sobre personas.

a) Reconocimiento de cosas muebles.

La parte que desee aportar una cosa mueble para su reconocimiento en el proceso deberá efectuarlo precisamente junto a sus escritos de demanda o contestación³⁶, de tratarse de una cosa cuya observación sea

pericial, relativas a la descripción de los muebles existentes en el domicilio de los actores, ni cabe desconocer que tales pruebas fueron admitidas y practicadas en primera instancia, ni olvidar que lo que se pidió a la Sala fue solamente que se practicasen de nuevo, para suplir y subsanar las imperfecciones con que se realizaron; y si bien es exacto que al reconocimiento no asistió el Juez, según debió hacerlo, por cuanto es prueba directa, faltando a lo prevenido en el artículo 633, como a la diligencia asistieron las partes, sus representantes y Letrados, prestando su conformidad sin denunciar la infracción por los medios procesales oportunos, es obvio que no incidió la Sala en el error que se invoca, por cuanto las imperfecciones con que la prueba se practicó a la parte recurrente y a su falta de diligencia en no pedir a tiempo la subsanación debían imputarse...».

36. Destacamos, a este respecto, el interesante comentario que efectúa FENECH, *Comentario al Auto de la Audiencia Territorial de Barcelona de 21 de junio de 1961*, RJCat., 1962, p. 254, en el que, a propósito de un litigio suscitado en un proceso previsto en el Estatuto de la Propiedad Industrial, que: «La exacta solución del problema debe hallarse, no ya tergiversando los términos doctrinales, sino por el contrario interpretando sistemáticamente los preceptos de la Ley. De acuerdo con el art. 633 LEC, el examen directo por el Juzgador de la cosa litigiosa, puede hacerse dentro de la prueba de reconocimiento judicial, o de inspección ocular según el C.c. Pero para que dicho examen se efectúe, es menester que la cosa litigiosa haya sido aportada al proceso. Y como falta en la Ley Procesal el procedimiento adecuado para la aportación de una cosa mueble, distinta del documento, al proceso, es preciso cubrir la laguna interpretando analógicamente los restantes preceptos procesales. Las únicas normas previstas en las leyes procesales para la aportación de cosas muebles al proceso son las de los arts. 503 a 513 LEC, que deben ser aplicables por analogía y con las debidas reservas a la aportación al proceso de la cosa litigiosa que deba ser origen de reconocimiento judicial (...) Los objetos patentados son fundamentales para el derecho de cada parte y deberán ser aporta-

fundamental para el proceso (art. 504 LEC)³⁷. Sólo podrán integrarse en el *thema probandum* de esta prueba los hechos que no sean notorios y los que no hayan sido admitidos llanamente por la parte a quien perjudiquen (art. 565 LEC), es decir, los hechos discutidos y controvertidos que constituyen el fundamento de las peticiones de las partes y que es necesario esclarecer para poder tenerlos como ciertos en la sentencia³⁸.

En este sentido, la doctrina acepta que puede pedirse el reconocimiento de un documento, cuando tenga por objeto sus características externas (a.e. estado de conservación) y no su carácter representativo³⁹.

Cabe destacar que, de la interpretación a *sensu contrario* del art. 603 LEC⁴⁰, se desprende la obligación de quienes son parte en el proceso de aportar aquellos documentos privados que obren en su poder. Estos documentos serán aquellos que interesen al actor y que tiene el demandado, el cual no los ha aportado en original (arts. 504.I y 602 LEC), porque no fundó en ellos su resistencia, o por cualquier otra razón. El demandado, por tanto, estaría obligado a exhibir el documento que interesa al actor si es trascendente en cuanto al fondo del asunto a juicio del órgano judicial⁴¹. Además, la negativa de las partes a la petición de aportación podría llegar a ser sancionada coactivamente por el Juez sustanciado, en su caso, un proceso penal por el delito de desobediencia a la Autoridad Judicial (art. 237 CP).

Respecto de quien no es parte, indica el citado art. 603.I LEC que «sólo se requerirá a los que no litiguen la exhibición de documentos privados de su propiedad exclusiva cuando, pedido por una de las partes, el Juez entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia». Esta obligación del tercero de exhibir el documento privado da pie a una interpretación extensiva en el sentido de posibilitar el reconocimiento judicial, a practicar en la propia sede del Juzgado, de aquellos bienes muebles que obren en poder de tercero⁴² y que sean in-

dos precisamente con la demanda y con la contestación (...); posteriormente deberá solicitarse en el momento oportuno la práctica de la prueba de reconocimiento judicial de tales objetos...».

37. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en Comentarios..., cit., p. 376.

38. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, Madrid, 1987, p. 156.

39. GUASP, *Comentarios...*, cit., p. 679; SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en Comentarios..., cit., p. 376.

40. GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, cit., II, p. 262.

41. GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, cit., II, p. 262.

42. Indica el mencionado art. 603.II LEC que el Juez ordenará la comparecencia personal de aquel en cuyo poder se hallen los documentos, y, tras oírle, resolverá lo

dispensables en orden a la prueba procesal, sin perjuicio de determinados supuestos especiales⁴³.

Cuando se habla de que el reconocimiento del bien mueble de que se trate sea indispensable en orden a la prueba procesal, nos referimos a que sea trascendente a los fines de dictar sentencia, es decir, que depende del sentido de la sentencia del reconocimiento a practicar respecto del bien mueble que está en poder de tercero⁴⁴.

b) Reconocimiento de personas.

En la LEC no existe ningún precepto que se refiera al reconocimiento de la persona humana, ni tampoco que regule la forma de llevarlo a la práctica⁴⁵; ello no obstante, como indica ORDOÑO ARTES⁴⁶, entendemos que esta diligencia debe ser admitida sin reparos, cuando así lo aconseje la propia naturaleza de la *litis*, tanto porque no hay causa que justifique su exclusión, como por el hecho de que tampoco hay artículo que niegue de forma expresa su viabilidad, incorporándose, además, la posibilidad del reconocimiento de la persona humana, explícitamente, en las recientes reformas del Código Civil.

En los procesos sobre filiación se permite la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante cualquier tipo de prueba (art. 127 C.c.); también se permite en el proceso de incapacitación el examen del

procedente. Dicha resolución no es susceptible de recurso alguno, pero la parte a quien interese podrá reproducir su petición en la segunda instancia.

43. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en Comentarios..., cit., p. 376. Para que los terceros vinieran obligados a la aportación de cosas muebles que obren en su poder debería ser ésta indispensable, no causar grave daño a tercero y no perturbar el secreto profesional.

44. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, cit., I, p. 408. Añade el Prof. Cortés que en estos casos (se refiere a los documentos en poder de terceros), entran en liza derechos que pueden estar en contraposición: de un lado, el derecho que tiene la parte de utilizar todos los medios probatorios que hagan efectivo su derecho a la tutela jurídica; de otro, el derecho del tercero a la intimidad que puede ser violado si tuviera que exhibir sin más los documentos que son de su propiedad exclusiva. Por ello, la Ley exige oír al tercero antes de tomar ninguna decisión, siendo ese el momento adecuado para que el tercero haga valer sus derechos constitucionales a denegar una prueba pedida por la parte, siendo el Juez quien deba valorar qué derecho constitucional deba prevalecer en ese momento. Por último, nada impediría al tercero utilizar el recurso de amparo constitucional para defenderse de la orden del órgano judicial, si considera que viola algún derecho de los que le reconoce la Constitución.

45. La Ley de Enjuiciamiento Criminal admite la inspección ocular de la persona humana cuando ésta constituye el objeto del delito, como ocurre en los supuestos de heridas o mutilaciones, muerte violenta o sospechosa de criminalidad (arts. 335.I y 340).

46. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 170.

presunto incapaz (art. 208 C.c.); destacamos, además, su práctica en los procesos de nulidad, divorcio y separación matrimonial (arts. 73 y ss. del C.c.; y Disposiciones Adicionales 5.^a y 6.^a de la Ley de 7 de julio de 1981). Asimismo, hay otros procesos, como los relativos a los daños producidos a personas como consecuencia de responsabilidad extracontractual, en donde es necesario el reconocimiento judicial de una persona y en los que su inadmisión, basada en la falta de una norma procesal específica que lo regule, puede originar graves problemas en la práctica, así como desembocar en una situación de absoluta indefensión para el litigante afectado⁴⁷.

La doctrina⁴⁸ ha distinguido, a este respecto, tres clases de reconocimiento: personal, corporal y psiquiátrico.

En el reconocimiento personal, el Juez examina al individuo para conocer sus rasgos y caracteres físicos externos, como lo son el color de la piel, de los ojos, cabello, estatura, existencia de cicatrices, etc. En todo caso, al Juez le basta la simple percepción sensorial de la persona para tener conocimiento de sus signos exteriores.

En el reconocimiento corporal, el objeto de la diligencia versa sobre aquellas partes del cuerpo humano que normalmente se cubren y ocultan⁴⁹. Aquí, el Juez debe actuar con la cautela y prudencia que el derecho constitucional a la intimidad obliga (art. 18.I CE), ya que, en todo caso, deben respetarse los sentimientos de pudor y de dignidad⁵⁰. Por

47. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 170.

48. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 171.

49. En la práctica es frecuente la denominada prueba hematológica o para la determinación de los diversos grupos sanguíneos, aunque, entendemos que se trata más de una prueba pericial que no de un verdadero reconocimiento judicial, dado el carácter técnico-médico de los conocimientos que se precisan y de los instrumentos necesarios para realizar correctamente dicha prueba.

50. STC 37/1988, de 15 febrero. La Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1 CE), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio, inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad.

Esta afirmación de principio requiere, claro está, algunas matizaciones. La primera de ellas, implícita en lo ya dicho, es la de que el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante las que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de

esta misma razón, en determinados casos se puede plantear la necesidad de que sea otra persona distinta del Juez quien lleve a cabo la práctica de la diligencia (a.e. cuando debe ser reconocida una mujer por parte de un Juez varón y, por pudor, aquella solicite la intervención de otra mujer). Para este caso, la figura del práctico en el terreno (art. 634.II LEC) puede servir de mediador probatorio, transmitiendo al Juez, previo juramento, su propia percepción del modo más fiel y exacto posible⁵¹.

En el reconocimiento psiquiátrico tendrá lugar el examen o percepción por el Juez de un individuo para comprobar si posee o no un estado sano y normal, es decir, para determinar si padece alguna anomalía o alteración que le afecte directamente a la mente y le impida gobernarse por sí mismo y ser responsable de sus propios actos. Aquí, consideramos que debería realizarse la práctica del reconocimiento junto con la asistencia de un perito técnico en la materia, para que éste explorase médicamente al sujeto, a la vez que el Juez lo reconoce sensorialmente, ya que, en algunas ocasiones, el mero reconocimiento judicial puede no arrojar datos suficientes para determinar el tipo y el grado de incapacidad mental de la persona reconocida⁵². Pensemos, por ejemplo, en lo regulado en el artículo 208 C.c., en donde expresamente se establece que el Juez examinará por sí mismo al presunto incapaz⁵³; amén de la absoluta falta de concreción en el modo de llevarse a cabo la dicha diligencia, según se desprende del contenido del mencionado artículo, sin la asistencia de un médico especialista en el tema se hace difícil entender cómo el Juez

la persona. La segunda es la de que, aun tratándose va de actuaciones que afecten al ámbito protegido, es también cierto que, como observa el Ministerio Fiscal, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es este un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo no haya establecido de modo expreso la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (núms. 2 y 3 del mismo art. 18). Tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de preveer que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (...).

51. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 173. Añade que un precedente histórico de carácter análogo se encuentra en el Derecho de Partidas, donde estaba previsto el examen de mujeres corrompidas o preñadas por vista de mujeres de buena fama (P. III, T. XIV, L. 8.^a).

52. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 175.

53. En esta diligencia de reconocimiento se pueden dar, en la práctica, la actuación conjunta por parte del Juez de los tres supuestos analizados: tanto personal, corporal como psiquiátrico, según que el presunto incapaz padezca alguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter psíquico o físico.

puede llegar a discernir el grado de capacidad o incapacidad del individuo que reconoce.

En definitiva, y debido a la carencia de regulación de la prueba de reconocimiento judicial sobre la persona humana en nuestra LEC, el Juez no podrá practicar dicha diligencia cuando el sujeto pasivo que deba prestarse a ello se niegue a hacerlo. No hay deber jurídico alguno de someterse al reconocimiento, ni tampoco la posibilidad judicial de acordar apremios para obligar a la persona a comparecer y prestarse al reconocimiento corporal, e incluso de conducirlo por la fuerza pública, como ocurre con la prueba testifical. En todo caso, podría apelarse al deber legal y constitucional de todos los ciudadanos de prestar la colaboración requerida en el curso de un proceso (art. 118 CE y 17.I LOPJ) para, en definitiva, proceder a la incoación del proceso penal correspondiente al delito de desobediencia a la autoridad judicial.

4. PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

4.1. *Proposición*

La diligencia de reconocimiento judicial podrá proponerse, a instancia de parte, dentro del primer período probatorio —o del común para proponer y practicar, según el tipo de juicio— mediante el escrito general de proposición de prueba o escrito aparte de forma independiente (art. 553 LEC). De ese escrito se le entregará copia a la contraparte para su conocimiento, y para que, a su vez, solicite la prueba que le convenga (arts. 515 y 517 LEC).

En la segunda instancia también se podrá solicitar la práctica del reconocimiento judicial, una vez se haya otorgado el recibimiento a prueba según lo preceptuado en el art. 862 LEC.

En el escrito de proposición de esta diligencia, aunque la Ley no lo diga expresamente, se hará constar con claridad y precisión el objeto sobre el que deba recaer el reconocimiento del juez; en su caso, también deberán acotarse específicamente los extremos sobre los que deba centrarse la percepción sensorial del Juez. La doctrina ha distinguido entre un reconocimiento simple (a.e. reconocimiento solicitado sobre un automóvil para probar los efectos o vicios ocultos que motivaron su avería)

y un reconocimiento complejo (a.e. en el mismo caso del automóvil, el reconocimiento de los frenos, el embrague, etc.)⁵⁴.

Junto al objeto a reconocer, deberá indicarse, de forma clara y detallada, el lugar donde se encuentra el objeto reconocible cuando éste no pueda trasladarse a la sede del Juzgado, y además, el hecho que a través del reconocimiento se quiere probar; en todo caso, se trata de establecer lo más exactamente posible la relación que existe entre el objeto y el hecho que se trata de averiguar para que el Juez pueda apreciar si se da esa relación, y así, determinar la pertinencia del reconocimiento pedido.

El Juez deberá concretar y determinar el día y la hora en que vaya a tener lugar la práctica de la referida diligencia, con una anticipación mínima de tres días para la citación de las partes (art. 633 LEC). Esta anticipación, que si bien respondería al hecho de que las partes y sus defensores puedan instruirse y asistir a la diligencia bien preparados, no esconde el problema que se plantea cuando la parte que dispone del objeto que va a ser reconocido lo *prepare* (cuando no lo haga desaparecer) en la forma que más le convenga a sus propios intereses, peligrando de esta manera la objetividad que debe caracterizar a esta diligencia⁵⁵.

Destacamos determinados supuestos en los que el reconocimiento se practica de *oficio por el órgano jurisdiccional, bien necesariamente* (art. 1.679 LEC en relación al interdicto de obra ruinoso), bien con carácter general (art. 340,3.º, diligencias para mejor proveer, y 1.667 LEC, en relación al interdicto de obra nueva): En todo caso, el Juez está facultado para acordar discrecionalmente un reconocimiento para mejor proveer, que puede practicarse incluso después de haberse realizado el reconocimiento judicial pedido a instancia de parte. Coincidimos con SERRA⁵⁶ cuando indica que «aún cuando la solución legal no sea del todo satisfactoria, ya que sigue siendo la instancia de parte el modo normal de proponer el reconocimiento judicial, la amplitud con que se admiten las diligencias para mejor proveer en nuestra Legislación, ya que no en la práctica de los Tribunales, puede permitir que los jueces practiquen libremente los reconocimientos judiciales que estimen oportunos, sin otro inconveniente que, al realizarse la diligencia para mejor proveer inmediatamente antes de la sentencia, las partes no podrán alegar ni justificar los errores en que pueda haberse incidido en la práctica de la prueba».

En relación con la práctica de la diligencia de reconocimiento judi-

54. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 226.

55. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 228.

56. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 386.

cial para mejor proveer, cabe destacar el empleo *desmesurado* por parte de Juzgados y Tribunales de la fórmula que deniega provisionalmente dicha diligencia de prueba «sin perjuicio de que en su día pueda acordarse para mejor proveer». Como ha señalado la muy interesante —y novedosa— Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1993 (Ponente D. José Almagro Nosete), «esta fórmula de reservarse para este momento la definitiva declaración de pertinencia se ha implantado y utilizado, cada vez, con mayor frecuencia y constituye, a no dudarlo, una práctica perjudicial para la parte, pues no se le dice definitivamente que no, pero tampoco que sí, lo que entraña, un grado de indefensión, al provocar perplejidad en la proponente, que no sabe, de este modo, cuál es la conducta procesal que debe seguir, y, desde luego, contradice el sentido categórico que deben tener las resoluciones judiciales; por supuesto que esta admisión o inadmisión condicionada, según se mire, no está prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil, y es contraria al ejercicio legítimo de facultades que concede a las partes el artículo 567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...). La falta, por tanto, de práctica de la prueba de reconocimiento judicial, sustancialmente en la forma pedida, ha conculcado las garantías procesales, concretamente el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa con resultado de indefensión».

Por otro lado, cabe destacar que resulta censurable que la LEC no permita al Juez acordar la práctica de un reconocimiento judicial de oficio en la fase de prueba⁵⁷. Para SENTIS MELENDO⁵⁸, no existe incompatibilidad del principio dispositivo y el de la carga de la prueba con el de dirección del proceso y el de economía procesal; esto último es lo que significa la facultad del Juez de acordar en el período probatorio el reconocimiento: una forma de dirigir el proceso y en ocasiones una posibilidad de economía probatoria.

Añade GUASP⁵⁹ que «nadie mejor que el Juez puede saber a ciencia cierta si su propia observación tendrá influencia en el proceso. Por tanto, resulta evidentemente exagerado el principio dispositivo cuando se aplica a la elección en un caso concreto del reconocimiento judicial; así se

57. En sentido afirmativo se han pronunciado PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1972-1974; PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona, 1985, I, p. 698; SENTIS MELENDO, *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*, Buenos Aires, 1978, p. 191; *Iniciativa probatoria del Juez en el proceso civil*, en Estudios de Derecho procesal, Buenos Aires, 1967, T. I, p. 478.

58. SENTIS MELENDO, *Iniciativa probatoria*, en Estudios..., cit., I, p. 478.

59. GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943, p. 150.

convierte el Juez en un mero autómatas que ni para determinar la necesidad de su experiencia es apto».

4.2. Admisión.

Una vez presentado el escrito de proposición de prueba con la solicitud de llevar a cabo la diligencia de reconocimiento judicial, el Juez deberá apreciar si el objeto a reconocer es accesible a los sentidos y si está relacionado con los hechos a esclarecer; también analizará la idoneidad de esta prueba para probar tales hechos⁶⁰; en su caso, dictará resolución, que deberá adoptar la forma de *auto*, en donde admitirá el medio de prueba propuesto, indicando el día, hora y modo en que deba realizarse el reconocimiento⁶¹.

Para GUASP⁶², el reconocimiento judicial será admisible no sólo cuando sea necesario el examen de la cosa, sino también cuando dicho examen resulte conveniente o útil para la formación del supuesto de hecho de la sentencia. El reconocimiento procederá no sólo respecto de los hechos esenciales del proceso, sino también respecto de aquellos hechos accidentales que contribuyan a la formación del contenido de la sentencia; no sólo respecto de los hechos por sí mismos relevantes, sino también respecto de aquellos otros que puedan servir de indicio para la formación de una presunción; cualesquiera hechos de interés para el proceso podrán ser acreditados mediante el reconocimiento judicial, siempre que puedan derivarse, mediata o inmediatamente, de la observación de la cosa reconocida⁶³.

Del análisis del art. 1.240 C.c. se desprenden dos elementos importantes relacionados con la admisión del reconocimiento judicial:

60. El derecho a que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas es inseparable del derecho mismo a la defensa (SSTC 147/87 y 50/88) que no puede ser desconocido u obstaculizado por el Juez o Tribunal, pero eso no desapodera a los órganos judiciales de su competencia para apreciar la pertinencia en relación con el *thema decidendi*. El derecho a la ejecución de la prueba admitida ha sido constitucionalizado... (STC 116/83 y 51/90, entre otras).

61. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 mayo 1985 (RAJ, 1985, 2.265): «Los arts. 1.240 y 1.241 del C.c., referentes a la prueba de inspección personal del Juez, establecen que la eficacia de tal medio de prueba únicamente viene supeditada a que permita al Tribunal apreciar por las exterioridades de la cosa inspeccionada el hecho que se trate de averiguar y en cuanto consigne con perfecta claridad en la diligencia los detalles y circunstancias de la cosa inspeccionada».

62. GUASP, *Comentarios...*, cit., p. 685.

63. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en Comentarios..., cit., p. 388.

El primero de ellos hace referencia a que el objeto reconocible ha de tener exterioridades, ya que, de lo contrario, la prueba de reconocimiento es inadmisibile.

El segundo, que entre el objeto y el hecho o hechos que mediante el reconocimiento se quieren probar debe existir una imprescindible conexión, ya que si no el reconocimiento será impertinente y, como tal, inadmisibile⁶⁴.

ORDOÑO ARTES⁶⁵, destaca la problemática que puede suscitarse cuando el Juez tiene duda racional, bien acerca de la posibilidad de realizar el reconocimiento judicial propuesto, o bien acerca de la eficacia o efectividad del mismo. En el primer caso, si existe una imposibilidad dudosa de realizar el reconocimiento en óptimas condiciones, lo más acertado será admitirlo a trámite; pero, si hay una imposibilidad material clara que impida al Juez realizar la diligencia de forma óptima, habrá que rechazarlo.

En el segundo caso, si el Juez tiene duda sobre la efectividad o eficacia del reconocimiento, deberá practicarse la prueba, dado que, hasta que el reconocimiento no se haya realizado, el Juez no podrá saber con seguridad el resultado de la misma⁶⁶.

La impertinencia de la prueba de reconocimiento judicial sólo puede resultar de su inutilidad para apreciar los hechos controvertidos o de una insuficiente identificación del objeto sobre el que ha de recaer. Pero, no puede tomarse como criterio de impertinencia el hecho de que la prueba resulte superabundante, porque el Juez ya está suficientemente convencido de los temas de prueba. Por definición, ese convencimiento no puede tenerlo el Juez en el momento de proposición de prueba⁶⁷.

Especial consideración merece el tema, polémico en la doctrina y la

64. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 230.

65. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 230.

66. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 diciembre 1985 (RAJ, 1985, 6.524): «En cuanto a la prueba de reconocimiento judicial o de inspección personal del Juez, dice el art. 1.240 C.c. que 'sólo será eficaz en cuanto claramente permita al Tribunal apreciar, por las exterioridades de la cosa inspeccionada, el hecho que se trata de averiguar', por lo que en el caso debatido esta prueba no ha sido eficaz, por cuanto se trataba de investigar hechos como las dimensiones de las zapatas aisladas y la cimentación corrida, así como las resistencias de los hormigones para saber si éstos se ajustaban a lo dispuesto en el proyecto, lo cual no se puede determinar por una simple inspección ocular, circunstancias que ni en la prueba pericial que sirvió de base a la sentencia recurrida se pudieron concretar y mucho menos por las meras 'exterioridades' de la cosa inspeccionada».

67. RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, cit., I, p. 619.

práctica del foro, relativo a la admisión del reconocimiento judicial en los procesos de interdicto de retener o recobrar (arts. 1.651 y ss. LEC). La doctrina mayoritaria⁶⁸ considera que la limitación de prueba prevista en el art. 1.644 LEC, que comporta la exclusión del reconocimiento judicial, no debe regir para los referidos juicios de interdicto. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido expresamente la limitación que establece el art. 1.656 II LEC⁶⁹.

En la práctica, los Juzgados se muestran reacios a admitir la diligencia de reconocimiento en estos procesos interdictales, amparándose, en último extremo, y para el caso de que lo estimen oportuno, en la facultad discrecional que les ofrece el art. 340.3.º LEC. Ello no obstante, se hace obligado indicar que el carácter eminentemente sumario de los juicios de interdicto «choca» con la segura suspensión del plazo para dictar sentencia que la decisión de practicar las diligencias para mejor proveer comporta⁷⁰.

A este respecto, coincido con la opinión de GIMÉNEZ-ESPARZA LÓPEZ⁷¹ cuando indica los motivos que, a su entender, hacen que no sea de aplicación a los interdictos de retener y recobrar la referida limitación de los medios de prueba, a saber: en primer lugar, el carácter excepcional del art. 1.644, que por desviarse del criterio general en materia de prue-

68. PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, II, Zaragoza, 1949, p. 88; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal*, cit., I, p. 451; MIGUEL Y ROMERO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valladolid, 1917, p. 641; GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 909.

69. STS 11 junio 1948: «... tal prueba no puede ser propuesta por las partes en los interdictos de obra nueva y de retener la posesión, porque los artículos que establecen la tramitación de éstos, que son el 1.656 y 1.666, disponen que, para la celebración del juicio verbal se observará lo prevenido, dice una de ellos, y la forma, dice el otro, del art. 1.644, y por no distinguir ni exceptuar ninguno de los puntos que éste regula, hay que concluir que se refiere a todos ellos».

70. Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 11 noviembre de 1970: «... en la práctica puede ser en muchas ocasiones conveniente, e incluso necesaria la prueba de reconocimiento judicial en los interdictos de retener y recobrar la posesión, y por ello la práctica judicial recurre a ella, en ocasiones, como diligencia para mejor proveer, y la doctrina procesalista viene haciendo sutiles esfuerzos para tratar de demostrar que la remisión de los artículos 1.556 y 1.644 y siguientes no afecta propiamente a las pruebas admisibles en el mismo, la realidad es que, acertada o no la limitación probatoria, la remisión resulta clara y hay que entender que una cosa es la limitación de medios de prueba que establece el art. 1.644, y otra perfectamente compatible con ella, en cuanto se refiere al contenido o materia de las pruebas admisibles legalmente, la limitación que establece el párrafo segundo del art. 1.656, perfectamente congruente con la naturaleza y finalidad del interdicto».

71. GIMÉNEZ-ESPARZA LÓPEZ, *Sobre prueba en interdictos de retener-recobrar*, en *Revista General de Derecho*, XVI, n.º 187.

ba previsto en el art. 578 LEC, debe interpretarse de forma restrictiva y no extensiva. En segundo término, por cuanto la remisión del art. 1.644 lo es en relación a la «celebración» del juicio verbal, entendido como procedimiento o serie o número de actos, pero sin atender a limitación probatoria; por ello, y porque nada se dice sobre los medios de prueba, no pueden, por tanto, quedar limitados sólo a la confesión, documentos y testigos⁷².

4.3. Práctica del reconocimiento

Una vez admitida la diligencia de reconocimiento, el Juez procederá a su práctica. Para ello, como ya hemos indicado, se valdrá de sus sentidos externos, mediante una actividad esencialmente perceptiva completada con sus facultades intelectuales.

Objeto del reconocimiento lo será el objeto u objetos concretados por las partes en el escrito de proposición de prueba, o bien aquel que entienda imprescindible para la resolución de la *litis* cuando resuelva la práctica de la prueba a través de las diligencias para mejor proveer. En todo caso, el Juez no podrá reconocer otro objeto distinto que el propuesto por la parte expresamente, ya que de ser así, se produciría una alteración entre lo pedido y lo reconocido.

Ahora bien, cuando la parte no hubiera fijado o concretado de forma expresa todos y cada uno de los extremos que vayan a constituir el objeto del reconocimiento, si el Juez lo estima necesario, podrá también reconocerlos, dado que, al no haber ninguna prohibición legal que lo impida, puede ampliar su reconocimiento a todos los aspectos cuya apreciación resulte influyente en la decisión⁷³.

Una cuestión interesante que se plantea en relación a la práctica del reconocimiento es la relativa a si el Juez puede admitir esta diligencia, pero practicada fuera del proceso por medio de un Notario, con la finalidad de preconstituir la prueba mediante el Acta que a tal efecto levante

72. Añade GIMÉNEZ-ESPARZA LÓPEZ, *Sobre prueba en interdictos de retener-recobrar*, cit., p. 331, que también el art. 1.611 LEC, en materia de alimentos provisionales, se remite al art. 1.644, y ello no obstante, en dicho juicio especial de alimentos se practica prueba sin limitación, ya que la remisión se refiere, exclusivamente, al procedimiento.

73. PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización...*, cit., II, p. 261.

el fedatario público⁷⁴. Como indica SERRA⁷⁵, la importancia que en determinados procesos reviste la prueba de reconocimiento judicial aconseja que pueda practicarse incluso anticipadamente para evitar el riesgo de falsificación o alteración de las circunstancias durante el proceso; sin embargo, esta facultad no está incluida en el artículo 502 LEC, que prohíbe cualquier diligencia de prueba anticipada con la única excepción de la prueba testifical en los supuestos que indica. Por ello la práctica se ha encargado de suplir la inadecuación legal, reflejando las circunstancias que deberían ser objeto de reconocimiento judicial en un Acta Notarial preconstituida, que sólo en forma muy imperfecta cumple dicha función sustitutiva.

En este sentido, «no es raro acudir a los procesos provistos de actas notariales de presencia en las que el fedatario público, a veces con apoyo fotográfico, relata lo que ve o lo que percibe en un determinado lugar. El notario hace lo que normalmente debería hacer el Juez si en el proceso se practicara el reconocimiento judicial»⁷⁶.

La objeción que cabe formular estriba en el hecho de que, de la sustitución de la diligencia de reconocimiento judicial practicada por el órgano judicial por la prueba documental preconstituida (acta de presencia por parte de un fedatario público), se corre el riesgo de convertir en prueba tasada lo que sólo es una prueba de libre valoración; además, en no pocas ocasiones se causa una verdadera indefensión a la contraparte por sufrir ésta los resultados probatorios sin haber intervenido en la realización y práctica de los mismos⁷⁷.

En definitiva, la falta de citación de la parte y la ausencia de las mínimas garantías procesales (desigualdad de parte, elección del fedatario por el interesado en la diligencia, constancia sólo de los extremos interesados por el requirente, que, lógicamente, serán sólo los favorables)

74. Esta cuestión ya la avanzó en su día REYES MONTERREAL, *Cuestiones que suscita el reconocimiento judicial*, RJCat, 1952, p. 129, al indicar «la posibilidad de anticipar, en concepto de diligencia preparatoria del juicio, la prueba de reconocimiento. Esto es, que lo mismo que se pide confesión, se interroga a un testigo, se ejercita la *actio ad exhibendum*..., también debe, en caso de reconocida urgencia, constatar, mediante la inspección, la realidad de una característica, hecho o circunstancia que, una vez iniciado el pleito no podrá apreciarse debidamente. De hacerlo así a verificarlo cuando legalmente hoy cabe, pero cuando lo reconocido no ofrezca tales extremos el resultado variará también. Piénsese en la posibilidad de que, una de las partes, conocedora del pleito, haga desaparecer de lo reconocible circunstancias que iban a ser relevantes para el éxito de su defensa».

75. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 386.

76. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal...*, cit., I, 1.º, p. 431.

77. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal...*, cit., I, 1.º, p. 431.

constituyen defectos del reconocimiento efectuado en Acta Notarial que podría ser fácilmente suplido de permitirse la práctica judicial anticipada del reconocimiento judicial⁷⁸.

Consideramos que ese reconocimiento *notarial* sólo puede ser admitido cuando, mediante el mismo, se pretenda la sustitución de la prueba de reconocimiento judicial anticipada, en la medida en que ésta no está regulada en la LEC. Ese reconocimiento notarial no lesionará los derechos y garantías de las partes, ni producirá indefensión, cuando, en el futuro, no hubiera sido posible llevar a cabo en el proceso un reconocimiento judicial, bien sea porque el objeto a reconocer hubiera desaparecido, bien porque hubiera sido alterado o exista algún tipo de indisponibilidad. Por ello, entendemos que cuando la prueba de reconocimiento judicial sea de vital importancia y se aprecien verdaderos indicios racionales de que no podrá llegar a ser practicarse en el proceso, de modo que la imposibilidad de llevar a la práctica el reconocimiento pueda producir una verdadera indefensión, sería procedente que a través de dicho reconocimiento *notarial* se intentasen probar aquellos hechos relevantes para la decisión del proceso⁷⁹.

Cuestión distinta lo es si cabe aceptar en la práctica del reconocimiento judicial el empleo diverso de aparatos o instrumentos por parte del órgano judicial. Sobre este particular, tampoco se pronuncia la LEC.

Cabe destacar que, si bien en la percepción del Juez en la diligencia de reconocimiento debe primar el carácter sensorial por encima de la actividad técnica, propia del empleo de medios cualificados, nada obsta a que el empleo de aparatos pueda ser útil cuando resulte necesario o conveniente para percibir con una mayor y mejor precisión las características del objeto reconocible; por ejemplo, el empleo de una lupa, un audífono, etc. Para ORDOÑO ARTES, cuando el aparato a emplear sea de una tecnología cualificada que precise para su uso unos conocimientos especializados, el Juez no deberá utilizarlo, aunque tuviera los conocimientos suficientes para ello, ya que se estará más próximo a una prueba pericial, excediendo de la propia naturaleza de la diligencia de reconocimiento judicial. Ello no obstante, considero que a este respecto no es procedente seguir esta interpretación restrictiva y rigurosa, ya que ello comportaría minusvalorar los propios conocimientos técnicos del Juez,

78. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en Comentarios..., cit., nota n.º 7, p. 387.

79. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 232.

que, caso de poseerlos, debieran emplearse y ser de utilidad en el curso del proceso.

La aportación de los aparatos o instrumentos necesarios para practicar el reconocimiento deberá corresponder a la parte proponente del referido medio de prueba y, en todo caso, el Juez decidirá sobre la necesidad o conveniencia de su utilización; cuando considere que su empleo es supérfluo o inoportuno, no los utilizará, a pesar de que las partes interesadas lo pidan⁸⁰.

- a) Asistencia al reconocimiento de las partes y de prácticos en el terreno.

Señala el artículo 634 de la LEC que, a la práctica del reconocimiento pueden concurrir las partes, sus representantes y sus abogados y hacer al Juez verbalmente las observaciones que estimen oportunas. Además, cada una de las partes podrá ir acompañada de una persona *práctica en el terreno*, a la que el Juez tomará juramento de decir verdad si considera oportuno oír sus observaciones.

La concurrencia de las partes y demás personas a que se refiere el citado artículo de la LEC tiene un carácter facultativo; en todo caso, el Juez, en el día y hora señalados para proceder a la práctica de la diligencia de reconocimiento, procederá con independencia de que las partes estén o no presentes al acto. El Juez no puede dejar de practicar la prueba por la incomparecencia de la parte que la solicitó.

Si las partes están presentes en la diligencia de reconocimiento, podrán intervenir directamente, y mediante sus observaciones, indicar al Juez aquellos extremos de interés que le hubieran podido pasar desapercibidos. El Juez también podrá pedir a las partes presentes alguna aclaración que considere de utilidad para que la diligencia refleje, con la mejor exactitud posible, toda la realidad del objeto examinado. Aunque el órgano judicial no queda obligado a admitir las observaciones u objeciones que las partes realicen, sí deberá dejar constancia de éstas en el acta que a tal fin se extienda por el Secretario (art. 634, *in fine*).

Respecto a la figura de los *prácticos en el terreno*, su funcionalidad estribaría en ser personas que por su conocimiento específico sobre la naturaleza o características de lo que vaya a ser objeto del reconocimiento, pueden aportar una especial perspectiva al órgano judicial: a diferencia de los peritos, que aportan un conocimiento técnico sobre la materia

80. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 236.

u objeto de la pericia, el *práctico en el terreno* sería un experto cualificado *sólo* en aquello que constituya el concreto reconocimiento, bien por su proximidad, bien por su experiencia o conocimiento directo⁸¹.

La Ley Procesal no obliga a mencionar la asistencia del *práctico* a la diligencia de reconocimiento, ni siquiera a identificarlo en el escrito de proposición de dicho medio de prueba. Sin embargo, coincidimos con ORDOÑO ARTES⁸², cuando destaca que, pese al silencio legal, es necesario que se haga constar en el citado escrito este extremo, indicando, además, el nombre y los apellidos para que el *práctico* pueda ser identificado por el Juez. De este modo se favorece la igualdad de oportunidades de las partes en el acto de la práctica del reconocimiento judicial, ya que si el proponente afirma que va a asistir al reconocimiento acompañado de una persona práctica, está ofreciendo al litigante contrario la oportunidad para que, si lo desea, nombre también a otro práctico, y concurra a la diligencia en igualdad de condiciones.

b) Práctica conjunta con las pruebas pericial y testifical.

La prueba de reconocimiento judicial puede practicarse simultáneamente con la prueba de peritos, según lo preceptuado en el artículo 635 LEC. Ambos medios de prueba presentan unas características propias y particulares, aunque se permite su práctica acumulada por razones de eficacia y economía. En todo caso, de la letra del artículo 635 LEC no se desprende que siempre que en un proceso se solicite, y acuerde, la práctica de las pruebas pericial y de reconocimiento éstas deban practicarse conjuntamente, sino que sólo procederá ello en atención a la utilidad de lo que se quiera probar⁸³.

Para que pueda acordarse la práctica simultánea de ambos medios de prueba será necesario que estos se pidan por alguna de las partes, o que una pida el reconocimiento judicial y la otra la pericial de un mismo objeto reconocible. Una vez admitido por el Juez, se notificará el se-

81. Para MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., III, p. 595, la concurrencia de los prácticos al reconocimiento está justificada ante la necesidad, en muchos casos, de determinar los lindes de las heredades, de identificar un pedazo de tierra enclavado entre otros, de fijar el sitio y forma de una servidumbre rústica y otras circunstancias.

82. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 238.

83. GUASP, *Comentarios...*, cit., II, p. 690, cita una sentencia de 13 de junio de 1906, en donde el Tribunal Supremo admite que no puede negarse validez al reconocimiento judicial y al pericial practicados aisladamente, aunque ofrezcan mayores garantías de forma simultánea.

ñalamiento a los peritos que deban intervenir, así como a las partes, a las que se cita para que, si lo desean, concurran a la práctica de tales medios de prueba.

El examen del objeto reconocible se realizará conjuntamente por el Juez y los peritos, y a presencia de todas las personas que hubieren asistido⁸⁴. El resultado del reconocimiento judicial y el dictamen de los peritos se extenderá en un acta por el Secretario; posteriormente, podrán hacerse rectificaciones o aclaraciones, que también se recogerán en el acta.

En todo caso, sí cabe destacar, a tenor de la propia funcionalidad de la diligencia de reconocimiento judicial, la importancia que tiene el acta que extiende el Secretario, acabado el reconocimiento, como se ha encargado de indicar el Tribunal Constitucional en su Sentencia 118/91, de 23 de mayo (FJ,3)⁸⁵. *Ex abundantia*, el propio Alto Tribunal ha considerado que no es muestra de indefensión constitucional revisable la inobservancia del art. 342 LEC (audiencia posterior de las partes) si la diligencia practicada para mejor proveer fue el reconocimiento judicial, ya que las partes tuvieron la oportunidad e hicieron constar en el acta del reconocimiento sus observaciones⁸⁶.

84. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 octubre 1992 (C.L. n.º 429). Si en el reconocimiento judicial el Juez que lo practicó consigna como observación suya personal «la totalidad de las apreciaciones hechas por el perito, en cuanto se refiere a vicios o defectos apreciables», ello no demuestra error de hecho padecido por el Juzgador, quien, entre esos vicios o defectos, cuya existencia no desconoce, juzga que deben ser reparados únicamente aquellos que afecten a la estabilidad e higiene y en tal sentido son de apreciar.

85. «El control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado de las diligencias de investigación en la actividad probatoria, en los términos señalados, sólo puede hacerse a través de la correspondiente acta, levantada por el Secretario Judicial que, conforme a los artículos 280 y 281 de la LOPJ, ha de documentar fehacientemente el acto y el contenido del juicio oral. Y en orden a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, ha de estarse a lo que el acta dice, y a lo que no dice. En consecuencia no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba por el hecho de que se haya pedido e incluso que se haya admitido, si la actuación no queda reflejada en el único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente». STC 118/1991, de 23 de mayo.

86. «El hecho de que la diligencia practicada para mejor proveer haya sido un reconocimiento judicial y no alguna otra de las previstas en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no carece aquí de significación, pues, como atinadamente señala el Ministerio Fiscal, el reconocimiento judicial se funda en la percepción sensorial del Juez, que entra en contacto directo con 'algún sitio o la cosa litigiosa' (art. 633 de dicha Ley), percepción de la que queda constancia en el acta del reconocimiento, así como de las observaciones de las partes durante la celebración del acto; de lo cual resulta que, para éstas, el traslado del acta del reconocimiento no supone privación de posibilidades de defensa que no hayan tenido, pues en razón de la presencia de las partes en el reconocimiento judicial dichas posibilidades no son necesariamente mayores que las disfrutadas

También el reconocimiento judicial puede practicarse en concurrencia de la prueba testifical, cuando la parte interesada previamente lo solicite y la percepción sensorial del objeto reconocible contribuya a la claridad del testimonio del testigo (art. 636 LEC).

Para este supuesto, el Juez llevará a cabo primeramente el reconocimiento judicial, en presencia de las partes y demás personas asistentes; con posterioridad, los testigos percibirán también el objeto reconocible y se practicará el interrogatorio prevenido para tal medio de prueba. El resultado de ambas pruebas se hará constar en un acta que se extenderá a tal efecto, consignándose, en todo caso, las observaciones realizadas por las partes, si hubieran intervenido⁸⁷.

4.4. *Apreciación del reconocimiento en el mismo proceso por Juez o Tribunal distinto, o en otro proceso diferente*

Como ya hemos indicado a lo largo de toda la presente exposición, para que en un proceso civil se pueda hablar de la diligencia de reconocimiento judicial es condición indispensable que éste se lleve a cabo por un Juez o Magistrado, en todo caso.

Con reiteración, tanto la LEC como el C.c. aluden a que *el Juez realice por sí mismo* el examen del objeto litigioso, o que la inspección es *personal* del Juez; se trata, pues, de una actuación que requiere para su correcta práctica de la presencia física del órgano jurisdiccional, significando una de las manifestaciones más importantes del principio de

interviniendo en la ejecución del reconocimiento de la formulación en ese momento de las observaciones que tengan por oportunas a fin de influir en la actividad perceptora del órgano jurisdiccional, al que pueden sugerir incluso aspectos distintos de los espontáneamente apreciados por aquél, como así ha sucedido en este caso, en el que la intervención de los letrados de ambas partes, y por consiguiente el del ahora recurrente en amparo, resulta con claridad del acta levantada por la Secretaría. Por ello, puede concluirse que la observancia de lo dispuesto en el artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no ha tenido desde una perspectiva constitucional, única aquí posible, la entidad que le atribuye en recurrente, quien en ningún momento de este proceso ha expuesto de qué alegaciones distintas de las que ya expuso en el momento mismo del reconocimiento se vio privado en el trámite de cuya inobservancia se queja». (STC 35/88, 14 de febrero).

87. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, cit., I, 1.º, p. 432, pone como ejemplo propicio para la práctica conjunta del reconocimiento judicial con la prueba de peritos y la testifical, el siguiente supuesto: El órgano judicial puede percibir directamente el estado de la nave industrial y lo comprenderá en sus justos términos si el perito le indica que las vibraciones percibidas suponen movimientos de la estructura difíciles de asimilar por ésta; el testigo relatará al juez como siempre han existido esas vibraciones.

inmediación, sin que pueda dejarse su ejecución al cuidado de otra persona de la Oficina judicial⁸⁸.

Al ser el Juez el protagonista de la actividad de reconocimiento, debe ser el propio Juez que reconoce el encargado también de decidir el proceso. Esta afirmación no esconde una serie de problemas que se suscitan en la práctica diaria de los Tribunales, y que, necesariamente deben tomarse en consideración al tratar la materia del reconocimiento judicial. Nos estamos refiriendo a los supuestos de auxilio judicial, a la práctica del reconocimiento por parte del Juez sustituto y al reconocimiento practicado por el Magistrado de un Tribunal colegiado.

a) Cuando el reconocimiento ha de realizarse fuera del territorio de la jurisdicción del Juez del proceso, se plantea la necesidad de acudir al auxilio judicial y, en consecuencia, debe ser un Juez comisionado el encargado de practicar el reconocimiento, ya que en virtud de los límites espaciales de su actividad aquél no tiene competencia territorial para realizarlo.

Cuando la prueba de reconocimiento judicial se realiza mediante auxilio judicial, el Juez comisionado se convierte en el autor material de la misma, y el comitente, que es quien dirige y resuelve el proceso, en su destinatario⁸⁹. Con ello se produce una grave violación o quiebra del principio de inmediación, cuya existencia en este concreto medio de prueba se hace más necesaria que en ninguna otra por el hecho de ser el Juez su autor material⁹⁰. En todo caso, atendiendo al lugar donde el reconocimiento deba realizarse, así como a la nueva orientación en esta materia a partir del articulado de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, podemos puntualizar una serie de supuestos: así, cuando el reconocimiento deba practicarse fuera de la circunscripción donde el Juez tiene competencia, éste quedaría obligado a impretar el auxilio del Juez competente del lugar donde haya de realizarse la diligencia, a tenor del principio general establecido en los artículos 284 y 285 de la LEC y 273 de la LOPJ. Sin embargo, y dado el problema que comporta la práctica de esta prueba por parte de otro Juez que no conoce la *litis* y que no va a ser quien, en definitiva, resuelva, de la interpretación del artículo 275 LOPJ se desprende la posibilidad cierta de que el Juez pueda practicar

88. En la práctica, un 73 por 100 de los juristas encuestados opina que la prueba de reconocimiento judicial debe ser efectuada personalmente por el Juez, frente a un 23 por 100 que son partidarios de que el Juez sea sustituido especialmente en determinados casos. Vid., *Encuesta sobre la prueba civil*, en Anuario de sociología y psicología jurídicas, 1976, p. 132, n.º 75.

89. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 118.

90. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 119.

diligencias de prueba fuera del territorio de su jurisdicción, *cuando no se perjudique la competencia del juez correspondiente y venga justificado por razones de economía procesal*⁹¹.

La viabilidad en la aplicación de este artículo a la diligencia de reconocimiento judicial estriba tanto en el hecho de que por entrar en territorio ajeno para ejecutar una actuación propia no se perjudica la actuación del Juez correspondiente, como porque el desplazamiento judicial no sólo contribuye al principio de economía procesal, sino que constituye una exigencia del principio de inmediación⁹².

Cuando el reconocimiento judicial deba hacerse dentro de la circunscripción del Juez del proceso, pero fuera de la localidad donde el Juzgado tiene su sede, entendemos que el Juez podrá realizar la diligencia directamente por sí mismo, ya que así debe permitírsele el artículo 268.2 LOPJ, que permite a los Juzgados y Tribunales su constitución en cualquier punto del territorio de su jurisdicción para la práctica de actuaciones judiciales.

Sobre este punto concreto, entendemos, pues, que si bien el auxilio judicial es una institución procesal cuya utilización es necesaria entre Jueces y Tribunales para el mejor devenir del proceso, debe constituir una excepción en lo que respecta a la prueba de reconocimiento judicial, por cuanto de su empleo, el reconocimiento perdería su nota más característica que es el contacto personal y directo del juez competente del proceso con la materia reconocible⁹³.

b) Otro caso en que se plantea el reconocimiento realizado por un

91. Destaca ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 120, que «es preciso poner de manifiesto la oscuridad y, al mismo tiempo, la contradicción que entraña la mencionada previsión legal de que no se perjudique la competencia del Juez correspondiente. Porque cuando un Juez se traslada al territorio jurisdiccional de otro, si bien se puede pensar que en cierto modo se produce un menoscabo de la competencia territorial del juez de dicho territorio, sin embargo, aquél no se traslada para interferir en los asuntos sobre los que este último juez tiene competencia objetiva, sino para llevar a cabo una actuación propia. Esto es, que le corresponde a él realizar a tenor de su propia competencia objetiva, por estar conociendo de un proceso al cual va dirigida esa actuación (en nuestro caso una prueba de reconocimiento judicial cuya realización resulte ineludible).

92. *Encuesta...*, cit., p. 121, n.º 14. Un 58 por 100 de los encuestados se mostraron partidarios de esta solución, frente a un 30 por 100 partidario de que las pruebas fuera del territorio deben realizarse forzosamente acudiendo al auxilio judicial, y frente a un 8 por 100 que opina que en tal caso debe realizarlas forzosamente el Juez.

93. Cuando la prueba de reconocimiento judicial deba hacerse a través de la cooperación jurisdiccional internacional se seguirá el procedimiento establecido en los artículos 276, 277 y 278 LOPJ. En tal caso, sí entendemos que está justificada la quiebra del principio de inmediación judicial respecto de la diligencia de reconocimiento.

órgano jurisdiccional distinto del que dicta la sentencia ocurre en los supuestos en que se produce la sustitución del Juez, a tenor de lo previsto en el artículo 207 y siguientes LOPJ.

En estos casos, la sustitución del Juez del proceso realizada antes de la celebración del reconocimiento no plantea problemas; pero, si se produce con posterioridad, entendemos que lo procedente será que el Juez sustituto realice de nuevo la diligencia de reconocimiento para evitar los inconvenientes que conlleva la intervención de dos jueces distintos, con la ruptura, además, del ya comentado principio de inmediación.

Cuando se trate de un reconocimiento judicial realizado por un órgano jurisdiccional colegiado, si se produce la inhabilitación del ponente después de celebrada la vista, el problema se plantea en relación con la sentencia, a cuya votación el ponente no podrá asistir, pero no respecto del reconocimiento judicial, que ha sido realizado en un momento anterior con absoluta normalidad⁹⁴.

c) El tercer supuesto indicado es el del reconocimiento efectuado por el magistrado ponente de un Tribunal colegiado⁹⁵. Aparece previsto en los artículos 336,3.º LEC y 205,3.º LOPJ. El reconocimiento que se lleve a cabo de forma exclusiva por el magistrado ponente, a tenor de los preceptos mencionados, puede comportar, en la práctica, que la Sala quede ajena a lo que en el mismo acontezca, sin posibilidad de contactar con la realidad reconocible, y quedando, por tanto, a merced del acta que a tal efecto se extienda por el ponente.

Así, según sea el lugar donde deba celebrarse el reconocimiento judicial, podemos distinguir varios supuestos: cuando el reconocimiento judicial tenga lugar en la propia sede del Tribunal, o bien en la localidad de residencia de los miembros del Tribunal, entendemos que deberán participar en dicha diligencia todos sus miembros, con preferencia a que corresponda sólo al ponente la práctica del reconocimiento, trasladándose, en el segundo supuesto, los miembros del Tribunal al lugar donde esté la cosa objeto de reconocimiento⁹⁶.

94. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 130.

95. Con carácter general, la jurisprudencia entiende que «la diligencia de reconocimiento judicial no puede confundirse con la prueba documental, y la interpretación de su contenido, conforme a lo dispuesto en el art. 1.241 C.c. puede ser hecha de modo distinto por la Sala que por el Juez» (Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 octubre de 1961, citada por SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 397).

96. Artículo 727.I LECr: «Para la prueba de inspección ocular que no se haya practicado antes de la apertura de las sesiones, si el lugar que deba ser inspeccionado se

Con ello, el principio de inmediación y las características propias de esta prueba quedan mejor amparadas que de seguir en sentido estricto el postulado del art. 336.3.º LEC⁹⁷.

Si el reconocimiento judicial debe hacerse fuera de la localidad de la sede del Tribunal, aunque dentro de su circunscripción, al igual que en el caso anterior de letra a), entendemos que el ponente debe realizar el reconocimiento directamente y por sí mismo, a tenor de lo previsto en el artículo 268.2 LOPJ, sin necesidad de acudir al auxilio judicial si no existe una causa que lo justifique (art. 285 LEC).

Por último, cuando el reconocimiento judicial ha de realizarse fuera de la circunscripción del Tribunal, la solución a proponer también pasaría, como ya más arriba hemos indicado, por la aplicación del artículo 275 LOPJ, que establece la posibilidad de que el Tribunal se traslade fuera del territorio de su jurisdicción para practicar la diligencia de reconocimiento; en este caso, entendemos que debería ser el magistrado ponente quien se trasladase al lugar correspondiente⁹⁸.

Cuestión distinta lo es el caso en que la apreciación del reconocimiento tenga lugar en otro proceso diferente⁹⁹. El acta de reconocimiento judicial practicado en otro proceso no tendrá valor de reconocimiento judicial, sino de prueba documental realizada por funcionario público¹⁰⁰, aunque carece del carácter de documento auténtico¹⁰¹. En este sentido, si

hallase en la capital, se constituirá en él el Tribunal con las partes, y el Secretario extenderá diligencia expresiva del lugar o cosa inspeccionada, haciendo constar en ella las observaciones de las partes y demás incidencias que ocurran».

97. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 126.

98. Como señala ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 129, en virtud del principio de economía procesal (...) siempre resulta más económico que el ponente se persone en el lugar correspondiente a que el reconocimiento se realice a través del auxilio de otro Juez o de la delegación que permite el art. 255 LEC. Porque también el juez requerido o comisionado se vería afectado con la petición o el encargo que se le solicita. No obstante, corresponderá al Tribunal decidir sobre la necesidad o no del traslado del ponente fuera de su circunscripción jurisdiccional para llevar a cabo el reconocimiento.

99. STS 8 noviembre de 1987: «... a tenor del art. 1.241 C.c. la inspección ocular practicada por un Juez no tiene que ser apreciada necesariamente en la sentencia que otro dicte, lo que excluye la eficacia vinculante de su contenido».

100. Para CABAÑAS GARCÍA, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, Madrid, 1992, p. 116, refiriéndose al carácter de prueba documental pública del acta valorada por otro Juez diverso del que la redactó, «... el Juez que practica el reconocimiento no deja de ser un testigo de excepción (cualificado por su cargo), y su dicho en relación al acta carece del valor de fe pública, grado de verdad ínsito, del resto, al imperio de su oficio; por lo que su eficacia es vencible por la información producida por prueba en contrario».

101. STS de 16 julio de 1986: «... la prueba de reconocimiento judicial cuya acta,

dentro del propio proceso debe ser considerado con desconfianza el reconocimiento judicial verificado por Juez distinto al que debe emitir la sentencia, con mayor razón perderá su consideración de reconocimiento judicial de aportarse a otro proceso, en el que pueden ser distintas las partes y el objeto del proceso¹⁰².

El acta del reconocimiento ya practicado podrá aportarse al nuevo proceso según lo previsto para la prueba documental: mediante certificación acompañada en los escritos de alegaciones, o bien en período de prueba.

En todo caso, otro tema lo constituye la influencia que pueda tener en el proceso la referida prueba de reconocimiento *convertida* en prueba documental. Entendemos que su virtualidad será inferior a la que resultaría de un reconocimiento practicado *ex novo* en el proceso, sobre todo en atención a la posible duración del proceso que incide directamente en el posible cambio que puede haber sufrido la cosa examinada con posterioridad al reconocimiento anterior. En todo caso, si la cosa objeto del reconocimiento ha desaparecido o se han modificado las circunstancias del lugar o inmueble examinados, la influencia del anterior reconocimiento resultará incrementada¹⁰³.

En definitiva, como señala SERRA¹⁰⁴, la apreciación de un reconocimiento judicial efectuado en un juicio anterior será siempre y en todos los casos de la libre apreciación del Juez que deba dictar sentencia en el segundo proceso, quien sólo vendrá vinculado por el hecho de haberse efectuado reconocimiento judicial y por la fecha en que se practicó, al venir amparadas ambas circunstancias por la intervención de fedatario público.

según constante y reiterada jurisprudencia (SSTS 17 febrero 1981 y 3 julio 1982, entre otras) no tiene, en términos generales, el carácter de documento auténtico».

102. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 397. Añade el Prof. Serra que incluso en el supuesto de que el segundo proceso sea seguido entre las mismas partes, sobre objeto idéntico, y ante el mismo Juez, no nos encontraremos ante un reconocimiento judicial, sino ante una prueba documental de recoger un anterior reconocimiento.

103. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 398.

104. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 398.

5. VALORACIÓN DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

La doctrina coincide al considerar que la prueba de reconocimiento judicial es de libre apreciación por parte del Juez¹⁰⁵, por cuanto ni la LEC ni el C.c. precisan cómo deba hacerse su valoración, a diferencia de lo que ocurre con los demás medios de prueba en donde expresamente se dice cómo el Juez ha de valorarlas¹⁰⁶.

La Ley no atribuye al reconocimiento judicial el carácter de prueba plena, ya que sería absurdo que el Juez estuviera vinculado por sus propias observaciones; pero tampoco el carácter de prueba apreciable libremente, ni siquiera con la moderación resultante de la sana crítica¹⁰⁷. Incluso hay autores que han afirmado que «el Juez otorgará siempre a su percepción un valor pleno y absoluto»¹⁰⁸; ello no obstante, y contra lo que pudiera parecer la prueba de reconocimiento es considerada de libre valoración.

Para CORTÉS DOMÍNGUEZ¹⁰⁹, la valoración de la prueba de reconocimiento debe plantearse desde el concepto de *persuasión*; el órgano judicial no valora exactamente en el sentido que lo hace en los demás medios probatorios, simplemente se persuade de la realidad de las cosas, trasladando esa persuasión al acta que se levanta para documentar el acto.

En todo caso, sí es destacable que la prueba de reconocimiento no

105. GUASP, *Derecho procesal*, cit., p. 413; PRIETO CASTRO, *Tratado...*, cit., I, p. 655.

106. Esta característica incide básicamente, como analizaremos en el siguiente epígrafe, en materia de impugnación mediante el recurso de casación, ya que la jurisprudencia del TS se muestra contraria a la revisión en casación del reconocimiento judicial. En sentido contrario, y con carácter excepcional, destacar la STS 29 febrero 1960 (C.L., n.º 146) en donde parece aceptarse esa revisión: «... en el motivo tercero y al amparo del número séptimo del 1.692, se alega error de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas; invocándose en un doble concepto aquél, o sea, de un lado, en cuanto con violación de los artículos 1.240 y 1.241 del C.c. se impugna la eficacia del reconocimiento judicial —elemento básico de la sentencia recurrida— en razón a que las apreciaciones que en él se designan carecen, a entender del recurrente, de base segura y enuncian conceptos demasiado genéricos; error que no es de estimar ya que el contenido de tal diligencia se ajusta exactamente a lo en dichos preceptos estatuido; en los cuales, por otra parte, sobre quedar subordinada al criterio del juzgador la estimación de tal prueba, no se formulan normas valoratorias que puedan considerarse infringidas a los efectos de apreciación del invocado error, salvo en el caso, que aquí no se da, de que se hubiera dado eficacia a la inspección judicial, contraviniendo lo ordenado en los mismos...».

107. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 381.

108. JIMÉNEZ CONDE, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978, p. 126.

109. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, cit., I, 1.º, p. 433.

tiene un valor superior a las demás pruebas, pero su valoración, a tenor de sus propias características, no puede plantearse en la misma forma que la de los otros medios de prueba¹¹⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, es clara y tajante al indicar que «el reconocimiento judicial no es prueba privilegiada que haya de prevalecer sobre las demás practicadas»¹¹¹. Añade que, «el artículo 1.241 C.c. concede una facultad al Tribunal para apreciar la inspección practicada por un Juez, pero no le impone la obligación de respetarla y, por lo tanto, no contiene norma valorativa de prueba»¹¹².

En este sentido, es destacable cómo la interpretación jurisprudencial parte de una doble distinción al separar la actividad de consignar los datos que resultan de la diligencia de reconocimiento, de la apreciación que de dicha prueba pueda efectuar el Juez¹¹³; de ahí que se faculte a un Tribunal distinto del que practicó la diligencia para que pueda valorar los resultados del reconocimiento, llegando a conclusiones distintas el juzgado y la sala de una Audiencia en la apreciación de dicha prueba¹¹⁴. Con ello, como indica GÓMEZ COLOMER¹¹⁵, la regla es que lo que el Juez ordene consignar en acta como percibido es lo que considere (el juez) probado. Pero, convertida esta prueba en prueba de documentos públicos, el sistema de valoración es el que se aplica a estos últimos.

110. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., I, p. 365.

111. Sentencia de 8 noviembre de 1982. Añadir también las Sentencias del TS de 26 de abril y 8 de noviembre de 1986.

112. Sentencia de 15 octubre 1982.

Añadir, también, la Sentencia de 13 de abril 1962: «El reconocimiento judicial no tiene otro alcance que el de facilitar al Tribunal por los signos o apariencias exteriores de la cosa u objeto litigioso la mejor comprensión de los hechos contradichos por las partes, pero el resultado de las observaciones que el Juez pueda hacer son de libre apreciación, tanto por quien efectuó la diligencia como por quien jurisdiccionalmente le sustituye en el fallo con posterioridad».

113. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1906: «La prueba de inspección personal del Juez sólo es eficaz en cuanto claramente permita al Tribunal apreciar, por las exterioridades de la cosa inspeccionada, el hecho que se trate de averiguar; de donde se sigue que no tienen esa eficacia las apreciaciones subjetivas o deducciones que pueda hacer dicho Juez...».

114. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1978, en la que se establece que: «... desde el momento en que dicho precepto legal (art. 1.240 C.c.) deja al arbitrio del Juez de instancia la valoración de la eficacia de la prueba de reconocimiento judicial, establece unas normas valorativas que no pueden ser modificadas por el Tribunal en 2.ª Instancia, pero, al argumentar de ese modo, olvida que dado el alcance que la 2.ª Instancia tiene en nuestra Ley Procesal, es lícito y puede, por ende, el Tribunal de alzada valorar el material probatorio de modo distinto a como lo hizo el Juzgador en primer grado».

115. GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, cit., II, 1.º, p. 297.

Entendemos que esta prueba debe ser valorada libremente por el Juez, formando éste su convicción mediante criterios lógicos y de experiencia, en el sentido propio de las denominadas reglas de la sana crítica.

Como señala JIMÉNEZ CONDE¹¹⁶, «el reconocimiento judicial se encuentra al margen de la clasificación de la prueba en legal o libre. Si el Juez ha observado unos hechos determinados en forma directa, no puede, humanamente, sustraerse a declararlos probados, sin que sea imaginable la hipótesis de que el Juez desconozca los resultados de la prueba. Los hechos observados se imponen al Juez quien debe recogerlos necesariamente en su sentencia. Mientras el Juez debe extremar su sentido crítico cuando se trata de valorar los restantes medios de prueba, pudiendo rechazar las afirmaciones no creíbles de los testigos, y, con ciertos límites, también de las partes, no puede desconocer sus propias observaciones».

Hay que destacar que el Juez, al examinar el objeto reconocible y sus exterioridades, puede también fallar en su percepción y equivocarse en la apreciación de la realidad. La diferencia con los demás medios de prueba estriba en que «mientras un error de apreciación de las partes puede ser corregido por el Juez, un error de apreciación del Juez se traduce inmediatamente en la sentencia»¹¹⁷. La doctrina destaca que este error puede ser subjetivo o personal, al equivocarse el Juez respecto de la percepción de los hechos o de la deducción que haga respecto de nuevos hechos relacionados con los observados, o bien un error objetivo, al versar sobre las posibles modificaciones, a veces voluntarias debidas al obrar de las partes, que haya sufrido la cosa objeto de reconocimiento¹¹⁸.

De todo lo dicho, se desprende que la prueba de reconocimiento judicial sea de apreciación libre del órgano judicial, sin que los artículos 1.240 y 1.241 C.c. contengan preceptos de inexcusable observancia, y si sólo el fundamento y razón de ser del reconocimiento judicial¹¹⁹.

116. JIMÉNEZ CONDE, *La apreciación de la prueba...*, cit., p. 348.

117. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 381.

118. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 292; SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 381.

119. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 382. Cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 febrero 1934, 14 febrero 1959, 7 julio 1960, entre otras.

Añadir, la Sentencia de 24 de octubre de 1969: «Es doctrina reiterada que ni el art. 1.240 ni el 1.241 C.c. formulan norma alguna sobre la fuerza probatoria del reconocimiento judicial que queda subordinada al criterio del Juzgador».

6. IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Mediante los recursos de apelación y casación, el ordenamiento jurídico establece los mecanismos que permiten el control de la sentencia dictada en el curso de un proceso, y por ende, de los diferentes actos que la integran o que han sido determinantes para configurar su contenido.

Procede, por lo tanto, analizar ambos recursos en atención a sus propias peculiaridades y finalidad, para, de esta manera, apreciar en qué supuestos podrá ser objeto de impugnación la diligencia de reconocimiento judicial.

a) Recurso de apelación.

La interpretación y valoración del reconocimiento documentado en el acta realizadas por el Juez *a quo*, pueden ser reconstruidas por el órgano jurisdiccional de apelación (Juez *ad quem*). Dada la configuración que presenta nuestra segunda instancia, el Juez *ad quem* puede valorar el material probatorio de forma distinta a como lo hizo en su día el juzgador de instancia.

El Juez de apelación se encuentra en la misma posición y con igual plenitud de conocimiento que el Juez *a quo*, tanto en la cuestión de derecho como en la de hecho. Por ello, el tribunal superior puede interpretar y valorar el material probatorio con distinto criterio que el de primer grado, con la limitación de no alterar la posición en que se colocaron las partes en la primera instancia, y de enjuiciar y valorar únicamente los puntos que las partes le sometan de forma expresa a su consideración, según resulta de la aplicación de la regla *tantum appellatum quantum devolutum*.

El Juez *ad quem* podrá detectar algún tipo de error cometido por el Juez de primera instancia al realizar la diligencia de reconocimiento; ello no obstante, al no percibir aquél directamente las manifestaciones de la realidad objeto de reconocimiento, sino sólo a través del acta extendida a tal efecto, no podrá interpretar ni valorar dicho reconocimiento con la misma precisión. Recordar aquí lo ya comentado en este trabajo sobre las inconveniencias que genera que el Juez que practica el reconocimiento sea diferente del que aprecie la prueba.

b) Recurso de casación

El recurso de casación ha sido objeto de modificación en la última reforma del articulado de la Ley Procesal, mediante la Ley 10/1992, de

30 de abril, publicada el 5 de mayo del mismo año. Esta reforma ha afectado, entre otros aspectos, al contenido del artículo 1.692 LEC, eliminando el anterior motivo 4.º que posibilitaba en control en sede casacional del *error de hecho*, suprimiendo, por ende, una de las características propias del sistema de casación español, cual era la posibilidad de revisar el juicio de hecho en circunstancias excepcionales¹²⁰.

La reforma actuada ha sido importante en lo que afecta a esta materia. La propia Exposición de Motivos de la referida Ley 10/1992 indica, como fundamento de la supresión del anterior motivo 4.º del art. 1.692 LEC que «se adecua el recurso de casación a las tendencias actuales, que consideran que sirve mejor a su función si se refuerza su carácter de protector de la norma, alejándolo de cualquier semejanza con una tercera instancia».

A tenor de la actual regulación legislativa, en base al carácter de prueba de libre apreciación por parte del órgano jurisdiccional y dado que los arts. 1.240 y 1.241 C.c. no tienen carácter imperativo, como se ha indicado en un epígrafe precedente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es unánime¹²¹ al considerar que el error en que pueda incurrir el Juez al apreciar los resultados de la diligencia de reconocimiento judicial tendrá un carácter fáctico y no jurídico, y por ello, quedará excluido su control del ámbito del motivo 4.º *ex art.* 1.692 LEC¹²².

A pesar de este criterio jurisprudencial dominante, contrario a la revisión en casación del reconocimiento judicial, cabe hacer mención de la

120. Con carácter general, Vid., ORTELLS RAMOS *Derecho Jurisdiccional*, cit., p. 408.

121. Salvo escasísimas resoluciones discordantes del criterio general, como por ejemplo, la STS de 12 julio 1990, en la que, al respecto de la valoración del reconocimiento judicial, se dice que «... (esta valoración) se rige por la sana crítica, lo que impide su acceso a la casación, salvo los casos de conclusiones obtenidas contra toda lógica, sentido común o Ley».

122. Vid., al respecto, la STS de 25 octubre 1987: «... las pruebas de reconocimiento judicial y de dictamen pericial, olvidando que ambas clases de prueba, por ser de libre apreciación del juzgador, no pueden servir para apreciar error en su apreciación, que ha de basarse en la apreciación de preceptos reguladores de su valoración legal que puedan haberse cometido al apreciarla no ateniéndose a la eficacia que les concedan las leyes civil y procesal (...). En el reconocimiento judicial las observaciones que el Juez puede hacer son de la libre estimación del que practica la prueba o del tribunal que a través del recurso la examina después, y en este sentido ni uno ni otro medio de prueba pueden ser objeto de prueba en el recurso de casación».

También, la STS 16 abril 1990: «... la prueba de reconocimiento judicial no tiene el carácter, alcance y efectos de documento a efectos de casación, pues al no contener norma valorativa de prueba es de apreciación, discrecional por el órgano jurisdiccional, sujeta a su criterio, y por tanto, no impugnabile».

opinión divergente de SERRA¹²³ a este respecto. Para este insigne procesalista debe permitirse la revisión en casación cuando la sentencia se aparte de las apreciaciones del reconocimiento judicial, citando como infringidos los artículos 1.240 y 1.241 C.c.

Esta especial configuración de la casación no impide, sin embargo, que el recurso prospere cuando se fundamente en el motivo 3.º del art. 1.692, en la medida en que se den los requisitos exigidos por dicho precepto.

Pasemos a su examen más detallado:

El artículo 1.692,3.º LEC establece como motivo de casación el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

Al amparo de este motivo, puede tener lugar el control en casación de la prueba de reconocimiento judicial cuando se produzca la falta de citación para asistir a la práctica de la dicha diligencia, y cuando la misma sea denegada, siempre que ambas circunstancias produzcan indefensión en el recurrente y que se haya pedido la subsanación en la instancia de la falta o vicio cometido¹²⁴.

La falta de citación para la prueba de reconocimiento judicial implica una clara infracción del general principio de audiencia que, a tenor de lo preceptuado en el artículo 24.1 CE, aparece como una de las garantías

123. SERRA DOMÍNGUEZ, *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*, coordinados por MONTERO AROCA, Madrid, 1993, pp. 262 y ss.

124. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 305.

A diferencia del carácter formal que la indefensión reviste en el campo del derecho procesal, en el plano constitucional, como derecho fundamental, el concepto de indefensión del artículo 24,1 CE es un concepto material, según han señalado las Sentencias del Tribunal Constitucional 93/87, de 3 de junio, y 84/84, de 24 de julio. En este sentido, destacamos la STC de 4 de abril de 1984, que indica que «... no toda infracción de las normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y, por ende, en violación de lo ordenado en el artículo 24 de la CE...; la indefensión se caracteriza por suponer una privación o limitación del derecho de defensa, que si se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto, así como el derecho de realizar los alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el Juez la situación que se cree preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados, y en su caso y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales».

Respecto a la subsanación en la instancia de la falta, se trata de un requisito imprescindible para la admisión del recurso de casación por el motivo 3.º del artículo 1.692 LEC, dado el carácter extraordinario y excepcional que tiene dicho recurso.

constitucionales del proceso¹²⁵. Amén de la infracción de dicho precepto de la Constitución, también lo es de los artículos 570 LEC, relativo a las normas que regulan el procedimiento probatorio, y 634 LEC, en particular referido al reconocimiento judicial¹²⁶.

Por su parte, para que proceda el recurso de casación por denegación de la diligencia de prueba de reconocimiento judicial será necesario que hubiere sido correctamente propuesta, y además, que sea pertinente y útil. Como indica ORDOÑO ARTES¹²⁷, la denegación de una prueba de reconocimiento judicial siendo pertinente constituye un defecto procesal, y como tal produce una violación de las garantías procesales que derivan del principio de legalidad, el cual protege el derecho a probar.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta, como señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se produce indefensión por una denegación de prueba cuando su no realización pudo alterar la sentencia en favor del recurrente (STC de 7 diciembre de 1983). Además, añadir que para que la queja fundada en la indebida inadmisión de un medio de prueba tenga dimensión constitucional no basta con alegar que dicho medio probatorio guardaba relación con el *thema decidendi* sino que es necesario, además, que el demandante en amparo razone acerca de la trascendencia que dicha inadmisión pudo tener en la sentencia, para que puede apreciarse el menoscabo efectivo del derecho fundamental a la tutela efectiva invocado en amparo (STC 45/90, de 15 de marzo).

Sin embargo, siempre tomando en consideración que «la denegación de aquellas pruebas que el juzgador estime inútiles no supone necesariamente indefensión, pues tal facultad denegatoria viene impuesta por evidentes razones prácticas, como evitar dilaciones injustificadas del proceso...» (STC de 7 febrero de 1984).

Cuestión distinta aparece respecto de la posibilidad, no prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de impugnar el acta extendida por el Secretario como consecuencia de la diligencia de reconocimiento judicial

125. Emplazamiento y citación no son un formalismo, sino una carga que corresponde llevar a cabo al órgano judicial y forma parte del contenido esencial del art. 24 CE, según destacan las SSTC 16/89, de 30 enero, 157/87 y 37/84. Además, el TC ha reiterado la importancia de los actos judiciales de comunicación, de los que depende la comparecencia e intervención de las partes en el proceso. El derecho a la tutela judicial efectiva exige un «llamamiento efectivo» mediante una real comunicación al interesado (STS 195/90, de 29 noviembre).

126. La ausencia de notificación, citación o emplazamiento, constatada fehacientemente, produce indefensión, por verse el interesado imposibilitado para ejercer los medios legales suficientes para su defensa, según señala la STC de 13 de enero de 1983.

127. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 309.

practicada¹²⁸. Esta impugnación puede tener su base en el posible error en que haya incurrido el Juzgador al llevar a cabo la diligencia. En este caso, no se prevé recurso alguno contra dicha acta, pero sí cabe que la parte perjudicada por el reconocimiento presuntamente incorrecto manifieste en la propia acta su disconformidad con la diligencia practicada; incluso podría abstenerse de firmarla¹²⁹. En todo caso, coincidimos con SERRA¹³⁰ cuando indica que «el medio idóneo para poner de relieve los errores producidos en el reconocimiento judicial será pedir la práctica de un nuevo reconocimiento, siempre posible para mejor proveer».

128. También nada dice la Ley Procesal respecto a las divergencias que pudieran surgir, en el momento de la práctica de la diligencia, entre la apreciación del Juez y la del Secretario. En este sentido, y siguiendo a REYES MONTERREAL, *Cuestiones que suscita...*, cit., p. 132, «cuando la Ley habla de reconocimiento, quiere decir visión, audición o percepción del Juez y sólo de él. Este ve, escucha, percibe y recoge lo que le rodea de una cosa y él ha de redactar lo visto y lo que quiere recoger. Si dice que vio la cosa blanca, el fedatario ha de hacer constar que, según el Juez, es blanca, aunque él y todos los presentes estén convencidos de que no lo es y de tan falsa apreciación. No tiene, por ello, responsabilidad, pues sólo da fe de lo estimado por el Juez. Ha de dar fe de la diligencia y de la apreciación del Juez. Su responsabilidad sólo se da cuando, por ej., sin haberse constituido el Juzgado a reconocer, dijese que se había reconocido. No cuando se limita a obrar en los términos permitidos por la Ley: como fedatario de la realidad del acto y para consignar la percepción como se realiza por el Juez».

129. ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento...*, cit., p. 322.

130. SERRA, *De la inspección personal del Juez*, en *Comentarios...*, cit., p. 322.

SOBRE LA DOCENCIA DEL DERECHO PROCESAL

ROSA COBOS GAVALA
Profesora Titular de la
Universidad de Sevilla

I. En la estructura tradicional de la docencia del Derecho Procesal en las Facultades jurídicas, dicha asignatura figuraba en los cursos 4.º y 5.º de la Licenciatura. Esto suponía una carrera de cinco años que es la que durante mucho tiempo ha estado vigente. Esa ubicación al final de la Licenciatura se consideraba lógica para una asignatura que, por su carácter servicial, debía presuponer el conocimiento de los derechos sustantivos a los cuales había de completar.

Tan asentada estaba esta estructura que incluso cuando para las Universidades de Sevilla y Valencia se aprobó un nuevo Plan de estudios, a pesar de que en él el curso primero de Derecho Procesal bajaba al primer ciclo (cursos comunes), de hecho, y al menos en la Universidad de Sevilla, el procesal siguió dándose siempre en 4.º y en 5.º, esto es, en los cursos finales o de especialización.

Otra cosa es la distribución de materias del Derecho Procesal entre los dos cursos con que figuraba en la Licenciatura. En esto, la variedad era importante. En algunos casos y Programas, para el 4.º año se reservaba la Parte general del proceso civil y también la general del proceso penal, quedando para el último año únicamente los procesos especiales tanto civiles como penales. En otros casos la distribución se hacía sobre

la base de que todo el procesal civil se diera en 4.º curso, quedando para el siguiente el proceso penal y otros procesos existentes. Finalmente y en una tercera modalidad, vigente en concreto durante años en la Universidad de Sevilla, la división se hacía a base de que en 4.º año se estudiara la Introducción (conceptos fundamentales) y el proceso civil en sus principios, desarrollo, recursos y ejecución; y en el 5.º año se incluía el proceso penal y todos los procesos civiles especiales. Con independencia de lo anterior y en varios de los Programas que se incorporaban a las Memorias docentes para el acceso a las plazas correspondientes, junto al proceso penal se incluían también otras referencias al contencioso-administrativo, al laboral y al constitucional.

II. En la anterior situación ha venido a influir de forma poderosa la corriente de estructurar la carrera de derecho en cuatro años, y de otro lado y de forma casi obligada, el «Decreto sobre las Directrices generales propias de los Planes de estudio para la obtención del Título de Licenciado en Derecho»¹ de aplicación en todas las Facultades de Derecho y al cual posteriormente nos referiremos. Pero antes de ello conviene repasar, aunque no exhaustivamente algunas realizaciones doctrinales que afectan muy de cerca al problema que estamos examinando.

Un momento importante viene marcado por la publicación en 1986 de la obra del profesor Prieto Castro sobre «Derecho de Tribunales»². Con la misma, culmina dicho autor su importante «Tratado de Derecho Procesal Civil»³ de tanta trascendencia en la doctrina española. El «Derecho de Tribunales» venía a completar la obra anterior mediante el tratamiento del contenido de la L.O.P.J. que se había promulgado en 1985, entre una y otra obra. Precisamente por ser ese el objeto principal del nuevo libro era por lo que adoptaba el título de «Derecho de Tribunales». Pero el contenido del mismo no se limitaba a la organización, funcionamiento y gobierno de los órganos jurisdiccionales, cual figura como subtítulo. En efecto, la extensa obra del profesor Prieto Castro, con sus densas 700 páginas, aborda tema tan importante como el de la teoría de la acción o derecho a la tutela jurisdiccional y también todo lo referente a la competencia de los órganos jurisdiccionales con sus distintas clases y tratamiento.

1. R.D. 1.424 de 1990 de 26 de octubre.

2. PRIETO CASTRO, L., *Derecho de Tribunales. (Organización, funcionamiento, gobierno)*, Ed. Aranzadi, 1986.

3. PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I y II. (Proceso declarativo. Proceso de ejecución). Ed. Aranzadi. Pamplona, 1985.

De 1989 data la publicación del Tomo I sobre Parte general del Derecho Procesal, obra del prof. González Montes⁴ y que concretamente se dedica a la jurisdicción y sus órganos. En efecto, el tratamiento del libro responde a su título y con seguimiento de la L.O.P.J. se aborda la parte orgánica de nuestra disciplina. No obstante, hay que destacar el amplio capítulo primero sobre la jurisdicción y la función jurisdiccional. Concretamente alcanza gran profundidad el tratamiento que el autor hace de la prejudicialidad, con el estudio de ese problema antes de la L.O.P.J. y la repercusión que en ese apasionante tema pueda tener la indicada Ley.

Muy cercana en el tiempo a la obra anterior es la muy amplia del prof. Fairén Guillén sobre Doctrina general del Derecho Procesal⁵. Esta obra culmina una tendencia que tiene precursores importantes entre los que se puede citar a Alcalá Zamora⁶ y que consiste en crear una Parte general del Derecho Procesal a la que seguiría la parte especial o de estudio de los distintos procesos. En tal caso, los dos cursos de docencia de la asignatura podían estructurarse en una Parte general y otra especial como ocurre con el Derecho penal, o con el administrativo o tributario. No obstante y a pesar de que una importante corriente de opinión viene postulando la creación de una Teoría general del proceso, común para todas las ramas del Derecho Procesal, ello no pasa de ser una aspiración profundamente sentida. Quizás, como indica Montero⁷, el no haber llegado todavía a resultado concreto se deba a que se ha centrado la atención y el esfuerzo en la Parte general del proceso y no en la Parte general del Derecho Procesal.

A tenor de lo dicho, la obra citada del prof. Fairén tiene un contenido bien amplio pues aparte de analizar los conceptos fundamentales de la disciplina, esto es, jurisdicción, acción y proceso así como toda la Parte orgánica de la misma, entra en el estudio de las partes, el procedimiento, la prueba, los medios de impugnación y hasta los efectos jurídicos.

4. GONZÁLEZ MONTES, J. L., *Instituciones de Derecho Procesal (Parte general)*, Granada, 1989.

5. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Barcelona, 1990.

Del mismo autor, vid. «Hacia una parte general del Derecho Procesal», *Rev. de Derecho Judicial*, Abril-Junio 1966.

6. ALCALÁ ZAMORA, N., *La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho Procesal*. Ponencia presentada a las IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Caracas, 1967. Y *Programa para un curso de Teoría general del proceso*, México, 1960.

7. MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal. (Jurisdicción, acción y proceso)*, Madrid, 1976, pág. 296.

cos y económicos del proceso. Según su concepción, para la Parte especial quedarían las modalidades y concreciones que todas esas materias experimentan en los distintos procesos existentes.

III. Decíamos al principio que en la docencia de nuestra asignatura habrá de tener un fuerte impacto el R.D. sobre Directrices generales para los Planes de estudio de nuestra carrera, y ello porque al estructurar ésta en 2 ciclos, remite al primero una materia troncal denominada «*Introducción al Derecho Procesal*», como contenido de la cual se relacionan la función jurisdiccional, la organización judicial y el proceso y sus principios rectores. En cambio en el segundo ciclo la materia troncal aparece bajo el epígrafe «*Derecho procesal*»; como contenido se enuncian el proceso civil, el arbitraje privado, el proceso penal y los procedimientos especiales.

Por lo que se refiere a la materia del segundo ciclo es interesante la mención expresa que se hace al arbitraje privado, lo cual está en la línea de la creciente importancia que se da a ese sustitutivo de la jurisdicción y de la que es buena muestra la nueva Ley de Arbitraje de 1988. En cambio, la referencia a los procedimientos especiales es equívoca porque si se quería aludir a los procesos especiales civiles y penales, ya los mismos quedaban incluidos en la mención general a tales procesos. Y si la referencia era al contencioso-administrativo, al proceso laboral o al constitucional más bien que a otros procedimientos, se debió aludir a otros procesos.

Con todo, la novedad más importante era la de ese curso introductorio dentro del primer ciclo y sobre «*Introducción al Derecho Procesal*». A este reto responde ya la publicación en 1992 de la obra del prof. Ramos Méndez sobre el Sistema procesal español⁸. Ya en el exordio o prólogo de la obra el autor afirma que la nueva ubicación del Derecho Procesal en los Planes de estudio de las Facultades de Derecho, exige una renovación pedagógica o reconversión docente que podía haberse aprovechado para implantar académicamente la reivindicada Teoría general del Derecho Procesal, si bien admite que este objetivo está plagado de dificultades entre otras razones porque los estudios de Teoría general al uso, irreprochables y solventes desde el punto de vista dogmático, no son adecuados para un primer curso de Derecho. Así, el contenido de su obra recoge lo que según el Decreto de Planes de estudio habría de abordarse en el primer ciclo, con amplio examen del Derecho procesal y

8. RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.

de la jurisdicción. La Parte orgánica recibe el tratamiento que corresponde a su importancia, entrándose también en el estudio de los actos procesales. Los principios del proceso y del procedimiento se analizan en lugares separados y, en cuanto a los primeros, entrocándolos con las garantías constitucionales. Finalmente se añade un último epígrafe para analizar el juicio tipo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales.

En la misma línea está la obra «*Introducción al Derecho Procesal*» de los profs. Moreno Catena, Cortés Domínguez y Gimeno Sendra⁹ que responde igualmente a los nuevos planes de estudio. La sistemática de la misma responde a la problemática fundamental de nuestra asignatura en las tres nociones fundamentales de jurisdicción, acción y proceso. El tratamiento más amplio es el de la jurisdicción puesto que allí se contiene el estudio de los órganos jurisdiccionales y de los que colaboran a la Administración de justicia. Es muy interesante el estudio que se hace en sendos capítulos del derecho al juez legal y del Jurado como forma de participación popular en la justicia. La acción se trata fundamentalmente bajo el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva. En la parte relativa al proceso, aparte de tratarse sus principios, se aborda la tipología de procesos existentes en nuestro ordenamiento. Se cierra con un capítulo conclusivo sobre el Derecho Procesal.

IV. La nueva estructura de nuestra disciplina resultante del R.D. sobre Directrices para los planes de estudio, puede ser cuestionada. Al tratarse de una disciplina servicial, tenía lógica su estudio al final de la carrera. En cambio, llevar parte de la misma al primer ciclo rompe excesivamente la unidad de aquella y ello tanto más cuanto más separación en cursos exista entre los que tiene asignado el Derecho Procesal.

Si acaso, la parte que admite una cierta separación y por tanto tratamiento en el primer ciclo, es la estrictamente orgánica del Derecho Procesal, o sea, lo que vendría a constituir la base del Derecho jurisdiccional. En tal sentido se atiende a la sugerencia expuesta por algún sector de la doctrina en el sentido de que si ya en los primeros cursos de la carrera aparece una mención a los poderes legislativo y ejecutivo, lo mismo debe ocurrir respecto del judicial.

Por ello, en ese Curso introductorio habría de estudiarse lo referente a la jurisdicción en su vertiente constitucional y administrativa, o lo que

9. MORENO CATENA; CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

es lo mismo, por un lado el denominado Poder judicial y por otro la Administración de Justicia.

En ese Curso puede pues tratarse de la jurisdicción y su concepto así como de la diferencia de aquella con los otros poderes del Estado y de las garantías constitucionales de la jurisdicción. Por supuesto que la Parte orgánica sería lo que principalmente habría de tratarse, lo que supone abordar buena parte de la L.O.P.J., esto es, lo relativo a la estructura y gobierno de los Tribunales, régimen del personal judicial y demás colaboradores de la Administración de justicia entre ellos el Ministerio Fiscal, abogados y procuradores.

Pueden también abordarse en este Curso las bases constitucionales del Derecho procesal tal como se encuentran en nuestro Texto Fundamental, bien relativas al derecho de tutela judicial efectiva y al propio proceso en sí. Es decir, una panorámica general desde el punto de vista constitucional pero sin que ello implique una profundización o estudio a fondo de estas delicadas materias, lo cual habría de hacerse en el segundo ciclo. Dicho de otro modo, creemos que no se puede seccionar una parte de la asignatura para darla en el primer año, sustrayéndola del Programa general de Derecho Procesal correspondiente al segundo ciclo; porque en otro caso podría darse la paradoja de que las materias más importantes y difíciles de nuestra asignatura se hubiesen de dar en el primer año de carrera, momento en el que no cabe el estudio profundo y matizado que las mismas requieren.

Mucho más dudosa es la conveniencia de incluir en ese Curso introductorio lo referente a los actos procesales puesto que, en principio, su tratamiento no debe desgajarse del análisis de los procesos en que se dan o manifiestan. Muy concretamente el tema de la nulidad de los actos procesales es de los que en ningún caso debería dissociarse del tratamiento del desarrollo del proceso en el segundo ciclo; aunque sólo sea por la extraordinaria vinculación que ese tema tiene con el de los recursos o medios de impugnación.

Igualmente creemos que el tratamiento de la acción debe residenciarse, como decíamos, en el segundo ciclo y al tratar del Derecho Procesal. En efecto, la complejidad del tema, su delicada imbricación con los otros conceptos fundamentales de la disciplina como son la jurisdicción y el proceso y aún con otros modernamente introducidos como el de acción-pretensión y que darían lugar a tratamientos doctrinales más avanzados; la multiplicidad de teorías sobre la misma; el tema de las clases de acciones estudiado ahora como formas de manifestación de tutela judicial, etc., aconseja ese tratamiento en un momento más avanza-

do. En tal sentido resulta enormemente significativo que en la importante obra del prof. Ramos arriba citada, las preguntas sobre evolución y planteamientos doctrinales en torno a la acción y la que le sigue, «La acción como expresión de la actividad jurídica de las partes», figuren en letra pequeña con relación a la que es general en ese capítulo sobre la posición del ciudadano en el sistema procesal y, concretamente, su posición como parte. Asimismo en la citada obra de los profs. Moreno Catena, Cortés Domínguez y Gimeno Sendra, ya ajustada a los nuevos planes, el tema de la acción se aborda desde un punto de vista muy apegado a la Constitución y no a su tratamiento tradicional; y el estudio y crítica de las teorías concretas de la acción, también aparece en esa obra en letra pequeña.

Si esta reserva se ha hecho para la acción, algo parecido habría que decir de la jurisdicción. En efecto, la acepción de la jurisdicción como presupuesto del proceso y el tratamiento procesal de la misma, deben residenciarse en el segundo ciclo sobre Derecho procesal y los distintos procesos, lo mismo que ocurre con la competencia, de la que no es conveniente disociarla. E igual debe decirse de la extensión y límites de la jurisdicción y de la prejudicialidad, que por su importancia y delicadeza debe quedar en todo caso para los cursos del segundo ciclo. La obra aludida del prof. González Montes, convence de esto último que decimos. En efecto, el problema de la prejudicialidad debe presuponer un profundo conocimiento no sólo de lo que es la jurisdicción sino también el dominar lo que son los procesos de los distintos órdenes jurisdiccionales, sus características y relaciones, cosa que difícilmente se podrá tener al comienzo de la Licenciatura.

Igualmente, no resulta del todo fácil adelantar al Curso introductorio el examen de los principios que rigen el proceso, a pesar de que expresamente lo pide el R.D. sobre Directrices generales. El examen de aquellos principios encontraría más perfecto encaje en los cursos del segundo ciclo cuando en ellos se analizan los distintos tipos de procesos civil, penal, etc. Y es que el tratamiento de los principios en el Curso introductorio, desgajado del estudio de dichos procesos, iría inexorablemente en detrimento de una clara comprensión de estos últimos.

En todo caso y ante la obligación que impone el R.D. sobre Directrices, de tratar en el Curso introductorio aquellos principios, lo que cabría es hacer referencia en él a los más generales del proceso y de base constitucional (en la línea de lo que realiza Ramos Méndez en su citada obra), como podrían ser los de debida defensa, el de contradicción y algún otro de esa naturaleza. En cambio, los de otro carácter de índole

más técnica y procesal como son el principio dispositivo, el de aportación de parte o los referentes a la valoración de la prueba, difícilmente pueden entenderse si no son estrechamente conectados al tipo de proceso donde los mismos se manifiestan. Y desde luego todos los denominados principios del procedimiento habrían de remitirse a los últimos cursos al tratar de los procesos donde los mismos aparecen.

V. La otra cara de la moneda sería que en el primer curso de los del segundo ciclo destinado al Derecho Procesal, se abordara el estudio en profundidad de las nociones fundamentales de nuestra disciplina. En cuanto a la jurisdicción, como ya ha quedado expuesto, su enfoque procesal y su tratamiento como presupuesto del proceso debe enlazar con el tema de la competencia. El examen de la acción puede ya abordarse desde todos los posibles ángulos y con análisis de toda la aportación doctrinal que sobre tal tema se ha producido. Y por lo que se refiere al proceso, es entonces cuando se pueden abordar todas las teorías sobre su naturaleza jurídica, concretamente conectado al estudio del proceso civil que es donde fundamentalmente han aparecido. Pues no podemos olvidar el carácter de ejemplaridad que para las distintas formas del proceso aplicables en las diferentes ramas del ordenamiento, ha tenido y tiene el proceso civil.

En cualquier caso, la nueva configuración de los Planes de estudio de nuestra disciplina supone un importante reto para la docencia de la misma. Desde luego, viene a representar una prueba de la importancia que la misma merece dentro de la Licenciatura. Al respecto, algunas de las aportaciones doctrinales que ya se han producido tienen una trascendencia extraordinaria. Con un alcance mucho más modesto y con la misma finalidad aquí quedan también reflejadas nuestras observaciones.

LA NULIDAD DE ACTUACIONES SEGUN LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL *

IGNACIO BORRAJO INIESTA

SUMARIO:

1. Planteamiento. — 2. El sistema de la Ley. A) Los supuestos de nulidad. B) Los efectos: la anulación de actuaciones. C) Modo y procedimiento. — 3. Algunos problemas específicos. A) Quebrantamiento de las formas versus indefensión. B) La indefensión ha de ser real o efectiva, para justificar la anulación de actuaciones. C) La indefensión ha de ser imputable al órgano judicial, nunca a la parte interesada. D) La emisión de sentencia definitiva desapodera al Tribunal para anular actuaciones. — 4. Observación final.

1. PLANTEAMIENTO

La nulidad de actuaciones es un arma de dos filos. Por un lado, ofrece un poderoso instrumento para preservar los fines de garantía y acierto que son propios del proceso, o lo que es lo mismo, los derechos de defensa de los justiciables y el tino y eficacia de las sentencias; pues, mediante la nulidad de actuaciones, el Juez puede remediar los errores y defectos producidos al llevar a cabo la tramitación de cualquier litigio o

* Ponencia presentada en el curso «Principios constitucionales del proceso civil», organizado por el Consejo General del Poder Judicial (noviembre 1992).

causa. Por ello mismo, la nulidad de actuaciones brinda a quienes actúan ante los Tribunales un escudo para evitar la indefensión y, en último término, la injusticia.

Simultáneamente, la nulidad de actuaciones es una herramienta peligrosa: un verdadero disolvente procesal, que es preciso utilizar con extrema cautela. Su petición o uso indebido ocasiona dilaciones y fraudes, y puede privar a la contraparte y al mismo órgano judicial del fruto de actividades de alegación y prueba ya realizadas sin razón que lo justifique. O, incluso, de sentencias ya emitidas tras sustanciar todo un proceso.

A la luz de esta tensión vamos a analizar sucintamente los principales rasgos de esta figura procesal. Para ello, y dada la calidad del auditorio, me limitaré a repasar brevemente la regulación legal de la nulidad de actuaciones, tal y como resulta de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial (infra, 2); para pasar directamente a considerar algunos de los problemas que plantea en su aplicación diaria (infra, 3), invitándoles a que no se conformen con la relación que les propongo, y saquen a discusión igualmente las cuestiones que se me hayan podido quedar en el tintero.

Tan sólo advertir que mi exposición se va a ceñir a la nulidad de los actos judiciales. No voy a tratar, por consiguiente, las cuestiones que se suscitan en torno a las nulidades de los actos realizados por las partes¹.

2. EL SISTEMA DE LA LEY

La normativa vigente es enunciada por la Ley Orgánica del Poder Judicial². Preludiada por la reforma introducida en 1984 en la Ley de Enjuiciamiento Civil³, la Ley Orgánica de 1985 ha establecido un régimen de nuevo cuño, que rompe con la tradición de la «querrela nulitatis» que pervivía en el ámbito del proceso civil, y lo asemeja a otros modelos procesales⁴.

Vamos a recordar los supuestos que pueden dar lugar a una nulidad

1. Cfr. arts. 243 y 11.3 y 240, LOPJ, y TC S. 57/1984 y 39/1988.

2. Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, BOE 2.7, que derogó a la espléndida Ley provisional sobre organización del Poder Judicial, de 15 septiembre 1870.

3. Ley 34/1984, de 6 de agosto (BOE 7.8), en cuanto dio nueva redacción al art. 742 LEC.

4. En general, v. J. Verge Grau y M. Serra Domínguez: *La nulidad de actuaciones*. Bosch, Barcelona (1987), y J. Verge Grau: *El incidente de nulidad de actuaciones*. Bosch, Barcelona (1982).

de actuaciones, los efectos que provoca una declaración en tal sentido, y a aludir a los escasos preceptos que pautan el modo y procedimiento de declararla.

A) *Los supuestos de nulidad*

La Ley distingue entre los supuestos de nulidad de pleno Derecho y los de mera anulabilidad, dejando en una posición ambigua a las extemporaneidades. Como nulidad absoluta incluye los defectos más graves de jurisdicción o competencia, la coacción sobre los Magistrados, y la indefensión⁵. Como nulidad relativa contempla los defectos de forma⁶. Finalmente, afirma que «las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo»⁷.

Es evidente que la idea de indefensión está llamada a asumir el papel principal. Los generalmente inocuos defectos de forma, que sólo si impiden al acto procesal alcanzar su fin generan su nulidad (el ejemplo típico sería una citación ilegible), también surten un efecto anulatorio si «determinan efectiva indefensión» (art. 240.1, cuarto inciso, LOPJ). Pero si la indefensión no proviene de meros defectos de forma, sino de defectos de procedimiento o procesales, entonces la sanción legal es fulminante: nada más y nada menos que la nulidad de pleno Derecho. En este punto es imprescindible tener a la vista el texto literal del importante art. 238.3 LOPJ:

«Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.»

5. El art. 238 LOPJ, concretamente, declara nulos los actos judiciales:

«1.º Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2.º Cuando se realicen bajo la violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave (cfr. art. 239).

3.º Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.»

6. El art. 240.1, segundo inciso, LOPJ se refiere a «los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión».

7. Art. 241 LOPJ.

En este precepto es perceptible una ampliación sustancial respecto del régimen tradicional de nulidades procesales; y, simultáneamente, una drástica reducción.

Por una parte, la norma configura como causa de nulidad de los actos judiciales el que hayan sido dictados prescindiendo de las «normas esenciales de procedimiento». Esta regla, cuya dicción se remonta directamente hasta la Ley de Procedimiento Administrativo⁸, no puede negar su parentesco con la norma procesal tradicional: «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio». Se puede discutir si la opción del legislador por una u otra fórmula conlleva algún cambio, como luego veremos, pero en términos generales puede darse por supuesto que el campo semántico de ambas es similar: en principio, siempre que se prescinde de las normas esenciales de procedimiento se quebrantan las formas esenciales del juicio. En este punto concreto, la Ley de 1985 se habría limitado a generalizar la norma presente en las Leyes de Enjuiciamiento, en sede del recurso de casación⁹.

Ahora bien, a esta fuente de nulidades más o menos equiparable a la tradicional, consistente en prescindir totalmente de las normas legales de procedimiento, se suma otra completamente nueva, y de una indudable amplitud: infringir «los principios de audiencia, asistencia y defensa». Es evidente que tales principios tienen un significado general y abstracto, y que potencialmente pueden desplegar efectos sin fin. Con esta disposición, la LOPJ ha desvinculado la nulidad de los actos judiciales de la letra de las leyes que rigen el proceso. Los Tribunales deben atenerse en su actuación a las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley; y, además, deben respetar unos principios generales, cifrados en la audiencia, asistencia y defensa. Es indudable que estos principios se remontan directamente hasta el art. 24 de la Constitución. Y que, al incrustarlos en el régimen de las nulidades de pleno Derecho,

8. Ley de 17 de julio de 1958 (BOE 18.7), cuyo art. 47.1 declara nulos de pleno derecho los actos de la Administración que, entre otros vicios, incurran en el siguiente: «c) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello...» Sobre el tema pueden verse J. A. Santamaría Pastor: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. IEA, Madrid (1972); T. R. Fernández Rodríguez: *La doctrina de los vicios de orden público*. IEAL, Madrid (1970). En gral., E. García de Enterría y T. R. Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*, I. Civitas, Madrid (5.ª ed., 1990) cap. XI.

9. LEC, art. 1692.3 (según resulta de la reforma de 1984), y arts. 1691.2 y 1693 (de la redacción originaria de 1881).

LECrím, arts. 850 y 851 (redactados por la Ley de 16 de julio de 1949, y posts.), y arts. 911 y 912 (del texto originario de 1882).

la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha ampliado extraordinariamente el círculo eficaz de la nulidad de actuaciones.

Sin embargo, y en sentido diametralmente opuesto, la Ley ha cercenado la anulación de actos judiciales. Primero, porque no es lo mismo «quebrantar» las formas esenciales del juicio, que «prescindir total y absolutamente» las normas esenciales de procedimiento. La jurisprudencia puede interpretar de manera muy laxa el término quebrantar, como de hecho hizo en ocasiones, igualándolo a la más leve falta (respecto a aquellas formas previamente identificadas por la ley como esenciales). Por el contrario, el «prescindir» de una norma de procedimiento, y además hacerlo de manera «total y absoluta», requiere un grado de quebrantamiento o incumplimiento de la norma muy grave. Aun tratándose de una norma esencial (como la que regula, v. gr., las citaciones o emplazamientos), cualquier infracción de la misma no acarrea su nulidad de pleno Derecho; sólo cuando dicha infracción equivale prácticamente a ignorarla, a «prescindir total y absolutamente» de ella.

Pero la restricción más seria de las causas de nulidad proviene de otro fragmento del art. 238.3 LOPJ: su inciso final, que exige para declarar la nulidad de un acto judicial que «efectivamente se haya producido indefensión». Este punto es esencial. Hasta ahora, la legislación cifraba la nulidad en la infracción de la ley procesal. Sólo excepcionalmente se atendía a los efectos que dicha transgresión ocasionaba en los justiciables¹⁰. Desde 1985, o un año antes en el ámbito del proceso civil¹¹, solamente cuando alguna de las personas que toman parte en el proceso, o hubieran debido tomarla, se encuentren en una situación de efectiva indefensión, procede la nulidad de actuaciones.

B) *Los efectos: la anulación de actuaciones*

Las actuaciones judiciales son anuladas mediante declaración del Juzgado o Tribunal. Es importante subrayar esta aparente evidencia. El

10. En la LEC, el único quebrantamiento de forma que requería la indefensión era la denegación de diligencias de prueba (núm. 5 del antiguo art. 1693 LEC). Lo mismo cabe decir de la LECrím (núms. 3 y 4 del antiguo art. 911). A ello hay que añadir alguna previsión especial, como por ejemplo la sanación de las citaciones o emplazamientos defectuosos, cuando el interesado comparecía a tiempo (art. 279 LEC, art. 991.2 LECrím, actual art. 850.2).

11. La reforma de la LEC de 1984 ya introdujo el parámetro de la indefensión para apreciar la nulidad de actos judiciales: v. art. 1692.3 LEC.

acto que declara la nulidad, ya revista forma de Auto o de Sentencia, es determinante para apreciar su existencia, y para conocer su alcance y efectos. Es cierto que las nulidades absolutas, a diferencia de las relativas, surten efectos desde el momento mismo en que se producen; pero esta distinción se ve muy reducida en el seno de un proceso judicial, pues ni los justiciables ni el mismo Tribunal pueden ignorar las resoluciones judiciales mientras no sean formalmente declaradas nulas¹².

El alcance de la declaración de nulidad ha sido estrictamente tasado por la Ley, rompiendo de nuevo con la regla tradicional. El órgano judicial puede declarar ora la nulidad de todas las actuaciones, ora la nulidad de alguna en particular¹³. Sólo cabe declarar la nulidad cuando es imprescindible, y además solamente en el grado estrictamente necesario para sanar el vicio advertido. En efecto, en primer lugar el Juez debe preferir siempre la subsanación de los defectos que pudieran dar lugar a la nulidad, evitando ésta si es posible¹⁴. En segundo lugar, rige el principio de conservación de actuaciones: «1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. 2. La nulidad de parte de un acto no implicará la de las demás del mismo que sean independientes de aquélla.»¹⁵

La fuerza de estos principios llevan a que el Tribunal, cuando conoce la existencia de los defectos u omisiones en que se haya podido incurrir, intente sanarlos en presente y no en pasado: es decir, llevando a cabo su subsanación sin anular lo actuado hasta el momento, y no creando un «viaje en el tiempo» mediante el artificio jurídico de la nulidad, para que se vuelva a sustanciar el proceso desde el instante en que se cometió la falta. En segundo lugar, cuando la anulación es ineluctable, la Ley relega la retroacción de actuaciones al lugar de último remedio. Es preferible anular sólo algunas actuaciones: aquéllas que han producido la indefensión, o han incurrido en manifiesta falta de jurisdicción o competencia, o han sido impelidas contra la voluntad de los magistrados. Las restantes actuaciones, tanto las coetáneas como las posteriores a las anu-

12. Art. 118 CE, art. 240 LOPJ.

13. Art. 240.2 *in fine* LOPJ.

14. Art. 240.2, inciso 3, LOPJ: «siempre que no proceda la subsanación». Esta norma no se aplica en principio a las nulidades apreciadas en grado de recurso (art. 240.1), sino a las que son conocidas por el mismo Tribunal que ha realizado los actos teñidos de nulidad (art. 240.2).

15. Art. 242 LOPJ.

ladas, deben ser mantenidas si es posible hacerlo: si no se encuentran viciadas ellas mismas de nulidad, por sí solas; o si no dependen del acto nulo; o si su contenido hubiese permanecido invariable, háyase o no cometido la infracción anulatoria. Esta tarea, de discernir el alcance y efectos de una declaración de nulidad de actuaciones, puede no ser fácil en ocasiones, aunque en la práctica estas categorías que maneja la Ley son relativamente sencillas.

En cualquier caso, lo que está claro es que se terminó la simple solución que disponían las Leyes de Enjuiciamiento: la reposición de los autos o la causa al estado que tenían cuando se cometió la falta, para ser sustanciada y determinada con arreglo a Derecho¹⁶.

C) *Modo y procedimiento*

La Ley contempla dos supuestos claramente diferenciados. En primer lugar, que la declaración de nulidad sea efectuada por el Tribunal superior al que dejó indefensa o alguna de las partes, o incurrió en otra causa de nulidad. Obviamente, el Tribunal superior conoce del asunto en vía de recurso, interpuesto por alguna de las partes (art. 240.1 LOPJ). En segundo lugar, la Ley permite que el propio Juzgado o Tribunal que haya sustanciado las actuaciones que se descubren nulas lo declare así (art. 240.2 LOPJ). Este último supuesto es el que plantea más dificultades. Finalmente, es preciso advertir que la Ley alude a «los demás medios que establezcan las leyes procesales» para hacer valer la nulidad de actos procesales (art. 240.1 *in fine*, LOPJ).

La declaración de nulidad en sede de recurso devolutivo no ofrece, en términos generales, problemas. Es preciso que alguna de las partes someta a conocimiento del Tribunal superior la causa o litigio, mediante el correspondiente recurso. Y la regulación propia del cauce procesal elegido dará respuesta a los interrogantes que pudieran plantearse acerca de la tramitación y del alcance de la intervención anulatoria, según se trate de un recurso de apelación, de suplicación, de casación o de queja, y se aplique uno u otro de las variopintas y abigarradas disposiciones que contienen nuestras numerosas leyes procesales, para deleite de litigantes y Tribunales por igual. La principal cuestión que podría suscitarse atañe a si el Tribunal superior puede apreciar de oficio casos de nulidad, cuan-

16. LEC, art. 1715.2 vigente, art. 1766 del texto de 1881; LECrim, art. 901.bis.a vigente, art. 930 originario de 1882.

do los recurrentes no las hubieran hecho valer. La solución que brinda la distinción entre nulidades absolutas y relativas no sirve, en su sencillez, para resolver todos los supuestos que aquí pueden plantearse.

La declaración de nulidad de actuaciones en el seno del mismo juicio o recurso en que se ha producido el acto infractor suscita más dudas. Cabe hacer valer la nulidad, por supuesto, mediante un recurso ante el mismo Tribunal, mediante reposición o reforma; en cuyo caso, la regulación legal del correspondiente cauce procesal pautará la actuación de las partes y del órgano judicial. Pero cabe también plantear la nulidad al margen del sistema de recursos.

La Ley se limita a afirmar que el órgano judicial actúa en este supuesto de oficio, previa audiencia de las partes. Naturalmente, este precepto no obsta para que el justiciable pueda poner de manifiesto ante el Tribunal la nulidad de las actuaciones. Justiciable es tanto quien se encuentra formalmente personado en autos, como quien comparece en ese mismo momento alegando un interés legítimo que justifica su personación, claro es. Ahora bien, entiendo que la Ley, al no decir que el Juez actúa «de oficio o a instancia de parte», sino exclusivamente «de oficio», introduce un matiz significativo: si entiende que la petición de nulidad de actuaciones deducida carece de todo fundamento, puede y debe decretar su inadmisión *prima facie*. Sólo debe dar audiencia a las otras partes si entiende que la petición está fundada, o al menos no carece de seriedad. Esta configuración de la potestad judicial conecta con la preocupación por «rechazar fundamentalmente las peticiones (o) incidentes... que se formulen con manifiesto abuso de derecho, o entrañen fraude de ley o procesal» (art. 11.2 LOPJ).

En cuanto al procedimiento a seguir, la ley se remite al sentido común de los Jueces. Orientarse por la regulación del recurso de reposición (en la LEC¹⁷) o de reforma (en la LECrim¹⁸), cuando se trata de Juzgados; o por la regulación del recurso de súplica¹⁹, cuando se trata de órganos colegiados, permite tener un punto de referencia suficiente en circunstancias normales. Sólo en determinados supuestos de cierta complejidad sería preciso ampliar los plazos y, sobre todo, plantearse el problema de la prueba. En mi opinión, normalmente habrá que estar a lo que resulte de las actuaciones judiciales; sólo en supuestos especiales, en

17. Arts. 378 y 379 LEC.

18. Arts. 221 y 222 LECrim.

19. Art. 402 LEC y art. 238 LECrim. La omisión de la audiencia a las partes, si las priva del derecho a la defensa, genera la nulidad de la anulación de actuaciones (STC S. 10/1993).

que los hechos extraprocesales fueran determinantes (p. ej., razones por las que resultó imposible la personación de una parte emplazada), habría que admitir medios de prueba específicos. En estos casos, parece que sería suficiente estar al comienzo de prueba por escrito que pudiera aportar la parte que promoviera la nulidad; y sólo si fuera estrictamente necesario se abriría prueba en el incidente.

En cualquier caso, el incidente de nulidad de actuaciones no ha de suspender el curso del proceso principal. Sólo si su continuación fuese a convertir en irreparable la indefensión u otra nulidad denunciada, y la solicitud no hubiese sido inadmitida por manifiestamente infundada o fraudulenta, podría suspenderse la tramitación del juicio o recurso.

En cuanto al tiempo en que se puede declarar la nulidad de actuaciones, las reglas son claras. Si la nulidad se hace valer ante el Tribunal superior, habrá que estar a los plazos establecidos para el correspondiente recurso de apelación, casación, etc. Si se hace valer ante el Tribunal actuante, la regla es doble. Si se trata de nulidad de pleno Derecho, no hay plazo en sentido estricto: la nulidad se puede advertir por el Juez o denunciar por las partes en cualquier momento, suscitándose el consiguiente incidente. Los defectos de forma, en cambio, deben ser delatados mediante el recurso que proceda contra el acto infractor, usualmente el recurso de reforma o reposición, en el plazo previsto para ello; si no se hiciera así, al tratarse de meras anulabilidades, quedarían sanadas por consentidas. Sólo en supuestos de gran gravedad, en que el defecto de forma acarrearía la nulidad absoluta (por prescindir de normas esenciales de procedimiento, o infringir los principios de audiencia, asistencia y defensa), el plazo de recurso dejaría de ser relevante, pues su transcurso no convalidaría la nulidad.

Esta limitación a los derechos de las partes de atacar nulidades de forma no hace más que responder a una lógica evidente, que rige secularmente en su formulación positiva: los quebrantamientos de forma deben ser protestados en el instante en que se cometen, y sólo pueden ser alegados en recurso por quienes reclamaron la subsanación de la falta, dejando constancia de la protesta en el acta de la vista o mediante el pertinente escrito de recurso interlocutorio²⁰.

En cualquier caso, el Tribunal sólo puede declarar nulas actuaciones practicadas por él mismo antes de dictar sentencia definitiva. Este es un término absoluto. Una vez firmada la sentencia, y por ende intangible in-

20. Vid. art. 1693 LEC (arts. 1696 y 1697 del texto de 1881), y art. 884.5 LECrim (art. 914 de la norma de 1882).

cluso para sus autores²¹, nada puede hacerse respecto de las eventuales nulidades en que se hubiera incurrido durante el proceso. Quedan fuera de la potestad del Tribunal, y por consiguiente, es inútil que las partes se dirijan a él para ponérselas de manifiesto. La única esperanza reside en los cauces de recurso, para hacer que el Tribunal superior corrija la falta, si efectivamente se hubiera cometido. O bien, en «los demás medios que establezcan las leyes procesales» para hacer valer la nulidad de actuaciones.

Esta enigmática alusión que formula el último inciso del artículo 240, apartado 1, de la Ley Orgánica se refiere, en mi opinión, a dos figuras de nuestro ordenamiento procesal vigente: la protesta, y la audiencia al rebelde.

La protesta se formula en los actos orales, normalmente la vista del juicio o del recurso, contra una decisión adoptada en ese mismo momento por el Juez o Presidente del Tribunal que dirige el acto. El supuesto clásico es la protesta por la denegación de preguntas. La protesta puede ser fundada o no, según entienda el Presidente que conviene dar venia a la parte para que la razone. En cualquier caso, debe quedar constancia en acta. Las leyes no consideran a la protesta propiamente como un recurso. Sólo en aquellos procesos en los que priman los valores de oralidad, concentración e inmediación —o dicho en otros términos, donde el proceso se desarrolla en vista pública—, asume importancia la figura procesal de la protesta. No sé si sonará a herejía en esta sede, pero confío en que su importancia crezca en el futuro en el contexto del proceso civil; ojalá éste redescubra lo mejor de sí mismo, que son los juicios verbales, los cuales han sido fielmente recogidos y espigados en el ámbito del proceso laboral.

Queda, finalmente, la audiencia al rebelde²²; o recurso de nulidad, como ha preferido denominarlo la legislación procesal penal²³. Este medio de impugnación, dirigido contra sentencias firmes pronunciadas sin haber oído a quien lo promueve, brinda el remedio idóneo para afrontar el más grave problema que existe en materia de nulidad de actuaciones: la incomparecencia en el proceso de personas, cuyos derechos o intereses

21. Arts. 266 y 267 LOPJ.

22. Arts. 762 - 789 LEC. V., entre otros, J. Guasp: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Aguilar, Madrid (1943); J. Verge Grau: *La rebeldía en el proceso civil*. Bosch, Barcelona (1989).

23. Art. 797 LECrim, introducido por la Ley de los Juzgados de lo Penal (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre), que ha abierto la posibilidad —limitada— de dictar condenas en ausencia del acusado: art. 793.1.2.

legítimos se ven perjudicados por la sentencia que lo cierra, y que ha sido debido a defectos o insuficiencias del emplazamiento, o lisamente a que no han sido emplazadas. Para este grave problema, la audiencia al rebelde ofrece la herramienta específica, que permite remediarlo cuando la incomparecencia no es imputable al perjudicado (rebeldía ficticia); y que, igualmente, permite desechar las peticiones elevadas por los demandados contumaces o por conveniencia, sin poner en peligro la santidad de la cosa juzgada que protege al ciudadano cuyo derecho se vio reconocido en sentencia firme. Es cierto que la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta anacrónica, pues configura los supuestos que justifican la incomparecencia del demandado en términos demasiado casuísticos y que responden a una realidad rural, de pueblos pequeños y escasa movilidad; establece plazos a partir de un momento inaceptable, como es la publicación oficial de la sentencia, o su notificación en estrados; y, además, no contempla el caso de quien ni siquiera ha sido demandado en el litigio, pero cuyos legítimos intereses se han visto decisivamente truncados por la sentencia, sin posibilidad de que un ulterior juicio declarativo remedie el mal.

La situación requiere urgentemente una reforma legal, que limpie el cauce de la audiencia al rebelde de las obstrucciones que le impiden en la actualidad cumplir su fin institucional: remediar las indefensiones causadas por sentencias dictadas *inaudita parte* sin justificación. Mientras tanto, resulta imprescindible que la jurisprudencia vaya desbrozando el camino, en la línea apuntada por el Tribunal Constitucional²⁴: pues es evidente que aquellos requisitos que la ley exige para dar lugar a oír al demandado condenado en rebeldía, que constituyen obstáculos insalvables para remediar una indefensión proscrita por el art. 24 de la Constitución, son requisitos que han quedado derogados por el texto constitucional.

Por último, podría entenderse que «los demás medios» a que se refiere la LOPJ incluye una referencia al proyecto de amparo judicial, sobre el que en estos momentos se está discutiendo. Tan sólo apuntar mi rotunda oposición a la figura. Creo que supondría crear una nueva vía de recurso o de impugnación en un sistema judicial que adolece de un exceso de ellos, una floresta procesal que requiere una urgente poda, en aras precisamente del ideal que proclama el art. 24 de la Constitución.

24. TC S. *desahucio de Los Corales* (83/1983, 21 octubre, J.C. 7:61), que declaró que no había lugar a declarar la inconstitucionalidad de los arts. 785, 1581.2 y 1598.2 LEC, entre otras razones porque no se puede denegar la audiencia a quien ha sido rebelde por causa de fuerza mayor (encontrarse preso).

La única finalidad que puede cumplir, que no sirvan ya los recursos previstos por las leyes vigentes, sería ofrecer una vía al ciudadano que no pudo usar –indebidamente– ninguno de ellos. Esa función la cumple, infinitamente mejor, la audiencia al rebelde. No hace falta diseñar ningún amparo judicial; lo necesario es adaptar a los problemas de indefensión, puestos de manifiesto por la aplicación del art. 24 de la Constitución, el magnífico instrumento que proporciona la secular figura de la audiencia al rebelde, quizá rebautizada como «audiencia al incomparecido».

3. ALGUNOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS

A) *Quebrantamiento de las formas versus indefensión*

Como puede fácilmente apreciarse, el actual sistema de nulidad de actuaciones es menos simple que el anterior. Por regla general, para apreciar si un acto judicial incurría en nulidad antes bastaba con cotejarlo con el precepto legal que lo regulaba: si el acto incumplía alguno de los requisitos establecidos por la norma era nulo, y había que reponer actuaciones; si no, no. A lo sumo, se podía plantear el problema de si el acto afectaba a alguna de las formas esenciales del proceso: cuestión igualmente resuelta por las leyes de enjuiciamiento, que relacionaban qué garantías procesales merecían esa calificación en sede de casación; y que, además, se detenían en declarar la nulidad de determinados actos, cuando no se practicaren con arreglo a lo dispuesto en ellas²⁵.

Ahora, en cambio, el nudo de la cuestión reside en un concepto resbaladizo: la indefensión. Pues dejando al margen supuestos de nulidad más perfilados, pero menos frecuentes (como la falta de jurisdicción, o la violencia), normalmente se suscitará el problema de anular las actuaciones con ocasión de que alguna de las partes, o un justiciable recién comparecido en el proceso, alegue indefensión.

La indefensión es una noción abstracta; pero se aplica a situaciones muy concretas. Es, pues, inasible en definiciones; pero, siendo un concepto relacional y relativo, que solamente puede nacer en el seno de procesos concretos a la luz de sus específicas circunstancias y actuaciones

25. V. gr. art. 279 LEC, para notificaciones, citaciones y emplazamientos, y art. 180 LECrim.

procesales, no suele ser difícil de apreciar en la práctica, salvo casos extremos. Baste ahora con recordar la primera formulación general que elaboró la jurisprudencia constitucional, acerca del significado de la proscripción de la «indefensión», y que ha mantenido desde entonces²⁶:

«en todo proceso judicial deb(e) respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos o intereses. Este derecho de defensa y bilateralidad, por otra parte ya reconocido legalmente antes de la Constitución y expresado bajo el clásico principio procesal *nemine damnatur sine audiatur* se conculca, como ha señalado este Tribunal, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa –Sentencia (38/1981, 23 noviembre)–, proscribiendo la desigualdad de las partes –Sentencia (13/1981, 22 abril)–, por contener tal norma un mandato dirigido al legislador y al intérprete en el sentido de promover la contradicción –Sentencia 9/1981, 31 marzo)–, para lo que el acusado debe tener plenas oportunidades de defensa y el Tribunal amplios elementos de juicio para dictar Sentencia –Sentencia 13/1981, 22 abril)».

La continuidad de esta tesis, y su paralelismo con el actual art. 238.3 LOPJ, se denotan en la reciente Sentencia pacto de liquidez I (14/1992)²⁷. En ella el Tribunal Constitucional declaró que la conjunción de los derechos fundamentales a no sufrir indefensión y a un proceso con todas las garantías, «se traduce en la exigencia de observar una serie de principios que han sido desgranados por la jurisprudencia de este Tribunal, entre los que asumen especial importancia los de audiencia, contradicción e igualdad de armas procesales» (citando las STC 4/1982, f.j. 5, 191/1987, f.j. 1, 226/1988, f.j. 3, 180/1991, f.j. 4, y 227/1991, f.j. 5). El criterio esencial es, en último análisis, muy simple: examinar si el justiciable puede aún disfrutar de una oportunidad real de ejercer medios legales suficientes para la defensa de sus derechos e intereses legítimos en litigio, tomando en consideración la totalidad del proceso; o bien, si se ha visto privado de ella²⁸.

26. TC S. *Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación –FNGRC–* (4/1982, 8 de febrero, J.C. 3:51), f.j. 5.

27. TC S. 14/1992 (10 de febrero, BOE 3.3,29), que declaró que no había lugar a declarar la inconstitucionalidad del art. 1435.4, segunda frase, LEC.

28. Ver TC S. 14/1992, f.j. 9, y 4/1982, f.j. 5.

B) *La indefensión ha de ser real o efectiva, para justificar la anulación de actuaciones*

Esta cualificación es de suma importancia. Marca la ruptura definitiva con el entendimiento mecanicista del quebrantamiento de formas, que igualaba la vulneración de la norma procesal relevante con la nulidad del acto transgresor, de manera automática y sin paliativos. Frente a esta concepción tradicional, la jurisprudencia constitucional enunció la diferencia entre «indefensiones jurídico-procesales» o meramente formales, deducidas de la infracción de la ley procesal; y las «indefensiones jurídico-constitucionales», materiales o reales, que derivan de una apreciación de la situación específica del justiciable afectado por la irregularidad procesal²⁹. Esta contraposición ha perdido ya su sustancia, desde el momento mismo en que el art. 238.3 LOPJ ya ha insertado en la médula de la legislación procesal la idea realista de indefensión acuñada por la jurisprudencia constitucional, a la sombra del art. 24 de la Constitución.

La noción de indefensión real o material, asimismo adjetivada en otras ocasiones como material o sustancial, ha sido felizmente expresada en la Sentencia Franco de la Morena (48/1986)³⁰:

«una indefensión... relevante no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella.»

En esta frase se condensan los elementos que constituyen una verdadera indefensión. El principal consiste en un cambio de perspectiva: lo determinante no es la irregularidad u omisión judicial, sino las consecuencias prácticas producidas por la actuación judicial. Tales consecuencias deben ser, simultáneamente, de dos órdenes: a) deben ocasionar un perjuicio a los intereses legítimos del afectado; y b) deben acarrear una privación de su derecho a defenderlos.

Unos casos ilustran estas ideas. En el que fue resuelto por la Sen-

29. Ver, p. ej. TC S. 70/1984 (11 junio, J.C. 9:195), f.j. 1; 155/1988 (22 julio, J.C. 21:708), f.j. 4.

30. TC S. 48/1986 (23 de abril, J.C. 14:493), f.j. 1. Son hitos de esta línea jurisprudencial, además de las que se mencionan en el texto, las siguientes sentencias: 28/1982, 23 julio; 118/1983, 13 diciembre; 89/1986, 1 julio; 102/1987, 17 junio; 155/1988, 22 julio; 246/1988, 19 diciembre; 31/1989, 13 febrero; 145/1990, 1 octubre; 163/1990, 22 octubre.

tencia Franco de la Morena (48/1986), no hubo dificultades en apreciar que sí se había producido indefensión: el demandante, victorioso en la instancia, no fue emplazado en el recurso de casación interpuesto por la otra parte, porque la Magistratura de Trabajo había dirigido la citación a un Abogado que no tenía nada que ver con él; por lo que no pudo defenderse en sede de casación, que dio lugar a una sentencia revocatoria.

En cambio, en la Sentencia Ferrara Gil (161/1985)³¹, se denegó que hubiera habido indefensión, a pesar de que el demandante en un proceso social no había recibido la preceptiva comunicación previa de que un codemandado iba a comparecer al juicio con asistencia de Letrado, porque la Magistratura creyó erróneamente que el actor contaba con ella. La Sentencia constitucional anotó que esa grave confusión judicial no había causado ningún *perjuicio* al actor, porque la Sentencia de instancia terminó estimando su pretensión, declarando improcedente el despido.

Por añadidura, no sólo debe haberse causado un perjuicio real y efectivo en los intereses de la parte, sino que es preciso igualmente que ésta se vea privada del derecho de defensa. Esa privación puede afectar al plano de la prueba, o bien al plano de las alegaciones. El primer aspecto lo ilumina la Sentencia Márquez Patiño (149/1987)³²: en el litigio civil –por separación conyugal– se había producido una insuficiencia del material probatorio en la fase de apelación ante la Audiencia, que había acarreado la desestimación de las pretensiones del marido (ergo, perjuicio en sus intereses). La Sentencia constitucional negó, no obstante, que se hubiera producido una situación de indefensión, entre otras razones porque «aun existiendo en la inadmisión de la prueba alguna irregularidad procesal, no se llega a producir *efectivo y real menoscabo del derecho de defensa* por no existir, o no demostrarse..., la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas», o bien por tratarse de «hechos carentes de relevancia» para la decisión del litigio, o también por ser «hechos que por otra vía habían quedado ya probados»³³.

En el plano de las alegaciones, por último, la Sentencia Hormigones y Pavimentos (145/1990)³⁴ ofrece un caso iluminador. El Tribunal Supremo había extraviado el escrito de alegaciones formulado en tiempo y forma por el apelante, por lo que lo tuvo por no presentado en la sen-

31. TC S. 161/1985 (29 noviembre, J.C. 13:423).

32. TC S. 149/1987 (30 septiembre, J.C. 19:50).

33. Esta línea jurisprudencial se inicia con la TC S. 116/1983, y sigue con las 30/1986, y 98/1987.

34. TC S. 145/1990 (1 octubre, J.C. 28:86).

tencia con la que desestimó su recurso. Pero no le causó una indefensión real, pues se daba la circunstancia de que la empresa se había limitado a reiterar, en sus alegaciones de apelación, los argumentos esgrimidos en fases anteriores del litigio; y dichos argumentos fueron desechados en el fondo por la Sentencia dictada en apelación.

C) *La indefensión ha de ser imputable al órgano judicial, nunca a la parte interesada*

Cuando el justiciable no ejerce sus medios de defensa, teniendo una posibilidad real para hacerlo, sólo a sí mismo puede achacar su situación. Por lo que no cabe anular actuaciones, en perjuicio de la parte que actuó con diligencia y buena fe en el proceso.

Esta doctrina ha sido aplicada, en primer lugar, a aquellas personas que no son emplazadas debiendo serlo, por poder resultar perjudicadas por la resolución que se adopte; pero que, sin embargo, tienen conocimiento extraprocesal de la existencia del pleito, en el que no comparecen hasta que en él se dicta sentencia contraria a sus intereses. En estos casos, la indefensión que hayan podido sufrir ha sido causada por su inactividad negligente, por lo que no procede la anulación de actuaciones³⁵.

Otra categoría la forman aquellas personas que, constituidas como parte en un proceso, no reaccionan contra las irregularidades que en su transcurso se pueden cometer, a pesar de conocerlas y de tener ocasión de pedir su corrección, hasta que ya es demasiado tarde. Así, por ejemplo, quien tras conseguir mediante inhibitoria que un Juzgado de Salamanca remita los autos al Juzgado de Madrid, se limita a esperar que aquél le emplazase a comparecer; y hace caso omiso de las sucesivas notificaciones que efectúa el de Madrid, que le dieron una ocasión real para formular solicitudes y pedir prueba, hasta haber concluido el período probatorio³⁶. O bien, el padre del conductor de una motocicleta causante de un accidente de tráfico, quien a pesar de no haber sido citado al juicio resulta condenado como responsable civil subsidiario; a quien se le notifica la sentencia e interpone recurso de apelación, pero en él se limita (asumiendo una «posición dilatoria») a solicitar la nulidad de actuaciones, y no a promover la defensa de su legítimo interés en no sufrir condena civil³⁷.

35. A partir de la TC S. *Arteaga versus Aizpuru* (56/1985, 29 abril, J.C. 11:616).

36. TC S. *Gresco Coop.* (102/1987, 17 junio, J.C. 18:450).

37. TC S. *Aragón Rodríguez* (31/1989, 13 febrero, J.C. 23:325).

Finalmente, es preciso aludir a la primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional ha otorgado abiertamente un «contra-amparo», anulando una resolución judicial por exceso de garantismo, en detrimento de una sentencia definitiva y firme. En la Sentencia Procontrol (147/1990)³⁸, en efecto, se declaró que la situación de indefensión causada porque el Procurador de la parte perjudicada por una sentencia civil –sobre resolución de contrato de arrendamiento– no se la había comunicado a su mandante, por haber causado baja por jubilación sin cumplir los deberes que para proveer a su sustitución dispone el art. 9 LEC, no podía dar lugar a la nulidad de actuaciones. Pues la pérdida del derecho a apelar no era imputable al órgano judicial, y la anulación privaba a la contraparte de su derecho a la plena e inmediata efectividad de la sentencia firme dictada en su favor.

D) *La emisión de sentencia definitiva desapodera al Tribunal para anular actuaciones*

Como es sabido, la previsión del art. 240.2 LOPJ de que el Juzgado o Tribunal solamente puede decretar la nulidad de las actuaciones sustanciadas ante él en tiempo anterior a dictar sentencia definitiva ha causado una importante polémica. Las dos Salas del Tribunal Constitucional mantuvieron posturas irreconciliables, que sólo fueron unificadas en la Sentencia del Pleno nulidad de actuaciones (185/1990)³⁹. Ahora es suficiente con recordar sucintamente las dos tesis enfrentadas, ambas con sólidas razones en que apoyarse, y sobre todo la situación vigente.

La tesis contraria a que la ley limitase temporalmente la potestad de anular actuaciones nace de la Sentencia 110/1988, de 8 de junio, y encontró su cénit en las tres resoluciones que elevaron una cuestión interna de inconstitucionalidad respecto del art. 240.2 LOPJ (las STC 211, 212 y 213/1989, de 19 de diciembre). La postura partía de la constatación de dos hechos: en el funcionamiento diario de los Tribunales se provocan situaciones de indefensión patente, reconocidas por el mismo órgano judicial que las causas; no obstante, dictada sentencia definitiva y precluidos los plazos de recurso, la carencia de remedios procesales fuerza al afectado a interponer recurso constitucional de amparo, lo que demora excesivamente la solución de un problema simple, priva sin razón a los

38. TC S. 147/1990 (1 octubre, J.C. 28:102).

39. TC S. 185/1990 (15 noviembre, J.C. 28:527).

Tribunales legales de la potestad de corregir sus propios errores, y erige al Tribunal Constitucional en una instancia de revisión universal.

La tesis favorable a que la ley prohibiese la anulación de actuaciones después de pronunciada sentencia definitiva se manifiesta en una Sentencia casi coetánea con la anterior, la 148/1988, de 14 de julio, y se prolonga hasta la actualidad⁴⁰. Sus fundamentos se encuentran en la intangibilidad de las sentencias definitivas, la fuerza de la cosa juzgada, y en último término el principio de seguridad jurídica.

Finalmente, la Sentencia de Pleno nulidad de actuaciones (185/1990) ha determinado definitivamente que el inciso controvertido del art. 240.2 no es contrario a la Constitución. El principio de seguridad jurídica ha prevalecido, así como la resignación del Tribunal Constitucional a que el recurso de amparo ofrezca el principal cauce de reparación de indefensiones procesales, normalmente por defectos u omisiones en los emplazamientos y otras comunicaciones judiciales. En la Sentencia, no obstante, se hace una llamada a la reforma de la legislación procesal, para que estos problemas puedan ser resueltos en el seno de los Tribunales de cada orden jurisdiccional.

Ya he expuesto con anterioridad que, en mi opinión, la solución reside en la audiencia al rebelde.

En cualquier caso, lo cierto es que en la actualidad resulta de todo punto inútil promover un incidente de nulidad de actuaciones, cuando en los autos consta haberse dictado sentencia definitiva. Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha afirmado que dicha solicitud constituye un «recurso manifiestamente improcedente» que, de conformidad con la jurisprudencia que interpreta el plazo para interponer el recurso constitucional de amparo ex art. 44.2 LOTC, no es idóneo para suspender o interrumpir dicho plazo. Por lo que viene inadmitiendo un considerable número de recursos de amparo, declarándolos extemporáneos, por esta causa⁴¹.

Lo que constituye una «sentencia» definitiva se desprende de una interpretación estricta de la ley. Es contrario al art. 24 de la Constitución efectuar interpretaciones analógicas que restrinjan la posibilidad de remediar la indefensión de una de las partes; por ejemplo, entendiendo que —en el curso de un juicio de ejecución ex art. 131 LH—, el auto de apro-

40. TC S. 159/1988, 19 de septiembre, 191/1988, 17 octubre, 22/1989, 1 febrero; y, posteriores a la S. 185/1990, las S. 202/1990, 203/1990, ambas de 13 diciembre, 52 y 72/1991, y 28 septiembre 1992 (r.a. 2494-89).

41. Ver TC A. Keller Peaquin (233/1992, 22 julio, r.a. 1525-92).

bación del remate, y consiguiente adjudicación al mejor postor, equivale a una sentencia, e impide decretar la nulidad de actuaciones⁴².

A su vez, lo que constituye una sentencia «definitiva» no ofrece dificultad especial: es la que decide el pleito o causa en cualquier instancia o recurso⁴³. Una resolución definitiva pone término al proceso, por hacer imposible su continuación. Esta noción incluye a las resoluciones que, recayendo sobre un incidente o artículo, hagan imposible la continuación del juicio principal; y también, las que declaren haber lugar o no a oír a un litigante condenado en rebeldía; y las que decreten el sobreseimiento libre en una causa criminal, por entenderse que los hechos instruidos no son constitutivos de delito y alguien se hallare inculcado por ellos⁴⁴.

La sentencia existe en el momento mismo en que el documento que la contiene es firmado por el Juez que la dicta, o por todos los Magistrados que la hayan votado; a partir de ese momento, la sentencia existe y es intangible para sus autores⁴⁵. En ese mismo instante, precluye la potestad de anular actuaciones en el proceso correspondiente. La ingeniosa y forzada idea de equiparar «sentencia definitiva» con sentencia que haya agotado sus efectos, por su completa ejecución o cumplimiento, ha quedado abandonada⁴⁶. Asimismo, no debe confundirse sentencia definitiva con sentencia firme: contra aquella cabe interponer algún recurso, en el cual se puede hacer valer la nulidad de actuaciones; en cambio, contra la sentencia firme esa posibilidad se ha extinguido. Sólo cabe promover la audiencia al rebelde o incomparecido, o bien interponer el recurso extraordinario de revisión⁴⁷.

4. OBSERVACIÓN FINAL

Confío que las ideas expuestas sean de utilidad para afrontar la delicada tarea diaria de ponderar el derecho de unos ciudadanos a no sufrir

42. TC S. Cánovas Caraveras (148/1988, 14 julio, J.C. 21:604).

43. ART. 245.1.c LOPJ.

44. Cfr. arts. 1689 y 1690 LEC, y art. 848 LECrim.

45. Arts. 259, 260.1, 266 y 267 LOPJ.

46. TC S. 110/1988 (8 junio, J.C. 21:252): v. supra.

47. El recurso de revisión contra sentencias ganadas injustamente por «maquinaciones fraudulentas» ofrece un cauce idóneo para remediar la indefensión causada por un demandante torticero, que engaña al órgano judicial acerca del domicilio del demandado, haciendo imposible su emplazamiento personal (v. art. 1796.4 LEC, y TC S. 158/1987, y 140/1988, f.j.1).

indefensión, con el de otros ciudadanos a que sus intereses legítimos sean tutelados judicialmente de manera efectiva y sin padecer dilaciones indebidas⁴⁸.

No sé si de mi exposición cabe deducir una actitud de recelo frente a la nulidad de actuaciones. Si no ha traslucido, la hago ahora explícita. Creo que, en sede de recurso, es preferible siempre que resulte posible resolver el fondo del asunto, y no dar lugar a dilatorias anulaciones de actuaciones salvo cuando resulten imprescindibles para salvaguardar el derecho de defensa de las partes. En cuanto a los incidentes de nulidad de actuaciones, mi escasa experiencia en el foro me muestra que son preponderantemente disruptivos del proceso, ya por táctica procesal de alguna de las partes, ya por impericia de su defensa; o bien, por defectos y omisiones en el funcionamiento de los Tribunales, normalmente achacables a las clamorosas insuficiencias de la oficina judicial. Son, no obstante, un instrumento imprescindible, cuyo adecuado manejo por parte de los Jueces permite remediar indefensiones contrarias a la equidad del proceso. Indefensiones que, todo hay que decirlo, normalmente pueden ser identificadas de manera patente cuando se producen. Y que, siempre que puedan ser subsanadas sin retrotraer actuaciones, deben ser resueltas en tiempo presente, y no mediante el cómodo pero peligroso instrumento de la nulidad de actuaciones.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- S. Villares Moyano
(28/1981, 23 julio, J.C. 2:190)
- S. Franco de la Morena
(48/1986, 23 abril, J.C. 14:493)
- S. Ayuntamiento de Valencia
(48/1988, 19 diciembre, J.C. 22:954)
- S. Hormigones y Pavimentos
(145/1990, 1 octubre, J.C. 29:86)

48. Sobre la necesidad de ponderación entre los derechos de las distintas partes contrapuestas en el proceso, v. TC S. Ayuntamiento de Valencia (246/1988, 19 diciembre, J.C. 22:954, f.j. 1.4); como muestra la TC S. Procontrol (147/1990, 1 octubre, cit. supra).

- S. Procontrol
(147/1990, 1 octubre, J.C. 29:86)
- S. Nulidad de actuaciones
(185/1990, 15 noviembre, J.C. 29:257)
- A. Keller Peaquin
(233/1992, 22 julio, no publicado; su doctrina ha sido asumida por la S. 131/1992, 28 septiembre, BOE 29.10, 27)

TC A. KELLER PEAQUIN (233/1992): FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

1. La demandante de amparo alega que en el juicio ejecutivo donde se ha producido la enajenación judicial de su vivienda mediante subasta, a instancia de una entidad bancaria, se le ha generado una indefensión total, contraria al art. 24.1 CE. No obstante, no es posible entrar a examinar en el fondo la cuestión sometida a nuestro conocimiento, porque el recurso de amparo es extemporáneo y, por ello, inviable procesalmente (art. 50.1.a LOTC).

En efecto, la actora conocía la Sentencia impugnada en amparo al menos el día 8 de mayo 1992, fecha en la que solicitó la nulidad de actuaciones en el juicio ejecutivo; por lo que la presentación de su recurso de amparo, el día 15 de junio, excedió holgadamente el plazo de veinte días que marca el art. 44.2 LOTC.

2. Que la demandante de amparo no haya permanecido inactiva, sino que haya instado ante el Juzgado de lo civil la nulidad de actuaciones, finalmente rechazada por el Auto de 4 de junio 1992, no altera la conclusión anterior. La utilización de recursos manifiestamente improcedentes contra una resolución judicial firme no interrumpe ni suspende el plazo para recurrir en amparo, que es un plazo de caducidad que no puede ser alargado ni reabierto de forma improcedente (STC 120/1986, f.j. 1, y 28/1987, f.j. 2 y 3). A la vista del art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya validez constitucional quedó definitivamente despejada por la Sentencia del Pleno de este Tribunal 185/1990 (de 15 noviembre, BOE 3.12), resulta patente que la petición de nulidad de actuaciones, después de haber recaído Sentencia definitiva, era manifiestamente improcedente.

Así lo ha declarado este Tribunal, entre otras en las Sentencias 52 y 72/1991 (ff.jj. 2), que son las resoluciones donde se declara la interpretación que constituye doctrina constitucional, por lo que no resulta en modo alguno aceptable la invocación que hace el Fiscal en apoyo de su tesis a una providencia de este Tribunal, cuya virtualidad jurídica se agota en la inadmisión en ella decretada (arts. 50.2 y 86.1 LOTC), como indicamos ya en el Auto de 30 de marzo de 1992 (r.a. 328/91, f.j. 1).

Y si a pesar de todo en los procesos constitucionales resueltos por las Sentencias 52 y 72/1991 entramos a enjuiciar el fondo del asunto, lo mismo que se ha hecho en la STC 203/1990 que menciona la recurrente, fue exclusivamente atendiendo a que en las fechas en que se habían planteado los respectivos recursos de amparo no había sido publicada la Sentencia 185/1990, que resolvió definitivamente las dudas acerca de la validez constitucional del art. 240.2 LOPJ, y por ende despejó las vacilaciones que cabían con anterioridad al pronunciamiento por parte del Pleno de este Tribunal acerca de la

improcedencia de incidentes de nulidad tras haber recaído Sentencia definitiva en las actuaciones (STC 202/1990, f.j. i *in fine*, y 72/1991, f.j. 3).

3. Contra lo que erróneamente creía la defensa de la recurrente de amparo, no es posible seguir las pautas marcadas por las Sentencias constitucionales 211, 212 y 213/1989. Es cierto que en ellas se consideró correcto el proceder de quienes habían instado una nulidad de actuaciones, en procesos civiles en los que entendían haber sufrido indefensión, como paso previo a la interposición en sede constitucional del recurso de amparo. Pero ese entendimiento, que no era unánime (STC 159/1988, f.j. 2, 22/1989, f.j. 2.6), y que había sido rechazado expresamente en un caso surgido en el transcurso de un juicio ejecutivo (STC 191/1988), se apoyaba en una premisa luego desmentida: que el apartado 2 del art. 240 LOPJ, en cuanto vedaba a los Tribunales declarar la nulidad de actuaciones después de que hubiere recaído Sentencia definitiva, era contrario a la Constitución, concretamente a los preceptos que determinan el carácter subsidiario del recurso constitucional de amparo (art. 53.2 CE), y que proclaman los derechos fundamentales a una tutela judicial efectiva y sin indefensión, y a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24 CE). Precisamente por ello, las Sentencias 211 a 213/1989 acordaron, al mismo tiempo que otorgar el amparo, elevar al Pleno del Tribunal una cuestión de constitucionalidad respecto del art. 240.2 LOPJ, por la posible vulneración de tales preceptos constitucionales. Y es notorio que, cuando mediante la Sentencia 185/1990 el Pleno de este Tribunal declaró que el art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no era contrario a los arts. 24 y 53.2 de la Constitución, resolviendo en sentido negativo la cuestión de constitucionalidad suscitada internamente por la Sala Segunda, la doctrina sustentada por las Sentencias 221, 212 y 213/1989 quedó desautorizada.

Por todo lo expuesto, la Sección acuerda inadmitir el presente recurso de amparo, y el archivo de las actuaciones.

DESPACHO ORDINARIO

LOS TRIBUNALES HAN DICHO

I. EL JUEZ

DISTINCIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO AL JUEZ LEGAL Y EL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL: EL DERECHO AL JUEZ LEGAL COMPRENDE LA EXCLUSIÓN DEL JUEZ AD HOC Y LA EXIGENCIA DE PREDETERMINACIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL, MIENTRAS QUE EL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL PROHÍBE QUE UN MISMO JUEZ SEA COMPETENTE PARA LA INSTRUCCIÓN Y EL FALLO

STC 138/1991, de 20 de junio

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: El demandante de amparo denuncia en sede constitucional que dos de los Magistrados que integraron la Secc. 1.^a de la AP Valencia cuando se dictó el A 14 dic. 1983 de procesamiento del recurrente, y en uso de la facultad contemplada en el entonces art. 796.2 LECrim., formaron parte también de dicha Sección al tiempo de pronunciarse la posterior S 6

sept. 1985 condenatoria. De este dato primordial se deduce en la demanda una transgresión del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE) y del principio acusatorio; junto a estas pretendidas lesiones constitucionales que configuran el núcleo de la demanda y su alegación principal, se entienden también vulneradas la presunción constitucional de inocencia (art. 24.2 CE) y la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso al sistema de recursos legalmente previstos (art. 24.1 CE).

Sentado el objeto del recurso, es menester matizar, previamente, que el derecho fundamental realmente afectado por los hechos reseñados no es otro que aquel atinente a un Tribunal imparcial, en cuanto garantía integrante del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y no el derecho a un Juez ordinario predeterminado por la Ley, que es el que en la demanda se invoca. De este modo, es notoria la distinta configuración del contenido de ambos derechos fundamentales que se deduce de múltiples resoluciones de este Tribunal: El derecho al llamado Juez legal comprende, entre otros extremos, la exclusión en sus distintas modalidades del Juez *ad hoc*; excepcional o especial, junto a la exigencia de predeterminación del órgano judicial, así como de su jurisdicción y competencia; predeterminación que debe hacerse por una norma dotada de generalidad y dictada con anterioridad al hecho motivador del proceso, y respetando la reserva de Ley en la materia (SSTC 47/1982, 47/1983, 101/1984, 111/1984, 44/1985, 105/1985, 23/1986, 30/1986, 199/1987, 95/1988, 153/1988, 106/1989). El derecho a un Juez imparcial, como señala la STC 145/1988, constituye una garantía que, aunque no se cita de forma expresa en el art. 24.2 CE, debe considerarse incluida entre ellas, ya que es un elemento organizativo indispensable de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho; en este marco, la prohibición de que un mismo Juez sea competente para la instrucción y fallo de las causas busca preservar la llamada imparcialidad «objetiva», es decir, aque-

lla que se deriva no de la relación del Juez con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso, y a asegurar esa imparcialidad tienden, en general, las causas de abstención y recusación que figuran en las leyes y, en particular, la establecida en el art. 54.12 LECrim., que establece como causa legítima de recusación haber sido instructor de la causa (*Ibid*, F 5.º).

Segundo: Mas, de esta manera singularizado el derecho fundamental supuestamente transgredido y a la luz del material que consta en las actuaciones y que contradice lo afirmado por el recurrente en la demanda de amparo (no conocimiento de la intervención de los dos Magistrados hasta notificarle la Sentencia condenatoria), no cabe sino apreciar la existencia del motivo de inadmisión, indiciariamente puesto de manifiesto a las partes en la providencia que abrió el trámite previsto en el art. 50.3 LOTC, consistente en la ausencia de los requisitos procesales, legalmente previstos por no haber agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 50.1 a) en regulación con el art. 44.1 a), ambos LOTC].

En efecto, debe destacarse que el recurrente no intentó oportunamente la recusación de los dos Magistrados que formaron parte de la Sección al acordarse el procesamiento y, más tarde, al dictarse el fallo. Es, sin duda, cierto que en nuestro Derecho la recusación no es un recurso en su acepción procesal estricta, pero sí es un remedio arbitrado por la Ley para desplazar del conocimiento del proceso a aquellos Jueces y Magis-

trados que posean una especial relación con las partes o con el objeto del proceso y que, por ello, susciten recelo sobre su imparcialidad; y la causa de recusación del art. 54.12 LECrim tiene precisamente por fin asegurar en el proceso penal la separación entre el Juez de Instrucción y el Juez del fallo. Así se ha entendido el sentido y alcance de la recusación tanto por el propio TS (STS de 9 de jul. 1983) como por este TC en reiteradas resoluciones (SSTC 47/1982, 47/1983, 44/1985, 145/1988; AATC 799/1985, 265/1988).

Esta falta de proposición de la recusación «tan luego como se tenga conocimiento de la causa que se funde», como manda el art. 223.1 LOPJ, ha sido señalada de forma coincidente en el presente proceso por el MF en sus dos escritos de alegaciones y por quien fue querellante en la vía judicial previa, y debe ser reconocida por este Tribunal. Es patente, en efecto, que la recusación, pese a lo alegado por el recurrente, pudo intentarse por él en diversos momentos, según se desprende con claridad en las actuaciones: frente al Auto en que la Audiencia declaró la apertura del juicio oral, el 27 de dic. 1984, en cuyo encabezamiento aparecen los nombres de los dos Magistrados controvertidos, y que fue comunicado al Procurador del acusado el día siguiente; al dársele traslado de las actuaciones para el trámite de instrucción y calificación previsto en el art. 797 LECrim; cuando se le notificó el A 8 jul. 1985, en el que la Sección admitió unas pruebas y rechazó otras, resolución en cuyo margen de nuevo figuran los Magistrados que

dictaron el Auto de procesamiento. Y no era un obstáculo para haber propuesto diligentemente la recusación lo establecido en el art. 56 LECrim, que dice que la recusación podrá proponerse en cualquier estado de la causa, pero nunca después de comenzado el juicio oral, porque allí mismo se añade «a no ser que el motivo de la recusación sobreviniere con posterioridad»; y es insostenible, pues no se apoya en dato alguno, la afirmación del demandante referida a que no pudo constatar el defecto hasta que se le notificó la Sentencia condenatoria. Por el contrario —como ya hemos dicho—, de las actuaciones resulta lo que se afirma en la Sentencia del TS objeto de este recurso: «sin que el recurrente —dice dicha Sentencia— hiciera notar o advirtiera cosa alguna en el sentido de que procediera la recusación a pesar de que, no obstante sus manifestaciones, conocía o pudo y hasta debió conocer la formación de las respectivas Salas». Tampoco puede argumentarse que hasta que se pronunció el fallo no hubo lesión alguna de derechos fundamentales y carecía de sentido proponer la recusación, pues por el contrario, y como denuncia el querellante, si los Magistrados afectados debían abstenerse o ser recusados, la cuestión pudo y debió plantearse desde que se inició el juicio.

Resulta claro, en consecuencia, que el demandante de amparo tuvo muy distintas ocasiones de hacer valer su derecho fundamental ante la Audiencia mediante la recusación y, en cambio, no lo hizo hasta que recayó una Sentencia condenatoria, descubriendo entonces la

existencia de este derecho al interponer recurso de casación, momento procesal que ya era a todas luces intempestivo, tal y como dio a entender al demandante el TS en la Sentencia impugnada (FJ 1.º). Dicho de otra manera: No puede admitirse esta actitud procesal del recurrente, pues las exigencias del principio de subsidiariedad que rige el amparo obligan a los recurrentes a conceder ocasión a los Tribunales ordinarios para reparar las supuestas lesiones de derechos fundamentales que luego intentan

hacerse valer en sede constitucional. Porque no es lo mismo ignorar la intervención de los dos Magistrados que habían dictado el Auto de procesamiento en las sucesivas actuaciones del juicio oral que, conociendo dicha intervención, no denunciarla hasta que se produce la Sentencia condenatoria.

La pasividad del recurrente, incumpliendo los requisitos procesales legalmente exigibles hace, en definitiva, inviable el enjuiciamiento de esta pretendida lesión del derecho a un Juez imparcial.

II. LAS PARTES

EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN EN CASO DE ENFERMEDAD O LESIONES SE INICIA A PARTIR DE LA FIJACIÓN DEFINITIVA DEL ALCANCE DE LAS SECUELAS O DE LA CURACIÓN TOTAL

STC (Sala 1.ª) de 30 de julio de 1991

Sexto: Por último, en el motivo sexto, con idéntico amparo procesal, se alega la excepción de prescripción de la acción, al considerar infringido el art. 1693.2 CC, cuya excepción, silenciada en la sentencia recurrida, debe ahora ser desestimada, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas acreditadas en autos, porque, en efecto, ya de las SS 8 oct. 1988 y 17 jun. 1989 de esta Sala se deduce que en los casos de enfermedades o lesiones no se puede entender como fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción la del alta de la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la determinación invalicada de éstas, pues hasta que no se sepa su alcance no puede reclamarse en

base a ellas; aparte, que la prescripción, en cuanto instituto no fundado en justicia intrínseca, su aplicación ha de hacerse y entenderse de forma restrictiva, y en caso de daño o lesión susceptible de indemnización que se mantiene durante largo tiempo, el comienzo del plazo ha de determinarlo el Juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto el art. 1.969 no es a estos efectos un precepto imperativo, y sí de derecho dispositivo, siendo indudable que no estando el enfermo totalmente curado no puede decirse que haya comenzado el plazo de prescripción, ante las secuelas psíquicas y físicas de que adolece la esposa del recurrido, que han de tenerse en cuenta para poder comenzar a contar aquel plazo; cuestión fácti-

ca, por otra parte, que no ha sido expuesta en la sentencia recurrida y que no es esta Sala de casación la adecuada para hacer ahora una

apreciación de la prueba con tal finalidad, y por consiguiente, debe desestimarse también el mencionado motivo sexto.

EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE LOS ARTÍCULOS 8 Y 12 LEC NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA LA RECLAMACIÓN DE HONORARIOS DE PERITOS

ATS (Sala 3.ª), de 6 de septiembre de 1991

Tercero: Esta cuestión de fondo consiste en dilucidar si el art. 12 LEC es un cauce procesal a través del cual pueden reclamar sus honorarios tan sólo el Abogado que haya intervenido en un proceso, presentando minuta detallada de los mismos y jurando que no le han sido satisfechos, reclamación que hará del Procurador, y caso de no intervenir éste, directamente de la parte a quien defienda; o si, por el contrario, tal cauce está abierto a otros profesionales que han intervenido en un pleito; en este caso a un ingeniero que ha actuado como perito judicial en la jurisdicción contencioso-administrativa. La respuesta no es dudosa. Tanto el art. 8 respecto a los Procuradores como el 12 en cuanto a los Abogados otorgan a estos profesionales el ejercicio de una acción personal y privilegiada en un proceso especial y sumario, para el cobro, ex-

clusivamente, de sus honorarios en el caso de los Abogados, y de los derechos devengados por el Procurador o los gastos que éste hubiese hecho en concepto de suplidos para su poderdante en los pleitos. En el caso del art. 12 el sujeto pasivo es el Procurador o, en su defecto, la parte defendida por el Letrado; en el caso del art. 8 el sujeto pasivo es quien ha dado poder al Procurador para representarle en juicio, poderdante que ha de ser calificado de moroso. Ni con base en la normativa procesal ni en jurisprudencia clara y constante puede mantenerse que este procedimiento específico pueda ser utilizado por profesional que haya actuado como perito en un proceso, máxime cuando la L 24 Dic. 1986 ha derogado expresamente el D 18 Jun. 1959 sobre Tasas Judiciales, que a su vez había derogado los antiguos aranceles judiciales; de manera que para la percepción de cuanto reclama habrá de acudir el perito a la vía judicial ordinaria.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN EL PROCESO CIVIL: NECESIDAD DE DEMANDAR A AMBOS CÓNYUGES SI EN EL PROCESO SE VENTILAN CUESTIONES SOBRE BIENES GANANCIALES

STS (Sala 1.ª), de 22 de julio de 1991

Tercero: Cuestión que introduce, desde la contestación a la de-

manda D. Ramón V. de la P., fue la excepción de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandada la cónyuge del hermano,

D. Pedro V. de la P., autor de la carta que confería el encargo de la venta del chalet, pues, como decía, el litisconsorcio era consecuencia de la exigencia legal derivada de la naturaleza de la pretensión que quería hacer valer y, al efecto, indicaba los arts. 1.320 y 1.376 del CC. El problema fue tratado durante la celebración de la comparecencia obligatoria que como nuevo trámite se incrustó en el juicio de menor cuantía a partir de la reforma de la LEC producida por L 34/1984, y la actora hizo constar en cuanto a la falta de litisconsorcio pasivo necesario alegado por la representación del demandado D. Pedro V. de la P. que, aunque entendía que no era necesario demandar a la esposa, no tenía inconveniente en que se la citara, dándole traslado de la demanda para que tuviera conocimiento del proceso, a cuyo pedimento se opuso la parte demandada, D. Pedro V. de la P., por no ser momento procesal oportuno para emplazarla «y que si se le notifica el procedimiento tampoco podría defenderse», insistiendo en la excepción opuesta, por lo que el Sr. Juez de Primera Instancia acordó resolver sobre ella en la sentencia; no obstante, al llegar a este punto, la sentencia de primera instancia contiene un razonamiento elíptico en su fundamento segundo, que, sin entrar a decidir la cuestión planteada, tras consignar la omisión de haber sido demandada la cónyuge de D. Pedro V. de la P., e indicar «que previendo esta circunstancia fue regulada en la progresiva reforma de la L 34/1984 la posible subsanación de defectos procesales en la comparecencia del art. 691 de la Ley procesal», co-

menta como si de un espectador ajeno a la contienda se tratara que «denunciada esa falta sin explicación procesal coherente cuando se intentó subsanar ese posible defecto hubo oposición de alguno de los litigantes asistentes, por lo que no se dirigió la demanda como hubiera sido factible para evitar una posible absolución en la instancia».

Cuarto: Al margen de la consecuencia que ofrece la conducta procesal del demandado, hoy recurrente, al oponerse en el momento que se indicó a la subsanación del defecto denunciado por el mismo, que no se acierta a entender salvo si se conjetura acerca del significado de la frase que expresa la imposibilidad de defenderse de la mujer del demandado, pronunciada, en realidad, por el representante voluntario, hermano del mismo y cuñado de aquella, que ostentaba también la dirección técnica como abogado, en relación con las facultades del poder que utilizó para nombrar procuradores, y al margen, asimismo, del poco convincente proceder del Sr. Juez de Primera Instancia, que se refiere al problema como si fuera una cuestión que se sobrepusiera a sus propios poderes de decisión, es lo cierto que la importancia del litisconsorcio pasivo necesario, como cuestión de orden público procesal que puede y debe ser revelada de oficio cuando se aprecia su falta en la constitución de los sujetos que componen la parte demandada, obliga, en el presente caso, a examinar su posible concurrencia, que, en puridad, eximiría de analizar los recursos planteados en razón de su inutilidad procesal; previamente,

sin embargo, parece oportuno exponer en función de la mayor claridad de decisión última el alcance de la llamada *exceptium plurium consortium*, la forma de ser tratado en el juicio de menor cuantía y su ámbito de aplicación en relación con pretensiones semejantes a las ejercitadas cuyo contenido afecta a la enajenación de bienes gananciales, en atención, también, a los criterios de la jurisprudencia, lógicamente dependientes de los casos concretos resueltos, así como la incidencia que en un problema de estas características tenga, a la luz de los preceptos legales de aplicación, la falta de consentimiento de uno de los cónyuges respecto de sus posibles defensas jurídicas.

Quinto: La falta de litisconsorcio pasivo necesario, que, según se dice de manera simplificada, supone una defectuosa constitución de la relación jurídica procesal, en realidad no afecta a la validez intrínseca de la expresada relación, sino a la inutilidad o infructuosidad de la misma para conseguir la resolución de la cuestión de fondo planteada; en este sentido, su carencia constituye, la falta de un presupuesto preliminar al fondo; deriva, pues, de la constatación de una *questio iuris*, a saber, la ineptitud jurídica del sujeto demandado para soportar, con la calidad que se le atribuye, las consecuencias jurídicas que se pretenden; en otras palabras, su inidoneidad jurídica, pese a ser parte capaz procesalmente, para ser sujeto pasivo de la relación jurídica material deducida; en lo concerniente al litisconsorcio, la pretensión de fondo lo convierte en necesario cuando, por no tener

el sujeto demandado el poder jurídico reconocido por la ley que le habilita para ello, no se le puede condenar a soportar declaraciones o realizar actos o prestaciones que están fuera de su disponibilidad, como ocurre con las vinculaciones jurídicas de carácter inescindible o indivisible. La apreciación de la falta de litisconsorcio necesario en el decurso del proceso, dada la estructura del modelo tipo de nuestra LEC, el juicio ordinario de mayor cuantía y la misma naturaleza de la excepción íntimamente ligada al tema de fondo, por regla general, han de resolverse como cuestión previa, más en la sentencia; pero, después de la reforma de 1984 y tras las novedades introducidas en la regulación del juicio de menor cuantía, nada impide y así resulta aconsejable cuando la necesidad del litisconsorcio sea manifiesta, que en el acto de la comparecencia, previsto por el art. 693, se proceda a salvar la carencia de este presupuesto preliminar a la entrada en el fondo, bien se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez. Por tanto, en el presente caso ninguna razón obstaba a que el juzgador, que contaba con la inicial denuncia del demandado y con la conformidad del actor, junto con el acreditamiento, según los argumentos que empleaba la parte actora en su escrito de demanda —indiferente a que su pretensión se refiera a un bien ganancial— y la justificación que ofrecía el contrato que documentaba el título de adquisición, hubiera ordenado, si lo hubiera considerado oportuno, según parece deducirse de cuanto expresa en el fundamento segundo de su senten-

cia, la subsanación mediante el emplazamiento de la nueva demanda para proseguir las actuaciones, sin tener en cuenta la contradictoria oposición del demandado en el acto de la comparecencia.

Sexto: Pero conveniente es, según el plan trazado, ahondar en la necesidad del litisconsorcio con referencia a objetos litigiosos que versen sobre la enajenación de bienes gananciales, de acuerdo con las orientaciones que marca la jurisprudencia de esta Sala, que, además, ninguna duda ofrece cuando se trata de vivienda habitual. Aún en plena vigencia la reforma del CC respecto del Tít. III del Libro IV, operada por L 11/1981 de 13 May., las sentencias de esta Sala continúan inspirándose en la jurisprudencia anterior, reacia a la admisión del litisconsorcio pasivo necesario, en problema litigiosos relacionados con contratos sobre disposición de bienes gananciales (SS 10 Jun. 1985, 29 Sep. 1986 y S 16 Jun. 1989); sin embargo, esta línea jurisprudencial empezó a quebrar a partir de algunas sentencias dictadas en 1988. Concretamente, la S 6 Jun. 1988, sobre resolución de un contrato de compraventa de un bien ganancial, establece la consecuencia estimatoria de la situación de litisconsorcio necesario, teniendo en cuenta que el bien se adquirió para la sociedad de gananciales. También la Sentencia de 25 de Ene. 1990, relativa a la resolución de un contrato de compraventa en el que no había intervenido directamente y personalmente la esposa, pero celebrado por el marido «para su sociedad conyugal, resuelve la «cuestión nuclear» que

plantea el recurso, esto es, la referente al litisconsorcio pasivo necesario, en el sentido de considerar incumplido tal requisito al no haberse dirigido la demanda contra ambos cónyuges; y entre las razones que abonan la favorable acogida del litisconsorcio se incluye la consideración de que la facultad que el art. 1.385.2 CC concede a cualquiera de los cónyuges para defender los bienes y derechos comunes no significa nada más que cualquiera de ellos está legitimado para hacer dicha defensa, pero no que pasivamente haya de soportar en exclusividad el ejercicio de una acción que, por afectar a ambos, debió ser dirigida contra los dos.

Séptimo: La doctrina emergente de las sentencias mencionadas y otras en la misma línea tiene su base más sólida en las exigencias que dimanar del art. 1.377 CC, que requiere el consentimiento conjunto de ambos cónyuges como regla general para realizar válidamente actos de disposición a título oneroso sobre los bienes gananciales, según especificación de la administración y disposición conjunta que determina el art. 1.375 y, en la configuración de la responsabilidad externa de la sociedad de gananciales frente a terceros que depende, conforme al art. 1.367, de que las obligaciones hayan sido contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro. Es verdad que la regla general admite importantes excepciones (arts. 1.365, 1.366 y 1.368), que, no obstante, confirman el principio derivado de aquélla de que en los procesos donde se ventilen cuestio-

nes litigiosas sobre bienes gananciales en los que el demandante sea un tercero, esto es, persona ajena a la sociedad o comunidad de gananciales, si como consecuencia de los pronunciamientos que constituyen la petición, a reserva de los casos reconocidos excepcionales, se pretende obligar los bienes de la sociedad de gananciales, habrá que demandar a ambos cónyuges si se quiere jurídicamente conseguir aquella vinculación. En el caso presente, la demanda se dirige sólo contra el marido reclamando la eficacia de un contrato de compra de un inmueble no en tanto en cuanto sea bien privativo del esposo, sino incluso en su condición redarguida y acreditada, al menos provisionalmente, de bien ganancial, lo que hace inviable la pretensión, sin que a ello sea óbice que, inicialmente, el marido al efectuar el encargo de venta silenciara el carácter ganancial del bien en cuestión, pues la legitimación es un concepto de orden público no disponible por las partes; otra cosa es que el juego de los derechos disponibles influya en la fijación de la legitimación, pero cuando, según acontece en este caso, se intenta, con base en la omisión del marido, en cuyas motivaciones no entramos, aprovechar la errónea situación inicial para incidir en la transmisión de un bien perteneciente a un patrimonio cuya titularidad conjunta está reforzada por el régimen legal de coadministración y codisposición, la respuesta judicial no puede ir más allá de constatar la insuficiencia de los sujetos demandados para provocar el efecto pretendido y poner de manifiesto la incompleta integración del con-

tradictorio en suma, apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Octavo: No empece a la anterior apreciación, de la que procede extraer consecuencias casatorias de oficio, y con ello entramos en cuanto sea menester para completar el razonamiento en el examen de los motivos del recurso planteado por la demandante-recurrente A., S.L., que actuare el marido sin consentimiento de la mujer. En efecto, el art. 1.322 CC (motivo 2.º) se refiere a la exclusiva legitimación del cónyuge no consentidor o de sus herederos para denunciar la anulación del contrato, por lo que en este punto tiene razón la recurrente cuando sostiene que no puede ser el marido, en este caso, quien, causante de no requerir el consentimiento uxorio o de la omisión, lo alegue en su beneficio, criterio, que, además, refuerza con el sentido concidente del art. 1.302 (motivo cuarto) y exploya al combinar aquel precepto con el valor de las exigencias del art. 1.377 (motivo tercero). Mas estos argumentos que efectivamente obstan a que tal como son poco acierto se ha decidido en la instancia, sea considerado factor relevante la falta de consentimiento de la mujer, opuesta por el marido que actuó sin el expresado consentimiento, no borran el vicio *in radice* de que adolece el proceso por no haber sido demandada o traída el pleito en la forma que la propia parte actora aceptó en la comparecencia obligatoria, la mujer del demandado D. Pedro V. de la P. De alguna de las propias sentencias citadas por el recurrente al efecto, resulta

claro en forma expresa que la esposa había sido demandada. Así, la S 24 May. 1980, que tras establecer que el acto de disposición que haya realizado el marido sin el consentimiento de la mujer solamente puede generar anulabilidad del acto únicamente a instancia de la mujer o en su caso de los herederos, señala que no fue instada en la litis de que se trata de ineficacia por tal causa del contrato de compraventa, citado por la esposa del vendedor, «a pesar de haber sido demandada sobre su cumplimiento y consiguiente efectividad». Y así tiene que ser, pues otra cosa equivaldría a utilizar la aceptada ilicitud de un acto que contraviene una norma (enajenación de un bien ganancial sin consentimiento de uno de los cónyuges), como medio de prorrogar la incertidumbre jurídica sobre la pendiente acción de nulidad que previene el art. 1.301 párr. último, durante el plazo legal o contribuir a facilitar por medio de los Tribunales la consolidación de los efectos perniciosos de un acto que es no conforme a Ley, aunque su ineficacia sea la que corresponde a la nulidad relativa. Así pues, que sea sólo causa de anulación ejercitable por el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido (art. 1.322) no significa que el tercero tenga licencia para demandar en exclusiva al que consintió con preterición del otro, dado que las normas que de alguna manera contravienen la ley deben interpretarse en relación con los efectos beneficiosos que el transcurso del tiempo pueda consolidar, del modo menos facilitante de tales efectos, cuyo fin, la seguridad jurídica, puede conseguirse antes al despejar la in-

cógnita que supone la falta de consentimiento demandando a ambos cónyuges. Lo contrario supondría primar al cónyuge incumplidor al propiciar una sentencia que aunque no afectará al cónyuge ignorante o no sabedor de la transmisión, contribuiría a crear un elemento legitimador de la posición del tercero que no está justificado, cuando se pone de manifiesto la naturaleza del bien, todo ello, sin olvidar los daños y perjuicios originados por la conducta del cónyuge negligente, temerario o de proceder doloso, y de los que siempre ha de quedar indemne el tercero. El quinto motivo de casación, relativo a la infracción del 61 CC, consistente en la falta de efectos civiles del matrimonio celebrado por D. Pedro V. de la P. y D.^a Cristina V. en Saint Michel Sur Oige (Francia) el 11 Sep. 1971, pues no consta inscrito en el Registro Civil, plantea una cuestión rigurosamente nueva, que según notoria jurisprudencia, cuya cita excusamos, no puede ser tratada, ahora, en sede casacional, lo que no excluye que puede ser objeto del planteamiento adecuado en relación con el régimen matrimonial de los cónyuges y, en definitiva, en relación con la naturaleza del bien controvertido; consiguientemente, ninguno de los motivos aducidos por el recurrente puede prosperar.

Noveno: De los motivos alegados por el recurrente y demandado Sr. V. de la P., dado que, según se deduce de lo razonado, la solución de este asunto pasa por la apreciación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por él alegada, aunque luego rehusara la subsana-

ción ofrecida por la contraparte, poco cabe decir, ya que en principio no procede su examen. No obstante, en aras también de la claridad final de asunto, debe decirse que mal se puede amparar la actuación del citado demandante, que, según lo declarado, es, al menos, sumamente negligente, en la infracción del art. 1.261.1 CC, con fundamento en una falta del consentimiento propio, conforme a la evidencia de lo establecido en los hechos que se declaran probados (motivo segundo), sin que, desde luego, las otras causas de impugnación relativas a la vivienda habitual (art. 1.320.3), que es relevante en el debate principal, o una pretendida incongruencia de la sentencia a causa de haberse cuantificado los daños y perjuicios sean conducentes en función de lo ya expuesto acerca de la necesaria apreciación de oficio del litisconsorcio señalado.

Décimo: En uso de los poderes de oficio que corresponden a esta Sala cuando el proceso no se dirige contra todos los que debieran haber sido demandados, se acoge la *exceptio plurium consortium* y se declara por esta causa la nulidad de actuaciones, ordenando retrotraerlas al momento procesal de la comparecencia obligatoria para que se mande subsanar este defecto mediante la citación y emplazamiento de la esposa del demandado D. Pedro V. de la P., para que conteste a la demanda y, previos los demás trámites, teniendo en cuenta el principio de conservación de los actos procesales ya realizados, esto es, admitiendo escritos, pruebas o nuevas conclusiones sólo en relación con los puntos nuevos introducidos en la litis, procédase a dictar nueva sentencia de primera instancia, con sus demás consecuencias procesales.

LEGITIMACIÓN ACTIVA DE CUALQUIERA DE LOS COTITULARES DE DERECHOS EXPROPIADOS PARA EJERCITAR EL DERECHO DE REVERSIÓN

STS (Sala 3.^a), de 30 de septiembre de 1991

Quinto: La cuestión de la legitimación activa de los demandantes, ahora apelados, ha estado presente a lo largo del debate y surgió en el expediente administrativo, suscitada *ex officio* por los reversionistas en su inicial escrito, en el que la fundaban en su calidad de accionistas propietarios de la Sociedad cabecera del Grupo, «Rumasa», titular a su vez de la totalidad del capital social de la entidad mercantil «B., S. A.», que ostentaba la titularidad de una determinada participa-

ción de «A., S.A.», Sociedad ésta objeto de transmisión y sobre la que se ejercitaba el derecho de reversión. La titularidad para el ejercicio del derecho de reversión pertenece al ámbito sustantivo o de fondo del debate y quizás debiera posponerse, en un orden lógico, al tema central de la procedencia o improcedencia, en este concreto supuesto, del derecho de reversión; mas con propósito de no eludir cuestión alguna de las planteadas y dado que su alegada ausencia se configura como el motivo de inadmisibilidad del art. 82 b) LJCA, de falta de legitimación activa, se hace

preciso, para rechazarla, efectuar alguna puntualización en la línea argumental de la sentencia de instancia, que esta Sala ratifica. El concepto de expropiado y causahabientes del mismo es al que viene referida, por la LEF y REF (arts. 54 y 64.2, respectivamente), la facultad de ejercitar el derecho de reversión, y aquel concepto se describe en términos amplios, acomodados al diverso objeto de la operación expropiatoria, en el art. 3.1 del aludido Reglamento cuando señala que ha de entenderse por tal «al propietario o titular de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, o titular del derecho objeto de la expropiación». Se trata, pues, de discernir si tiene acogida en este concepto la titularidad que de las acciones de la Sociedad cabecera del Grupo, es decir, de Rumasa ostentaban los demandantes-reversionistas en el momento de producirse la privación coactiva instrumentada por el RDL 2/1983 de 23 Feb., es decir, el 24 Feb. 1983, día en que se produjo la vigencia o efectividad del mismo coincidente con su publicación en el BOE. Si atendemos a la peculiar estructura del *holding* que constituía el grupo denominado Rumasa y a su sustrato económico unitario, cualquiera fuese la pluralidad jurídica de sus componentes, no cabe negar la titularidad de derechos (títulos-valores o acciones) o, al menos, de intereses económicos, en la Sociedad aseguradora «A., S.A.» de los socios de Rumasa, es decir, de los demandantes-reversionistas, pues si esta última Entidad mercantil era la titular del 100% de las acciones de «B., S.A.», y ésta a su vez ostentaba una participación

en «A., S.A.», sobre cuyas acciones recayó la expropiación a que se refiere la retrocesión, no puede negarse que sobre el objeto expropiado ostentaban la titularidad los reversionistas, en virtud del dato real y objetivo del peculiar entramado entre las Sociedades o Empresas del *holding* y conforme al contenido del derecho sobre las acciones objeto de expropiación, y consiguiente condición de socio, como resulta de los arts. 39.1 y 162.2 LSA, en su texto aplicable, dada la fecha de la expropiación. Deferir el ejercicio del derecho reversional, en este concreto caso, a la persona jurídica Rumasa y no a sus socios-accionistas, sería, como dice con acierto la sentencia recurrida, hacer prevalecer, por un prurito formalista, la ficción jurídica sobre la innegable realidad, olvidando que dicha Sociedad por la íntegra transmisión coactiva de su capital social a la Administración del Estado (art. 2 RDL 2/1983 y precepto homónimo de la L 7/1983) viene confundida en la actualidad con la Administración estatal a la que pertenece o en la que se inserta, y de otro lado que como advirtió el Consejo de Estado en el dictamen de su Comisión Permanente de fecha 3 Mar. 1983 (núm. 45.084), el objeto de la expropiación no fueron las Sociedades, dado que no cabe expropiación de personas jurídicas, sino las acciones o partes alícuotas de su capital social, de tal suerte que ha de rechazarse la alegada inadmisibilidad de falta de legitimación, como hiciera la sentencia apelada.

Sexto: Problema diverso al que acaba de analizarse, si bien íntimamente relacionado con el mismo y

requerido de esclarecimiento, pese a no haber sido explícitamente suscitado en el debate, es el de si en los casos como el presente, de cotitularidad de derechos expropiados, es preciso, para el válido ejercicio del derecho reversional, que se inste por todos los cotitulares o si ejercitado el derecho por uno o varios de los mismos, ha de entenderse que aprovecha o beneficia a todos y que ha de efectuarse pronunciamiento, por el Órgano administrativo primero y, en su caso, por los Tribunales de este orden después, sobre la procedencia o improcedencia del derecho de reversión. La Sala entiende que en tanto no conste la oposición o discrepancia de determinados comuneros o cotitulares del bien o derecho en su día expropiado, el ejercicio por uno o varios del derecho de reversión es suficiente para resolver sobre su procedencia y, en su caso,

dar lugar al mismo, pues la acción de recuperación del objeto expropiado comporta beneficio para la comunidad, siguiendo la línea de la TS 5.ª S 15 Nov. 1978, de manera tal que aunque no consta que en este caso el derecho de reversión se haya ejercitado por todos y cada uno de los accionistas de Rumasa, en cuanto partícipes de derechos sobre la entidad mercantil enajenada «A., S.A.» a través de la sociedad participada «B., S.A.», es lo cierto que instada la reversión por determinados accionistas de la sociedad matriz sin constancia alguna de oposición por restantes cotitulares accionistas de la misma o de las otras Sociedades, se hace preciso reconocer la suficiente legitimación activa, en su modalidad de titularidad de derechos, a quienes son indudables personas físicas a las que conviene la calificación de expropiados.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: NO PROCEDE EN LOS ARRENDAMIENTOS DE LOCALES DE NEGOCIO. EL ARRENDADOR DEBE DEMANDAR AL ARRENDATARIO CONSIDERÁNDOSE EL SUBARRENDATARIO O CESIONARIO COMO TERCERO EN ESTA RELACIÓN

STS (Sala 1.ª), de 11 de junio de 1991

Primero: El motivo primero del recurso, amparado en el art. 1.692.5 LEC, alega infracción del art. 24.1 CE, así como la construcción jurisprudencial de la institución procesal del litisconsorcio pasivo necesario, con cita en el desarrollo del motivo de diversas sentencias de esta Sala y de otras de las Audiencias Territoriales y Provinciales, siendo así que estas últimas, no obstante su estimable

contenido jurídico, no son aptas para fundar sobre ellas un recurso de casación dado el concepto de que la jurisprudencia da el art. 1.6 CC. Se argumenta en el motivo que, ejercitándose por la demandante acción de resolución de contrato de arrendamiento de local de negocios por subarriendo inconsentido, debió traerse a juicio al subarrendatario al quedar el mismo afectado por la resolución que se dicte. La más reciente jurisprudencia de esta Sala, reiterando la doctrina constantemente seguida por

ella, tiene dicho que «siendo el cesionario, al igual que el subarrendatario y adquirente en traspaso, extraño al contrato de arrendamiento concertado entre el arrendador y el arrendatario cedente, o subarrendataria o traspasante, y en consecuencia desligado en el aspecto y ámbito personal con el titular que otorgó el arrendamiento con el carácter de arrendador, se hace innecesario dirigir contra el cesionario, como al subarrendatario o adquirente en traspaso, la acción resolutoria ejercitada, cuando la Ley no lo establece; y sin que a ello obste el art. 24 CE pues que el principio fundamental que tal precepto contiene, consagrando el derecho a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, hay que entenderlo referido a todo aquél que conforme a las normas del ordenamiento jurídico haya de tener intervención en un determinado proceso, pero no en el caso de que lo en él planteado, cual sucede en el supuesto que ahora se trata, no se precisa su intervención, por tratarse de problema a dilucidar entre arrendador y arrendatario (S 7 Jul. 1989); en este mismo sentido se ha pronunciado la STC 58/1988 de 6 Abr., dice que «el principio constitucional de contradicción no se opone a que una sentencia pronunciada frente al arrendatario pueda ser oponible y tener efectos indirectos

o reflejos también frente al subarrendatario, pese a no haber sido éste parte en el proceso principal, pero eso siempre que ese subarrendatario haya permanecido legítimamente extraño al procedimiento cuando, como recuerda la S 112/1987 de 2 Jul., no pudiera alegar ningún derecho propio frente al arrendador, en cuyo caso la sentencia no podría tener efectos directos e inmediatos sobre su derecho, aunque repercutiera en su situación jurídica», y la citada S 112/1987 de 12 Jul., dice que «cierto es que no es preciso, porque la Ley no lo impone (a diferencia del juicio por causa de subarriendo de vivienda —art. 25 LAU—) demandar al cesionario del local, adquirente por traspaso, bastando con traer a juicio al cedente o arrendatario que cede o traspasa el local, quizás entendiendo la Ley que el cesionario es un tercero totalmente extraño mientras las estrictas formalidades del traspaso (escritura pública y otras) no se cumplan, es decir, tercero ajeno a la relación jurídica del contrato»; doctrina de ambos Tribunales que conduce a la desestimación del motivo dado que los cesionarios no ostentan derecho alguno frente al propietario del local al no estar ligados a éste por relación contractual alguna que justificase su llamada al proceso en calidad de parte.

LA EXCLUSIVIDAD DE LA REPRESENTACIÓN POR MEDIO DE PROCURADOR DESAPARECE EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA

STS (Sala 3.ª), de 16 de julio de 1991

Primero: Es objeto de impug-

nación, a través del presente recurso contencioso-administrativo de carácter directo, el art. 1.2 RD 1062/1988 de 16 Sep., por el que

se modifica el RD 607/1986 de 21 Mar., de desarrollo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 Mar. 1977, encaminada a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los Abogados. Para una mayor claridad expositiva transcribimos literalmente el art. 1 del referido Real Decreto, que dice así: «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. 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. El abogado inscrito con el que existiese la concertación responderá ante los órganos jurisdiccionales u Organismos Públicos.

Segundo: El Consejo General de los Ilustres Colegios de Procuradores de los Tribunales de España, parte recurrente, estima que ese párr. 2.º al omitir la figura del Procurador, es literalmente incompatible con el art. 438 LOPJ y en todo caso equívoco, y contradice u olvida los arts. 3 y 4 LEC; los 118 y 788 LECrim; y 33 LJCA y el 10 LPL; preceptos todos ellos que contemplan la presencia del Procurador en juicio representando a las

partes litigantes; y, por otra parte, prescinde del texto del art. 5 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 Mar. 1977, en el que se establece que «para el ejercicio de las actividades relativas a la representación y a la defensa de un cliente ante los Tribunales, cada estado miembro podrá imponer a los abogados mencionados en el art. 1, las obligaciones siguientes... actuar de acuerdo bien con un abogado que ejerza ante el órgano jurisdiccional interesado y que se responsabilizaría, si procediere, ante dicho órgano, bien con un *avoué* o *procurator* que ejerza ante el mismo.

Tercero: Ciertamente los citados artículos de la LEC y de la LECrim, así como la LPL y la LJCA establecen en general la comparecencia en juicio por medio de Procurador, cuya representación en el orden contencioso-administrativo y laboral también puede ser conferida a un Letrado, que la ejercerá junto con la defensa técnica. Ahora bien, la LOPJ ha incidido en este concreto extremo a través del art. 438, en que la exclusividad de la representación por medio de Procurador desaparece cuando una ley autorice otra cosa; y precisamente esta salvedad es la que se contiene en el párrafo impugnado del artículo del decreto de 1988, que configura el nuevo texto del art. 6 RD 607/1986 de 21 Mar.; es decir, en este caso, el Estado Español, en cuanto estado miembro de la CEE, ha optado por la alternativa que le ofrece el art. 5 de la Directiva del Consejo de 22 Mar. 1977 «cada estado miembro podrá imponer...» y se ha decantado por que el

abogado extranjero actúe de acuerdo con un «abogado que ejerza ante el órgano jurisdiccional interesado y que se responsabilice si procediere ante dicho órgano»; en lugar de que el acuerdo tenga lugar «con un *avoué* o *procuratore* que ejerza ante el mismo». Este supuesto de Abogado que al propio tiempo representa ya está contemplado, como es sabido, en la legislación procesal española. Finalmente no se puede olvidar que la citada Directiva del Consejo de 1977 está dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los

abogados, por lo que su cumplimiento y regulación por los diversos Estados miembros debe referirse a estos profesionales y no a los Procuradores. En definitiva, el decreto impugnado no es incompatible ni equívoco con la normativa española que regula el ejercicio profesional de los Procuradores, ni es necesario que contenga tabla alguna de vigencias a tenor del art. 129.4 LPA, porque las disposiciones del Derecho Español atinentes al ejercicio profesional del Procurador no están afectadas por el Real-Decreto en cuestión.

III. ACTIVIDAD ALEGATORIA

ESTIMAR INFRACCIONES HOMOGÉNEAS LOS DELITOS DE CONTRABANDO Y CONTRA LA SALUD PÚBLICA Y EL DELITO DE RECEPCIÓN, VULNERA AL PRINCIPIO ACUSATORIO Y LA POSIBILIDAD DE UNA DEFENSA EFICAZ.

STS (Sala 2.^a) de 4 de septiembre de 1991

Segundo: Sustancialmente en los dos motivos del recurso se aduce la violación del principio acusatorio. A este respecto, el TC ha señalado en sus SS 12/1981 de 10 Abr. y 105/1983 de 23 Nov. que la posibilidad del que es acusado en el proceso penal por un delito o falta y luego es condenado por otro, tanto si se plantea un cambio de calificación, no afecta al deudo del procesado de saber de qué se le acusa, y, sobre todo, con su derecho fundamental, ligado al anterior, a poder defenderse de todo lo que se le acuse, si se da la identidad del hecho punible, entre ambas infracciones y si ambos son generalmente homogéneos, como

destacó el TS S 10 Dic. 1972, de modo que todos los elementos de segundo tipo están contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación, porque siendo así no hay ningún elemento nuevo en la condena del que no haya podido defenderse respecto a la acusación.

Reiterando dicho TC en posteriores resoluciones SS 17 Jul. 1986, 17/1988 de 16 Feb. y 205/1989 de 11 Dic. que el art. 24 CE establece un sistema complejo de garantías, íntimamente vinculadas entre sí —principios acusatorio y de contradicción y defensa y prohibición de indefensión— que en el proceso penal se traduce en la exigencia de que, entre la acusación y la sentencia, exista una relación de identidad del hecho punible, de forma tal que la condena recaiga

sobre los hechos que se imputan al acusado... puesto que el delito procesal vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación... a no ser que el Tribunal haga uso de la facultad del art. 733 LECrim., y de no hacer uso de la facultad que le confiere este proyecto, no podrá calificar o penar los hechos de manera más grave a lo pretendido por la acusación, ni condenar por delito distinto, salvo que respetando la identidad de los hechos, se trate de tipos penales homogéneos.

Numerosas resoluciones de esta Sala de Casación —*ad exemplum* 21 Ene., 15 y 29 Mar. 1988, 10 May. 1989 y 29 Ene. 1991— no han estimado como infracciones homogéneas a estos efectos los delitos de robo y receptación, en que el procesado ha sido acusado por el primero y condenado por el segundo. Ciertamente que la S 12 nov. 1986 ha sostenido la tesis contraria, pero es excepcional y la expuesta, más moderna y generalizada, constituye el sentir de este Tribunal.

Pues bien, acusados los recurrentes de un concurso delictual del art. 71 CP, de los delitos sancionados en los arts. 344 y 344 bis a) 3 CP, en relación con los arts. 1.1, núm. 4 y 3, circunstancia 1.^a LO 7/1982 de 13 Jul. se plantea el problema de la

homogeneidad entre el concurso objeto de acusación y el delito sancionado del art. 546 bis f) CP.

Se trata evidentemente de un título imputativo distinto, lo que ocurre no sólo con uno de los elementos del concurso ideal del art. 71, el de contrabando, sino incluso con el propio delito contra la salud pública. Si tratándose de infracciones de enriquecimiento, como el robo, cuyo parentesco en este punto con la receptación es más que destacado, este Tribunal no ha mantenido la homogeneidad entre dos infracciones de enriquecimiento, sancionadas en el mismo título, menos puede aceptarlo con relación a los delitos de contrabando contra la salud pública y una receptación como la del art. 546 bis f) incorporada por la reforma de la LO 1/1988 de 24 Mar. del Cap. VII del Tít. XIII del Libro II CP, que viene a ser en relación con los delitos del art. 344 lo que la genérica receptación es a las infracciones contra la propiedad.

El motivo debe ser desestimado, a la vista de que se ha faltado al principio acusatorio y a la posibilidad de una eficaz defensa, que no puede negarse ni aminorarse en un Estado de Derecho. Ambas infracciones no son de la misma naturaleza o especie, ni suponen unas modalidades diversas dentro de la misma tipicidad penal.

COMPATIBILIDAD DE LA EXTRADICIÓN CON EL PRINCIPIO ACUSATORIO: NADIE PUEDE SER JUZGADO POR DELITO DISTINTO A AQUEL POR EL QUE SE HA CONCEDIDO LA EXTRADICIÓN

STS (Sala 2.^a) de 16 de septiembre de 1991

Cuarto: El segundo motivo,

también por error de derecho, denuncia la vulneración del art. 13 Tratado de Extradición existente entre España y los Estados Unidos

29 May. 1970, ratificado el 16 Jun. 1971, así como del art. 21 Ley de Extradición Pasiva, 21 Mar. 1985, en virtud del principio de reciprocidad.

La extradición se ha convertido en un instrumento jurídico fundamental a la hora no sólo de establecer un frente común contra la criminalidad sino también de regular la convivencia pacífica entre los distintos pueblos.

Desde el punto de vista internacional es por eso un acto de relación entre dos Estados que genera derechos y obligaciones mutuas. Procesalmente se trata de un elemental acto de asistencia judicial. Penalmente la extradición no es más que el reconocimiento de la extraterritorialidad de la Ley de un país en el ejercicio legítimo de *ius puiendi*.

En cualquier caso es la Justicia en sí la que justifica y fundamenta este instrumento jurídico que sólo busca la defensa de la sociedad en general como efecto obligado del Estado democrático y de derecho.

La extradición es un procedimiento que se necesita cuando el presunto delincuente se refugia en territorio de otro Estado diferente, y en virtud del cual se reclama la entrega de la persona refugiada, a lo que comúnmente se accede si, tras revisar las circunstancias concurrentes, se dan los requisitos exigidos por las normas jurídicas supranacionales en vigor, por los convenios bilaterales suscritos en sendos países o por las normas internas de la nación requerida en cuanto regulan la denominada extradición pasiva, materia en la que el principio de reciprocidad marca prioritariamente, y a falta de otra

norma expresa, las relaciones de los pueblos respectivos.

Este procedimiento jurídico para la entrega de los presuntos delincuentes (S 14 Dic. 1989) es un instrumento necesario para el orden jurídico del territorio donde el delito se ha cometido, pero sólo si efectivamente se ha consumado la acogida del que es refugiado en el país extraño, requerido después por medio de esta institución.

Por el contrario, cuando tal situación de acogimiento no existe porque el Estado, que podría ser después requerido, ha expulsado al sujeto de la infracción penal, no juegan entonces las normas antes explicadas. Quiere ello decir que si por tal expulsión se entrega el presunto criminal a la Policía de donde el delito se produjo, las autoridades del Estado que lo recibe tienen el deber inexcusable de ejercer su propia soberanía con todas sus consecuencias y sin límites ni condicionante alguno.

Quinto: El motivo ha de ser desestimado en tanto no se ha vulnerado el pertinente artículo del Convenio de Extradición entre España y los Estados Unidos, ni tampoco el art. 21 Ley de Extradición Pasiva antes dicha.

Efectivamente, si en virtud de lo establecido en el art. 2 procedía la extradición como en este caso acontecía, la persona afectada, no será juzgada en el territorio de la parte requirente, España, por delito distinto de aquel por el cual se ha concedido aquélla. Según la norma es preciso para ello que exista una «autorización ampliatoria» de la extradición.

En el supuesto ahora estudiado

el recurrente fue juzgado en principio los mismos delitos de asesinato por los que se solicitó la extradición, aunque después la sentencia, acertada o desacertadamente, le condenara únicamente por un delito de imprudencia temeraria con resultado de 2 muertes y, a la vez, por otro delito de robo con violencia en las personas, todo ello dentro del ámbito de la inducción y del exceso en cuanto al encargo recibido.

Mas aun cuando jurídicamente la resolución impugnada se configurara fuera de los límites que el principio acusatorio le permitía, es evidente no sólo que tal posibilidad no quebrantaría los condicionantes de la extradición, cumplidos y observados que fueron durante el desarrollo del proceso (que eso es lo importante a estos efectos, otra cosa es lo que dijera la sentencia) sino que además concurrieron aquí, en cualquier caso, las excepciones que prevé el Convenio y la Ley de Extradición Pasiva para soslayar ese sometimiento al tipo de delito por el que se debe proceder.

Porque no rige dicha limitación si el afectado no hubiere abandonado el territorio, ahora español, dentro de los 45 días después de tener libertad para hacerlo, y el examen de las actuaciones, art. 899 LECrim., permite llegar ahora a la conclusión de que fue después de ese tope cuando el acusado salió definitivamente de suelo español.

Además, tal alegación de la defensa no deja de ser sino una cuestión totalmente nueva ya que en la instancia no se suscitó por ninguna de las partes. La buena fe que ha de regir el desarrollo del procedimiento supone un serio obstáculo

para considerar un tema jurídico que *per saltum*, subrepticamente, se quiere ahora traer a colación con menoscabo de los intereses que la acusación pública legítimamente representa, tanto más cuanto que incluso consumada ya la extradición, ninguna alegación se hizo por la representación del extraditado sobre tal cuestión a pesar de que inmediatamente actuó, previa personación, en la tramitación de las diligencias.

Sexto: El tercer motivo se expone con base en el mismo art. 849.1 LECrim., por violación del art. 1 CP, motivo que conjuntamente ha de ser considerado con el cuarto, también por error jurídico, al estimarse infringido el art. 6 bis a) CP, pues la actuación del acusado, se señala, discurrió por los cauces del error invencible.

En la sentencia impugnada se condenó al recurrente por un delito de robo con violencia del art. 501.5 en relación con el 14.2 ambos LECrim., infracción no contemplada por la acusación en sus conclusiones definitivas. A la vez se le sancionaba por un delito de imprudencia temeraria con resultado de 2 muertes pues contrató a 3 conocidos «matones profesionales» para que recuperaran las joyas que, entregadas a su amante para la venta, desaparecieron tras ser abonado su importe con un cheque que resultó impagado, profesionales que, excediéndose en el encargo recibido, acabaron con la vida de 2 personas, razón por la cual el MF acusaba por inducción de sendos delitos de asesinato. Y si bien la sentencia de la AN estimaba la existencia de un error vencible en

cuanto a los fines que iban a llevar a cabo aquellos «matones», el recurso de ahora además de poner en duda la concurrencia de dolo o culpa, matiza ese error para atribuirle el carácter de invencible, mas todo ello de manera ciertamente oscura y con base en elucubraciones y suposiciones infundadas cuando no inconsistentes.

Décimo: Sin embargo, cuanto se viene diciendo exige una reflexión final, y esencial, porque la alegación contenida en el primero de los motivos, por vulneración del art. 24 CE en su conjunto, comporta el estudio no sólo de la presunción de inocencia, ya examinada, sino de algún otro derecho fundamental recogido en el precepto y ahora evidentemente infringido.

Las garantías implícitas en un proceso público han de llevar consigo las prevenciones que del principio acusatorio se derivan porque la defensa del acusado ha de tener la oportunidad de instruirse de cuanto en su contra se esgrima, proponiendo prueba al respecto e interviniendo en su práctica si así le conviniere. Ha de haber la debida correlación entre lo que se pide y lo que se sentencia. La sentencia no puede de modo sorpresivo condenar por un delito que en principio no estuviera comprendido en los contornos de una calificación jurídica que siempre vinculará al Tribunal (S 19 Jun. 1991) porque en caso contrario difícil sería al acusado defenderse de aquello que por no haberse planteado desconoce.

Como se debía en la S 1 Abr. 1991, en virtud de ese principio de

acusación: a) El Tribunal de instancia carece de facultades para penar un delito con más grave sanción que la que ha sido objeto de acusación como tampoco puede castigar infracciones que no hayan sido incluidas en la misma; y b) el Tribunal de instancia no tiene atribuciones para penar un delito distinto a aquel que ha sido objeto de enjuiciamiento aunque las penas de una y otra infracción sean iguales o incluso si la correspondiente al delito innovado fuese inferior a la que se señala en el Código para el delito inicialmente comprendido en la calificación definitiva, a menos que se dé una clara y manifiesta homogeneidad, sin que sea permitido tampoco apreciar circunstancias agravantes o subtipos agravados no invocados en juicio. Por lo general será el hecho asumido por la calificación de la acusación el que marcará los límites entre lo prohibido y lo permitido en punto a este principio acusatorio.

A la vista de lo expuesto resulta ahora totalmente inadmisibles la condena asumida por la instancia. Cabe condenar por la imprudencia con resultado de dos muertes si la acusación iba por los derroteros del art. 406 CP al estimar los hechos como dos asesinatos.

Mas no se puede hacer extensiva tal condena a otro segundo delito, éste de robo con violencia, ya que en ese supuesto se quebrantaría el art. 24 CE.

Se trata de una infracción imprevista, frente a la cual la defensa no ha contado con las precisas garantías en tanto se vió imposibilitada para usar los correspondientes medios exculpatorios a la par que careció de la debida información so-

bre el contenido y extremos afectantes a esa nueva figura delictiva que no guarda la debida homogeneidad con la definitivamente asumida por el Fiscal, ni tampoco la guarda con la resultancia fáctica de tal calificación acusatoria.

Así pues, ha de estimarse por esta especial y trascendente particularidad, el primer ordinal de los motivos alegados.

Recurso de Antonio F.S.

Undécimo: Contra la sentencia condenatoria por un delito continuado de falsedad en documento mercantil como medio para cometer un delito continuado de estafa, vienen interpuestos ocho motivos de casación.

El primero, por quebrantamiento de forma del art. 851.1 LECrim., que ha de ser desestimado.

En primer lugar, el motivo se expone incorrectamente desde el punto de vista formal pues hay que suponer, porque el recurrente no lo dice, que se quiere patentizar la contradicción en que incurre la resolución de la AN, contradicción que no aparece después claramente razonada ya que lo que el recurrente analiza es su discrepancia con las conclusiones fácticas y, a la vez, su discrepancia con las jurídicas, afirmando así: a) que parte de los hechos probados no son constitutivos de delito; b) que la cantidad acordada como indemnización en la parte dispositiva de la sentencia no se deduce del relato histórico según su criterio; y c) que en conclusión, la resolución está ausente de perjudicados propiamente dichos.

En segundo lugar, y de acuerdo con la doctrina expuesta en relación al anterior recurrente, no se dan los requisitos básicos para entender existente aquí el vicio formal que se denuncia.

Duodécimo: El segundo motivo se basa también en el quebrantamiento de forma del art. 851.4, precepto que claramente se refiere a la vulneración del principio acusatorio, tema en el cual habrá que tener presente cuanto más arriba ha sido ya dicho, aun con y por distinta causa.

Sin embargo, el recurrente en la exposición del motivo discurre por diversas consideraciones ajenas a aquel precepto, aparte de no ajustarse exactamente a la realidad.

Manifiesta que se ha incumplido el Convenio de Extradición con Alemania, lugar desde el que, en la entonces República Federal, fue extraditado el acusado, Convenio 2 May. 1978, uno de los más antiguos por lo que se refiere a España, ratificado que fue el 25 Jun. 1878, en referencia siempre a la fecha de los hechos ahora enjuiciados.

No hay tal incumplimiento en cualquier caso porque en este Convenio, a diferencia del firmado con los Estados Unidos, antes también reseñado, sólo queda claro que los delitos de falsedad y estafa, art. 1.º puntos 18 y 23, están incluidos en el acuerdo bilateral, mas sin especificar ninguna condición referida al hecho delictivo en sí, aunque lo diga la normativa afectante a la extradición pasiva. Es además evidente que la parte dispositiva de la sentencia se ajustó a las figuras delictivas por las que en su día se

solicitó la extradición, con alguna que otra lógica puntualización. No se condenó por delito distinto ni con mayor pena, como también se ajustó al principio acusatorio antes señalado, sin infracción del art. 733 LECrim., pese a lo que sin

fundamento alguno se establece por la representación del acusado.

El motivo ha de ser desestimado. Cuestionar ahora la aplicación del delito continuado o la cuantía de la indemnización suponen temas ajenos a esta vía casacional.

IV. LA PRUEBA

S. AN. Sala de lo Penal, de 20 de septiembre de 1991

A) EFICACIA PROBATORIA DE LAS DILIGENCIAS SUMARIALES SI HAN SIDO PRACTICADAS CON LAS DEBIDAS FORMALIDADES CONSTITUCIONALES Y PROCESALES

Cuarto: Especial detenimiento merece el examen de la prueba practicada y su valor, tomando como punto de partida la línea de doctrina tanto del TC como del TS, que puede sintetizarse mediante la fórmula siguiente, que más adelante desarrollaremos: «Certeza de Culpabilidad = Libre Valoración + Actividad Probatoria de Cargo». Es axiomático que aquella convicción equivale como resultado a considerar desvirtuada la presunción *iuris tantum* de inocencia, derecho subjetivo que ampara a toda persona acusada y que constituye, junto con el principio *in dubio pro reo* y la analogía favorable, una de las distintas especies del género *favor rei*. Una vez consagrada en el art. 24.2 CE, auténtica y suprema Norma Jurídica, que se ha de complementar, por lo que dispone el art. 10.2, con lo establecido en el art. 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (BOE 30 Abr. 1977), de más amplia referencia: «toda persona acusada de

un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley», culpabilidad que —recuerda el TS S 12 Sep. 1986— no se utiliza aquí en su sentido técnico jurídico reconducible a una valoración psicológica o normativa sino, dentro de la polisemia del vocablo en el idioma español, como equivalente a participación en los hechos delictivos; esta presunción vincula, en consecuencia, a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53 CE y como derecho fundamental contenido en la Secc. 1.ª Tít. I Cap. 2.º informa todo el ordenamiento jurídico (TC SS 31 Mar. y 28 Jul. 1981 y 26 Jul. 1982). También tiene declarado el TC (S 80/1991 de 15 Abr., que cita las SS 80/1986, 82/1988, 201/1989 y 161/1990) que el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 LECrim., en relación con el art. 117 CE, supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados

libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llegar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso contar con una «mínima» o mejor «suficiente» actividad probatoria realizada con las debidas garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda obtener la certeza de la culpabilidad de los procesados, pues, como hace notar el TS S 1 Jun. 1982, la valoración como prueba de lo que legalmente no puede tener tal carácter es, sin duda, el mayor error de hecho que en su apreciación cabe imaginar, y la prueba realmente de cargo no es la que deriva de meras conjeturas o sospechas, sino que ha de ser el corolario de un proceso racional y lógico, pero además regularmente producida, pues de lo contrario se estarían vulnerando tanto el supracitado art. 11.1 LOPJ como el derecho al proceso con todas las garantías, por lo que, como ha enunciado el TS SS 12 May. y 23 Jun. 1986, entre otras, la práctica de medios sedicentemente probatorios dirigidos a función de toda legalidad procesal, entendida ésta en clave constitucional, no puede surtir efecto.

Por otra parte, el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro del juicio (*secundum allegata et probata partium*), es decir, los medios de prueba válidos para enervar la repetida presunción han de ser los utilizados «normalmente», añade el TC S 145/1985 de 28 Oct. en el acto del

Juicio Oral, no sólo en cumplimiento del mencionado art. 741 LECrim., sino también como consecuencia de los principios de oralidad, inmediación y contradicción que rigen el proceso penal y que se vinculan directamente con el derecho del interesado a su defensa y a un proceso público con todas las garantías, reconocido en la CE.

En cambio, las diligencias sumariales constituyen actos de investigación de los delincuentes que no constituyen por sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la narración o relato fáctico de la sentencia, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa (con la posible «igualdad de condiciones en la contienda jurídica» a que se refiere la E. de M. de 1882) y para la dirección del debate contradictorio atribuida al Órgano Juzgador. Ahora bien, dicha norma general no puede ser entendida tan radicalmente que, para la formación de la convicción a que se orienta la actividad probatoria, haya de negar toda eficacia a las diligencias sumariales y policiales o «preprocesales» practicadas con las formalidades que la CE y el ordenamiento procesal establecen, de modo que pueden señalarse, como excepciones, las que siguen:

I.—Las diligencias que tengan entrada en el plenario en condiciones que permitan a la defensa de los acusados someterlas a contradicción, que puedan constituir base probatoria sobre la que los Tribunales formen su convicción y, en definitiva, medios válidos para des-

virtuar la presunción de inocencia (TC SS 80/1986, 25/1988, 137/1988, 201/1989, 161/1990, 80/1991; TS SS 12 y 18 Jul. 1988 y 21 Abr. 1989), ya sea en el caso de que un presente en el juicio haya declarado con anterioridad en sentido diverso –o, por analogía, manifieste no recordar el hecho sobre el que se le pregunta y acerca del cual haya depuesto en la instrucción–, mediante la puesta de manifiesto de sus contradicciones (art. 714 LECrim.), sea incluso a través del contenido de las preguntas o repreguntas formuladas en el plenario –no apareciendo de modo sorpresivo en la sentencia–, supuestos en que el Tribunal se halla en condiciones de optar por una u otra versión (TC SS 82/1988 y 217/1989 y TS SS 7 Jun. y 21 Jul. 1988, 22 Ene. y 10 Oct. 1990). Nos referimos, pues, a las declaraciones policiales sumariales de los acusados y de los testigos asistentes a la vista oral, aunque respecto del examen de aquéllos la LECrim. no da reglas, ni siquiera lo prescribe (véase art. 701.4), lo que para algún autor constituye «una de las lagunas más sensibles y curiosas» de nuestro ordenamiento procesal vigente, porque las normas sobre la confesión o conformidad de los arts. 655, 688 y sucesivos no se refieren a su interrogatorio.

II.– Las diligencias (practicadas con las necesarias garantías) de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, distinguiendo:

1. La prueba documental dicha, ya se trate de documentos públicos –en su triple vertiente de notariales, judiciales y administrativos– o privados (arts. 1.216 y ss CC, 596 y ss. LEC, Tít. III Libro II CP).

2. La prueba «documentada» que no es susceptible de reproducción en el plenario:

2.1. Intrínsecamente, por sus propias características. En este conjunto, podemos incluir, sin carácter exhaustivo:

2.1.1. Las diligencias policiales y sumariales que constaten datos objetivos de cargo, mientras nada revele su irrealidad (TS SS 30 Ene., 16 Feb., 17 May., 23 Sep. y 3 Nov. 1988).

2.1.2. Las diligencias de inspección ocular (arts. 326 y ss. LECrim.).

2.1.3. Ruedas de reconocimiento (arts. 368 y ss.).

2.1.4. Diligencias de entrada y registro en lugar cerrado (arts. 545 y ss.), con los requisitos a que se refieren los arts. 558 y 569 de la propia Ley de Ritos en relación con el art. 281 LOPJ, esto es, intervención del Secretario Judicial, salvo los supuestos de flagrante delito o consentimiento del titular contemplados en el art. 18.2 CE y 545 LECrim., con las matizaciones jurisprudenciales sobre irregularidades y validez de datos reflejados en el acta cuando aparezcan corroborados por pruebas complementarias, entre ellas la personal declaración de los funcionarios intervinientes (TS SS 29 Mar., 8 Jun., 24 Sep., 19 Oct. y 2 Nov. 1990).

2.1.5. Transcripciones de escuchas telefónicas (art. 18.3 CE y art. 579 LECrim.), sobre las que habrá ocasión de tratar en posteriores fundamentos.

2.1.6. Con la salvedad que se dirá, los informes y análisis periciales practicados por el personal adscrito a organismos oficiales

(arts. 363, 785.8 e, 456 y ss. LECrim. en relación con el art. 1.242 CC y los arts. 610 y ss. LEC), de especial credibilidad, en tanto no sean impugnados sometiéndolos a un juicio contradictorio, bien proponiendo su ratificación en la vista o bien articulando la prueba oportuna (por todas, TS S 20 oct. 1989).

2.2. Por dificultades sobrevenidas:

2.2.1. Prueba adelantada por motivos previsibles y urgentes: peligro de ausencia, muerte o incapacidad de algún testigo (arts. 448 y 449 LECrim., en relación con los arts. 419, 718, 746.3 LEC).

2.2.2. Supuestos de imposibilidad o gran dificultad por causas inesperadas. Diversas situaciones pueden impedir la reproducción en el juicio de las declaraciones prestadas por un testigo; así, fallecimiento repentino, hallarse en paradero desconocido o en el extranjero (TS S 30 Nov. 1989). Todas ellas diligencias pueden incorporarse al bagaje probatorio a través de la mencionada vía del art. 714, el art. 726 (examen direc-

to por el Tribunal de libros, documentos, papeles y piezas de convicción) y el cauce del art. 730. Pues bien, el Intérprete supremo de la CE, en reiteradas ocasiones (TC SS 62/1985, 80/1986, 137/1988 y 201/1989), ha afirmado que cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, siempre y cuando se haya posibilitado el ejercicio del principio de contradicción en los términos señalados por el art. 730 LECrim., es decir, no a través del simple formalismo de uso frecuente de tenerla «por reproducida», sino solicitando su lectura en el juicio, puesto que estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa.

B) VALOR DE LAS DECLARACIONES PRESTADAS A TRAVÉS DE LAS COMISIONES ROGATORIAS: SE EXCLUYEN COMO PRUEBAS ALGUNAS DECLARACIONES POR INASISTENCIA DEL DEFENSOR, PERO SE ACEPTAN OTRAS PORQUE NO PUEDEN ALEGAR INDEFENSIÓN AL CAUSANTE DE LA LIMITACIÓN DE LOS MEDIOS DE DEFENSA

Quinto: Llegados a este punto, deviene esencial la cuestión de sobre qué pruebas de cargo regularmente obtenidas puede proyectarse el análisis y evaluación del Tribunal que ha de pronunciar, forzosa-

mente (art. 742 LECrim).

Los elementos probatorios disponibles pueden dividirse en dos grandes bloques:

1.º Pruebas directas, que versan sobre los hechos reputados como

punibles constitutivos del *thema decidendi* u objeto del proceso. Buena parte de ellas se han practicado ante el Tribunal, mientras que otras que no se han reproducido —fundamentalmente declaraciones y reconocimientos sumariales— hemos de ver si reúnen las condiciones para ser incorporadas como preconstituidas al material probatorio apto para sostener las imputaciones fraguadas contra los procesados.

2.º Pruebas indirectas, indicia-rias, de presunciones, conjeturales, circunstanciales o evidencias mediatas, que pueden dar a entender por deducción o vía de consecuencia aquellos hechos a los que no se refieren derechamente. Son numerosas, como habrá ocasión de repasar.

Mención singular merece, por su interés, el valor de las Comisiones Rogatorias o, mejor, de las declaraciones prestadas a través de las Comisiones Rogatorias dirigidas a Francia y Portugal, puesto que, entre las personas con quienes debían entenderse las diligencias interesadas en los despachos librados a las jurisdicciones extranjeras, se encontraban los individuos que presentemente habían tenido un protagonismo directo en distintos sucesos de los que dieron origen a la causa y por ello podían tener un conocimiento inmediato de las circunstancias en que se perpetraron, de la conexión, en su caso, de los procesados con ellos y en último término con tales hechos. Como ya se ha dicho, para que dichas diligencias puedan pasar a integrar el contenido de la auténtica actividad probatoria desarrollada en el juicio oral y, por lo mismo, pueda fundarse en esas declaraciones la con-

vicción del Órgano Juzgador, es necesario: a) que sean de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral; b) que se hayan practicado con las formalidades que la CE y el ordenamiento procesal prescriben, y c) que hayan tenido acceso al plenario, no a través de la simple fórmula ritual al uso, sino en efectivas condiciones de inmediación, oralidad y publicidad que permitan la contradicción y el debate sobre sus garantías y verosimilitud (TC S 107/1989).

Determinadas resoluciones han negado eficacia a las declaraciones testificales y diligencias efectuadas ante organismos jurisdiccionales extranjeros en las que no estuvieron presentes los procesados ni sus defensas, ni comparecieron posteriormente tales testigos ante el Tribunal en el acto del juicio, por lo que, al no poder ser interrogados por los defensores, ni careados, no se ajustaron a lo dispuesto en el art. 448 LECrim., que es lo que exige el art. 24.2 CE, contradiciendo así lo dispuesto en el art. 11.1 Declaración Universal de Derechos Humanos 10 Dic. 1948 y el art. 6.1, 2 y 3 d) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (BOE 10 Oct. 1979), donde se declara que toda persona inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa, como asimismo el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, principio de contradicción inherente al derecho de defensa (TS SS 29 Nov. 1989, 3 Abr. y 14 Jun. 1990); pero tales

sentencias, para extraer la conclusión del rechazo de lo instruido, arguyen que el hecho de ser los testigos extranjeros y encontrarse —libres o presos— en su país de origen, no era obstáculo para que fuesen oídos en el juicio oral, pues los arts. 10 al 12 Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal hecho en Estrasburgo el 20 Abr. 1959 y ratificado por España en 1982 (BOE 17 Sep.) concedían medios suficientes y establecía medios adecuados para hacer comparecer a aquéllos, cuya carga para su presencia personal en el plenario correspondía a las acusaciones, y al no hacerse así, aquellas diligencias carecen de valor probatorio; sin embargo, esta impecable construcción doctrinal es inaplicable al presente supuesto, por cuanto aquí los acusadores han propuesto, y la Sala ha admitido y ordenado, con razonable antelación, citar a los testigos residentes en los Estados vecinos, mediante los mecanismos de asistencia o auxilio judicial internacional y precisamente al amparo de los preceptos antedichos; es decir, que, a diferencia de lo ocurrido en los juicios a que la expresada Jurisprudencia se refiere, se han agotado los mecanismos jurídicos dirigidos a conseguir la comparecencia de los testigos extranjeros, teniendo en cuenta que tanto el art. 8 Convenio Europeo como el art. 15 Convenio entre España y Portugal de 1869 (Gaceta de Madrid de 7 de febrero) en relación con el art. 410 LECrim. vedan la posibilidad de imponer sanciones o medidas coercitivas y, bien porque los citados no han consentido en partir (caso de Portugal, con una sola excepción, y

algunos ciudadanos de la República Francesa) o porque la parte requerida haya denegado el traslado por el motivo que enumera el art. 11.1 d) Convenio (caso de trece testigos presos en Francia, sin que se haya traducido aún la respuesta oficial emitida por el M.º Justicia francés el 20 de junio y de la que se ha recibido copia el mismo día que finalizó el juicio), la realidad es que la presencia personal de quienes hubieran podido aportar en la vista oral sus testimonios sobre los hechos no ha resultado posible. La concurrencia de este supuesto implica la procedencia de que entre en juego la doctrina del TC (SS 62 y 107/1985; 25/1988; 159, 182 y 201/1989; 51, 124 y 154/1990; 24 y 41/1991) que ha venido modulando el reiterado criterio general de que la prueba se practique en el juicio en el sentido de que cuando sucede «como aquí es el caso», que los testigos que han depuesto en forma durante las diligencias de instrucción no pueden comparecer en el acto de la vista, si tales declaraciones figuran en autos vertidas con las debidas garantías, estamos ante la denominada prueba preconstituida, que, en tanto prueba documentada, puede ser traída a juicio al solicitarse por las partes la lectura de lo sumarialmente actuado, lo que se efectuó con arreglo a la previsión del art. 730 LECrim. La más reciente de las sentencias recordadas subraya que no admitir la prueba preconstituida con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del *ius puniendi* del Estado del azar o de la malquerencia de las partes, pudiendo dejarse sin efecto, lo actuado sumarialmente; mas un

sistema que pondere o compagine adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos de la represión penal, siempre que lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías.

Demostrada en el supuesto actual la convergencia de los requisitos representados por la imposibilidad de reproducir en juicio la prueba y aportación del referido acervo probatorio en audiencia pública, lo que permitió a la defensa de los procesados, además de renovar el conocimiento de su contenido —al que pudo acceder con anterioridad sin traba alguna— exponer su crítica sobre las condiciones o fiabilidad de tales diligencias, solamente queda comprobar si se dio o no cumplimiento a las formalidades reclamadas por el sistema normativo.

Sexto: Dado el volumen de la causa que, aun contando con su asistemática nomenclatura y estar foliada de manera confusa e incompleta, puede asegurarse supera ampliamente los veinte mil folios, es forzoso restringir la justificación de la operación analítica universal y armónica al grupo de probanzas considerado como nuclear o básico, partiendo de quienes, como se ha explicado, podrían conocer de primera mano la hipotética vinculación de los procesados con los hechos.

Hay que destacar, ante todo, las declaraciones efectuadas por Paulo

José F. F., tanto por el número de sesiones en que se desarrollaron como porque, pese a no contar con una copia de la sentencia dictada por el Tribunal de Pau, el referido ciudadano portugués fue detenido en San Juan de Luz (Francia), donde se produjo uno de los hechos objeto de la acusación, a los pocos minutos de haberse cometido. Sus declaraciones se desarrollaron, en líneas generales, de la siguiente manera (por orden cronológico):

- 1) Policial (detención), de fecha 13 Feb. 1986, obrante al Tomo 36 folio 71 y ss.
- 2) Policial, de fecha 13 Feb. 1986, obrante al Tomo 36 folio 131.
- 3) Policial, de fecha 13 Feb. 1986, obrante al Tomo 36 folio 132.
- 4) Policial, de fecha 14 Feb. 1986, obrante al Tomo 36 folio 138.
- 5) Policial, de fecha 14 Feb. 1986, obrante al Tomo 36 folio 142.
- 6) Policial, de fecha 14 Feb. 1986, obrante al Tomo 36 folio 149.
- 7) 1.^a Judicial, sin Letrado, de fecha 14 Feb. 1986, obrante al tomo 39 folio 225.
- 8) 2.^a Judicial, con Letrado, de fecha 28 Feb. 1986, obrante al tomo 39 folio 225.
- 9) 3.^a Judicial, Letrado en parte, de fecha 5 Mar. 1986, obrante al Tomo 39 folio 252.
- 10) 4.^a Judicial, con Letrado, de fecha 6 Mar. 1986, obrante al Tomo 39 folio 323.
- 11) 5.^a Judicial, sin Letrado, de fecha 21 Mar. 1986, obrante al Tomo 39 folio 352.
- 12) 6.^a Judicial, con Letrado,

de fecha 23 Abr. 1986, obrante al Tomo 42 folio 463.

13) 7.^a Judicial, con Letrado, de fecha 16 May, 1986, obrante al Tomo 42 folio 463.

14) 8.^a Judicial, sin Letrado, de fecha 8 Dic. 1986, obrante al Tomo 44 folio 594.

15) 9.^a Judicial, sin Letrado, de fecha 5 Jun. 1987, obrante al Tomo 47 folio 864.

16) 10.^a Judicial, con Letrado, de fecha 12 Dic. 1987, obrante al Tomo 50 folio 651 (también Tomo 13 folios 198, 222).

17) 11.^a Judicial, sin Letrado, de fecha 23 Dic. 1987, obrante al Tomo 15 folio 906.

18) 12.^a Judicial, con Letrado, de fecha 3 Mar. 1988, obrante al Tomo 57 folio 109.

19) 13.^a Judicial, sin Letrado, de fecha 4 May, 1988, obrante al Tomo 59 folio 287.

Tras un estudio pormenorizado de las mismas, el Tribunal infiere las siguientes consecuencias:

1.^a) No se pueden considerar, a los efectos de emitir un pronunciamiento de condena:

1.1. Las diligencias policiales y judiciales en que el acusado, inicialmente detenido y más tarde preso, no pudo contar con asistencia de Abogado, de acuerdo con el art. 24.2 CE y los arts. 118, 520 y cc. LECrim.

1.2. Las diligencias practicadas en virtud de Comisión Rogatoria librada por la Autoridad Judicial española, en que se haya oído al sujeto en calidad de testigo sin conceder al Letrado de los acusados la posibilidad de estar presente, permitiéndole hacer repreguntas, con arreglo al derecho de defensa reconocido en el art. 24.2 CE y el

supracitado art. 6 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

2.^a) La aplicación de tan inexcusables criterios excluye automáticamente, como pruebas no revestidas de cobertura formal, la mayor parte de tales declaraciones, cuya significación queda relegada a un plano accesorio o residual (producción de datos objetivos complementarios y posibilidad de apreciar contradicciones del mismo individuo). Han de estimarse regularmente obtenidas, por el contrario:

2.1. La segunda declaración judicial (octava en la relación anterior), ante el Instructor de Bayona, asistido de la Secretaria y presente el Letrado Sr. Lartigue y un intérprete. En ella el inculpado Paulo José F. F., describe, entre otros a «los atentados de Bayona y San Juan de Luz» que él dice «nunca hubiera hecho solo» y en un momento dado manifiesta: «el resto de la historia ustedes ya lo saben» (folio 232), lo que es igual a una confirmación de lo dicho justo dos semanas antes ante el mismo Juez (en aquella ocasión sin Letrado), cuando ratificó paladinamente las declaraciones hechas ante la Policía.

2.2. La décima declaración judicial (decimosexta de la lista anterior), con asistencia del mismo Abogado, en que identifica al procesado José A. F. con «Ricardo» (foto núm. 15 Álbum, Tomo 57, folio 34 y Tomo 59, folio 150). Más adelante se estudiará el valor de los reconocimientos por fotografía. Insiste en los hechos de los Bares «B.» y «L. P.».

2.3. La duodécima declaración

judicial (decimoctava del orden general), con sustitución del Letrado por el Sr. Rumeau. En ella reconoce a «Ricardo» con el representado en otra placa fotográfica (núm. 11, Tomo 59, folio 348), explica que fue éste quien le facilitó en Bilbao un DNI y que era «Eduardo» quien hablaba francés.

2.4. La decimotercera declaración judicial (decimonovena de la relación), practicada en virtud de Comisión Rogatoria internacional de 28 Abr. 1988 y a la que asistieron personalmente el Titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 y el representante del MF. En ella se consideró al interrogado como testigo. No se propuso una ratificación global de las diligencias en que había intervenido anteriormente. Exhibido el dossier o álbum hecho en Madrid (volumen 73) reconoció la fotografía núm. 13 como la de «Ricardo» y las núms. 7 y 20 como de «Eduardo», a quien identificó como el procesado Michel D. M. Preguntado sobre ello, facilitó numerosos datos sobre los hechos. Ahora bien, se plantea el problema de si la ausencia del Letrado que en aquel momento asumía la defensa de los procesados José A. F. y Michel D. M. priva de eficacia a esta última diligencia. La conclusión a que se llega es negativa, y en el Tomo 15 (3.ª del Sumario 1/1988) puede encontrarse respuesta a la pregunta de por qué no acudió el Abogado defensor a Bayona: aunque en lo secundario no le faltaba razón a éste cuando alegaba, al impugnar la providencia de 28 de abril, que en ésta (como sucederá luego con la de 11 de junio) se acordó librar una comisión rogatoria, lo que no

es más que un instrumento para la práctica en el extranjero de pruebas determinadas, pero sólo se hacía una referencia marginal a algunas de ellas, lo cierto es que, notificada la resolución el día 29 a los Procuradores Muniesa Marín y Martín Rico y haciéndose constar en el proveído, del que se entregó copia, que a la práctica de las mismas podrían concurrir las partes si lo deseaban, siempre que prestara su consentimiento a ello la Autoridad Judicial requerida, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4 de aquel Convenio (art. 96.1 CE), y sin que se hubieran puesto reparos u objeciones por el Juez requerido a dicha presencia, la defensa decidió no utilizar la facultad concedida (optando por la puesta en marcha de una cadena de escritos y resoluciones: folios 727, 733, 734, 769, 770, 784, 789, 804, 814 y 844, Tomo 15), pero la práctica de las diligencias de prueba acordadas por el Órgano competente no puede paralizarse por las discrepancias de algún Letrado (art. 311.2 *a contrario sensu* en relación con el 659.3 LECrim.), de modo que la inasistencia no vicia de nulidad el acto celebrado, porque el Juzgado no cometió la infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa a que se refiere el art. 238.3 LOPJ. En este sentido, el TC ha precisado que la indefensión es un concepto de doble significado, por cuando no sólo implica la imposibilidad de defenderse, sino también una disminución indebida de las posibilidades de defensa por decisiones del Órgano Judicial (S 10 Abr. 1981). Las SS 54/1987 y 26/1988 han declarado que, según doctrina establecida por el Tribu-

nal, no puede mantener una alegación constitucional de indefensión quien, con su propio comportamiento omisivo o falta de la necesaria diligencia, es el causante de la limitación de los medios de defensa que se haya podido producir. Y es que, si el proceso penal ha de perseguir la doble meta de asegurar al Estado la posibilidad de realizar su poder sancionador y, por otro lado, ofrecer a los ciudadanos las garantías necesarias contra cualquier tipo de excesos que puedan hallarse implicados en el ejercicio del poder coercitivo, el papel del Abogado defensor consiste en fijar la posición del imputado controlando los actos del poder en beneficio de su cliente, pero tiene la obligación de no impedir el desarrollo legal y justo del proceso, porque la defensa es un derecho dentro del proceso penal, pero no un derecho contra el proceso.

Desde otro ángulo, el defensor, en el ejercicio de la legítima labor de crítica desplegada en su informe oral y recogiendo lo alegado el 6 Oct. 1988 (Tomo 18 folios 267 y ss.), ha hecho ver dos puntos en las declaraciones de Paulo José F. F., que podrían hacer dudar sobre su veracidad. En primer lugar, cuando el 8 Dic. 1986 dijo al Juez de Bayona que le había escrito una carta en la que pedía que se le sometiese a un reconocimiento médico complementario, ya que refería pérdida de memoria, y añadió: «no llego a situar ciertos acontecimientos pasados y mezclo las fechas»; pero, aunque ciertamente se aprecia alguna confusión en cuanto a esto (folios 645 y 646 del Tomo 44), el voluminoso conjunto de sus declaraciones muestra un conocimiento

prolijo y coherente de los hechos, y, en segundo término, el 23 Dic. 1987 ante el Juez de Burdeos en Comisión Rogatoria 304/87 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5), que le preguntó si confirmaba las declaraciones hechas el 13 Feb. 1986 ante el Servicio Regional de Policía Judicial, atestado D 68, manifestó literalmente: «soy el firmante de estas declaraciones que usted acaba de recordarme e indico de entrada que no hay nada de cierto en ese atestado, en el que no he contado más que falsedades. Al contrario, todas mis declaraciones posteriores corresponden con la realidad». Pero, aun admitiendo, por aplicación del principio *in dubio pro reo* que la invocada diligencia pueda surtir efectos de los señalados en la consecuencia 2.ª de este fundamento, debe tenerse en cuenta que el referido «procès-verbal D-68» (folios 132 a 136 del Tomo 36) recoge las primeras explicaciones detalladas del recién detenido, según las cuales fueron un tal «Juan» y un francés quienes le dieron «en San Sebastián» el documento de identidad a nombre de Manuel S. Q. y afirmó igualmente que había entrado en Francia por primera vez el mismo día 13 de febrero, por lo que también era la única ocasión en que había tomado parte en un «atentado»; es decir, que parte de lo relatado en la fecha de su detención era pura y simplemente incierto y respondía a una clara voluntad exculpatoria (ocultó su participación en el suceso del Bar B.), resultando desmentido por todas las declaraciones posteriores.

Noveno: Otras declaraciones

con capacidad potencial de encuadrar evidencias incriminatorias son las prestadas en Portugal, generalmente por nacionales de este país, que aparecen traducidas en diversos tomos de la causa (núms. 44, 46, 47, 64, 65, 66, 70 y 71). Por aplicación de los criterios expuestos en los anteriores fundamentos ha de rechazarse el valor de la mayoría de ellas (policiales y judiciales sin asistencia letrada), y en principio, aunque con importantes matizaciones, de las prestadas en virtud de la Comisión Rogatoria de 11 Jun. 1988, llevada a cabo el día 20, por cuanto la providencia en que acordaron (Tomo 15 folio 844), además de no expresar cuáles eran las pruebas acordadas más que por su remisión al instrumento de cooperación internacional, omitió expresar las fechas en que se llevarían a cabo (a diferencia del proveído de 28 de abril anteriormente citado), haciéndose una referida a las mismas tan sólo en el texto de la propia Comisión Rogatoria; además, si es dudoso que se diese a la defensa oportunidad de acudir, resulta diáfano que tampoco los allí declarantes fueron asistidos por otro Letrado de los que venían llevando su dirección técnica (folios 91, 94, 97, 100 y 102, volumen 64, segunda parte —traducción española).

Por el contrario, en las diligencias practicadas el día 12 de diciembre del mismo año, en cumplimiento de Comisión Rogatoria posterior, se encontraban presentes los Abogados de la defensa y de la Acusación Popular, factor determinante de su plena validez, al haberse observado todas las garantías constitucional y legalmente exigi-

bles. En tales declaraciones se trataba principalmente de aclarar las circunstancias y significado de las cartas firmadas por tres de los portugueses con fechas 9 y 10 Sep. 1988 (cuyos originales forman parte de la carpeta núm. 82), publicadas por un diario español el día 14 del mismo mes (folio 13 y 72 núm. 65 en su primera parte), y su resultado puede extractarse como sigue:

1.º Jean Philippe L., que el 20 de junio no había identificado ninguna fotografía del dossier compuesto por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 (folio 102 del núm. 64) recuerda haber sido contactado por el Abogado del Lisboa José Alberto Cabral Gracio Ribeiro, con quien rehusó tratar, por lo que éste no le propuso hacer ninguna carta (Tomo 65 folio 56).

2.º Antonio Jorge F. C. F., firmante de una de las misivas (Tomo 82 folio 7), en la que afirma no haber tenido ningún contacto con José A. F. y Michel D. M. y que José Antonio P. de M. le ha manifestado haber sufrido presiones para declarar, reconoce como hecha por su mano dicha carta y que salió de él la iniciativa de hacerlo en vista de las que dice mentiras que vio en la Prensa portuguesa, el atribuirle un reconocimiento que no había hecho nunca (Tomo 65 folio 66). Aparece como cierto que en junio no había reconocido las fotografías (folio 100 del núm. 64).

3.º Mario C. da C. (Tomo 65 folio 49) reconoce como hecha por su mano íntegramente, a presencia del Abogado Sr. Gracio Ribeiro, la carta de cuya firma también reconoce ser autor, que dice haber he-

cho por sugerencia de su Abogado y porque estaba de acuerdo con el contenido de la misma. Es importante destacar dos aspectos de su declaración: primeramente, que en el mensaje, de redacción bastante ambigua, relata su contacto con dos ciudadanos españoles interesados en localizar personas para servicios de vigilancia y seguridad de empresas y eventuales cobros difíciles (*combrançhas difíceis*) y asegura que en el reconocimiento fotográfico a que fue sometido «fue imposible reconocerlos como siendo José A. F. y Michel D. M.», diligencia de identificación (obran-te al Tomo 64 folios 94 a 96) a la que también se refiere con alguna amplitud en la declaración misma de 12 de diciembre —exenta, como se ha advertido, de toda irregularidad—, y que, merced a esta remisión, puede ser en alguna medida integrada en el conjunto de elementos dotados de eficacia probatoria, al menos como material a contrastar. Así, continúa exponiendo que el reconocimiento sólo lo hizo porque estaba sugestionado por la prensa, donde habían sido publicadas diversas fotografías con artículos sugestivos y, por esto, cuando entonces dijo que nunca había visto la foto que en el álbum tiene el núm. 20, esto se debió a un *lapsus*; añade que, antes de indicar las fotografías núms. 13 y 20 como pareciéndole de los individuos españoles a los que aludía, pudo examinar todo el álbum sin que nadie le indicase lo que tenía que hacer, y aclara que «cuando hizo ese reconocimiento quería referirse a José A. F. y a Michel D. M., y no a Ricardo y Eduardo». El Tribunal ha de considerar que el

dicente no se ajusta a la verdad, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, lo manifestado por el siguiente declarante, ya que, amén de la escasa verosimilitud del lapso confesado (durante el examen fotográfico fue concluyente al proclamar que nunca había visto la fotografía que ahora identificó y que tiene el núm. 20 en el álbum, así como que «no sabe que haya sido publicada en ningún periódico», lo que excluye la tesis de la sugestión periodística), tampoco es cierto que no quisiera referirse a Ricardo y Eduardo, pues al serle exhibido el álbum reconoció en las fotografías 13 y 20 «a los individuos españoles de los que acaba de hablar», y éstos son precisamente los designados nítidamente con esos nombres justo antes de proceder al escrutinio de las fotografías, más aún, llega a precisar que el que pagó la cena, con una tarjeta de crédito, fue el que decía llamarse Ricardo, que ni sabe ni sabía se llamase en realidad José A. F. (al procesado Michel D. M. no hace la menor referencia, folio 72 del Tomo 65).

4.º Rogerio Fernando C. da S. (Tomo 65 folio 59 y 60) empieza por corroborar que las declaraciones prestadas el 20 de junio ante los mismos Magistrados las prestó libremente y sin que nadie le coaccionara, y explícitamente «confirma en este acto las declaraciones prestadas, especialmente en cuanto al reconocimiento fotográfico», lo que equivale a una ratificación categórica de lo manifestado con anterioridad, en particular cuando, tras revelar que a través de las conversaciones entre los españoles, le daba la sensación de que Ricardo era superior jerárquico de

Eduardo —que a veces traducía al francés las palabras de aquél—, dice (Tomo 64 folio 97 a 99) que, comprobado el álbum, reconoce en las fotografías núms. 13 y 20 a las personas a las que se ha estado refiriendo como Ricardo y Eduardo, respectivamente, precisando, sin embargo, que no los reconoce al «cien por cien» por tratarse de un reconocimiento fotográfico y no en persona como cree que debería ser y añade que ya sabía por los periódicos que Paulo José F. F. había identificado a Ricardo como José A. F. policía español, y que nunca había visto en el periódico ni en ninguna otra parte la fotografía de Eduardo (son notorias las dificultades que han tenido los medios de comunicación para obtener imágenes del procesado Michel D. M. incluyendo el juicio oral: véase Tomo 81 pág. 392). Le parece que no hay incompatibilidad entre lo que dice en su carta, fechada el 10 de septiembre «escrita por el declarante pero dictada por el Abogado Gracio Ribeiro después de que el declarante le contara los hechos», y su declaración del 20 de junio «porque cuando dice que no reconoce al cien por 100, sólo quiere decir aunque existan parecidos, no es la misma cosa que reconocer personalmente». Prosiguiendo en su claro intento de justificar su correspondencia, contradictoria con sus declaraciones, ha de admitir, confrontado con las declaraciones de José Antonio P. de M. del día 20 de junio de que nunca había visto fotografía de Michel D. M. ni siquiera en los periódicos, que fue un *lapsus* por su parte esta afirmación en cuanto a Michel D. M., es decir, que cae en el mismo

error que Mario C. da C. y, en cuanto a la afirmación que hizo en su carta de que José Antonio P. de M., que le había contado que fue presionado con promesas de apoyo y libertad provisional para prestar declaraciones favorables sobre José A. F. y Michel D. M., aclara que esa conversación con José Antonio P. de M., tuvo lugar en el establecimiento penitenciario de Lisboa a finales de 1986, por lo tanto, no se refería a las repetidas declaraciones prestadas el 20 Jun. 1988. Existe, además, otra declaración de Rogério Fernando C. da S. en calidad de inculcado, efectuada el 6 Ene. 1987 ante el Juez Sr. Castelo del Tribunal de Instrucción Criminal de Lisboa y con asistencia del Abogado defensor Sr. Almeida Pinto, que firma el acta (Tomo 64 folio 8 portugués, folio 20 a 24 traducción), por lo que ha de estimarse correctamente obtenida, en la que solamente se extiende hasta lo ocurrido en el Bar B. (proseguiría el 7 de enero, sin Letrado), pero suficiente para demostrar que se dan sustanciales coincidencias con lo manifestado por Paulo José F. F. en Francia.

5.º Antonio José P. de M. (Tomo 65 folio 54) confirma el 12 de diciembre que prestó declaración ante idénticos Magistrados el 20 de junio, libre y espontáneamente (obrantes al Tomo 64, folios 91 a 93, donde practicó el reconocimiento fotográfico) y niega que sean verdaderas las afirmaciones hechas por los anteriores (Rogério Fernando C. da S. y Antonio Jorge F. C. F.) en las cartas que enviaron a España cuando decían que él les dijo que había sido presionado, y también que se le hicieran pro-

mesas de libertad o apoyo. En cuanto a las cartas, un señor que se presentó como Abogado de Mario C. da C. y cuyo nombre no recuerda le propuso que redactase una de ellas, la que rechazó inmediatamente, fundándose en que hallaba poco ético hacerlo sin consultar primero a su propio Letrado.

6.º El Abogado portugués José Alberto Cabral Gracio Ribeiro (Acta que figura al Tomo 65 folio 51 (vino a corroborar la nula verosimilitud que merecen tales comunicaciones, al contar que emprendió tan peculiar iniciativa por encargo de alguien a quien no le es posible identificar: ni la persona que dice le contactó telefónicamente pidiéndole que consiguiera de los cinco individuos relacionados con el caso declaraciones sobre José A. F. y Michel D. M. que fuesen útiles para la defensa de éstos, ni tampoco el súbdito portugués que le entregó un sobre con

la cantidad que había pedido (y que «dedujo se destinaba al pago de los gastos»).

De las diligencias verificadas en virtud de la reiterada Comisión Rogatoria de Dic. 1988 se desprende, en suma, el origen espurio y el inconsistente contenido de las cartas remitidas por tres de los portugueses inculcados en su país por hechos parcialmente coincidentes con los que aquí se juzgan, y por otro lado, transmuta en regular la prístina declaración y reconocimiento fotográfico producidos por al menos uno de los interrogados que si, naturalmente, manifiesta su reserva al preferir la identificación personal frente a la imagen bidimensional (y bicromática) de las copias mostradas, con ello no hace más que delimitar el signo positivo de la respuesta emitida, resultado coincidente con el obtenido en el examen de otros portugueses contratados, en particular Paulo José F. F.

C) LA DECLARACIÓN DE LOS COIMPUTADOS PUEDE DESVIRTUAR EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Séptimo: Antes de proseguir con el análisis de otras declaraciones debe examinarse la objeción opuesta por la defensa, relativa a la cualidad de testigos o coimputados que puede distinguir a determinados portugueses, entre ellos Paulo José F. F. La causa de esta controversia radica en que no contamos, pese a los Convenios de Cooperación Internacional, con un auténtico «espacio judicial europeo» y persisten las fronteras en materia jurisdiccional: de lo contrario, habría sido posible la celebración de un juicio en uno solo

de los Estados que han seguido procedimientos por los mismos hechos, en atención al *loci delicti commissi* y fueron supletorios (arts. 14 y 15 LECrim.), en cuyo supuesto resulta obvio que aquéllos serían en principio imputados, pues por tales se ha de entender, según el diccionario, a quienes se atribuye la culpa o la responsabilidad de algo. En cambio, testigos son las personas físicas, con la condición jurídica de terceros respecto de los sujetos de la relación procesal, que declaran en el proceso penal ante el Juez sobre sus percepciones sen-

soriales de hechos y circunstancias pasados, es decir, recibidas fuera del proceso, con la finalidad de esclarecer la verdad; por tanto, al no ser parte en este juicio pueden ser consideradas terceras personas, pero el Tribunal estima que, tratándose de sujetos que —aunque en otros lugares— han sido acusados por su participación en unos mismos actos, debe exigirse a sus declaraciones el rigor propio de las correspondientes a los coimputados (otra vez por aplicación del principio *pro reo*).

Ello no significa prohibición legal, ni siquiera pérdida de fuerza probatoria, pues la Doctrina Jurisprudencial ha señalado con insistencia la aptitud de las declaraciones de los coimputados para desvirtuar la presunción de inocencia (TC S 137/1988, que cita los AA 479/1986, 293/1987 y 343/1987; TS SS 17 Jun. 1986, 25 Mar. y 14 Oct. 1987, 26 Ene., 21 Sep. y 31 Oct. 1988 18 Feb. 8 y 31 Mar. y 14 Sep. 1989 y 10 Oct. 1990), aunque han de ser cuidado-

samente estudiadas teniendo en cuenta los factores que concurren en cada caso, singularmente la propia personalidad del que declara y sus relaciones con la persona a quien acusa, para evitar que lleguen a condicionar el pronunciamiento de una condena motivos espurios como animadversión, obediencia, soborno o finalidad de autoexculpación. Por ende, la circunstancia de la coparticipación es simplemente un dato a tener en cuenta por el Tribunal al ponderar en el ejercicio de su potestad la credibilidad que le merezca el declarante.

Ninguno de los referidos móviles torpes se advierte generalmente en lo manifestado por los mercenarios, que con frecuencia se autoinculpan y no hablan diversamente cuando declaran como acusados o como testigos, así que, para corroborar si lo que dicen es o no cierto, habrá que ponerlo en relación con sus otras declaraciones, que a veces podrán ser contradictorias, y los datos ofrecidos por las demás pruebas.

D) VALIDEZ DEL RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO COMO PRUEBA SI HAY RATIFICACIÓN POSTERIOR ANTE EL JUEZ

Octavo: Otra cuestión de innegable trascendencia se refiere a la validez de los reconocimientos fotográficos. Hay que precisar, ante todo, que si se hicieron en esta forma es porque no hubo otra posibilidad, pues el Instructor delegado llegó a solicitar, como figura en el texto de la Comisión Rogatoria remitida a Portugal el 11 Jun. 1988 (folio 846 Tomo 15) que «se autorice el traslado temporal a España en el punto más próximo a la frontera

portuguesa de las personas citadas antes (se trataba de Jean Philippe L. y los cuatro portugueses), a fin de proceder a los correspondientes reconocimientos en rueda y careos precisos...». Pues bien, este medio probatorio, regulado en el Cap. III Tít. V Libro II LECrim. (arts. 368 y ss.), se caracteriza por las siguientes notas (TS SS 21 Sep. 1983, 7 Dic. 1984, 5 Mar. y 12 Sep. 1986): a) se trata de una diligencia que, en principio, es propia

de la fase de instrucción y, también por lo general, inidónea y atípica para ser practicada en el plenario, lo que determina que pueda, si se practica regularmente, producir efectos formativos de la convicción judicial según lo establecido en el art. 741 LECrim., por aplicación de la norma contenida en el art. 730 de la misma; b) nota singular es que el procesado mismo se muestra no como medio o fuente de prueba, sino como objeto de prueba, ya que es a través de sus «circunstancias exteriores» (art. 369) o «traje» (art. 371) como un tercero, víctima del delito o testigo de la acción delictiva, verifica la identificación que la norma exige para su eficacia que se haga «clara y determinantemente»; y, c) y por último, para que esta prueba sea eficaz, la misma norma del art. 369 exige su realización mediante un procedimiento concreto y no extensible «contra reo»: que el sujeto a reconocer se halle en presencia del designante acompañado de otros individuos «de circunstancias exteriores semejantes». Pero la última sentencia citada, que alude a la rechazable práctica de identificar policíalmente por exhibición de fotografías, no aborda este aspecto específico de modo frontal, porque aprecia la notable irregularidad cometida por los agentes policiales instructores del atestado del «maquillaje» de la fotografía, facilitando así y posiblemente induciendo a una identificación carente de valor y relevancia probatoria de cargo. Tampoco se pronuncian directamente ni la TC S 80/1986 (identificación realizada ante la foto de una ficha del DNI, exhibida por la policía, sin que en la instrucción judicial se recibiera declaración a las tres testi-

gos presenciales ni se practicase diligencia de identificación), ni la del TS S 20 Nov. 1989 (reconocimiento en rueda ratificado en Comisaría sin seguridad por parte del testigo, que no compareció en el juicio), ni, en fin, la de la AN (Secc. 3.ª) de 20 Sep. 1988 (por las diversas anomalías que destacó en su primer fundamento). Por el contrario, diversas resoluciones del TS han abundado meridianamente en el criterio de admitir la identificación a través de la imagen fotográfica como medio para romper la presunción de inocencia e incriminar al autor del hecho (TS SS 10 May. 1983, 7 Abr. 1984, 31 May. y 20 Dic. 1985, 1 Feb., 18 Jun. y 4 Oct. 1986, 11 Mar., 11 y 26 Sep. 1987), máxime cuando tal reconocimiento policial fue corroborado ante el Juzgado de Instrucción, e incluso en el juicio oral. Y así, la S 17 Sep. 1988 recuerda de manera inequívoca que la Sala 2.ª del TS ha venido constantemente declarando que la denominada «rueda de presos» no es medio exclusivo de identificación del delincuente, ya que a la irregular práctica policial de identificación mediante la exhibición de fotografías (lo que por otra parte puede ser el único medio de investigar) se ha de dotar no de un valor probatorio, sino de dato referencial en prueba posterior, cual son las ratificaciones de los sujetos reconocidos a presencia judicial, sobre todo cuando se verifican en la fase del plenario; en tal caso, se trata de una prueba testifical cuya apreciación queda deferida al Tribunal sentenciador de instancia y éste, en el caso de autos, sólo ha computado, como premisas útiles para alcanzar una decisión de culpabilidad, las diligencias

presididas por un Juez y supeditadas a las demás solemnidades expuestas en el fundamento sexto, concediendo relevancia, finalmente, en concordancia con el repetido art. 369, al dato de que tales reconoci-

mientos se han efectuado sobre álbumes que están formados por un elevado número de fotografías y son diferentes unos de otros, reduciendo al mínimo los posibles errores de identificación.

E) LA FORMACIÓN DE LA CONVICCIÓN JUDICIAL SOBRE LA PRUEBA INDICIARIA NO VIOLA EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Undécimo: Los medios precedentes han de ser conjugados, en el caso que nos ocupa, con una multitud de pruebas indirectas. El TC, en abundante jurisprudencia (SS 174 y 175/1985, 189/1986, 229/1988, 107/1989, 111/1990 y 41/1991), ha fijado la doctrina, coincidente con la del TS (por todas, S 5 Ene. 1990), de que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, entendida como aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos que no son los integrantes de la figura delictiva enjuiciada, pero de los que puede inferirse lógicamente la participación de los procesados en la conducta tipificada como delito, ya que no siempre es posible la utilización en tales procesos de la prueba directa y prescindir entonces de la indiciaria conduciría en ocasiones a la impunidad, lo que proycaría una grave indefensión social. Para ello es necesario, sin embargo, que los indicios estén plenamente probados, no pudiendo tratarse de meras sospechas, que sean varios y que el órgano judicial haga explícito el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, haya llegado a

la conclusión de que los acusados realizaron la conducta delictiva, exigencia ésta que deriva de los arts. 24.1 y 120.3 CE en relación con los arts. 1.249 y 1.253 CC.

Ya se ha anunciado que los indicios son plurales. Entre ellos, y como más significativos, es forzosa la cita de éstos:

1. Las estancias y consumiciones en hoteles y restaurantes, respecto de las cuales llamó la atención acertadamente el M.º Público en su informe al hablar de que se dan «coincidencias exageradísimas» en las fechas y establecimientos mencionados por los sicarios. Decenas de folios, repartidos por —al menos— catorce volúmenes diferentes, son calco fiel de los datos suministrados en las declaraciones de los portugueses que se han relacionado como pruebas de cargo válidamente producidas, por lo que esta congruencia tiene que traducirse, como se ha dicho, en la descripción fáctica. Los alojamientos, comidas, etc., en los días y lugares allí expresados, no se basan en simples fotocopias traídas a instancia de parte interesada, como se ha sugerido, sino que en muchos casos se han aportado por los Inspectores-Jefes del Cuerpo Nacional de Policía adscritos al Juzgado y en cumplimiento de lo ordenado por

su Titular, habiendo obtenido las copias *in situ* de manos de los directores o encargados, con quienes se entrevistaron, recogiendo frecuentemente las observaciones de éstos en sus repetidas comparencias ante el Órgano Instructor, cuyo contenido han ratificado en la sesión celebrada el 20 de junio. En ocasiones, no sólo obtuvieron de manos de tales personas las copias de facturas y de los Libros de Registro, sino que comprobaron por sí mismos los asientos e inscripciones practicadas, o advirtieron la imposibilidad de efectuar tal examen (por ejemplo, Tomo 1, folios 77 y 143, Tomo 13, folio 205, Tomo 14, folio 577, Tomo 16, folio 1.139). Diversas estancias en establecimientos de hostelería vienen avaladas por documentos originales (así, Tomo 1 folios 38, 54, 55) e incluso por las prolijas declaraciones de Inmaculada G. P. y M.ª de los Ángeles B. S. V. vertidas en el transcurso de la fase instructora y en el juicio oral, haciendo clara y expresa referencia, una y otra, al empleo por los procesados de ciertas identidades, hasta plasmadas en documentación de cobertura, lo que ya de por sí constituye un vestigio más de las ilícitas actividades que venían desarrollando, pues, como se ha demostrado, tenían a su alcance la posibilidad de conseguir documentos de identificación bajo nombre supuesto pero con la debida autorización.

2. La llamada telefónica que se cargó en la cuenta del Hotel R. de Lisboa, pagada por el procesado José A. F., y que se averiguó por la Policía Judicial portuguesa fue dirigida al número de M.ª da Gra-

ça F. V., dato objetivo perfectamente admisible (Tomo 46 folio 836; Tomo 69 folio 179 y Tomo 70 folio 244).

2. La munición DAG hallada en poder de Rogerio Fernando C. da S. y de fabricación exclusiva para la Policía española constituye una evidencia física que avala como reales las manifestaciones de éste (Tomo 3 folio 679; Tomo 42 folio 536; Tomo 44 folio 649; Tomo 46 folio 840; Tomo 47 folio 983; Tomo 57 folio 2 y 93, y Tomo 69 folio 18 y 29).

4. La investigación sobre asistencia a casinos de juego, y más concretamente al «K» de San Sebastián, por su naturaleza incompleta —pues sólo se computaron los cambios mediante cheques o en divisas, y fue interrumpida, sólo demuestra que los acusados dispusieron de cantidades de dinero desproporcionadas en relación con el importe de sus ingresos percibidos y declarados, pero no su origen ni que fuesen producto de algún hecho delictivo.

5. El resto de movimientos dinerarios, de entre los que destaca el pagaré por 16.000.000 ptas., refuerza las anteriores deducciones, por su procedencia sin justificación, a la que no ayudan en absoluto las supuestas operaciones inmobiliarias invocadas por el procesado José A. F., dada la total ausencia de rastro documental y de confirmación testifical.

6. El hecho de que no se haya podido contrastar mediante prueba testifical ni de documentos el paso de la frontera portuguesa, pues los funcionarios de servicio en el puesto de Tuy no recuerdan haber visto a los procesados en Feb.

1986, en nada merma la certeza sobre este dato, toda vez que, parafraseando el oficio de la DG Policía 17 Feb. 1988 (Tomo 13 folio 319), no hay forma posible de determinar —por las razones que allí se expresan— si las personas mencionadas cruzaron en esas fechas la frontera entre España y Portugal.

7. La declaración judicial de Marie-Jeanne C. de 4 May. 1988 (Comisión Rogatoria de 28 de abril, Tomo 59 folio 277 a 283), puesta en relación con lo dicho por M.^a de los Ángeles B. S. V. e Inmaculada G., corrobora que los procesados conocían a Jean-Philippe L., pues los datos que ofrece en cuanto a las reuniones que tuvieron lugar en el puerto de Ibardin y antigua carretera de San Sebastián a Irún (que se trataba de dos policías españoles, que uno de ellos se llamaba Michel D. M. y que Jean Philippe L. también le dijo que uno de ellos hablaba francés, porque él no conocía bien el idioma español) —véase Tomo 37 folio 230—, conducen a creer que se trataba de los mismos.

8. Mayor margen de duda ofrece, por el contrario, el conjunto de declaraciones, reconocimientos y careos en que ha intervenido Odette M., de soltera Roussey, pues aunque se expresa con seguridad en cuanto a la presencia de aquéllos en una reunión que habría tenido lugar en Bagur (Gerona) con Georges M. en el verano de 1987, no es capaz de situar la fecha, y cuando se ha referido al día 12 de agosto (Tomo 17 folio 1.478) está justificado que el procesado José A. F. se encontraba en Marbella (testigos Virginia L. y Maite A.), sin que haya la menor constancia

en las compañías aéreas preguntadas al efecto de que los procesados hicieran uso de avión (Tomo 17 folio 1.555, 1.571 y 1.592), único medio que podría haber permitido una ausencia de breve duración, aunque de nada fácil utilización al no existir comunicaciones directas entre ambos puntos.

9. El que los procesados indistintamente respondieran a las llamadas que se recibían en el Hotel L. de San Sebastián a nombre del señor «Thomas» o «Tomás», según los testimonios en juicio de G. M. e I. E., abona la tesis de la identidad de los mismos con los reconocidos por Patrick P.

10. La operación de cambio de divisas efectuada por éste en una entidad bancaria de Burdeos (Tomo 59 folio 332), por un importe de 5.000 dólares USA, confirma la realidad de dicho extremo y la veracidad de lo declarado por él en cuanto a sus relaciones con los procesados.

11. Existe una cuantiosa serie de datos objetivos que muestran lo que ya resulta indiscutible, es decir, que los sucesos efectivamente acaecieron, en la forma y con los resultados ya relatados: así, entre otros, los álbumes fotográficos (especialmente el reportaje policial obrante al Tomo 39 folio 244 ss.), los atestados instruidos por la Policía Judicial francesa (que recogen abundantes detalles sobre lugares, casquillos y otros vestigios) e informes médicos sobre los lesionados, todo ello disperso en los volúmenes 39, 42, 44, 46, 50, 57 y 59 (traducción española), incluso las copias de las tarjetas de «embarque» o salida de Rogerio Fernando C. da S. y Antonio Jorge F. F. a

que se hace referencia en la comunicación del Servicio de Fronteras portugués obrante al Tomo 69 folio 175. En cambio, no constituyen auténticos elementos probatorios valorables las órdenes internacionales de detención que figuran al Tomo 59 folio 316 y 349.

12. Dentro de este apartado ha de evaluarse, por último, la conducta procesal de los imputados, de la que se distinguen varios aspectos:

12.1) El silencio parcial de los procesados, más intenso en Michel D. M. y en la fase de instrucción, no puede ser determinante de una presunción *contra reo*, puesto que constituye un derecho constitucional; tan sólo significa que el acusado silente está renunciando a la ocasión que se le ofrece de dar, en el momento apropiado, explicaciones conducentes a desechar las tesis acusatorias, incluso desde las etapas más tempranas de la instrucción, evitando en su caso la adopción de medidas cautelares y la continuación del procedimiento. Desaprovechar esta posibilidad y presentar justificaciones intempestivas tampoco indica *per se* que hayan de reputarse ineficaces sin un análisis de las mismas (como el verificado al final del fundamento décimo).

12.2) Elemento a tener en cuenta como «contraindicios» son las respuestas evasivas, contradictorias o no convincentes, aunque por sí solas no serían suficiente prueba para emitir una decisión de culpabilidad. Entre ellas, se pueden destacar las afirmaciones del procesado José A. F. de que en Lisboa y Cascais se entrevistó con un confidente y con un grupo de ami-

gos portugueses aficionados a los toros, respectivamente, negándose a revelar la identidad de todos ellos, bajo el pretexto de que éstos correrían algún peligro durante sus viajes a Bilbao; pero es claro que hay un enorme desequilibrio entre tales riesgos —que aquéllos podrían eludir aunque hubieran declarado— y la existencia de acusaciones muy graves que podrían traducirse en una larga condena. Tampoco ha parecido satisfactoria al Tribunal la explicación del viaje a la Provincia de Lugo, ni lo es, constanding unos dispendios cuantiosos y desproporcionados con los sueldos de cualquier funcionario, la intervención en negocios inmobiliarios, teóricamente posibles pero de los que el amigo del procesado José A. F., que pudo tener alguna relación como integrante de los «círculos sociales» (Tomo 2 folio 465). En cuanto a la tesis del montaje, la desconexión entre las diversas fuentes de prueba impone su rechazo, para el que bastan dos ejemplos; dentro del aparente núcleo de la conjetura, el Sr. M. desconfía abiertamente la Inmaculada G. P., y, desde otro punto de vista, ya se ha adelantado que no hubiera resultado posible para Paulo José F. F., dadas las circunstancias, pergeñar un relato posteriormente contrastado por infinidad de datos.

12.3) La generalizada negativa de los procesados a hacerse fotografías, facilitar sus huellas digitales y formar cuerpos de escritura, aunque no se haya estimado constitutiva de un delito autónomo (art. 237 CP), demuestra, más allá de la falta de interés en colaborar con la Administración de Justicia que ello supone, que tiene un alcance ma-

yor que la mera pasividad. Sea o no posible practicarlas sin la aquiescencia de los interesados (la escritura exige una decisión positiva de éstos), eran conscientes de que su negativa podría ser interpretada o valorada en su contra (Tomo 17 folio 1.533 y 1.564 a 1.568, entre otros) y, lo que es más importante, impide disipar los interrogantes en torno a su intervención en la entrega del documento inauténtico expedido a nombre de Manuel S. Q., puesto que, de considerarse inocentes, no existe razón satisfactoriamente esgrimida para oponerse a algo tan inocuo frente a la dignidad humana como escribir unas líneas, dato básico, junto a las huellas, para descartar que fuesen suyas la firma e impresión dactilar obrantes en dicho DNI; pero, a mayor abundamiento, la práctica de estas pruebas es absolutamente lícita, como hace ver el TC S 37/1989 (sobre «pericia ginecológica»). La enseñanza que establece que el derecho fundamental a la intimidad aquí comprometido no ampara la pretensión del imputado o procesado frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación sobre el propio cuerpo de huellas del

V. LA SENTENCIA

LA APRECIACIÓN DE LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA NO VULNERA EL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM, PUESTO QUE NO SE VUELVE A CASTIGAR HECHOS ANTERIORES YA JUZGADOS SINO EXCLUSIVAMENTE EL HECHO POSTERIOR

STC 150/1991, de 4 de julio

Octavo: La inconstitucionalidad

posible delito (con las oportunas garantías), ha de ser complementada por lo proclamado en el último fundamento de aquella resolución, esto es, que el sujeto puede ser compelido a la ejecución de la medida no con el empleo de la fuerza física, sino mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes y que en este supuesto les fue avisado, en virtud de lo acordado en A 7 Mar. 1989, por lo que la Sala aprecia la referida actitud como un signo indiciario más de que tomaron parte tanto en la confección del documento como en el núcleo fáctico hasta ahora examinado.

Corolario ineludible de todo lo anterior es que la conjunción armónica de tales elementos directos e indirectos, obtenidos con regularidad constitucional y ordinaria, encierra actividad probatoria de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia (TS SS 3 May. 1989 y 2 Jul. 1990) respecto los referidos hechos objeto de acusación: bares B. y C., relaciones asociativas, identidades «Ricardo» y «Eduardo» y documento entregado al mercenario Paulo José F. F.

del art. 10.15 CP también se razona con base en supuestas infracciones del art. 24 CE, en sus dos

apartados. Pero de las infracciones aducidas sólo es necesario pronunciarse sobre la referida a los derechos a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), lo que a continuación se hará, dado que, de un lado, la denunciada violación del art. 24.1 CE por la «mutilación de derechos legítimos por obra de una resolución judicial en aplicación de una norma constitucional», supone, como afirma el Abogado del Estado, el hacer un supuesto de la cuestión al partir de la inconstitucionalidad del art. 10.15 CP, y, de otro lado, el argumento fundado en la presunta violación de la intangibilidad de la cosa juzgada, en realidad se confunde con la supuesta infracción del principio *non bis in idem*, que será objeto de análisis en el siguiente fundamento jurídico.

Pues bien, por lo que se refiere a la presunta violación por la agravante de reincidencia de los derechos a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrados en el art. 24.2 CE, se parte de la base de que la aplicación objetiva y automática de la agravante, cualquiera que sea el fundamento de la misma, entraña una presunción *iuris et de iure*, bien de perversidad, bien de desprecio a un bien jurídico tutelado por la Ley penal, o bien de culpabilidad o de peligrosidad, que no admite prueba en contrario y contradice la presunción constitucional de inocencia, que ha de extenderse a cualquier elemento que constituye presupuesto de una medida represiva o de la agravación de la pena. Pero del propio planteamiento de

la cuestión se deduce que la misma no guarda relación con los citados derechos fundamentales. En primer lugar, porque, aun admitiendo que la presunción de inocencia también verse sobre las circunstancias agravantes, lo que el Juez propugna no es tanto la prueba de los presupuestos previstos en el art. 10.15 CP para poder apreciar la agravante, sino la acreditación, en cada caso concreto, de los supuestos fundamentos o razones tenidas en cuenta por el legislador al establecer la reincidencia como circunstancia agravante. Y ello supondría, aparte las dificultades apuntadas por el Fiscal en su escrito de alegaciones, confundir y convertir una relación de fundamentación —sumamente controvertida en el tema que nos ocupa, como pone de manifiesto el plural abanico de presunciones reseñadas por el Juez— en una *praesumptio legis* y en un supuesto o requisito no recogido en el art. 10.15 CP.

Noveno: La última duda que plantean las cuestiones es la posible inconstitucionalidad del art. 10.15 CP por infringir el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE, una de cuyas exigencias es la prohibición del *bis in idem*. En cuanto a esa concreta cuestión, el Juez razona, en primer término, que la agravante de reincidencia supone una segunda sanción por un hecho que fue ya castigado. En segundo término, que la previsión contenida en el art. 25.1 CE, *in fine*, que ha de interpretarse en el sentido de que «tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento constitucionalmente relevante para la de-

terminación de la pena correspondiente a un sujeto por un delito es el momento de la comisión, sin que pueda tenerse en cuenta otro momento anterior.

La jurisprudencia de este TC ha reconocido desde su S 2/1981, que el principio *non bis in idem*, aunque no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, ha de entenderse integrado en los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el art. 25.1 CE. Dicho principio del *non bis in idem*, tal como lo ha venido interpretando este Tribunal. (SSTC 2/1981, 159/1985, 23/1986, 66/1986, 94/1986, 107/1989 y 122/1990, entre otras) supone, a los efectos que aquí interesan, la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Pero del propio significado del *non bis in idem* se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10.15 CP no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone, como al principio se expuso, la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio Código (art. 58 CP), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de cada grado, fijar —discrecionalmente— la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la aprecia-

ción agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás y ejecutoriamente juzgados —art. 10.15 CP— y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera del círculo propio del principio *non bis in idem*.

Finalmente, tampoco es aceptable el argumento de que no es conforme con la CE agravar la pena por hechos anteriores a la comisión del delito, que el Juez razona a partir de lo dispuesto en el art. 25.1, *in fine*, CE. Basta con señalar, al efecto, que la exigencia del art. 25.1 CE se refiere a la vigencia, en el momento de cometerse el nuevo delito, de la norma

sancionadora; por ello, lo determinante, a efectos de la adecuación a la CE, es que se aplique una norma reguladora de la reincidencia que esté vigente en ese momento,

según la exigencia de *previa lege*; norma que, como se ha dicho, no sanciona hechos anteriores, sino los constitutivos del nuevo delito, agravando la correspondiente pena.

MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA: LA AUSENCIA DE JUICIO PONDERATIVO SOBRE ALGUNAS PRUEBAS DECLARADAS PERTINENTES Y EFECTIVAMENTE PRACTICADAS VULNERA EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

STS (Sala 2.ª), de 7 de junio de 1991

Quinto: Por ello y con carácter previo al examen del motivo alegado por el recurrente, se ha considerado necesario detenerse en esta ausencia de valoración en la sentencia recurrida del resto de la prueba practicada.

Y así, de cuanto ha sido expuesto, se desprende que la Sala de Instancia, en la sentencia que ahora se impugna, se ha limitado a valorar una sola de las numerosas pruebas practicadas atribuyendo a la misma el resultado inculpatario necesario para fundamentar el fallo condenatorio, sin entrar a valorar —o a devalorar— el resto de las practicadas que contradecían a la única tenida en cuenta por el Tribunal.

Conviene a este respecto detenerse sobre la naturaleza del principio de libre valoración de la prueba que consagra el art. 741 LECrim. y su relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que engloba, como reiteradamente ha declarado el TC, a pesar de estar declarado expresamente tan sólo en el art. 120 CE (STC 61/1983 y 55/1987), el de la motivación de las resoluciones judiciales.

Valoración de la prueba en conciencia o íntima convicción del juzgador quiere decir, sin duda, libertad de apreciación de la prueba, pero no prescindir de la misma ni de su análisis para valorar o rechazarla en ese juicio de valoración libre que sólo al Tribunal de instancia compete.

El principio de libre valoración significa, pues, que el Tribunal de instancia pueda valorar libremente el significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo de las pruebas declaradas pertinentes y efectivamente practicadas, tras el correspondiente juicio motivado de ponderación sobre las mismas.

El principio mencionado no permite pues al Tribunal de instancia prescindir del análisis de la prueba practicada, previa su declaración de pertinencia, centrando sólo su juicio valorativo en una de ellas sin emitir juicio de ponderación, valorativo o desvalorativo, sobre las restantes que la contradicen. La mayor credibilidad que el Tribunal de instancia legítimamente otorgue en su libre valoración a un concepto medio de prueba en el que pueden también legítimamente y con carácter exclusivo fundamentar su fallo, requiere un juicio motivado fundamentador de dicha valoración,

o lo que es lo mismo, un juicio motivado de desvaloración de las demás pruebas que la contradicen, también declaradas pertinentes por el Tribunal y efectivamente practicadas.

La declaración de una prueba como pertinente implica que el Tribunal ha considerado que la misma guarda relación con lo que constituye el objeto del juicio, el *thema decidendi* y, en consecuencia, su aptitud para formar la convicción del Tribunal. Por ello, esta Sala ha venido declarando la nulidad de aquellas sentencias dictadas habiéndose omitido en el juicio oral la práctica de pruebas cuya pertinencia había sido declarada previamente por el Tribunal (TS Ss 30 May. y 12 Jul. 1988 y 21 Abr. 1989), y se estimaban de importancia esclarecedora o causal.

Así pues, si la declaración de una prueba como pertinente se efectúa en función de su relación con el objeto del juicio, la ponderación sobre la misma sí tiene importancia esclarecedora, como se decía, para concederle credibilidad o para rechazarla, resulta obligada

en la sentencia, so pena de incurrirse en falta de motivación suficiente, generadora de una vulneración del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

Sexto: En consecuencia, la ausencia en la sentencia recurrida de juicio ponderativo alguno sobre el resto de las pruebas declaradas pertinentes y efectivamente practicadas, tal y como se puso de manifiesto en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia, hace incurrir a dicha resolución en falta de motivación suficiente y, en consecuencia, en una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que debe llevar a esta Sala a un pronunciamiento de declaración de nulidad de la misma. Sólo motivando adecuadamente las sentencias operan sobre el conocimiento de las partes y de los ciudadanos.

La apreciación *ex officio* por la Sala de este motivo de nulidad de sentencia, impide entrar a conocer el motivo alegado por el recurrente relativo a una simple vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

VI. RECURSOS

COSTAS PROCESALES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO PUEDE REVISAR EL CRITERIO DEL ÓRGANO JUDICIAL, EN TORNO A LAS COSTAS SI EL INCIDENTE DE IMPUGNACIÓN SE HA DESARROLLADO DE FORMA PROCESALMENTE CORRECTA

STC 146/1991, de 1 de julio

Segundo: Así formulada la queja, es evidente que no puede prosperar. Sin necesidad de reiterar las amplias consideraciones que se in-

cluyeron en la referida STC 147/1989 y a las que basta remitirse, es suficiente en esta ocasión insistir en dos de aquellas razones, suficientes ambas por separado para conducir a la desestimación del

presente recurso. Consiste la primera en que la pretensión ejercitada por los demandantes no corresponde con el objeto y finalidad del recurso de amparo. En efecto, la petición de que este Tribunal proceda a efectuar una rebaja, hasta una cuantía razonable, de los honorarios del Abogado del Estado que la resolución recurrida acuerda incluir en la tasación de costas, supondría asumir que este Tribunal puede efectuar una revisión del criterio judicial en una cuestión que corresponde plenamente a los órganos judiciales. En efecto, ponderados los informes y alegaciones recibidos por el órgano judicial de acuerdo con el criterio de justicia a que alude el art. 428 LEC, y resuelta la controversia sobre los honorarios de los Letrados mediante resolución motivada y no arbitraria, no puede este Tribunal revisar dicha decisión, puesto que no incluye el alegado derecho a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión del derecho a que los criterios judiciales respondan a lo pretendido por las partes, sino tan sólo a que se manifiesten en resoluciones motivadas y no arbitrarias. Tal es el caso, sin la menor duda, del Auto de la Sala 3.^a del TS, que se impugna en el presente recurso, que ratificó los honorarios del Abogado del Estado —avalados por el correspondiente dictamen emitido por el Colegio de Abogados— por una cuantía de 2.500.000 ptas. Es competencia del órgano que ha conocido de un recurso el resolver, de acuerdo con lo preceptuado en los arts. 421 y ss. LEC, las controversias que se planteen en torno a las costas y a la cuantía de los honorarios de los Letrados, de tal

forma que, habiéndose desarrollado el incidente de impugnación de dichos honorarios de forma procesalmente correcta y habiéndose pronunciado el órgano judicial mediante resolución motivada y razonable, no puede el TC revisar ni sustituir el criterio del órgano judicial. Lo solicitado constituye una pretensión que, como se dijo en la referida sentencia, excede de la competencia que a este Tribunal le atribuye su Ley Orgánica a través del proceso constitucional de amparo, no cabiendo, por tanto, ni la sustitución del criterio adoptado en el Auto impugnado ni ordenar que el órgano judicial proceda a revisar su decisión de acuerdo con unos hipotéticos parámetros que este Tribunal pudiera decretar.

Tercero: La segunda razón que lleva a la desestimación de este recurso es la pretensión deducida por los actores de que su impugnación del Auto dictado por la Sala 3.^a del TS sea examinada en el contexto global de la estrategia procesal por ellos adoptada contra la Administración del Estado, que se manifiesta en una multiplicidad de recursos entablados en defensa de sus intereses. Tal planteamiento demuestra que los demandantes pretenden obtener un amparo cautelar destinado a que los honorarios de Letrado que vengan obligados a satisfacer a consecuencia de futuras e hipotéticas condenas en costas se cifren en cantidades «razonables» y adecuadas a sus medios económicos, según se decía en la STC 147/1989. Y ello determina la radical inviabilidad del recurso, puesto que «ni el recurso de amparo es un proceso en el que puedan

establecerse criterios para valorar el contenido económico de obligaciones futuras e inciertas, como son las derivadas de condena de costas aún no impuestas, ni el derecho a la no indefensión incluye el derecho a que se predetermine, de manera abstracta, cuál ha de ser la cuantía razonable y moderada que corresponde señalar a los honorarios de Letrados que se incluyan en tasaciones de costas que no se sabe si llegarán a producirse y que, en caso de producirse, corresponderá determinar, en exclusiva, a los órganos judiciales que conozcan del concreto proceso en que se devenguen» (STC 147/1989).

Como se continuaba en la citada resolución, ha de tenerse en cuenta que la imposición de costas, con inclusión de los honorarios de Letrados, no constituye un requisito previo, único supuesto que pudiera determinar indefensión por provocar la imposibilidad de acceder a un determinado proceso legalmente previsto, sino que tal imposición constituye «un efecto derivado del ejercicio temerario o de mala fe de las acciones judiciales o de la desestimación total de éstas, según sea el régimen legal que rijan el proceso o recurso, cuya justificación o razonabilidad se encuentra (...) según hemos dicho en el ATC 171/1986, en prevenir los resultados distorsionadores del entero sistema judicial que se derivaría de una excesiva litigiosidad y en restituir a la parte contraria los gastos que, en menoscabo de la satisfacción de sus pretensiones, le ocasione la defensa de sus derechos e intereses legítimos frente a quienes les promuevan acciones o recursos legalmente merecedores de la imposición de costas».

Posibilidad de imposición de costas que constituye un riesgo común «que todo potencial litigante debe valorar y asumir antes de instar la actividad procesal de los Jueces y Tribunales, sopesando, con el adecuado asesoramiento profesional, las posibilidades de éxito de las acciones judiciales que se propongan ejercitar, absteniéndose de promover las que, en buena técnica jurídica y según normales criterios de experiencia forense, se manifiesten temerarias, de mala fe o totalmente infundadas». Pues es sabido «que en último término, si la ponderación efectuada resulta errónea y se produce la imposición de costas, el litigante condenado a su pago tiene siempre la garantía de que los honorarios de los Letrados de la parte contraria serán sometidos, previa impugnación de los mismos, a las reducciones que el Juez o Tribunal estime justas en uso de la facultad que le confiere el art. 428 LEC, cuya aplicación es irrevisable en recurso de amparo por carecer de relevancia constitucional desde la perspectiva del derecho fundamental a la no indefensión, ni siquiera en el supuesto de que sea previsible que el condenado en costas proyecte continuar una intensa actividad litigiosa posterior, cuyos gastos sobrepasarán sus medios económicos, pues la insuficiencia de éstos, de llegar a hacerse realidad, no le impide demandar a los Jueces y Tribunales, en cada caso concreto que así lo estime procedente, la tutela de sus derechos e intereses, ya que, en efectividad de esta tutela, la ley arbitra el remedio de la justicia gratuita, disponible para todo aquel que, en los términos que la propia

ley establece, carezca de solvencia económica para afrontar los gastos que se deriven de los procesos o recursos que interpongan» (*ibidem*). Y no puede olvidarse que en el caso de autos y como ya se ha

señalado, a través del proceso de impugnación regulado en los arts. 427 y ss. LEC, los actores han obtenido una sustancial reducción de los honorarios inicialmente minutados por el Abogado del Estado.

LA FINALIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN EXTRAORDINARIO EN INTERÉS DE LA LEY ES LA DE CORREGIR, EN SU CASO, LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA SENTENCIA APELADA, SI TAL DOCTRINA FUERE ERRÓNEA Y CAUSARE GRAVE DAÑO A LA ADMINISTRACIÓN

STS (Sala 3.ª) de 26 de junio de 1991

Primero: El recurso de apelación extraordinario en interés de la Ley interpuesto por el Abogado del Estado al amparo del art. 101 LJCA plantea la siguiente cuestión: que la sentencia apelada infringe los arts. 9 c), 9 e) y 10 LO 9/1983 de 15 Jul. y establece una doctrina errónea y dañosa para la Administración. El planteamiento del Abogado del Estado debe ser analizado en función de la sentencia dictada y del contenido del derecho fundamental de reunión proclamado en el art. 21 CE.

Segundo: 1. El art. 21 CE reconoce el derecho fundamental de reunión pacífica y sin armas, pero no lo define porque la CE está, fundamentalmente, para proteger los derechos subjetivos. Consecuentemente, corresponde a las normas de desarrollo precisar el contenido propio del derecho de reunión. La LO 9/1983 de 15 Jul. vino a desarrollar el precepto constitucional citado. A tenor de la CE y de dicha LO el derecho de reunión aparece caracterizado por la concurrencia concertada y temporal

de más de veinte personas con finalidad determinada (art. 1 LO 9/1983), concurrencia que no necesita autorización previa (art. 21.1 CE y art. 3.1 LO 9/1983), pero cuyo ejercicio queda sometido al régimen de comunicación previa en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones (art. 21 CE y arts. 8 y 9 LO 9/1983).

2. El concepto legal del derecho de reunión debe ser completado, teniendo en cuenta que toda reunión lícita y no violenta, cualquiera que sea su modalidad (comprende, pues, el derecho de manifestación), está protegida constitucionalmente: quedan excluidas del amparo constitucional las reuniones tipificadas como ilícitas por las Leyes Penales (art. 1.3 LO 9/1983). Al completar el concepto legal, es de significar que el derecho de reunión, que en sus orígenes se contempló como instrumento de la libertad de expresión, hoy es una técnica que tiene como finalidad expresar ideas, exteriorizar problemas o defender intereses; el ejercicio del derecho de reunión (una de cuyas modalidades es el derecho de manifestación) tiene rico contenido. Ahora bien, el ejer-

cicio del derecho fundamental de reunión incide en los derechos e intereses protegibles de otros ciudadanos, porque aquel derecho no es absoluto, sino que es un derecho subjetivo que tiene sus límites; por ello, la Autoridad Gubernativa tiene poderes para reconducir el derecho de reunión, en el caso de que se pretenda ejercitar tal derecho sobrepasando los límites que le dan esencia: no en otro sentido debe interpretarse el último inciso art. 21.2 CE, que establece que la Autoridad Administrativa podrá prohibir las reuniones en lugar de tránsito público y manifestaciones cuando «existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes». La utilización por la Administración de su poder tiene expresión en el acto administrativo de suerte tal que, una vez producido el acto, queda aquel poder agotado en el caso concreto de que se trate, y el acto dictado queda sometido al control judicial.

3. A la Autoridad Gubernativa le compete, con carácter esencial, procurar el mantenimiento del orden público: de ahí que el requisito previo de comunicación que exigen el art. 21.2 CE y arts. 8 y 9 LO 9/1983 deba contener razones objetivas suficientes que permitan a la Administración hacer una valoración adecuada de dicho requisito. Los datos objetivos suficientes que la comunicación previa debe contener no han de referirse sólo al objeto de la reunión o manifestación, sino también a las medidas de seguridad. Al hilo del escrito del recurso del Abogado del Estado (y toda vez que estamos valorando el hacer jurisdiccional en un

caso concreto) no se puede olvidar que en el procedimiento de elaboración del acto administrativo hay dos preceptos que son de aplicación general: los arts. 54 y 71 LPA. El art. 54 LPA da a la Administración la facultad de requerir a los interesados la subsanación de los defectos que puedan contener los actos de éstos: se trata de darles oportunidad de subsanar los defectos en función de la resolución final del procedimiento administrativo, para que la misma sea ajustada a derecho sin que aparezca sombra de indefensión. Las expresiones «lo pondrá en conocimiento» y «se requerirá a quien lo hubiere firmado» que utilizan los arts. 54 y 71 LPA tienen la siguiente finalidad: procurar que los actos de los interesados contengan los requisitos necesarios para que produzcan sus efectos, sin sombra de indefensión, como se ha expresado. Si ello es así en general, con mayor razón lo es tratándose del ejercicio de los derechos fundamentales protegidos de manera especial por la CE.

4. Ante el no uso por parte de la Administración de lo dispuesto en los arts. 54 y 71 LPA (que en el caso que nos ocupa hubiera resultado ilustrativo), la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AT Bilbao quedó obligada a ponderar si objetivamente el acto de comunicación previa contenía suficientes datos. Para realizar esa ponderación, tuvo en cuenta el contenido de la demanda y el de las alegaciones orales de las partes y del MF en el acto de la vista, siendo de significar que este acto presentó la siguiente particularidad: que el Abogado del Estado aportó,

como toda prueba, recortes de prensa, a lo que siguió el alegato de los recurrentes poniendo de relieve que tales documentos —recortes de prensa— nada tenían que ver con la manifestación motivo del proceso.

5. Por todo lo anteriormente expresado (y sin perjuicio de subrayar que todo acto de comunicación previo al ejercicio del derecho de manifestación en lugares de tránsito público debe contener datos objetivos suficientes para que la Administración pueda valorarlos adecuadamente), resulta conforme a Derecho que la Sala de lo Contencioso-administrativo de la AT Bilbao, en el caso que nos ocupa, valorara, a los efectos de su Sentencia, la suficiencia de la comunicación tanto respecto del objeto de la manifestación como respecto de las medidas de seguridad, y ambos aspectos según el resultado del proceso. No hay, pues, re-

solución errónea (con lo que no cabe hablar, tampoco, de resolución gravemente dañosa), máxime teniendo en cuenta que en el escrito del Abogado del Estado late el argumento de falta de congruencia de la sentencia, con lo que está haciendo uso extensivo del recurso extraordinario de apelación.

Sexto: La finalidad del recurso de apelación extraordinario en interés de la ley es la de corregir, en su caso, la doctrina contenida en la sentencia apelada si tal doctrina fuere errónea y causare grave daño a la Administración. En el caso que nos ocupa, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AT Bilbao aplicó correctamente la legislación aplicable: no hay, pues, doctrina errónea en la sentencia apelada ni, por consecuencia, concurre la circunstancia de daño grave para la Administración, según quedó razonado anteriormente.

NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES: LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INTERPONER RECURSO IMPUGNATORIO DE LA PARTE CAUSANTE DEL DEFECTO PROCESAL DENUNCIADO

STS (Sala 2.^a), de 12 de octubre de 1991

Segundo: Hecha advertencia de lo anterior, es necesario, para una mejor comprensión de lo realmente sometido a debate, dejar sentados los siguientes antecedentes: 1.º La sentencia impugnada, que se dicta de conformidad o consenso con la parte inculpada, no obstante reconocer la comisión de los delitos objeto de acusación (véase el resultado de hechos probados), dicta fallo absolutorio con fundamento

en que la calificación provisional del Ministerio Público, único acusador, no expresa o contiene petición de la pena que habría de imponerse al acusado por los hechos cometidos. 2.º Ante tal resolución absolutoria, el MF se alza mediante este recurso de casación en solicitud, no que se condene al procesado por su acción delictiva, ya que ello podría conculcar el principio acusatorio por causarse indefensión, sino que, en base a lo establecido en el art. 240.1 LOPJ, se declare la nulidad de actuaciones

con reposición de los autos al momento procesal en que se cometió la falta, momento que no es otro que el del trámite de la calificación provisional.

Tercero: Ante esta situación un tanto extraña, y desde luego novedosa, lo primero que puede pensar el juzgador es si la parte que precisamente ha sido la causante con su actuación negligente del defecto procesal que se denuncia, está o no legitimada activamente para interponer un recurso impugnatorio apoyándose para ello de manera concreta y única en el referido defecto. La respuesta a esta interrogante podría tener, en principio y a simple vista, un carácter negativo, pues parece chocar con la lógica que una de las partes que componen el «entramado» de la litis pueda a su vez ser titular de una acción o pretensión que se basa precisamente en un defecto procesal por ella misma provocado.

Sin embargo, de un estudio detenido y de una interpretación lógica del referido art. 240.1 de la Ley Orgánica, se puede comprender que esa «pensada» (por nadie se alega) falta de legitimación activa, ha de quedar superada y sin contenido en cuanto existe una norma que impone la nulidad de lo actuado *ope legis*. En efecto, el referido artículo nos señala tres posibilidades o supuestos para que, bien directamente, bien a través del trámite de recursos, o mediante otro medio legal, se puedan anular las actuaciones procesales defectuosas, y tales son: a) los actos judiciales que sean nulos de pleno derecho con arreglo a lo dispuesto en el art. 238 de la misma Ley; b) los defectos de forma en

los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin; c) los que determinen efectiva indefensión.

De esas tres posibilidades o supuestos que nos ofrece la norma para decretar la nulidad de actuaciones, hemos de desechar la primera y tercera, ya que, ni se puede hablar de los casos concretos de nulidad de pleno derecho que señala el art. 238, ni que la decisión del Tribunal de instancia haya causado indefensión al inculpado, sino todo lo contrario, en cuanto le absuelve del delito o delitos de que venía acusado. Entendemos, sin embargo, que la cuestión sometida a debate está comprendida en el segundo de los supuestos, pues siendo la calificación acusadora un trámite imprescindible dentro del proceso penal, si en ese trámite se produce un defecto tan importante como el denunciado, se puede concluir que de hecho no existió, por romperse así la continuidad de la «cadena» que todo proceso necesariamente conlleva sin solución de continuidad.

Además, siendo ello así, y al tratarse de una cuestión de orden público, ese defecto que «contaminó» de modo esencial el procedimiento, debió ser apreciado por la Sala de instancia en su momento oportuno y no posteriormente en el trámite de sentencia como lo hizo, dando por válido lo actuado y apoyándose precisamente en ese defecto procesal para llegar a un fallo absolutorio, de ahí que ante esa pasividad del Tribunal *a quo* para declarar de oficio, como debió hacerlo, la nulidad de actuaciones, es ahora a este TS al que corresponde hacer tal declaración.

Finalmente, y como último razo-

namiento de lo que se ha de acordar, también hemos de decir: 1.º Que el defecto procesal de que se trata no pudo ser de modo alguno solventado en trámite de calificación definitiva, ya que se prescindió del juicio oral al haber existido conformidad de la parte encausada. 2.º Es precisamente también esta circunstancia del previo acuerdo o «consenso», lo que refuerza aún

más el criterio anulatorio, pues mal puede aceptar una parte lo querido por la contraria (valga la expresión) cuando se desconoce el auténtico contenido de lo solicitado por ésta, en cuestión tan grave como es tanto la naturaleza de la pena pedida como el *quantum* o extensión de la misma.

Por todo lo razonado, se ha de dar lugar al recurso interpuesto.

VII. LA EJECUCIÓN

LEGITIMACIÓN DE LA SINDICATURA DE LA QUIEBRA PARA INSTAR LA TERCERÍA DE DOMINIO. DIFERENCIAS RESPECTO A LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

STS (Sala 1.ª) de 10 de junio de 1991

Primero: Residenciado en el art. 1.692.5 LEC, se denuncia que la sentencia impugnada, al estimar la legitimación activa de la Sindicatura de la Quiebra Necesaria de D. Pedro y D. Antonio V. F., infringió por no aplicación lo dispuesto en el art. 348.2 CC, en relación al 878 y cc. CCom. y 533.1 y 1.346 y ss. LEC, así como la doctrina de la Sala, que cita, ya que el pleito ha sido producido, en virtud del ejercicio de acción de Tercería de dominio, no por quien se afirma ser propietario de los bienes reivindicados, sino por la Sindicatura de la Quiebra, que se proyecta y afecta a aquéllos.

El problema de la representación y extensión procesal de la referida Sindicatura ha de ser entendido y centrado en el verdadero sentido a que atienden dichas instituciones, que no es otro que la defensa de

la masa de los acreedores, que, en sistema de autoadministración, las designan, tanto para operar como administradores legales del haber de la quiebra (art. 1.366 LEC) como para actuar, entre otras diversas funciones, como representantes del quebrado en juicio y fuera de él, defendiendo sus derechos y ejercitando las acciones y excepciones que le competen (art. 1.218.1; en relación al 1.319, sobre aplicación distendida de las normas concursales, ambas LEC).

Por tanto, la mantenida disputa doctrinal sobre si la representación de los Síndicos se concreta al deudor o a sus acreedores, carece de permanencia e interés si se atiende tanto a la norma legal como a la doctrina jurisprudencial positiva. La Sindicatura representa legal y primordialmente a la quiebra, para proteger los intereses acreedores y procurar, en todo lo factible, su atención y satisfacción oportunas, con cargo a los bienes del deudor

quebrado, que es el directa y plenamente obligado (art. 1.911 CC). Puede suceder a veces que los intereses de éste coincidan con los de la masa de acreedores (y así lo contempló la antigua S 17 Jul. 1887); pero en todo caso, y tratándose de actuaciones en procesos, los Síndicos vienen a actuar como sustitutos procesales del quebrado, que queda privado del poder de disposición en beneficio de sus acreedores.

En consecuencia, pueden actuar y los asiste la legitimación necesaria, en pelitos como el presente, de tercería de dominio, tendente a evitar la enajenación y disposición de bienes de la titularidad del quebrado (S 13 Nov. 1982).

Por lo expuesto, resulta procedente la competencia de la Sindicatura, para el ejercicio de todas las acciones y excepciones que afecten a los intereses del quebrado, y no se produce, declarándolo así, infracción alguna del art. 533 LEC, sin que ello signifique establecer que dicho deudor quede afectado de incapacidad absoluta, ya que puede defender sus derechos personales frente a los de la quiebra y cualesquiera otros de dicha naturaleza, pero su capacidad resulta limitada, en cuanto a la postulación, si se margina el estado procesal de quiebra, respecto a derechos que a ésta interesan directamente.

El motivo no procede y se declara su inadmisión.

Segundo: Se impugna la sentencia que se estudia, en base al art. 1.692.5 LEC, al sostener que cometió infracción, por indebida aplicación de los arts. 1.225,

1.218, 348 y 1.214 CC, toda vez que reconoció como título de propiedad de los actores, apto para la estimación de la tercería, el documento privado de 20 Oct. 1977.

Mediante dicho instrumento, la compañía mercantil K., S.A., concedió una opción al actor, D. Mariano L. O. y a D. Fausto Jaime T. A., para la adquisición de 220 locales, en el conjunto de edificaciones («Urbanización Puente de Santiago»), ubicado en la Avenida de los Pirineos, angular a la Autovía del Ebro Viejo, en la ciudad de Zaragoza. En dicho documento y mediante cláusula inserta y final, el referido D. Fausto Jaime T. A. cedió todos sus derechos adquiridos, a favor de los quebrados, D. Pedro y D. Antonio V. F.

Aunque el referido contrato revisió, en un principio, naturaleza de opción, tanto su conversión en efectivo pacto traslativo de compraventa, mediante el cumplimiento de las condiciones que se estipularon, muy anterior al embargo, como la realidad de su fecha, ha sido apreciado y tenido en cuenta, en forma cuidada, detallada y exhaustiva, por el Tribunal de Apelación (considerando primero), en relación con el resto de las pruebas suministradas, que también valoró en forma particularizada, y, al resultar el análisis jurisdiccional de la instancia correcto, adecuado a la normativa legal y ajustado a la lógica y realidad jurídico-material y al mismo tiempo haber quedado disipada toda posible sospecha de falsedad en su contenido o en su fecha (SS 17 May. 1974 y 15 Jun. 1976), el motivo carece de consistencia para su apreciación y es obligada la sanción de rechazo al mismo.

En todo caso, al ser el mencionado documento título eficaz para la postulación reivindicativa que ejercitan en la presente tercería, no es de recibo, al amparo que el motivo postula, como si se hubiera planteado, conforme al 1.692.4 LEC, pretendiéndose de esta manera un nuevo examen de las pruebas, atacándose así en forma global las mismas, que ya fueron suficientes y debidamente analizadas. Ello conllevaría desvirtuar la finalidad del recurso casacional, desviándolo hacia un tercera instancia, a lo que no puede avenirse de ninguna manera, ya que si es lícito y conveniente discrepar de las sentencias, en cambio no es adecuado, ni técnicamente procesal correcto, pretender sustituir el criterio objetivo e imparcial de la Sala, y que es cuerpo de la función de juzgar, por el propio y subjetivo de la parte recurrente (SS 29 Nov. 1989, 3 y 19 Ene. y 15 Nov. 1990).

Tercero: Se alegó un último motivo, por la vía del art. 1.692.5 LEC, y que consistió en denunciar infracción del art. 348 CC, por no aplicación de la doctrina jurisprudencial de la acción reivindicatoria.

En realidad, el motivo es un ataque más al título ya analizado, en que la Sindicatura denunciante funda su acción, aunque presentándose la impugnación desde ángulo distin-

to, al equiparar la acción actuada en la tercería de dominio con la reivindicatoria. Si bien ambas tienen afinidades y analogías, que la doctrina de esta Sala no ha sido remisa al proclamar, tampoco se puede sostener que se produce una total y plena identificación, pues basta para ello tener en cuenta, y así lo precisaron las SS 29 Oct. 1984, 15 Feb. y 30 Sep. 1985 y 8 Jul. 1987, que mediante la acción reivindicatoria el propietario no poseedor actúa frente al poseedor o detentador no propietario, mientras que la tercería de dominio se interpone contra el ejecutante, que no posee ni detenta frente al ejecutado, el que, en algunos casos, tampoco es poseedor, de tal manera que la tercería, debidamente planteada, se encamina hacia una dirección muy precisa, cual es la de obtener el levantamiento de los bienes y su libre reintegro al haber del que formaban parte y se ven amenazados por la desmembración que determina su traba.

Para ello corresponde a los creadores del procedimiento, en su calidad de partes actoras, la demostración del derecho invocado, acreditación que la Sala de instancia acogió y ha de ser definitiva, si bien concretado a las 64 plazas de garaje, que especificó en la estimación parcial dictada, de la apelación.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

LA ACCION DE ACUSACION PUBLICA *

RAYMOND DUMAS
Procurador de la República
en Pau (Francia)

SUMARIO:

I. Introducción. — II. El Ministerio Público: 1. *Estatuto y organización del Ministerio público*; 2. *Características del Ministerio Público*. — III. El ejercicio de la acción de acusación pública: 1. *La puesta en marcha de la acción de acusación pública*; 2. *El ejercicio de la acción de acusación pública*.

I. INTRODUCCIÓN

La acción de acusación pública queda definida por el artículo n.º 1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal bajo el nombre de «acción de acusación pública para la aplicación de las condenas».

Se trata, por consiguiente, de concretar el derecho de castigar inherente a la sociedad, es decir al Estado que de ella emana y que actúa por intermedio de sus representantes especialmente nombrados por la Ley: LOS MAGISTRADOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

* Ponencia general presentada en el coloquio franco-español, celebrado durante los días 10-12 de junio en Pau (Francia).

Al haberse gradualmente sustituido a la venganza particular, resulta ser un atributo esencial de la soberanía estatal.

Resulta diferente de la acción civil, la cual tiene como objetivo el que el autor de la infracción indemnice a la víctima, una vez que su culpabilidad haya sido reconocida por la jurisdicción de la sentencia.

Tras una larga evolución de varios siglos, la acción de acusación pública, en Francia, queda diligentada aplicando un proceso criminal *mixto*, ya que participa tanto del sistema inquisitorio (proceso escrito, secreto, no contradictorio).

En derecho francés, principalmente a partir del siglo XII, el proceso de tipo inquisitorio se impuso gradualmente en cuanto a la puesta en marcha de la acción de acusación pública, así como lo fue en las sociedades de poder central dominante, tales como lo fueron la Roma imperial, las jurisdicciones eclesiásticas y la monarquía francesa.

Los soberanos franceses acostumbraban a delegar, ante los Tribunales, a unos representantes encargados de apoyar a la acusación, con un objetivo desde luego puramente patrimonial, es decir proporcionar al Tesoro real unos ingresos mediante la condena de los delincuentes a multas y restituciones.

El papel de estos Fiscales del Rey, los cuales demandaban de oficio a los delincuentes ante los Tribunales, fue confirmado por el ordenamiento de VILLIERS COTTERETS, tomado en 1539 por François I, codificado por el Ordenamiento criminal de Louis XIV, en agosto de 1670.

Puesta entre paréntesis por la Revolución francesa, la cual, al reaccionar contra la monarquía, había instaurado un proceso acusatorio, la puesta en obra de la acción de acusación pública según el modo inquisitorio quedó de nuevo impuesta por el Código de Instrucción Criminal de 1801 y, después, por la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1958.

El último texto que marca la continuación de la evolución hacia una acción de acusación pública diligentada según un modo cada vez más acusatorio es la ley del 4 de enero de 1993, la cual lleva reforma del Enjuiciamiento Criminal, principalmente por sus disposiciones relativas a la encuesta y a la instrucción.

Antes de estudiar la *puesta en marcha y el ejercicio de la acción de acusación pública*, evocaremos rápidamente al actor principal del proceso criminal, es decir EL MINISTERIO PÚBLICO.

II. EL MINISTERIO PÚBLICO

Típica institución del Derecho judicial francés de los tiempos del antiguo régimen, el Ministerio Público dispone de un *estatuto y de una organización específicas* y presenta los siguientes particularismos:

1. Estatuto y organización del Ministerio Público

El Ministerio Público se compone de Magistrados. En Francia, los Magistrados de la Fiscalía y los Jueces constituyen un cuerpo judicial único (art. 1 del Ordenamiento del 22-12-58, relativo al Estatuto de la Magistratura).

De ahí:

- igual reclutamiento
- igual juramento
- igual carrera con simétricos niveles jerárquicos, paso de Juez a Fiscal y recíprocamente.

La independencia de *todos* los Magistrados queda garantizada por el Presidente de la República (art. 64 de la Constitución).

El Juez releva de una *organización jerarquizada*.

El Ministro de la Justicia, encargado de aplicar la política criminal general determinada por el Gobierno, encabeza la organización del Ministerio Público.

Tiene autoridad sobre los Fiscales Generales, los cuales tienen autoridad sobre los Fiscales de la República (arts. 35, 36 y 37 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

Esta subordinación jerárquica se manifiesta de manera evidente en la puesta en marcha y el ejercicio de la acción de acusación pública.

El Ministerio Público debe tomar acusaciones escritas conforme a las instrucciones recibidas (arts. 33 y 36 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

Lo que se puede traducir por el adagio:

«la pluma es sierva»

La ley del 4 de enero de 1993 ha confirmado dicho principio indicando: «las instrucciones del Ministerio de la Justicia son *siempre* escritas».

Si «la pluma es sierva», «la palabra es libre».

Se trata ahí de un principio básico del funcionamiento del Ministe-

rio Público consagrado por la Ley (art. 33 de la Ley de Enjuiciamiento criminal) y que corresponde perfectamente a la realidad y las prácticas corrientes.

Se trata de una primera moderación de la subordinación jerárquica en la puesta en marcha y el ejercicio de la acción de acusación pública.

Existe otro: se trata del poder personal del Fiscal de la República.

Este Magistrado es el único en poseer el ejercicio de la acción de acusación pública, excluidos sus superiores jerárquicos. Nadie puede actuar en su lugar a no ser por su delegación directa.

En cuanto a la puesta en marcha de la acusación pública, los textos evocan únicamente las instrucciones escritas «positivas» pero, si el Fiscal de la República, en el supuesto de que pudiesen existir, ignorase unas restricciones de no diligenciar, la acción de acusación pública quedaría legítimamente entablada.

Además de su peculiar estatuto y organización, el Ministerio Público conlleva también ciertas características puestas de relieve con motivo del ejercicio de la acción de acusación pública:

2. Características del Ministerio Público

- a) Es irrecusable.
- b) Es indivisible.
- c) Forma parte integrante de la jurisdicción criminal.

a) *Es irrecusable*, lo que significa que, en aplicación del artículo 699 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, los Magistrados del Ministerio Público no pueden ser recusados. Parte principal del enjuiciamiento criminal, no puede ser recusado en el sentido en que un litigante, si puede recusar a su Juez, no puede recusar a su adversario.

b) *Es indivisible* en el sentido en que cualquier acto realizado por un Magistrado de Fiscalía es considerado haber sido hecho por el Ministerio Público en su conjunto. Cada Fiscalía está compuesta, bajo la dirección de su Jefe, Fiscal de la República o Fiscal General, por un grupo de Magistrados indivisibles.

Pero la indivisibilidad no puede dañar a los intereses del Ministerio Público. De esa manera, el Fiscal de la República puede legítimamente interponer recurso de apelación de una decisión conforme a los informes

de uno de sus sustitutos, y el Fiscal General puede interponer recurso de apelación en una decisión conforme al informe del Fiscal de la República situado bajo su autoridad.

c) *Forma parte integrante de la jurisdicción criminal* la cual no puede legítimamente resolver sin su presencia pero es independiente frente a los Tribunales.

Lo cual implica que las jurisdicciones no pueden dirigir mandamientos al Ministerio Público ni ordenarle ejercite diligencias, ni censurar o valorar, en sus decisiones, la actitud del Ministerio Público.

El Ministerio Público también es independiente cara a los justiciables:

— sus informes no pueden dar lugar a ninguna acción de difamación. Se beneficia de la inmunidad prevista por la Ley.

— no queda obligado a dar seguimiento a una querrela, ni queda ligado por cualquier renuncia a querrela en cuanto a la puesta en marcha de la acción de acusación pública.

También conviene destacar que los Magistrados, miembros del Ministerio Público, no son agentes del poder ejecutivo sino que están al servicio de la Ley y del interés general.

Las competencias del Ministerio Público son innumerables y no es ninguna casualidad si los mejores autores han renunciado a establecer su lista exhaustiva (vigilancia del Registro Civil, disciplina de los auxiliares de Justicia... Ejecución de las decisiones civiles... Vigilancia de los enjuiciamientos criminales...).

No obstante, su principal atribución, la que hoy nos interesa es *el ejercicio de la acción de acusación pública*.

III. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE ACUSACIÓN PÚBLICA

Unos días antes de fallecer, en diciembre de 1992, el Fiscal General ante el Tribunal de Casación, Pierre BEZIO, profundamente respetado por todos los Magistrados del Ministerio Público, escribió un discurso que, desgraciadamente, nunca llegó a pronunciar.

Evocando el ejercicio de la acción de acusación pública, decía:

«Sin querer un solo instante aminorar el papel primordial de nuestros colegas Jueces, creo poder afirmar que la Fiscalía es el vigía y el regulador de la Justicia criminal.»

De esta manera, quería destacar el papel fundamental del Ministerio Público tanto en la *puesta en marcha de la acción de acusación pública* como en el *ejercicio de la acción de acusación pública*.

1. *La puesta en marcha de la acción de acusación pública*

El fundamento de la puesta en marcha de la acción de acusación pública reside en el hecho que el Ministerio Público dispone de un monopolio moderado por la acción de la víctima.

El artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento criminal consagra otro principio fundamental: el de la *oportunidad de las diligencias*. El Fiscal de la República recibe las querellas y las denuncias y evalúa el seguimiento que conviene darles.

Este sistema, fundado sobre la libertad del Ministerio Público para actuar o no, se opone al principio llamado *legalidad de las diligencias*, vigente en ciertos países europeos.

Presenta numerosas ventajas: flexibilidad, adaptación y selección de los asuntos que merecen ser sometidos a la jurisdicción de juzgado, según la importancia de la perturbación del orden público.

La voluntad del Ministerio Público de no entablar diligencias se manifiesta por una decisión de «archivar sin efecto» la cual no puede constituir una «denegación de justicia» pero que, sin embargo, ha de ser notificada a la víctima.

El Ministerio Público no puede desistirse de su decisión de archivar un asunto sin explicación, salvo si mientras tanto ha surgido una causa de extinción de la acción de acusación pública (prescripción, amnistía, fallecimiento del autor).

Según el principio de que la acción de acusación pública pertenece al Estado, los Magistrados del Ministerio Público no disponen de ella, sino que sólo disponen de su puesta en marcha y ejercicio.

Así pues, el Ministerio Público, tras haber entablado las diligencias, ya no puede desistirse de la acción de acusación pública.

Puede «abandonar las diligencias» pero eso liga al Tribunal que ha de resolver y queda apelado.

El Ministerio Público tampoco puede asentir a las sentencias pronunciadas, es decir, renunciar a las vías de recurso o desistirse de una vía de recurso ya entablada.

En cierto número de casos, limitados, la puesta en marcha de la acción de acusación pública por el Ministerio Público queda subordinado a

una previa querrela de la víctima (a nivel de difamación, de falsificación de patente, de litigios familiares) o de cualquier administración (defraudación fiscal).

La inercia del Ministerio Público en cuanto a la puesta en marcha de la acción de acusación pública puede dañar a los intereses de la víctima.

Esta última dispone entonces de dos vías principales para *poner en marcha la acción de acusación pública*:

— la citación directa ante la jurisdicción de sentencia para los delitos de infracción;

— la querrela con constitución de parte civil ante el Juez de instrucción para los crímenes y delitos.

Mediante dicha acción, la víctima pone también en marcha la acción de acusación pública, y puede actuar con el único objetivo de ver reconocida la culpabilidad del autor pidiendo una indemnización simbólica.

A diferencia del Ministerio Público, la víctima puede poner en marcha la acción de acusación pública pero sin poseer su ejercicio, en el sentido en que no dispone de las mismas competencias durante el desarrollo del enjuiciamiento, en particular durante el de la instrucción.

Así pues, por ejemplo, la sola apelación de la parte civil contra una decisión de puesta en libertad, no pone en tela de juicio a la acción de acusación pública ante la jurisdicción de segundo grado, sino únicamente a la acción civil.

Durante el ejercicio de la acción pública, el Ministerio Público está presente en todas las fases del enjuiciamiento criminal.

2. *El ejercicio de la acción de acusación pública*

Al tener como objeto y meta el hacer comprobar por el Juez competente el hecho castigable, el establecer la culpabilidad del autor, el conseguir se pronuncie una sanción penal dictada por la Ley y hacer ejecutar dicha sanción, la acción de acusación pública integra una serie de fases de enjuiciamiento que se podrían clasificar según un orden cronológico simplificado:

- la fase anterior a la sentencia,
- la fase de sentencia,
- la fase ulterior a la sentencia.

La fase anterior a la sentencia queda constituida por las investigaciones realizadas bajo el régimen de la encuesta (encuesta preliminar o de flagrante) y de la instrucción.

El Ministerio Público dirige las actuaciones de los Oficiales de Policía Judicial que diligentan las encuestas (art. 41 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

En teoría como en práctica, se le tiene informado de manera frecuente y detallada de las encuestas más importantes. Los Oficiales Judiciales lo solicitan, cada vez que se plantea la posibilidad de una medida coercitiva o parece ésta necesaria.

Nombra al Oficial de Policía Judicial o al servicio de Policía o de Gendarmería (art. D.1 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal), encargado de las investigaciones por realizar.

Al terminar dichas investigaciones, el Magistrado de Fiscalía habrá de tomar una *decisión importante de enjuiciamiento en cuanto al ejercicio de la acción de acusación pública*. Podrá decidir hacer comparecer al autor de una infracción ante el Tribunal según un enjuiciamiento de *comparecencia inmediata*, de *citación directa* o de *convocatoria por Oficial de Policía Judicial* o bien hacer proceder a unas investigaciones más amplias, interponiendo ante el Juez de Instrucción (enjuiciamiento de la información).

En este último caso es el Juez de Instrucción (Magistrado del Tribunal) el que, después de los informes de la Fiscalía, se pronunciará sobre el hecho de saber si las cargas recogidas son o no suficientes para mandar al presunto autor ante la jurisdicción de sentencia.

Se pueden citar algunas cifras para demostrar cuáles han sido las decisiones de enjuiciamiento del Ministerio Público para interponer ante las jurisdicciones de sentencia:

En 1991, en Francia, de 100 asuntos juzgados por los Tribunales correccionales:

- 7,5 % procedían de las jurisdicciones de instrucción
- 61,5 % procedían de las citaciones directas del Ministerio Público
- 32,0 % procedían de las comparecencias inmediatas y convocatorias por Oficial de Policía Judicial.

Durante la fase de sentencia el ejercicio de la acción de acusación pública consiste, para el Ministerio Público, en apoyar oralmente a la acusación durante la audiencia de la jurisdicción de sentencia.

Cabe recordar que la libertad de expresión del Magistrado durante

la audiencia es total y que se beneficia, al igual que los Abogados de las partes, de una «inmunidad de jurisdicción».

La acción del Ministerio Público durante la *fase ulterior a la sentencia* consiste en ejercer, si cabe, las vías de recurso y, sobre todo, de hacer ejecutar las sanciones pronunciadas.

El Ministerio Público hace, de manera general, un uso moderado del ejercicio de las vías de recurso.

Para ejecutar sanciones económicas, el Tesoro Público actúa por delegación del Ministerio Público.

Para concluir, conviene destacar que, si las normas que determinan la puesta en marcha de la acción de acusación pública son relativamente sencillas y estables desde hace bastantes años, siendo las que conciernen al ejercicio de la acción de acusación pública cada vez más numerosas y complejas.

La tendencia general del enjuiciamiento criminal francés se orienta hacia una «complejización» creciente, la cual genera cierta «inseguridad jurídica» y fragiliza un número cada vez más importante de diligencias.

Verdad es que los franceses son latinos: les gustan los procesos.

EL ABOGADO NEGOCIADOR

Dr. ROBERTO O. BERIZONCE
Instituto de Derecho Procesal
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Nacional de La Plata

SUMARIO:

I. Los medios alternativos de justicia o «equivalentes jurisdiccionales». — II. «Colapso» de la justicia tradicional y medios alternativos. — III. La institucionalización de la mediación (decreto P.E.N., n.º 1.480/92). — IV. El abogado negociador. — V. Conclusiones

I. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE JUSTICIA O «EQUIVALENTES JURISDICCIONALES»

La conciliación, la mediación y el arbitraje, en sus diversas variantes, constituyen modernamente verdaderos medios *alternativos o sustitutivos* de la jurisdicción estatal, por muchas razones eludida por los litigantes. No se trata de instrumentos verdaderamente novedosos, pero se han revalorado y transformado de manera paulatina para asumir una función más dinámica y de vigorosa orientación social¹, que tiende a su organización institucionalizada.

1. Más que modos de conclusión del proceso, se los enfoca aquí como medios

Claro que, como sostiene el Prof. GELSI BIDART²:

«el proceso, de por sí es instrumento de paz, sustitutivo de confrontaciones de fuerza, para establecer la justicia y, en la medida en que procura ésta, mantiene ulteriormente, la paz. No es necesario buscar sustitutivos del proceso, parar lograr 'en vez' de la justicia 'la paz'. Ni tampoco considerar los medios 'de partes' para solucionar los conflictos en el proceso, como medios 'anormales'³... La solución del conflicto puede provenir del juez en la soledad autoritaria o de las partes, colaborando, bajo la dirección del juez, en la solución más adecuada para quienes están involucrados en aquél.»

a) Nos ocupamos aquí de aquellos dos primeros instrumentos auto-compositivos, dejando de lado el *arbitraje* que —como es sabido— aplicado a negocios privados ofrece ventajas sensibles en relación al proceso jurisdiccional, particularmente por la mayor flexibilidad e informalidad de los procedimientos, cuanto por la celeridad que puede lograrse⁴, sin perjuicio de los inconvenientes que se le endilgan⁵ y de los otros campos a los que su operancia debería extenderse⁶.

para la solución de los litigios: ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3.ª ed., UNAM, México, 1991, pp. 71-102. CARNELLUTTI aludía a los *equivalentes jurisdiccionales*, incluyendo la renuncia, el allanamiento y la transacción (*Sistema de Derecho Procesal Civil*, UTHEA, Bs. As., 1944, trad. ALCALÁ ZAMORA, N. y SENTÍS MELENDO, S., v. I, p. 197 y ss.). Asimismo, DÍAZ, C. A., *Instituciones de Derecho Procesal*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, v. II-A, p. 511-519. FIX ZAMUDIO, H., *Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso*, comunicación a las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Madrid, 1985), n.º 165. Una visión general de los medios alternativos en el derecho comparado puede verse en CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El acceso a la Justicia*, ed. Col. Abog. La Plata, 1982, pp. 91 y ss.

2. *La ineficiencia del proceso y América Latina*, en *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, F.C.U., Montevideo, 1987, p. 368.

3. GELSI BIDART, A., *Modos extraordinarios de concluir el juicio*, en Bol. Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, México, Nueva Serie, año VIII, n.º 22-23, 1975, p. 492. Igualmente, se los denomina «medios extraordinarios de conclusión del proceso» en el Código General del Proceso de Uruguay de 1988 (arts. 223 a 240); y en el anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (arts. 196 a 210).

4. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 571 y ss. BRISEÑO SIERRA, H., *El arbitraje comercial*, México, 1979, *passim*. FABREGA, P. J., *Arbitraje en el área iberoamericana*, en XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, ed. Mrio. de Justicia, Madrid, 1990, pp. 503 y ss. ALVARADO VELLOSO, A., *El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses*, La Ley, Bs. As., 1986, v. D, pp. 1.105 y ss. MORELLO, A. M., *Contrato y proceso. Aperturas*, L.E.P., La Plata, 1990, pp. 203 y ss. ZINNY, J. H., *Arbitraje en XVI Congreso Nac. Der. Proc.*, Bs. As., 1991, v. II, p. 834.

5. Principalmente los derivados del costo y otros aspectos que vinculan con la efi-

b) *La conciliación* en su configuración moderna, arranca de la ley francesa de 1790, que la instituyó como un procedimiento previo obligatorio al proceso civil, ante una oficina de paz y conciliación. Fue recogida luego en la legislación española y de allí pasó a las de los países americanos, particularmente en los conflictos de menor cuantía⁷. Su auge actual proviene inicialmente de su recepción en el moderno proceso laboral, para desembocar —en sus diversas variantes— como una de las formas más auspiciadas en la doctrina⁸ y legislación comparada⁹, para la solución de ciertos conflictos. Sea como procedimiento anterior al proceso o ya como una alternativa dentro del mismo.

No son pocas ni insustanciales, sin embargo, las cuestiones todavía pendientes de esclarecimiento definitivo o de demostración empírica. Baste consignar las controversias en torno de tópicos tan esenciales como la juridización o desjuridización; la coexistencia o la oposición con

cacia del laudo tanto como por ciertos aspectos de su instrumentación procedimental. Sobre estos aspectos: MORELLO, A. M., ob. cit. *supra*, n.º 4, pp. 203 y ss. Queda, de todos modos, un ancho territorio para su operatividad, particularmente en ciertas controversias comerciales y aún en el derecho mercantil internacional: FIX ZAMUDIO, H., ob. cit., *supra* nota 1, n.º 167 y 168. CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., ob. cit., *supra* nota 1, pp. 92-94.

6. CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., ob. cit. *supra* nota 1, pp. 92-93, donde se relata la exitosa experiencia norteamericana. Se propugna la implementación del arbitraje, aún obligatoriamente, para dirimir ciertas controversias en las que se impone una decisión no traumática, de equidad, para las cuales la justicia oficial generalmente ha fracasado. Son las pequeñas disputas de gran interés social, los asuntos de menor cuantía. Algunas de las críticas más corrientes al sistema arbitral tradicional, como las que le endilgan un señalado carácter de instrumento elitista y de privilegio, pierden sentido desde esta nueva y ampliada perspectiva (CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., ob. y lugar cit. *supra*).

7. MONTERO AROCA, J., *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 147 y ss. VESCOVI, E., *La justicia conciliatoria*, Rev. Urug. Der. Proc., 1982, n.º 2, p. 161 y ss. HITTERS, J. C., *La justicia conciliatoria y los conciliadores*, en la obra común: MORELLO, A. M., BERIZONCE, R. O., HITTERS, J. C. y NOGUEIRA, C. A., *La justicia entre dos épocas*, L.E.P., La Plata, 1983, pp. 159 y ss.

8. CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., ob. cit. *supra* nota 1, pp. 94-98. Asimismo, además de las obras citadas en nota anterior: MORELLO, A. M., *La reforma de la Justicia*, L.E.P., La Plata, 1991, pp. 143 y ss. ALVARADO VELLOSO, A., *La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses*, Rev. Urug. Der. Proc., 1986, n.º 3, pp. 235 y ss.; id., *La conciliación*, La Ley, Bs. As., 1985, v. D, p. 1.159. PELLEGRINI GRINOVER, A., *Conciliación y Juzgados de Pequeñas Causas*, Jus., La Plata, n.º 40, p. 35.

9. CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., ob. cit. *supra* nota 1, pp. 94-98. DENTI, V. y VIGORITI, V., *Le role de la conciliation comme moyen d'éviter le proces et de résoudre le conflict*, en *Effektiver Rechtsschults...*, ed. HABSCHIED, W. J., Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1983, pp. 345 y ss. PELLEGRINI GRINOVER, A., *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*, en *Participação e Processo*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 277; id., *Deformalização do processo e deformalização das controversias*, en *Novas tendências do Direito Processual*, F.U., Río de Janeiro, 1990, p. 175.

la justicia tradicional, profesional y de derecho, y desde luego los cotos de reserva de cada una; si la aptitud conciliadora es exclusiva de los conciliadores o también reside en los jueces comunes; o si, en fin, las formas de justicia alternativa deben o no buscarse fuera de la maquinaria judicial¹⁰.

Existen las más diversas variantes en la implementación de la conciliación, inclusive como posibilidad escalonada con el arbitraje¹¹. Así cuando se la emplea para auxilio a la función jurisdiccional como la que se confía a organismos administrativos en materia de conflictos individuales de trabajo¹², de locaciones y alquileres¹³ y aún de procedimientos de protección de los consumidores¹⁴.

c) Las formas autocompositivas encuentran, sin embargo y más allá de sus indiscutidas bondades técnicas, ciertas resistencias que aún no han podido ser superadas.

Uno de los principales factores de incidencia negativa puede encontrarse en la escasa difusión de estas instituciones y de sus ventajas, en un medio en el cual subsisten resquemores y desconfianzas para admitir

10. DENTI, V., *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, Rev. Dir. Proc., 1980, p. 410; y CAPPELLETTI, M., *Appunti su conciliatore e conciliazione*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., extracto, 1981, anno XXXV, n.º 1, p. 49, han polemizado sobre esa cuestión. Coincide con el primero en sostener la judicialización del órgano conciliador, VESCOVI, E., ob. cit. *supra* nota 6, pp. 181-182. Sobre las diversas formas que puede asumir la conciliación: PUNZI, C., *Conciliazione ed arbitrato*, Riv. Dir. Proc., 1992, n.º 4, pp. 1028 y ss.

11. Es el régimen de la ley brasileña de Juzgados Especiales de Pequeñas Causas, instaurado a partir de la ley 7.244 de 1984. Un riguroso análisis de esa preceptiva puede verse en la obra común *Juizado Especial de Pequenas Causas*, Coordinador K. WATANABE, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1985. También, PELLEGRINI GRINOVER, A., ob. cit., *supra* nota 8; id., *Novas tendências...*, ob. cit. *supra* nota 9, pp. 175 y ss. DINAMARCO, C. R., *Manual dos Pequenas Causas*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1986, *passim*. BARBOSA MOREIRA, J. C., *Breve notícia sobre a conciliação em el processo civil brasileiro*, en XVI Congreso Nac. Der. Proc., ob. cit. *supra* nota 4, p. 629.

12. Entre nosotros es conocida la experiencia muy vasta por cierto, de los organismos administrativos procesales con competencia para intervenir en la conciliación y arbitraje voluntario de los conflictos individuales de trabajo. FREDRIKS, J. L., *Procedimiento administrativo laboral de la provincia de Buenos Aires*, Depalma, Bs. As., 1986, pp. 220-224.

13. En México una reciente legislación para el Distrito Federal introdujo la conciliación en las cuestiones inquilinarias. FIX ZAMUDIO, H., ob. cit. *supra* nota 1, n.º 175.

14. PELLEGRINI GRINOVER, A., *O novo processo brasileiro do consumidor*, Rev. Urug. Der. Proc., 1991-1, p. 9. Sobre la ley mexicana de protección al consumidor de 1975 y modificaciones: FIX ZAMUDIO, H., ob. cit. *supra* nota 1, n.º 175 y n.º 245.

soluciones que no provengan de la propia autoridad judicial¹⁵. Por otro lado, no todos los conflictos toleran estos remedios alternativos, más fructíferos en asuntos de familia, cuestiones de vecindad, arrendaticios y, en general, relaciones duraderas, de coexistencia y de menor cuantía. Quizá, también, el mal uso de la conciliación en el proceso judicial¹⁶ ayude poco a su penetración en la confianza de los litigantes. Es también exacto que las formas autocompositivas tampoco han sido vivenciadas por los letrados, quienes suelen no mostrarse convencidos de sus ventajas o las consideran ajenas a sus costumbres o perjudiciales para sus propios intereses¹⁷.

Lo que se impone propiciar, entonces, son diversas medidas tendientes a superar escollos y, entre ellas: (a) acentuar la difusión y conocimiento de las formas alternativas, enfatizando las ventajas de cada una; (b) generar paralelamente una mayor conciencia y preparación en los operadores —jueces, abogados, colegios de abogados—¹⁸; (c) establecer un mecanismo de estímulos especialmente económicos, para la solución de los diferendos en esas vías; (d) organizar, de modo *institucional* sistemas alternativos de justicia capaces de abastecer los requerimientos en cada circunstancia.

Es menester forjar un estado de credibilidad colectiva ahora casi inexistente, a partir de experiencias concretas y probadas. Si bien no hay recetas omnicomprendivas, sino que las modalidades han de adecuarse al tipo de conflictos de que se trata, de todos modos, una pauta sobre la

15. SANTANA, J. L., *Arbitraje y justicia*, La Ley 1992-A, p. 534. Aún, en Estados Unidos donde se vienen desarrollando nuevos y diversos mecanismos alternativos, no existe suficiente difusión (CUETO RÚA, J. C., *Nuevos procedimientos para la solución de disputas en los EE.UU.*, La Ley, 1991-B, p. 790).

16. FIX ZAMUDIO, H., ob. cit. *supra* nota 1, n.º 250. En nuestra experiencia es conocida la limitada utilización de las potestades conferidas por la ley procesal a los jueces, para que intenten la conciliación en cualquier etapa del proceso: BERIZONCE, R. O., *Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia*, El Der., Bs. As., 1985, v. 114, p. 860, Cap. IV, 2.

17. PELLEGRINI GRINOVER, A., *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*, ob. cit. *supra* nota 9, pp. 288 y 299. En un sentido diverso sobre la experiencia del «mini trial» en Estados Unidos: CUETO RÚA, J. C., ob. cit. *supra* nota 15, p. 786.

18. Sobre la capacitación de los abogados, en general respecto de las modalidades autocompositivas y como capítulo especial de la enseñanza del derecho procesal: BARCELONA, G. y otros, *Hacia un modelo común de enseñanza del Derecho Procesal*, en Rev. Urug. Der. Proc., 1991, n.º 4, pp. 491 y ss. Asimismo, la Federación Interamericana de Abogados acordó un programa de enseñanza del Derecho Arbitral (Resolución 15 de 1990): SANTANA, J. L., ob. cit. *supra* nota 15. En las escuelas de derecho norteamericanas se incorporan cursos sobre métodos alternativos de resolución de las disputas (CUETO RÚA, J. C., ob. cit. *supra* nota 15, p. 790).

que, en general, existe consenso es que por definición todos los medios alternativos deben ofrecer *ventajas manifiestas* en comparación con el proceso judicial, sea en ahorro de costos o de tiempo, ya en la calidad de las decisiones. La exigencia no requiere demostración; de lo contrario, los litigantes seguirán «prefiriendo» el proceso jurisdiccional común.

La mejor calidad no está referida sólo al aspecto técnico —v. gr., arbitraje o mediación especializadas— sino también a una *cualidad del órgano y del producto*, cual es —en relación a ciertas controversias— el contar con una decisión «justa y equitativa» (*fair and equitable*)¹⁹.

La reducción y hasta la supresión de los costos, es no menos esencial. Ello conduce a pensar en mecanismos *institucionalizados*, que permitan la actuación de árbitros conciliadores o mediadores honorarios —o, al menos, retribuidos en base a baremos mínimos o mediante tasas fijas—.

De consiguiente, el asesoramiento jurídico en tales asuntos ha de ser total o parcialmente gratuito. También en este punto el arbitraje de amigables componedores y la mediación institucionalizadas son los modos que mejor se adecuan.

Los procedimientos han de ser informales y simplificados. La proliferación de los medios alternativos constituye, principalmente, una *reacción contra el excesivo formulismo* de los procesos jurisdiccionales.

Queda una última reflexión de importancia: la selección de los árbitros y conciliadores resulta esencial para el éxito de cualquier esquema. En principio, cabe excluir a los jueces, porque habitualmente han fracasado en esas labores²⁰; quedan los abogados y, también, las entidades que aglutinan a unos y otros²¹. También en este terreno resultan obvias las ventajas de la organización institucional.

Cabe aseverar, en definitiva, que sólo a partir de una toma de conciencia generalizada sobre las bondades de estos mecanismos alternati-

19. CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., ob. cit. *supra* nota 1, pp. 124. No sólo entonces, el arbitraje de derecho, sino también el de amigables componedores. Más aún, este último ofrece inmejorables posibilidades, porque no entra a competir con los jueces oficiales.

20. VESCOVI, E., ob. cit. *supra* nota 6, p. 162. HITTERS, J. C., ob. cit. *supra* nota 6, p. 164.

21. Es conocida la participación de la Asociación Paulista de Magistrados y de la Asociación de Jueces de Río Grande do Sul, en el sistema de la ley 7.244 de 1984 (*supra* nota 11). Entre nosotros se ha propiciado la inserción de la conciliación y del arbitraje en los Colegios de Abogados locales: MORELLO, A. M. y BERIZONCE, R. O., *Las entidades profesionales y los desafíos del presente*, Jur. Arg., 1984, v. II, p. 665, cap. III. BERIZONCE, R. O.,

vos, y del consecuente compromiso participativo, especialmente del lado de los operadores, se habrá allanado el camino de su consagración.

II. COLAPSO DE LA JUSTICIA TRADICIONAL Y «MEDIOS ALTERNATIVOS»

Conviene a esta altura de nuestro discurrir reparar que el moderno fenómeno de la eclosión de los medios alternativos de justicia plantea otras cuestiones de importancia, no siempre enfatizadas y a menudo enmascaradas.

a) En primer lugar, se impone advertir que el avance de tales «equivalentes jurisdiccionales» implica, en no desdeñable medida, poner en jaque el principio tradicional —tan caro al Estado de derecho— de la *exclusividad monopólica* de la jurisdicción judicial en la resolución de los conflictos²². Porque tal pretendido monopolio aparece ahora disputado y, de hecho, *compartido* por otras instancias propias de la denominada genéricamente *justicia coexistencial*, que enarbola frente al excesivo formalismo en que el proceso judicial inevitablemente degenera, formas de justicia más simples y sencillas.

b) Por otro lado —y tampoco constituye un dato menor— es a través de esos mecanismos que encuentran un cauce adecuado ciertos modos de *participación popular en la justicia*²³, en tanto son los simples ciudadanos, a menudo legos, no profesionales, quienes intervienen integrando tribunales arbitrales, actuando como amigables componedores, y más extendidamente haciendo las veces de conciliadores o mediadores²⁴.

c) Sin embargo, el dato más relevante lo constituye el *método* particular que se adopta para dirimir los conflictos que excluye la confrontación «adversarial» entre las partes y emplaza al órgano —árbitro, componedor, conciliador o mediador— y también a aquélla, en una dimensión no menos singular. Porque el operador se desempeña más que como decisor según estrictas reglas jurídicas, en el rol de «acompañan-

22. DÍAZ, C. A., ob. cit. *supra* nota 1, v. II-A, p. 511-512.

23. BERIZONCE, R. O., *La participación popular en la Justicia*, Jur. Arg. 1988, v. III, p. 725 y, también, en Rev. Jur. U.N. Tucumán, 1990, n.º 28, p. 109. PELLEGRINI GRINOVER, A., *A conciliação extrajudicial no plano participativo*, ob. cit. *supra* nota 9.

24. VESCOVI, E., *Una forma natural de participación popular en el control de la justicia*, en *Participação e processo*, ob. cit. *supra* nota 9, pp. 367-368.

te» de aquéllas, para guiarlas a través de la persuasión en la búsqueda de las *soluciones autocompuestas* —conciliación, mediación— o ya para resolver el entuerto heterónomamente pero según reglas libradas a su leal saber y entender, a «verdad sabida y buena fe guardada» —amigable composición—. Conservando la imparcialidad, pero sin sujetarse a la «neutralidad», porque participa activamente en el logro del desenlace más justo y razonable. Soluciones que en todos los casos apuntan a consagrar —como destaca CAPPELETTI—²⁵:

«criterios de equidad social distributiva, allí donde sea importante ‘mantener’ situaciones complejas y duraderas de relaciones entre individuos y grupos, en lugar de zanjar (*‘trancher’*) una solución aislada, con rígidos criterios jurídicos de ‘razón’ y ‘sinrazón’ esencialmente dirigidos al pasado.»

d) Todavía se impone una precisión cualitativa implícita pero no siempre atendida: sólo *cierta categoría de conflictos* son los que pueden ser canalizados por tales medios alternativos. La regla sigue siendo el sometimiento a decisión judicial.

Precisamente es en este punto en que aflora lo que ha de considerarse un equívoco conceptual, cual es el que sustenta la postura bastante corriente que enarbola y predica la necesidad de implantar los «equivalentes jurisdiccionales», como mero remedio para los crecientes problemas del sistema de justicia tradicional.

El argumento es falaz porque no se repara que la institución de medios alternativos responde a la exigencia de soluciones típicas, adecuadas a ciertas categorías de litigios, por manera que no puede vincularse —al menos de modo determinante— como variable de ajuste para la solución de los problemas que afectan al aparato judicial. Tales litigios encuentran respuesta más propia por aquellas técnicas y ello es razón suficiente para consagrarlas, más allá de que —además— ello coadyuve a la descongestión jurisdiccional.

El equívoco, sin embargo, reluce en algunas legislaciones recientes

25. *Acceso a la Justicia (como programa de reformas y como método de pensamiento)*, Rev. Col. Abog. La Plata, 1981, n.º 41, pp. 165-166. Asimismo: MORELLO, A. M., ob. cit. *supra* nota 8, pp. 148-150, donde resalta las características de la conciliación *preprocesal* y sus diferencias con la *intraprocesal*. PUNZI, C., ob. cit. *supra* nota 10, pp. 1.035 y ss.

donde la situación de «colapso» del aparato tradicional se invoca como fundamento de reformas diversas²⁶.

Se confunde, en realidad, la cuestión de la necesidad de brindar vías especiales simples y desformalizadas más adecuadas para la resolución —o la «disolución»— de ciertas cuestiones²⁷ con los medios para tornar eficaz el servicio. Sin advertir no sólo que aquellos merecen una respuesta propia e independiente, sino que el problema de la congestión tribalicia y la «sobrecarga» de los órganos obedece principalmente a plurales y complejos factores, como —entre otros— la admisión de procesos inútiles o innecesarios, para los que debería preverse soluciones y desemboques diversos²⁸.

III. INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN (DECRETO P.E.N., N.º 1.480/92)

Sentado lo anterior, interesa ahora referirnos a la mediación tal como ha sido articulada en la flamante preceptiva del decreto n.º 1.480/92, proclamada «de interés nacional».

El sistema pivotea sobre ciertos arbotantes estructurales; 1) la mediación queda confiada a un Cuerpo de Mediadores, que funcionará en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, que deberá proceder a su reglamentación (arts. 2 y 3), al igual que a la formulación del «programa nacional de mediación» y su implementación (art. 6); 2) son principios

26. Buen ejemplo lo constituye el decreto del P.E.N., n.º 1.480/92, dictado «visto el proceso de *acumulación de las causas judiciales* que se incrementan día a día, lo que genera un grado de *morosidad* incompatible con las exigencias de una vida comunitaria armónica, y la consecuente necesidad de encontrar los medios apropiados *para atender tal problema*» (el énfasis está agregado).

No son diversas las razones que en Colombia sustentaron el decreto n.º 2.651/91, de «descongestión judicial», que introduce importantes reformas en lo concerniente a la conciliación y el arbitramento (LÓPEZ BLANCO, H. F., *Comentarios al Decreto de descongestión judicial*, ABC, Bogotá, 1992, pp. 5 y ss.).

27. La flamante ley española n.º 101/92, de «medidas urgentes de reforma procesal», que entre otros ordenamientos enmienda la Ley de Enjuiciamiento Civil, descarga de la competencia judicial ciertos «asuntos no jurisdiccionales», regulando la obtención de la declaración de herederos mediante acta de notoriedad, tramitada ante notario (arts. 979 a 981, 984, L.E.C., nuevo texto).

28. MORELLO, A. M., ob. cit. *supra* nota 8, pp. 7-31, con sus remisiones y amplia bibliografía allí citada. Claro que —como se destaca en los considerandos del decreto n.º 1.480/92— la magnitud y complejidad de los problemas actuales que padece nuestro sistema de justicia, convence acerca de la insuficiencia de cualquier solución de tipo convencional, como aumento del número de órganos existentes.

básicos de la institución su voluntariedad, abarcando conflictos judiciales o extrajudiciales; informalidad absoluta del procedimiento, prorrogabilidad de los plazos, intervención personal de las partes, confidencialidad de las actuaciones, limitación del rol del mediador a la proposición de soluciones para la decisión de las partes, dentro de los parámetros de la ley de fondo (art. 4); 3) implementación de una experiencia piloto en órganos de primera instancia de cada fuero, especialmente en el civil para todos aquellos asuntos en que se intenten acciones patrimoniales que contengan pretensiones indemnizatorias, y en las acciones de familia (art. 9).

Así estructurado, el esquema que se pretende implantar —más allá de las críticas que derivan de su instalación en la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, fuera de su ámbito natural en el Poder Judicial— asienta en los principios que vienen reconocidos en la doctrina y en ciertas experiencias extranjeras²⁹. Así, en cuanto a la *voluntariedad* del sometimiento por los particulares; su *alcance* comprensivo tanto de conflictos judiciales como extrajudiciales —claro que no se definen las modalidades de la actuación en supuestos que son obviamente diferenciados—; la informalidad «*absoluta*» del procedimiento, que deberá entenderse como un proceso sin formas predeterminadas, y en todo caso, libradas al órgano, lo que vale respecto de la prorrogabilidad de los plazos; y otros aspectos procedimentales aledaños, como la *confidencialidad* de las actuaciones.

Carriles igualmente admitidos por los que transita la propia figura del conciliador, limitado en su rol a la sola proposición de «soluciones para la decisión de las partes»³⁰, lo que alerta sobre el encargo de un cometido necesariamente acotado —«ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable; no actúa como juez pero *sugiere* a aquellas ponerse de acuerdo, dado que no puede imponerles una solución si es que no actúan por mutuo consentimiento»—, según se destaca en los considerandos de la medida. Y que acuerda sustento al principio de la *actuación personal* de las partes (art. 4, inc. d., decreto cit.).

29. En los considerandos del decreto n.º 1.480/92 se sostiene que la mediación funciona con éxito en países como Estados Unidos, China, Colombia, Canadá, Suecia, Italia, «sin pasar por alto a la República Francesa, que ya tiene un proyecto de ley de mediación en vías de ser sancionado». Un amplísimo y actualizado panorama del funcionamiento de los medios alternativos en Estados Unidos, puede verse en CUETO RÚA, J. C., ob. cit. *supra* nota 15, pp. 785 y ss.

30. PUNZI, C., ob. cit. *supra* nota 10, p. 1.034. Cometido similar puede encontrarse en la institución norteamericana del «*neutral listener*», procedimiento extrajudicial sencillo y rápido, que facilita la negociación entre las partes (CUETO RÚA, J. C., ob. cit. *supra* nota 15, p. 788).

Más opinable resulta, en cambio, el mecanismo adoptado para la puesta en marcha de la nueva institución. La ingerencia que en exclusiva se confiere al Ministerio de Justicia para la capacitación de los abogados y hasta en la instauración de la Escuela de Mediación, se desentende de la natural competencia de las Universidades, comprensiva naturalmente de la formación de posgrado, en concurrencia, en todo caso, con el Poder Judicial, ámbito en el que la experiencia habrá de corporizarse.

Por otro lado, siendo que existen en el país numerosas instituciones intermedias, muchas de ellas creadas por ley, como los Colegios de Abogados, que han aquilatado una vasta experiencia en materia de conciliación y mediación —particularmente a través del cometido de sus consultorios Jurídicos Gratuitos—³¹ no parece razonable instalar el modelo en el ámbito burocrático del Poder Ejecutivo. No sólo porque no se compecede con las líneas de política general sobre privatización —subsidiariedad y transferencia a los sectores privados de las actividades que éstos pueden asumir con ventajas, sino también desde que se desaprovecha y hasta se vacía de contenido las competencias de los colegios profesionales³², generándose en definitiva una costosa maquinaria que viene a engrosar el «gigantismo burocrático». Habrá que confiar que las Provincias, invitadas a adoptar reglas similares (art. 10), enmienden el rumbo reivindicando sus propias instituciones locales y transfieran la responsabilidad del sistema de mediación a las organizaciones abogadiles.

Todavía queda por señalar que existen otras modalidades de las formas conciliatorias de aplicación para ciertos y particulares conflictos, que no han sido previstas en la perceptiva que analizamos, como las que son propias de las denominadas pequeñas causas³³, de los consumidores en general³⁴, cuestiones de familia³⁵, etc.; y que siguen a la espera de un marco normativo adecuado.

31. BERIZONCE, R. O., ob. cit. *supra* nota 21, pp. 59-61, 70-73.

32. MORELLO, A. M. y BERIZONCE, R. O., ob. cit. *supra* nota 21; id. *Relanzamiento de la colegiación*, Jur. Arg., Bs. As., supl. n.º 5.816 del 17-2-93.

33. BERIZONCE, R. O., obra cit. *supra* nota 21, pp. 117 y ss.; id. *La justicia conciliatoria y la justicia de paz*, Jur. Arg., 1984-I, p. 770. OTEIZA, E. D., *Los tribunales de menor cuantía como respuesta actual basada en los principios de la Justicia de Paz*, en Rev. Urug. Der. Proc., 1987-I, pp. 39 y ss. OLCESE, J. M., *El «proyecto Aguirre Lanari» sobre la justicia ordinaria de menor cuantía de la Capital*, en Doct. Judicial, Bs. As., 13-3-91.

34. STIGLITZ, G., *Protección jurídica del consumidor*, Bs. As., 1986, *passim*; ALTERINI, A. A., LÓPEZ CABANA, R. y STIGLITZ, G., *La protección del consumidor en el marco de un proyecto de Ley*, L.L. 1989-B, p. 1.002.

35. Modernamente se propugna la instauración de los Consejeros de Familia, dentro del fuero especializado respectivo. En el proyecto de creación del Fuero de Familia,

IV. EL ABOGADO NEGOCIADOR

En ese contexto tan singular, el abogado está llamado a asumir, un nuevo rol, diverso —y hasta contradictorio— con sus tradicionales misiones: el de *abogado conciliador componedor*. Ello supone la superación del tradicional estereotipo del abogado «pleitista», a través del tránsito hacia renovadas modalidades del quehacer profesional, en consonancia con los acuciantes requerimientos de este tiempo.

Si las soluciones de muchas de las divergencias pasan por el andarivel de los medios alternativos, que enfatizan la misión de «acompañamiento» de los operadores, la necesidad del consejo y asesoramiento orientados a la búsqueda de fórmulas racionales y equitativas de superación del conflicto, del abogado cabe esperar posturas acordes con ese *método* y orientadas hacia los mismos fines.

Habrà que dejar de lado actitudes formulísticas, tanto como acostumbrarse a deponer antagonismos estériles y posturas confrontativas inútiles; concentrar los objetivos en la búsqueda y sugerencia de soluciones concretas, razonables y generalmente, de transacción, negociadas. Lo que no implica renunciar o defraudar la defensa de los intereses confiados³⁶, ni propiciar la abdicación de los derechos legítimos, sino propugnar desde la parcialidad que representa— formas dirimentes adecuadas, justas y realísticas para los específicos y calificados conflictos que toleran encausamiento por las vías que nos ocupan. No como el partícipe complicado en una justicia minorada, sino en todo caso, como el operador indispensable de un *método específico y diferenciado* de solución de controversias.

Claro que el «*metier*» no deja de resultar útil para afrontar soluciones concertadas igualmente dentro del proceso judicial —y de hecho estamos frente a una modalidad clásica de obrar profesional, desarrollada desde siempre—³⁷. Pero de lo que se trata, y resulta novedoso, es de su-

de la provincia de Buenos Aires —aprobado por el Senado el 30 de abril de 1992—, el Consejero de Familia, que deberá satisfacer los mismos requisitos y condiciones que los miembros del Ministerio Público, interviene mediante asesoramiento y orientación a las partes y principalmente a los fines de conciliación, en la etapa previa al proceso contencioso (art. 6 a 10, proyecto cit.); sin perjuicio de otras atribuciones.

36. El cometido esencial del abogado será siempre el de oponer frente a las pretensiones del contrario, la parcialidad en sentido inverso, para recomponer el equilibrio que ha de favorecer la solución justa, como se resalta en la clásica y perenne enseñanza de CALAMANDREI (*Elogio de los jueces escrito por un abogado*, E.J.E.A., Bs. As., 1969, trad. SENTÍS MELENDO, S., p. 125).

37. También aquí el inolvidable maestro florentino: «La obra más valiosa de los abogados civilistas, es la que cumplen antes del proceso, truncando con sabios consejos

perar la típica *mentalidad formulística*, más preparada para el choque frontal y las argucias desfigurantes que para la búsqueda derecha y leal de las soluciones reales y efectivas. A la que no ha sido ajena la formación académica tradicional, del abogado entrenado para el pleito, en consonancia con criterios predominantes de ensalzamiento del monopolio estatal de la jurisdicción, tanto como de una ya en retirada concepción privatística del proceso judicial, entendido como un juego puramente formal librado a la habilidad ocasional de los litigantes y neutro respecto de los resultados y de los valores implicados³⁸.

Será menester imaginar e instrumentar *nuevos contenidos para la enseñanza formativa de los abogados*³⁹, que parejamente y al lado de los tradicionales⁴⁰ permitan que pueda insertarse un *modelo distinto de justicia*, que privilegia para un conjunto creciente de conflictos las soluciones «de acompañamiento», compartidas y negociadas, de autocomposición antes que de decisión formal y para el pasado, como un vencedor y un vencido. Se hace impostergable preparar y entrenar adecuadamente a los futuros jueces y abogados en el *manejo de técnicas específicas*⁴¹, que ayuden al arreglo concertado de los diferendos. No es bastante ser experto en disciplinas aledañas, como por caso, la economía o la administración empresarial para la negociación de las cuestiones patrimoniales en general⁴²; o el de las ciencias sociales y sus métodos específicos⁴³, como

de transacción los litigios en su comienzo, y haciendo todo lo posible por que no alcancen ese paroxismo morboso que torna indispensable la internación en la clínica judicial... El abogado probo debe ser, más que el clínico, el higienista de la vida judicial; y precisamente por este diario trabajo de desinfección de la litigiosidad, que no llega a la publicidad de las salas, deberían los jueces considerar a los abogados como sus colaboradores más fieles (CALAMANDREI, P., ob. cit. *supra* nota 36, pp. 147-148). El abogado —como enseña CUETO RÚA— es un experto en derecho, llamado a intervenir como «instancia de superación de conflictos» (El abogado como auxiliar de la Justicia, La Ley, 1988-A, p. 717).

38. CAPPELLETTI, M., *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, EJE, Bs. As., 1972, trad. SENTÍS MELENDO, S., pp. 127-135.

39. Véase *supra* nota 18.

40. Como auxiliar de la justicia ha de estar formado para desempeñarse como experto «agente de racionalidad», a los fines del logro de la justicia (CUETO RÚA, J. C., ob. cit. *supra* nota 37, pp. 719-720). Sobre sus cualidades necesarias: el mismo autor, *El buen abogado litigante*, La Ley, 1988-C, pp. 712 y ss.

41. CERIANI CERNADAS, A. A. M., *Del abogado de pleito al abogado mediador*, La Ley, 1992-A, p. 740.

42. Hace más de seis décadas ya CALAMANDREI propiciaba incorporar cátedras especializadas para ciertas ramas del derecho mercantil (*La Universidad de mañana*, EJE, Bs. As., 1961, trad. BIANCHI A. S., pp. 58-59).

43. CAPPELLETTI, M., *Estudio del derecho y tirocinio profesional...*, EJE, Bs. As., 1959, trad. SENTÍS MELEDO, S. y AYERRA REDÍN, M., pp. 39-42 y nota 21. LAUT-

de los principios de psicología, si se trata de terciar, v. gr., en los entornos familiares⁴⁴. Y así sucesivamente.

Más aún, la cuestión visceral entronca con la necesidad de generar una verdadera «cultura» de las soluciones desacralizadas y amistosas, indefectible para la suerte de los medios alternativos. Porque no obtendrán carta de ciudadanía plena sino cuando sean auténticamente vivenciados por los litigantes, tanto como por los abogados.

Ese es, en la última década del siglo, uno de los principales desafíos para todos quienes tienen asumido un compromiso con el sistema de Justicia.

V. CONCLUSIONES

1.º) Los medios alternativos de justicia o «equivalentes jurisdiccionales» —conciliación, mediación, arbitraje— constituyen mecanismos específicos y diferenciados de justicia que posibilitan el logro de soluciones adecuadas para cierto tipo de conflictos.

2.º) Debe auspiciarse el funcionamiento institucionalizado de tales medios alternativos, a cuyo fin resulta imperioso su plena difusión en todos los niveles de la comunidad y, especialmente, entre los operadores jurídicos.

3.º) No cabe prescindir de las organizaciones intermedias, y entre ellas de los colegios de abogados, a los que ha de confiarse la implementación de los medios alternativos, en sus diversas variantes, conforme a las pautas que fijen las leyes reglamentarias.

4.º) Debe incluirse en la currícula de estudios de derecho, el aprendizaje de la disciplina y el entrenamiento en los métodos específicos de resolución autocompuesta o negociada de los conflictos.

5.º) Se recomienda que el Poder Judicial y los colegios de abogados asuman roles activos protagónicos impulsando programas globales tendientes a la institucionalización e implantación de los medios alterna-

tivos, en los niveles nacional y local, y asumiendo las responsabilidades consiguientes.

6.º) La participación de los abogados y de los operadores jurídicos en general, en sus nuevas misiones como conciliadores, pacificadores y arbitadores de los conflictos, resulta decisiva para asegurar la efectiva virtualidad de tales instituciones.

MAN, R., *Sociología y jurisprudencia*, Sur, Bs. As., 1974, versión castellana de GARZÓN VALDÉS, pp. 125 y ss. BERIZONCE, R. O., *Formación profesional y capacitación técnica del abogado* en la obra común *La justicia entre dos épocas*, cit. *supra* nota 7, p. 139.

44. CERIANI CERNADAS, A. A. M., ob. cit., *supra* nota 41.

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

EBENROTH, Carsten Thomas, *Erbrecht*, de la serie *Juristische Kutzlehrbücher für Studium und Praxis*, Verlag C.H. Beck, Munich, 1992, 1.116 págs.

He aquí un magnífico manual del derecho de sucesiones alemán, que reúne tanto la faceta práctica como la jurídico-material y teórica, dirigido bien sea al asesor jurídico, fiscal o económico bien sea al estudiante. En 21 capítulos, el autor abarca la totalidad de los aspectos jurídico-materiales, fiscales y procesales, sin olvidar la visión del Derecho internacional privado en materia de sucesiones, que, como el propio autor dice en su prólogo, irá cobrando cada vez mayor relevancia a medida que vaya avanzando la unión de los países europeos. Esta visión de una futura gran Europa Unida hace que se incluyan en los aspectos internacionales también los países de Austria y Suiza.

Los capítulos sobre los aspectos jurídico civiles van seguidos de casos prácticos con sus respectivas soluciones, lectura especialmente recomendable para los estudiantes.

El autor trata con detalle las nuevas circunstancias derivadas de la reunificación alemana y la compleja problemática que de ella se deriva en el campo del derecho de sucesiones, con exposición del derecho material de sucesiones que regía en la antigua RDA.

El jurista que trabaja en el campo del asesoramiento práctico en materia de sucesiones agradece el extenso tratamiento de los aspectos fiscales que el autor realiza, tanto respecto del derecho fiscal alemán como del fiscal internacional, con una sucinta exposición del derecho comparado de 13 estados europeos.

En capítulos aparte, se trata la sucesión en la empresa, tanto en la unipersonal como en las sociedades de capital, y la problemática de la responsabilidad de los herederos.

El libro concluye con un capítulo de consejos e indicaciones sobre las posibles configuraciones que caben en materia de sucesiones, teniendo en cuenta los aspectos fiscales, incluidas las opciones que nos ofrece el derecho internacional privado.

Un anexo con la jurisprudencia alemana hasta el 31-03-1992 y un registro alfabético de materias ponen final a un excelente manual que trata de forma exhaustiva y didáctica el complejo tema de las sucesiones, superando la visión nacional para llegar a una visión mucho más amplia y transfronteriza que sin duda, es la visión que en el futuro configurará todos los derechos nacionales en materia de sucesiones.

URSULA VESTWEBER

RUIZ DE VARGAS, Santiago, *Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften nach neuem Recht in Spanien*, edition für internationale wirtschaft verlags- und kommunikations gmbh, Frankfurt/Meno, 1992, 146 págs.

La serie de libros dedicada a España que edita esta editorial alemana desde hace muchos años y que dispone ya de un círculo de lectores habituales, se complementa ahora con un práctico manual sobre la nueva regulación española de las cuentas anuales de sociedades de capital, tema que es tratado de forma concisa y clara. El autor acompaña al texto anexo con gráficos y cuadros sinópticos, facilitando así la orientación y rápida comprensión de la temática.

Los libros de esta serie están especialmente pensados para los juristas y empresarios relacionados con el mundo empresarial hispano alemán, y cuidan por tanto muy especialmente los aspectos prácticos del conocimiento de la normativa española, de ahí que también este libro que comentamos, incluye la traducción al alemán de los textos legales aplicables a la materia.

Los comentarios que comparan la normativa de ambos países destacan las diferencias, son de especial utilidad para el lector.

En resumen, un libro de gran utilidad práctica que se suma al extenso número de títulos de esta serie, escritos todos por destacados juristas en el ámbito de los ordenamientos jurídicos español y alemán.

URSULA VESTWEBER

TERMINOS PERENTORIOS

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
Secretário-Geral e Tesoureiro

I. XIV JORNADAS IBERO-AMERICANAS DE DIREITO PROCESSUAL

Conforme deliberação tomada por ocasião das XIII Jornadas, em Cuernavaca (México), as XIV Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual se realizarão na cidade de La Plata (Argentina). Já está fixada a época do evento: 24 a 27 de abril de 1994. Integram a Comissão Organizadora os nossos colegas Augusto Mario Morello, Vice-presidente do Instituto, Roberto Berizonce e Juan Carlos Hitters.

De acordo com a comunicação recebida há pouco pela Secretaria, os trabalhos do congresso, além de colóquios e conferências a serem ainda anunciados, versarão sobre os temas adiante indicados, com os respectivos relatores: *I. Formação de juízes e advogados: 1. Escolas Judiciais; 2. Especialização de advogados* (Relator geral: José Luis Vázquez Sotelo; Relatores argentinos: Augusto Mario Morello e Roberto Berizonce). — *II. A legislação processual como instrumento da unificação ibero-americana (o Código-tipo de Processo Civil): 1. A audiência preliminar; 2. Rejeição in limine da demanda; 3. Processos de estrutura monitoria; 4. Medidas urgentes e meios de assegurar a efetividade da sentença* (Relator geral: Fernando Flores García; Relatores argentinos: Jorge Walter

Peyrano e Oscar Martínez) — III. *A instrução processual penal (o Código-tipo de Processo Penal: 1. O processo penal misto: do sistema de juizados de instrução clássicos à instrução processual em contraditório; 2. O modelo acusatório: investigação preliminar administrativa e juízo* (Relatora geral: Ada Pellegrini Grinover; Relatores argentinos: Pedro Bertolino e Francisco D'Albora) — IV. *O processo transnacional: 1. A integração econômica na Ibero-américa; 2. A decisão dos conflitos transnacionais. Tribunais de Justiça transnacionais. Soluções alternativas; 3. A cooperação judicial na Ibero-américa. Convenções interamericanas e convênios bilaterais. Códigos-modelos; 4. A proteção dos direitos humanos no sistema americano* (Relator geral: Angel Landoni Sosa; Relatores argentinos: Juan Carlos Hitters e Gualberto Sosa).

II. NOTÍCIAS SOBRE OUTROS EVENTOS

1. *Futuros congressos da Associação Internacional de Direito Processual*

O próximo congresso da Associação Internacional de Direito Processual está previsto para 1995, com sede na cidade de Taormina, na Sicília (Itália). Presidirá a organização do evento o Professor Italo Andolina, de Catânia. O temário, desdobrado em dez itens, subordinar-se-á ao título geral *Aspectos transnacionais do Direito Processual*.

Antes, porém, a Associação pretende fazer realizar dois colóquios menores, à semelhança do que se levou a cabo em Lund, na Suécia, em 1985: um no corrente ano de 1993, na Polónia, e o outro em 1994, em Copenhague, capital da Dinamarca. O primeiro já está programado para o período de 22 a 28 de agosto, sob o tema geral *Unificação dos ordenamentos processuais civis em função das especificidades nacionais*, e com sede na cidade de Lublin. A Comissão Organizadora compõe-se dos Professores Marek Kurylowicz, Teresa Liszcz, Jan Reyss e Mieczyslaw Sawczuk e do Senador Janusz Mazurek. Paralelamente às atividades culturais, prevêem-se excursões a Cracóvia e a outras cidades da Polónia, bem como da Hungria e da Eslováquia.

Eis o endereço ao qual devem dirigir-se os interessados, para obter outras informações: Uniwersytet Marii Curie-Sklodowskiej — Wydział Prawa i Administracji — Katedra Postępowania Cywilnego — pl. Marii

Curie-Sklodowskiej 5 — 20-031 Lublin — Polónia. Telefones: (81) 375329/34. Telex: 0643223. Fax: (48-41) 33669 e (48-81) 375102.

2. *XVII Congresso Nacional Argentino de Direito Processual*

Será realizado em Termas de Río Hondo (Santiago del Estero), de 19 a 22 de maio deste ano, o XIV Congresso Nacional Argentino de Direito Processual, organizado por uma comissão sob a presidência da Dra. Angela Ester Ledesma. O temário subordina-se ao título geral *Hacia una Justicia más efectiva*.

A Secretaria do Congresso funciona na Avenida Callao 449, 10 Piso «B», 1022 Buenos Aires. Números de telefone e fax: (54-1) 464726 e 4761607.

3. *Próximo congresso da Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht*

Realizar-se-á em Zürich (Suíça), de 14 a 16 de outubro de 1993, o próximo congresso da *Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht* (Associação Científica de Direito Processual Internacional). Dois temas serão objeto de estudo e discussão: «Juízo arbitral e Direito Constitucional» e «Organização jurídica da advocacia». Atuarão como relatores: para o primeiro tema, os Professores Walder (Zürich) e Geimer (München); para o segundo, os Professores Fisch (Missouri) e Kewenig (Frankfurt).

III. DIVERSOS

1. *Falecimento de José Frederico Marques*

A secretaria-Geral lamenta comunicar aos sócios do Instituto o recente falecimento do nosso eminente colega Professor José Frederico Marques, autor de numerosas e importantes obras de Direito Processual Civil e Penal. O extinto participou durante certo tempo da comissão in-

cumbida de elaborar o projeto do Código-tipo de Processo Penal para a América Latina.

2. Contribuições anuais

O Secretário-Geral toma a liberdade de recordar aos colegas a conveniência de efetuar pontualmente o pagamento da quota anual, cujo valor continua a ser de US \$20,00. A conta-corrente aberta sob o n.º 52.114.058, da Agência do Rio de Janeiro do Citibank, *em nome do Secretário-Geral*, destina-se ao recebimento das quotas. Efetuado o depósito da importância correspondente ao valor acima indicado, pede-se que o colega o comunique incontinenti ao Secretário-Geral, que enviará sem demora o competente recibo. Reitera-se a quem porventura não haja satisfeito as quotas relativas a anos anteriores o pedido de que os valores correspondentes sejam depositados junto com a quota de 1992.

Vários consócios, por encontrarem dificuldades burocráticas na remessa por meio do Citibank, têm preferido enviar ao Secretário-Geral cheques nominais pelo correio. É um procedimento menos seguro, mas decerto mais rápido. Insiste-se, em todo caso, na necessidade de que o Secretário-Geral seja avisado do envio, mediante correspondência à parte. Os cheques de outros países devem ser emitidos *em dólares norte-americanos*, e não nas respectivas moedas nacionais, para evitar dificuldades de desconto no Brasil.

3. Lista dos membros do Instituto

Está quase pronta a lista atualizada, que o Secretário-Geral vem organizando, com a colaboração de colegas de diversos países, dos nomes e endereços dos membros do Instituto, e bem assim dos respectivos endereços e números de telefone e de fax. Tão logo seja possível completá-la com os poucos elementos que ainda faltam, será providenciada a distribuição de cópias *àqueles que manifestarem o desejo de receber esse material*.

Solicita-se aos colegas que comuniquem sem demora à Secretaria-Geral quaisquer alterações nos seus dados pessoais. O número do telefone do Secretário-Geral é (5521) 236-2545, e as comunicações por fax podem ser-lhe dirigidas pelo número (5521) 262-8765, colocado à disposição da Secretaria-Geral por especial cortesia do colega Sérgio Bermudes.

Rio de Janeiro, 30 de março de 1993

JUSTICIA 93

NUMERO II

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

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



1993

JOSÉ MARÍA BOSCH EDITOR, S. A. — BARCELONA

«JUSTICIA 93» se publica trimestralmente.

ADMINISTRACION (suscripciones), José M.^a Bosch, editor, S. A., Rosselló, 22
08029 — Barcelona, Tel. (93) 419 77 50.

DIRECCION (originales, libros para reseñas), Dr. Francisco Ramos Méndez,
Paseo de Gracia 92, 08008 Barcelona. Tel. (93) 487 11 12. Tx 59398 FRM.
Fax (93) 487 35 62.

INDICE

DACIONES DE CUENTA

- Jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 6 del CEDH en el proceso penal* por Manuel Ortells Ramos 195
La legitimación en el proceso de revisión penal por Silvia Barona Vilar 237
Algunas reflexiones sobre el recurso de anulación en el procedimiento abreviado por Pía Calderón Cuadrado 253
Los derechos fundamentales a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable en la LECrim por Antonio Fayos Gardó 277

COMISIONES ROGATORIAS

- Influencia del pacto de San José de Costa Rica en el Derecho interno* por Juan Carlos Hitters 323

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

- Revista de revistas y obras colectivas* por Alvarez Alarcón y Sáenz González 349

© 1993, José M.^a Bosch, editor, S. A.
Rosselló, 22 — 08029 Barcelona

Depósito legal: B. 19.117-87
ISSN (en trámite)

Printed in Spain/Impreso en España por
COMETA, S. A. — Ctra. Castellón, Km. 3,400 — Zaragoza

**JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE
EL ARTICULO 6 DEL CEDH EN EL PROCESO PENAL**

(La doctrina de la «noción autónoma de materia penal».
Derechos a un tribunal independiente e imparcial y a que
la causa sea oída equitativamente. Presunción de inocencia)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO:

I. Introducción. — II. El derecho a que la causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial que decidirá sobre cualquier acusación en materia penal dirigida contra una persona: *A)* Los requisitos del tribunal independiente; *B)* Los requisitos del tribunal imparcial. — III. El derecho a que la causa sea oída equitativamente: *A)* Los supuestos de infracción global del derecho a que la causa sea oída equitativamente; *B)* Como matriz de otros derechos no específicamente reconocidos. — IV. La presunción de inocencia hasta la declaración legal de culpabilidad. V. — El ámbito de aplicación del art. 6; en especial, la noción autónoma de «materia penal» a efectos del Convenio: *A)* Las consecuencias de la noción autónoma de «materia penal» sobre la preservación de la garantía jurisdiccional y de las garantías procesales; *B)* Las consecuencias de la noción autónoma de «materia penal» desde el punto de vista del Derecho español.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es principalmente informativa y sistematizadora de una parte de la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del Convenio.

Pero, aun dentro de ese modesto objetivo, debo reconocer que han influido limitaciones adicionales. La primera deriva de que la jurisprudencia sobre el art. 6 —como la de nuestro TC sobre el art. 24 CE— es la más abundante que genera el TEDH. Es difícil que una intención de estudio exhaustivo quede satisfecha, tanto más cuanto no sólo tiene interés el modo en que se juzga el caso concreto, sino también las argumentaciones obiter dicta que se formulan en las sentencias. La segunda razón tiene que ver con el retraso de publicación en nuestro país de las sentencias del TEDH. La Secretaría del TEDH ha tenido la amabilidad de remitirnos las sentencias dictadas a partir de marzo de 1990. En los apartados correspondientes del trabajo se hace la oportuna referencia a las mismas.

A la finalidad informativa acompañará también, en alguna medida, un planteamiento crítico, que, tal vez, quienes tengan un conocimiento más profundo sobre la labor de la jurisdicción europea de derechos humanos puedan considerar desenfocado.

Conviene, pues, explicarlo.

Soy consciente de que la jurisdicción europea de derechos humanos juzga con la medida del Convenio y proyecta su enjuiciamiento sobre actividades de Estados cuyos ordenamientos jurisdiccionales (orgánicos y procesales) tal vez coinciden en lo fundamental, pero en otros elementos también importantes son muy diversos. Quien tenga inclinación a analizar los casos que se someten al TEDH, y las soluciones que éste da a los mismos, desde los criterios de nuestro Derecho interno, principalmente —habida cuenta de la materia— desde los que fija nuestra norma constitucional, puede quedar sorprendido ante ciertas sentencias.

Esa impresión ciertamente no está justificada si se comprende bien la labor que el TEDH tiene encomendada.

Pero tampoco es de recibo la actitud en cierto modo contraria. Es decir, la tendencia a conformarse, a la hora de valorar la legitimidad, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, de ciertas regulaciones y prácticas de Derecho interno, con las pautas que ofrece el CEDH y la jurisprudencia que lo concreta.

MORENILLA (*Garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, n.º especial II, pág. 193)

recuerda oportunamente una cita de LINDE en el sentido de que la jurisprudencia del TEDH supone «un estándar mínimo susceptible de verse incrementado por la legislación española y la jurisprudencia de nuestros Tribunales», y también el art. 60 CEDH según el cual «ninguna de las disposiciones de este Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier Convenio en que ésta sea Parte».

Es necesario, pues, precaverse frente a aquella tendencia a la que aludí poco antes, porque puede conducir a una lógica de reducción del estándar de reconocimiento y garantías de los derechos fundamentales en nuestro Derecho interno.

II. EL DERECHO A QUE LA CAUSA SEA OÍDA POR UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL QUE DECIDIRÁ SOBRE CUALQUIER ACUSACIÓN EN MATERIA PENAL DIRIGIDA CONTRA UNA PERSONA

El art. 6.1 primer inciso del CEDH establece, una vez separados otros derechos que igualmente se reconocen en la compleja redacción de esta primera parte de la disposición, la garantía jurisdiccional en materia penal. La aplicación de la ley penal, la decisión sobre una acusación en materia penal corresponde a un órgano jurisdiccional.

Esa garantía consiste, estrictamente, en que la potestad de resolución venga atribuida a un órgano en que concurren ciertas cualidades específicas. Otra cosa es que, además de esa especificidad del órgano, se reconozcan también derechos en cuanto al modo en que ese órgano ha de actuar. Esa sería la que podemos denominar garantía procesal, integrada por un conjunto de derechos reconocidos en el apartado 1 y en los otros dos del propio artículo 6. Ambas garantías están interrelacionadas, pero puede distinguirse e incluso cabe la infracción autónoma de cada una de ellas.

Centrándonos ahora en la garantía jurisdiccional, las primeras determinaciones en la jurisprudencia del TEDH acerca de lo que debe entenderse por tribunal aparecen como insatisfactorias, porque expresan un concepto meramente funcional de tribunal.

Así, en el FJ 76 de la Sentencia 28 de junio 1984 (asunto Campbell y Fell), puede leerse lo siguiente:

«En este caso, no se discute que un Comité de inspectores, cuando

ejercita sus facultades litigiosas, es un «Tribunal establecido por la ley». El Derecho inglés aplicable le concede, sin duda, facultades para tomar resoluciones con fuerza de obligar en el ámbito de que se trata, y esta función es judicial como lo demuestra la jurisprudencia en el caso «St. Germain»... Además, el artículo 6.1 al utilizar la palabra «Tribunal» no se refiere necesariamente a un órgano de tipo clásico, formando parte de la organización judicial ordinaria del país.»

Y, de modo similar, en el FJ 64 de la Sentencia 29 abril 1988 (asunto Belilos) se indica:

«Según la jurisprudencia del Tribunal, un «tribunal» se caracteriza, en el sentido de fondo del término, por su función judicial: resolver, conforme a las reglas del Derecho y después de un procedimiento reglado, cualquier cuestión que dependa de su competencia.»

Realmente si hubiera que limitarse a estas constataciones, la garantía jurisdiccional quedaría prácticamente anulada, porque cada Estado sería libre para configurar el régimen del órgano al que atribuya la función judicial, la potestad jurisdiccional, en materia penal.

Este riesgo, sin embargo, no existe porque el Convenio impone, a continuación, que ese órgano al que se encomiendan funciones judiciales reúna los requisitos de independiente e imparcial.

Pasemos a considerar cómo se conciben estos dos requisitos en la jurisprudencia del TEDH.

A) *Los requisitos del tribunal independiente*

El requisito de la independencia del tribunal es, sin duda, el básico para determinar si éste, en el aspecto orgánico, reúne las cualidades necesarias para ser considerado órgano jurisdiccional.

El TEDH parte, para verificar su concurrencia, de una serie de criterios que, aunque expuestos de un modo asistemático, son, de entrada, aceptables.

Los compendia, por ejemplo, el FJ 78 de la Sentencia 28 junio 1984 (asunto Campbell y Fell):

«Para determinar si puede considerarse independiente a un órgano —especialmente en relación al ejecutivo y a las partes (véase, entre

otras, la sentencia de junio de 1981, serie A, núm. 43, pp. 24-55)—, el Tribunal ha tenido en cuenta el modo de designación y la duración del mandato de los miembros (ibidem, páginas 24-25, apartado 57), la existencia de garantías contra las presiones exteriores (sentencia en el caso Piersack de 1 de octubre de 1982, serie A, núm. 53, página 13, apartado 27), y sobre si hay o no apariencia de independencia (sentencia en el caso Delcourt de 17 de enero de 1970, serie A, núm. 11, pp. 17-31).»

Puede, en cambio, resultar sorprendente el modo en que el TEDH llega a ciertas conclusiones a la hora de verificar la aplicación al caso de esos criterios.

En la sentencia 28 junio 1984 (asunto Campbell y Fell) se constata que

«Sus miembros (los del Comité de inspectores) se nombran por el Ministerio del Interior...» pero de ello no se deduce que dependan del Ejecutivo, a pesar de que éste «puede dar consignas a los Comités sobre el ejercicio de sus funciones» pero «no puede dirigirles instrucciones en el ámbito de sus facultades contenciosas».

La comprobación del requisito de la inamovilidad se hace con considerable laxitud: «El nombramiento se hace por tres años o por un período más corto que fija el Ministro... La duración es relativamente breve, ciertamente, pero se explica por una razón comprensible: como los miembros de este órgano no perciben ninguna remuneración, podría ser difícil encontrar personas deseosas y capaces de desempeñar durante el lapso más largo las tareas... El Tribunal señala que en el Reglamento de Prisiones no figura ningún precepto sobre la destitución de los miembros de los Comités, ni ninguna garantía de su inamovilidad. Parece ser que el Ministro del Interior puede pedir a cualquiera de ellos que dimita, pero sólo en circunstancias excepcionales... En términos generales, se debe considerar la inamovilidad de los jueces durante el período de desempeño de su cargo, como un corolario de su independencia y, por consiguiente, como una de las exigencias del artículo 6.1. Sin embargo, la circunstancia de que no se reconozca expresamente en Derecho no implica por sí sola la falta de independencia...»

Por fin el TEDH niega que en el caso concreto la independencia de estos Comités se ponga en peligro por el estrecho contacto de sus miembros con la Administración penitenciaria, respecto a la que

asumen también funciones de fiscalización: «No se cumpliría la exigencia del artículo 6 si los presos pudieran razonablemente creer que el Comité depende de las autoridades debido a la frecuencia de sus relaciones con ellas..., pero, en opinión del Tribunal, estas relaciones que se establecen también con los presos, por sí solas no justifican una impresión así.»

En la Sentencia 29 abril 1988 (asunto Belilos) la comprobación de algunos criterios se funda sobre unas bases más seguras en comparación con el caso anterior

«El mencionado miembro, un Letrado de la Dirección de Policía, tiene la condición de funcionario de la Administración local, pero actúa por sí solo, no está subordinado en el ejercicio de sus funciones, y su juramento es distinto del de los policías, aunque no se incluya en su texto la exigencia de independencia. En principio, es inamovible durante los cuatro años de desempeño de su cargo.»

Pero, a pesar de ello, la constatación de que el miembro de la Junta de Policía puede, en el futuro, desempeñar funciones en la estructura administrativa policial, inclina al TEDH a entender que carece de independencia:

«El miembro de la Junta es un funcionario superior, procedente de la Dirección de Policía y que puede desempeñar en ella en el futuro otras tareas. Los justiciables se inclinarán a verle como un miembro del Cuerpo de Policía, subordinado a sus superiores jerárquicos y compenetrado con sus compañeros. Una situación así puede quebrantar la confianza que los órganos jurisdiccionales deben inspirar en una sociedad democrática.»

Desde una apreciación crítica de la jurisprudencia del TEDH estimo que sería conveniente partir, para la comprobación del requisito de la independencia, de la distinción entre las normas configuradoras de la independencia y las normas que establecen garantías para la misma.

Las primeras son aquellas que, más allá de la simple declaración de que los jueces, en el ejercicio de su específica potestad, son independientes, determinan que el Juez, en el ejercicio de esa potestad, no está sometido a instrucciones, órdenes o reglas distintas a la ley y al Derecho y, específicamente, contrarias a esas únicas reglas de su juicio que él debe aplicar, autónomamente, al caso concreto. Y ello cualquiera sea el órgano estatal del que esos mandatos puedan provenir.

Ahora bien, esas normas, si bien constituyen el contenido jurídico esencial de la independencia del juez, no son suficientes para una realización de la misma de modo tendencialmente pleno. Junto a las posibles técnicas aparentemente jurídicas orientadas directamente a anular la libertad de actuación y decisión del juez de acuerdo con lo que, a su juicio, dispone la ley, existen una serie de situaciones, de presiones —que ya no es necesario que tengan su origen en órganos que puedan formalmente emanar mandatos jurídicos— que, a través de su influencia sobre la persona del juez, puedan tener la virtud de desviar la objetividad de su juicio. Los efectos nocivos de esas situaciones y presiones no pueden neutralizarse jurídicamente de un modo absoluto y directo. Lo que sí cabe es situar al juez, con determinadas técnicas jurídicas, fuera del área de influencia de dichas presiones, de tal modo que pueda adoptar la actitud personal que el ordenamiento exige de él, sin que ello tenga que adquirir matices de heroísmo. Las normas que establecen esas técnicas son las normas de garantía de la independencia.

Esta distinción permite establecer una importante consecuencia. Así como las normas que configuran la independencia judicial tienen un valor absoluto para la existencia de la misma, las que establecen las garantías tienen un valor relativo.

El contexto social y político en el que el Juez se desenvuelve es cambiante históricamente y de Estado en Estado, de modo que las presiones que amenazan a la independencia en su efectividad son distintas, y correlativamente distintas pueden ser también las técnicas de garantía, en cada momento histórico y en cada Estado.

La repercusión de esta distinción en la labor del TEDH debería ser:

1.º) La existencia de normas configuradoras de la independencia judicial en el régimen del órgano estatal cuya actuación se considera, debería verificarse estrictamente por el TEDH.

2.º) En cuanto a las normas de garantía de la independencia, la duda que planteo es la de si el TEDH debería comprobar, en todo caso, que, como mínimo, se ha respetado el estándar nacional de garantías de la independencia, para comprobar, en un segundo momento, si ese estándar se ajusta a un modelo más genérico de garantías de la independencia —que habrá de diseñar la jurisprudencia del Tribunal, porque en Convenio no lo hace—, o si debe limitarse a contrastar directamente las garantías de la independencia que aparecen cumplidas en el caso que se le somete con el segundo modelo al que acaba de hacer referencia.

B) *Los requisitos del tribunal imparcial*

El TEDH ofrece en Sentencia de 1 de octubre de 1982 (asunto Piersack) una definición de imparcialidad que, en verdad, no es muy ilustrativa: es «la ausencia de prejuicios o parcialidades.»

Mas significativamente cabría decir que la parcialidad se sustenta en algún tipo de relación del Juez de un proceso concreto con el objeto o con las partes del mismo, en virtud de la cual existe o puede existir la inclinación de ese juez hacía una solución determinada del caso.

Es tradicional en la jurisprudencia del TEDH la distinción de dos modos de apreciación de la imparcialidad que corresponden a dos diversas manifestaciones de esa exigencia (Sentencia 1 octubre 1982, asunto Piersack, FJ 30; 26 octubre 1984, asunto De Cubber; 24 mayo 1989, asunto Hauschildt, FJ 46).

Por una parte, la parcialidad-imparcialidad existe concretamente en la subjetividad del juez de un proceso concreto y, partiendo de la base de que la parcialidad no se presume, podría probarse que, en concreto, el juez tiene postura tomada en cuanto a la sentencia del proceso de que se trate.

Por otra parte la imparcialidad debe apreciarse de un modo objetivo, que prescinda de la subjetividad del juez respecto al caso concreto. Como dice el FJ 48 de la sentencia 24 mayo 1989 (asunto Hauschildt) ese criterio objetivo

«Consiste... en averiguar si, con independencia de la conducta personal del juez, algunos hechos que pueden comprobarse permiten poner en duda su imparcialidad. A este respecto, incluso las apariencias pueden ser importantes. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben merecer a los que acuden a ellos y, sobre todo, en cuestiones penales a los acusados. Por consiguiente, cualquier juez de quien se pueda temer legítimamente la falta de imparcialidad debe ser recusado... De lo dicho se deduce que, para resolver si en un determinado caso hay un motivo legítimo para temer que un juez no sea imparcial, el punto de vista del acusado es importante, pero no es decisivo... Lo que sí será decisivo es que sus temores estén objetivamente justificados.»

La primera apreciación de la falta de imparcialidad es difícil que tenga éxito, porque requiere la prueba de un factor interno o espiritual como es el de un determinado pre-juicio del juez respecto del caso.

La segunda apreciación ha sido, en cambio, realizada por el TEDH en varios casos significativos.

La Sentencia de 1 octubre 1982 (asunto Piersack) considera el caso de un miembro del Ministerio Fiscal que, trasladado a la judicatura, preside el tribunal que juzga una causa de la que se había ocupado la unidad de la Fiscalía en la que aquel miembro estuvo integrado:

«El señor Van de Walle había dirigido la sección B del departamento del Ministerio Público en Bruselas, responsable de la investigación dirigida contra el señor Piersack. Como superior jerárquico de los adjuntos encargados del caso, señora Del Carril y después señor De Nauw, podía haber revisado cualquier escrito que debiera presentarse a los tribunales, discutido con ellos sobre la orientación que debía darse al caso, así como asesorarles sobre cuestiones jurídicas... De otra parte, la información obtenida por la Comisión y por el Tribunal... tiende a confirmar que el señor Van de Walle jugó efectivamente un cierto papel en el procedimiento.

En cualquier caso, importa poco saber si, como cree el Gobierno, el señor Piersack ignoró estos hechos en aquel momento. Como tampoco es necesario tratar de medir la extensión precisa del papel jugado por el señor Van de Walle, realizando otras investigaciones en orden a determinar, por ejemplo, si discutió el caso particular con la señora Del Carril y con el señor De Nauw. Es suficiente constatar que la imparcialidad del tribunal al que incumbía decidir sobre el fondo de la acusación podía ser sometida a duda.»

Del tema, en un caso en que el juez que se integró en el tribunal que había de juzgar la causa había sido, con anterioridad, instructor de la misma causa, se ocupa la Sentencia de 26 de octubre de 1984 (asunto De Cubber) en la cual se constata:

«En primer lugar, el contraste entre Magistrado del Ministerio Fiscal y Magistrado instructor se revela menos evidente que a primera vista si se examinan de cerca los textos legales...»

A esto se añade los amplios poderes de los que dispone como Magistrado instructor, habilitado para «todo lo que no le está prohibido por la ley, ni sea incompatible con la dignidad de sus funciones»... El Tribunal dispone de escasas notificaciones sobre las medidas adoptadas por el señor Pilate, salvo en lo que concierne a la orden de detención contra el demandante de 5 de abril de 1977, pero éstas

han debido alcanzar una amplitud considerable si se juzga por la complejidad del caso y la duración de la instrucción preparatoria...

Pero hay más. Esta última, de tipo inquisitorial, reviste en el Derecho belga un carácter secreto y no contradictorio, lo que le distingue de la instrucción dirigida a la audiencia de la jurisdicción que debe emitir el fallo, ... se comprende así que un inculpado pueda inquietarse si encuentra, en el seno del Tribunal llamado a decidir sobre la fundamentación de la acusación, al Magistrado que le había puesto en situación de detención preventiva y le había interrogado frecuentemente durante la instrucción preparatoria, estando sus preguntas dictadas por la preocupación de descubrir la verdad.

Además, tal Magistrado, a diferencia de sus colegas, conocía ya de forma particularmente profunda, bastante antes de las audiencias y gracias a los diversos medios de investigación que había utilizado durante la instrucción, él o los informes —a menudo voluminosos— constituidos por sus trabajos.

También se comprende que pueda, a los ojos del interesado, aparecer ocupando una situación que le permita desempeñar un papel capital en la jurisdicción que debe pronunciar el fallo, habiéndose formado por anticipado una opinión que pueda pesar en el ánimo del tribunal a la hora de la decisión.»

Todo lo cual le lleva a concluir que, en el sentido objetivo más arriba expuesto, faltaba imparcialidad en el tribunal.

Pero, en un modelo de instrucción previa distinto al que originó el caso anterior, también puede darse situaciones que excluyan en un sentido objetivo la imparcialidad. Aquel caso surge de un régimen de instrucción previa judicial, el asunto Hauschildt se produce en uno de instrucción previa realizada por la policía y por el Ministerio Fiscal, pero en la que se reservan a los jueces determinadas resoluciones.

La Sentencia de 24 de mayo de 1989 (asunto Hauschildt) —se remite a esta jurisprudencia la sentencia de 16 de diciembre de 1992 (asunto Sainte Marie)— empieza por apuntar argumentos que excluirían la falta de imparcialidad:

«Como resulta de los artículos 742 y 743 de la Ley..., la investigación o instrucción y las actuaciones dependen exclusivamente en Dinamarca de la policía y del Ministerio Fiscal. Las funciones judiciales cuyo ejercicio ha suscitado los temores del (ahora) demandante, y que se refieren al período anterior al juicio, son las de un

juez independiente al que no corresponde prepararlo ni resolver si ha de juzgarse el acusado... Así sucedió con las resoluciones a que se refiere el señor Hauschildt, incluidas las de la prolongación de su prisión provisional o de su incomunicación. Todas se dictaron a petición de la policía, petición que el afectado, con la asistencia de su abogado, impugnó o pudo impugnar... En estas cuestiones, por lo general, las audiencias son públicas. La verdad es que el caso de autos se diferencia de los llamados Piersack, De Cubber, ya citados antes, y Ben Yaacoub ... por la índole de las tareas desempeñadas por los jueces antes de intervenir en el juicio.

Además, las cuestiones que un juez tiene que resolver antes del proceso propiamente dicho no son las mismas a que se refiere el fallo definitivo. Cuando se pronuncia sobre la prisión provisional o sobre otros problemas de esta clase en la fase previa, aprecia sumariamente los datos disponibles para determinar si a primera vista, las sospechas de la policía tiene algún fundamento; cuando dicta la sentencia al final del juicio, tiene que averiguar si las pruebas practicadas y discutidas en él son suficientes para justificar la condena. No se pueden equiparar las sospechas con una declaración formal de culpabilidad... En opinión del Tribunal, el mero hecho de que un juez de primera instancia o de apelación, en un sistema judicial como el danés, haya dictado ya resoluciones antes del juicio, especialmente sobre la libertad provisional, no basta para justificar los temores sobre su imparcialidad.»

Sin embargo a continuación comprueba que la disposición legal en la que se basaron las prórrogas de la prisión provisional exigía del juez un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad del acusado particularmente intenso:

«Un juez, para aplicar el artículo 762.2, debe inter alia, asegurarse de que hay «sospechas confirmadas» de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa. Según las explicaciones oficiales, quiere decir esto que debe estar convencido de que es «muy clara» la culpabilidad... De esta manera, la diferencia entre la cuestión que hay que resolver para aplicar dicho artículo y la que es objeto del juicio se convierte, en tal supuesto, en muy pequeña.

Por consiguiente, entiende el Tribunal que, en las circunstancias que concurren en este caso, la imparcialidad de los tribunales com-

petentes suscitaba dudas y que los temores del señor Hauschildt, a este respecto, pueden considerarse objetivamente justificados.»

Ya se deduce de los razonamientos de las sentencias hasta ahora consideradas que no cualquier intervención del juez respecto al asunto que, con posterioridad, se somete a su potestad jurisdiccional en un proceso penal, es suficiente para determinar objetivamente su falta de imparcialidad. En la Sentencia de 24 de noviembre de 1986 (asunto Gillow) se consideran, para negarles esa consecuencia, otros modos de intervención como el de haber conocido de un asunto judicial conexo, haber dictado resoluciones de dirección procesal en otro proceso penal conexo, o haber podido conocer del asunto en vía administrativa desde el anterior destino del funcionario que, después, llega a ser magistrado:

«El Tribunal observa, ante todo, que si bien las dos apelaciones de las que conoció la Royal Court tenían un núcleo común, se referían a dos personas y a dos cuestiones distintas: un litigio civil, sobre la denegación de autorizaciones a la señora de Gillow por el Servicio de la Vivienda, y unas actuaciones penales contra el señor Gillow por ocupación ilegal de «Whiteknights». Ciertamente, con una excepción, los miembros de la Royal Court que fallaron el primer asunto conocieron también del segundo, pero esto, en sí mismo, no basta para dudar justificadamente de la imparcialidad de dicho tribunal. Es frecuente, en los Estados que han suscrito el Convenio, que los tribunales superiores conozcan sucesivamente de casos análogos o relacionados entre sí.

Quedan las alegaciones de parcialidad formuladas por los demandantes contra dos miembros de la Royal Court: el que conoció, como «Magistrate», del proceso penal que se intentó contra la señora de Gillow y el que había sido Presidente del Servicio de la Vivienda. La única resolución que tomó el primero, como «Magistrate», fue la de suspender, al final sine die, la vista de las acusaciones formuladas contra la señora de Gillow. En cuanto al antiguo Presidente del Servicio de la Vivienda, las pruebas aportadas ante el Tribunal no demuestran que, en algún momento, haya intervenido, directa o indirectamente, en el asunto de los demandantes.»

La sentencia de 23 de mayo de 1991 (asunto Oberschfick) estima que carece de imparcialidad un tribunal que conoce de la segunda instancia presidido por un magistrado que formó parte del tribunal que juzgó en primera instancia.

Auténticos casos límite de carencia de imparcialidad en sentido objetivo eran, o hubieran podido ser, los contemplados en la sentencia de 27 de agosto de 1991 y en la sentencia de 25 de junio de 1992.

La primera, dictada en el asunto Demicoti, declara que se da esa carencia en un parlamento actuando para castigar ofensas a algunos miembros del mismo, presuntamente causadas en un artículo periodístico, y formando parte del parlamento los propios diputados que, ofendidos, formularon la denuncia.

La segunda, dictada en el asunto Thargeir Thorgeirson, considera que la ausencia del Ministerio Fiscal en la audiencia hubiera implicado pérdida de la imparcialidad en sentido objetivo, si se hubiera tratado el fondo del asunto, porque podría entenderse que, en tales condiciones el órgano jurisdiccional está asumiendo la posición del Ministerio Fiscal.

III. EL DERECHO A QUE LA CAUSA SEA OÍDA EQUITATIVAMENTE

El derecho que se reconoce en el primer inciso del art. 6.1 CEDH expresa, del modo más genérico, la garantía procesal que debe rodear la actuación de la ley penal: que la causa sea oída por el tribunal equitativamente.

No basta con la garantía jurisdiccional (orgánica) sino que se establecen derechos relativos al modo en que debe actuarse para el tratamiento y la resolución sobre la causa penal.

El derecho genérico a la audiencia equitativa de la causa coexiste, en el artículo 6, con otros derechos específicos, cuyos objetos se incardinan también en el modo de tratamiento y resolución de la causa penal.

¿Qué relación existe entre aquél y éstos?

De la respuesta que da la jurisprudencia del TEDH puede servir como ejemplo el FJ 26 de la Sentencia 12 febrero 1985 (asunto Colozza):

«Durante los debates ante el Tribunal, el abogado del requirente ha alegado la violación del párrafo 3.a) del artículo 6. La Comisión, por su parte, considera el caso a la luz del párrafo 1; en cuanto al Gobierno, éste se defiende de toda posible infracción. El Tribunal recuerda que las garantías del párrafo 3 del artículo 6 constituyen aspectos de la noción general de proceso justo... En las circunstancias de la causa, teniendo en cuenta también las citadas garantías, estima que debe examinar la queja bajo la perspectiva del párrafo 1.»

Y también el FJ 56 de la sentencia 27 febrero 1980 (asunto Dewer):

«La presunción de inocencia que consagra el párrafo 2 y los diversos derechos que el párrafo 3 enumera en términos no exhaustivos («notamment» «minimous rights») constituyen elementos, entre otros, de la noción de proceso justo en materia penal.»

Dado que ésta sea la relación, hay que plantearse en qué supuestos la cláusula general del derecho a la audiencia equitativa de la causa desarrolla una funcionalidad por sí misma, con separación de los diversos derechos específicos que constituyen elementos —pero no los únicos— de aquel derecho genérico.

El estudio de la jurisprudencia del TEDH permite concluir que tales supuestos son básicamente dos: aquellos en que se halla en cuestión una infracción global de ese derecho y aquellos en los que de tal derecho genérico se deduce, o se pretende deducir por los postulantes ante el TEDH, algún derecho o garantía específicos que no están expresamente reconocidos en el Convenio.

A) *Los supuestos de infracción global del derecho a que la causa sea oída equitativamente*

En algunos casos se plantean ante el TEDH infracciones de varios derechos procesales específicos reconocidos en el artículo 6, alegándose al mismo tiempo por alguna de las partes que aquéllas suponen también infracción del derecho genérico reconocido en el primer inciso del art. 6.1.

Ante tales planteamientos el TEDH, sin marginar el análisis de las infracciones denunciadas de los derechos específicos, hace pasar a un primer plano la infracción del derecho genérico a que la causa sea oída equitativamente, si lo que destaca en el caso es una violación global de los derechos procesales del artículo 6 o de gran parte de los mismos.

Esa violación global puede presentarse de dos formas que pasamos a considerar.

a) Si se ha producido una indebida privación del acceso o la participación en un proceso justo.

Esta primera clase de violación global puede ejemplificarse con la sentencias de los asuntos Colozza y Dewer.

La Sentencia de 12 febrero 1985 (asunto Colozza) se ocupó de un

caso en el que el imputado en un proceso penal ante tribunales italianos fue notificado por los procedimientos establecidos para personas en ignorado paradero y se siguió frente a él proceso en rebeldía.

El TEDH constata, en el FJ 27, que:

«Aunque no mencionada en los términos expuestos del párrafo 1 del artículo 6, la facultad para el acusado de tomar parte en la audiencia se desprende del objeto y del fin del artículo en su conjunto. Por lo demás, los apartados c) d) y e) del párrafo 3 reconocen a «todo acusado» el derecho a «defenderse por sí mismos», «interrogar o hacer interrogar a los testigos» y «hacerse asistir gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia», lo que no se concibe apenas sin su presencia.»

Aunque sería posible considerar si y en qué condiciones un acusado puede renunciar a estar presente, el TEDH no entiende necesario hacerlo en este caso (FJ 28). Me inclino más bien por pensar que el TEDH se lo plantea en realidad, llegando a la conclusión de que no se ha producido esa renuncia y, por tanto, que se ha violado el derecho a que la causa sea oída equitativamente.

En efecto,

«...según jurisprudencia constante, la renuncia al ejercicio de un derecho garantizado por el Convenio debe encontrarse establecido de manera inequívoca.

Ahora bien, no se trata aquí de un inculpado a quien se ha dirigido una notificación personal y que, después de haber tenido de este modo conocimiento de los motivos de la acusación, renuncia, expresamente a comparecer y defenderse. Las autoridades italianas han inferido tal renuncia de la cualidad de «latitante» que otorgaban al señor Colozza, basándose en una simple presunción...

En opinión del Tribunal, esta presunción no está suficientemente basada. No se deduce del examen de los hechos que el requirente haya tenido noticia de la apertura de diligencias contra él. Estaba, sin más, considerado al corriente, gracias a las notificaciones depositadas en la secretaría del juez de instrucción y después en la del Tribunal. Además, las investigaciones realizadas para encontrarle fueron inadecuadas...

En conclusión, de los documentos de que ha dispuesto el Tribunal no se desprende que el señor Colozza haya renunciado a compare-

cer y a defenderse, ni que haya tenido la intención de sustraerse a la justicia. El Tribunal no tiene, pues, que determinar si un acusado que ha eludido verdaderamente a la justicia pierde al mismo tiempo el beneficio de los derechos en cuestión.»

Se completa el razonamiento para considerar producida la infracción con consideraciones sobre los recursos que el ordenamiento debe poner a disposición de un condenado en rebeldía:

«...es preciso que los recursos ofrecidos por el derecho interno se manifiesten efectivos y que no sea de la incumbencia del «acusado» probar que no pretendía eludir la acción de la justicia, ni que su ausencia se justificaba por un caso de fuerza mayor.

Según la jurisprudencia italiana, el requirente podía interponer una «apelación fuera de plazo», lo que efectivamente hizo...

Esta vía de recurso no satisface los criterios enunciados anteriormente. La jurisdicción competente no puede resolver sobre la «fundamentación de la acusación» en los hechos y en Derecho más que si constata la inobservancia, por parte de las autoridades competentes, de las reglas que han de seguirse para declarar al acusado latitante o para notificarle las piezas del procedimiento; además, incumbe al interesado demostrar que no pretendía sustraerse a la justicia...

En el presente caso, ni el Tribunal de Apelación ni el Tribunal de Casación han reparado la violación alegada; el primero se ha limitado a estimar el recurso inadmisibles y el segundo ha concluido en la legitimidad de la declaración de latitanza.»

Con la misma jurisprudencia puede verse también la Sentencia de 12 de octubre (asunto T. contra Italia).

La Sentencia de 27 de febrero 1980 (asunto Dewer) se ocupa de una modalidad distinta de pretendida renuncia del acusado a su derecho al proceso, que el TEDH tampoco acepta que sea conforme con el Convenio.

En el caso el Sr. Dewer había aceptado una multa transaccional por determinada infracción, con lo cual quedaba excluida la prosecución del proceso penal. Pero la alternativa de la no aceptación hubiera sido la inmediata efectividad de una orden de cierre de la empresa a resultas de lo que se resolviera en el proceso penal. La aplicación de esta orden hubiera tenido para el interesado graves consecuencias.

El TEDH no afirma de modo absoluto que las transacciones que

eviten la continuación de un proceso penal sean contrarias al Convenio. Sostiene, en cambio, que «entre las condiciones a satisfacer figura en todo caso la ausencia de amenaza» (FJ 49) y pasa a continuación a examinar en qué consistía la amenaza:

«El Tribunal constata que si la perspectiva de comparecer ante el juez es seguramente de tal naturaleza que incite a muchos «acusados» a mostrarse acomadaticios, la presión que crea sobre ellos no tiene nada de incompatible con el Convenio...

En resumen, el interesado apenas temería la prosecución del procedimiento, ya que tenía oportunidades de terminar con la absolución, precedida o no de un recurso prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas... La «amenaza» dirigida contra el demandante era otra, el orden de cierre; de 30 de septiembre de 1974. Esta orden debía producir sus efectos cuarenta y ocho horas después de la comunicación de la decisión del Procurador del Rey; podía permanecer en vigor hasta la fecha en la que la jurisdicción competente hubiera resuelto sobre la infracción... En ese tiempo, es decir, puede que durante meses, el demandante hubiera perdido los productos de su actividad profesional; corría el riesgo de tener que continuar remunerando a su personal y de no recuperar a su clientela...

Habría por consecuencia sufrido un daño considerable. En realidad, el Procurador del Rey de Lovaina proponía al señor Dewer un medio de escapar del peligro: ingresar 10.000 francos belgas en concepto de «acuerdo amable»... Se trataba de un mal menor. La cantidad indicada, el Gobierno lo señala con justo título, apenas sobrepasaba el límite inferior —3.000 francos belgas— «de la multa legalmente aplicable»... La «relativa modicidad» de la suma reclamada suscita, en realidad, contra la tesis del Gobierno porque reforzaba la presión ejercida por la orden de cierre. Era tan apremiante que no podía extrañar que el interesado cediera.»

Esto le permite, en definitiva, concluir al TEDH que:

«En resumen, la renuncia del señor Dewer a un proceso justo, rodeado del conjunto de garantías que el Convenio exige en la materia, se encuentra determinada por una amenaza. Ha habido, pues, violación del artículo 6, párrafo 1.»

b) La segunda forma que puede presentar la violación global del derecho a que la causa sea oída equitativamente requiere considerar el

conjunto del proceso para concluir, a partir de la constatación de una multiplicidad de infracciones de derechos específicos, una violación de aquel derecho genérico.

La Sentencia de 6 diciembre 1988 (asunto Barberá, Messegué y Jabardo) contempla un caso que puede ser paradigmático de esta forma de violación del derecho a que la causa sea oída equitativamente.

Los demandantes, tras exponer una queja sobre el cambio inopinado en la composición del tribunal —cambio que estimaban lesivo de la imparcialidad— alegan que:

«...el cambio en la composición del Tribunal no fue un incidente aislado: se relacionaba con las condiciones en que se desarrolló el proceso en la instancia (y se añadía a ellas), en especial con las circunstancias del traslado de los proces a Madrid, las medidas de seguridad tomadas en la sesión, la «asombrosa» brevedad del juicio y la pasividad del Ministerio Fiscal. Había en ello muchos elementos que permitían la conclusión de que el Tribunal, convencido ya de la culpabilidad de los señores Barberá, Messegué y Jabardo, consideraba el juicio del 12 de enero de 1982, como una mera formalidad. Ahora bien, según ellos, esta íntima convicción sólo podía fundarse, a la sazón, en las confesiones arrancadas por la policía, puesto que el Juez de Instrucción no hizo ningún esfuerzo para establecer los hechos. Los interesados critican además la manera en que se practicaron las pruebas, sin respetarse los principios de contradicción y de igualdad de medios.»

Los demandantes califican esos hechos como infracciones del apartado 1 del art. 6, en relación con los apartados 2 y 3 d), pero el TEDH ya empieza por puntualizar que:

«Las exigencias de los dos últimos son aspectos especiales del derecho a un proceso justo que garantiza el primero...; los tendrá, pues, en cuenta al examinar los hechos en el ámbito del apartado 1.

Corresponde en principio a los Tribunales internos, y especialmente al de primera instancia, apreciar los elementos probatorios con que se ha contado y la pertinencia de los propuestos por el acusado... No obstante, el Tribunal debe averiguar —en lo cual coincide con la Comisión— si el procedimiento considerado en su conjunto, con inclusión de los medios de prueba propuestos por la acusación y la defensa, ha tenido el carácter justo que pretende el artículo 6.1.»

El estudio de los diversos agravios alegados hace que el TEDH

«Teniendo en cuenta el tardío traslado de los demandantes de Barcelona a Madrid, el cambio inopinado en la composición del Tribunal inmediatamente antes del principio del juicio, la brevedad de las sesiones de éste y, sobre todo, la circunstancia de que pruebas muy importantes no se practicaron y discutieron adecuadamente en el juicio, en presencia de los acusados y públicamente, llega a la conclusión de que el procedimiento controvertido, considerado en su conjunto, no ha atendido las exigencias de un proceso justo y público. Por consiguiente, se ha violado el artículo 6.1.»

B) *Como matriz de otros derechos no específicamente reconocidos*

Esta funcionalidad del derecho a que la causa sea oída equitativamente entiendo que, o bien las partes intentan hacerla valer ante el TEDH, o bien éste la reconoce aunque sea en abstracto (es decir, sin perjuicio de su sentencia en el caso concreto), en algunas sentencias que, a modo de ejemplo, comentaré.

Se trata de extraer de esa cláusula tan genérica del art. 6.1 unas exigencias específicas para el régimen del proceso que no han encontrado formulación expresa en el art. 6.

Un primer ejemplo lo proporciona la Sentencia de 17 enero 1970 (asunto Delcourt). La razón de la queja en este asunto era que un representante de la Fiscalía General ante el Tribunal de Casación, que había formulado sus conclusiones en la vista pública del recurso, estuvo luego presente (porque la legislación belga lo autoriza), con voz pero sin voto, en las deliberaciones del Tribunal para formar la sentencia.

Una de las perspectivas de planteamiento del caso era la de la violación del derecho a la igualdad de las partes en cuanto a las posibilidades de participar en la contradicción procesal.

Ese planteamiento se somete en efecto al TEDH, que reconoce que el principio de igualdad de trato es un aspecto del concepto más amplio de proceso justo:

«A lo largo de sus respectivas conclusiones, tanto la Comisión como el Gobierno han hecho expresa y principal mención al principio denominado como de «igualdad de trato». El Tribunal, no obstante, examinará el problema a la luz del contenido total del párrafo 1 del artículo 6. El principio de igualdad de trato no agota el contenido de

dicho párrafo, no constituye sino un aspecto del concepto más amplio de un juicio justo ante un Tribunal independiente e imparcial.»

Esa doctrina conduce en la Sentencia de 30 de octubre de 1991 (asunto Bangers) a estimar la demanda, por entender que la privilegiada posición del Ministerio Fiscal en la casación belga viola el principio de igualdad de armas.

Como segundo ejemplo puede servir la Sentencia 6 diciembre 1988 (asunto Colak). El caso planteaba cuestión respecto al deber de notificación al acusado del cambio de punto de vista jurídico sobre los hechos planteados por la acusación, cambio que, de oficio, podía realizar el tribunal.

Las circunstancias de hecho concurrentes en el caso determinaron que el TEDH entendiera que no se había producido infracción del Convenio. Pero lo que me interesa destacar es que el TEDH admitió que el caso se planteara desde la perspectiva del derecho al juicio justo, y lo resolvió desde ella. Ni las partes, ni el TEDH lo recondujeron al art. 6.3, a («derecho a ser informado... de naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él»), tal vez porque no deba entenderse que, en los supuestos de cambio de punto de vista jurídico *ex officio* por el tribunal, exista una acusación, sino que el deber de notificar ese cambio tiene por finalidad la tutela del derecho de contradicción respecto del ejercicio de los poderes *ex officio* del juzgador.

Del derecho a que la causa sea oída equitativamente se haría derivar el derecho a ser informado del modo en que puede ser ejercitados los poderes oficiales del juzgador, para que la postura procesal de las partes pueda orientarse adecuadamente.

En el asunto Schenk resuelto por la Sentencia de 12 julio 1988, se evidencia un intento de fundar en la cláusula general del derecho al juicio justo, el derecho más específico, y que no está expresamente reconocido en el art. 6, a que no se reconozca valor procesal a las pruebas ilegítimamente adquiridas.

El planteamiento del demandante era éste:

«El uso de un medio de prueba conseguido ilegalmente basta para convertir en injusto el procedimiento, y que su condena se fundaba principalmente en la cinta grabada. Entiende que, ciertamente, es necesario sopesar los intereses en pugna —el público en esclarecer lo ocurrido en relación a un delito grave, y el privado en amparar el secreto de una conversación telefónica— pero, según él, debe ha-

cerse antes de la grabación, no después y, en ningún caso, ilegalmente.»

El TEDH, para dar respuesta a la pretensión del demandante sienta la siguiente consideración:

«Aunque el Convenio garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso justo, no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno.

El Tribunal no puede, por consiguiente, excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, como la de que se trata. Sólo le corresponde averiguar si el proceso del señor Schenk, considerado en su conjunto, fue un proceso justo.»

Definitivamente el TEDH resolvió que haber dado eficacia en el proceso a una prueba obtenida ilegalmente no había lesionado el derecho a un juicio justo. No obstante, el planteamiento del que parte el Tribunal no excluye que, si las circunstancias del caso hubieran sido otras, en ese derecho hubiera podido fundarse la ineficacia procesal de esa prueba.

La Sentencia de 25 de febrero de 1993 (asunto Funke) fundamenta en el derecho a un juicio equitativo, el derecho a no realizar aportaciones documentales autoincriminatorias.

IV. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA HASTA LA DECLARACIÓN LEGAL DE CULPABILIDAD

El estudio de la jurisprudencia sobre el derecho reconocido en el art. 6.2 CEDH requiere partir de una consideración previa.

Como sostiene VEGAS TORRES en una monografía de próxima publicación sobre «Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal», el análisis de la cláusula de presunción de inocencia en diversos textos normativos lleva a concluir que tiene tres distintos significados:

1.º) La presunción de inocencia podría ser, en primer lugar, el concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, concretamente el proceso penal de corte liberal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.

2.º) La presunción de inocencia podría ser, en segundo término, un

postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculpado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso.

3.º) Finalmente, la presunción de inocencia podría ser una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

En la sistemática del CEDH el primer significado lo asume, más que la cláusula de la presunción de inocencia del art. 6.2, el reconocimiento del derecho a que la causa sea oída equitativamente, que se formula en el art. 6.1. No obstante, la conexión entre ambos preceptos del art. 6 suele hacerse patente por lo menos en el planteamiento del caso ante la jurisdicción europea de derechos humanos, porque es frecuente que se aleguen conjuntamente ambas infracciones (así S. 6 diciembre 1988, asunto Barberá, Messegué y Jabardo; S. 26 marzo 1982, asunto Adolf; S. 12 julio 1988, asunto Schenk; S. 7 octubre 1988, asunto Salabiaku).

El segundo significado de la presunción de inocencia guarda más estrecha relación con el contenido del art. 5 CEDH. El reconocimiento de la presunción de inocencia debe interpretarse sistemáticamente con (al menos parte) del art. 5 CEDH, para llegar a una conclusión como mínimo próxima a la establecida por nuestro TC, por ejemplo en su S. 108/1984, de 26 de noviembre, según la cual «la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares, siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada e irracional no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al excaso».

La significación preponderante de la cláusula de presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH afecta a las exigencias respecto a la prueba, necesarias para que pueda hacerse una válida declaración de culpabilidad.

Ese también es el campo en que el derecho a la presunción de inocencia tiene una más amplia aplicación en nuestro Derecho. Pero es de interés constatar que la jurisprudencia del TEDH no se plantea a la luz de esa presunción la misma clase de problemas que prácticamente han

absorbido la mayor parte de la jurisprudencia de nuestro TC sobre la repetida presunción.

En la formación de la jurisprudencia sobre el derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional tuvo que plantearse y resolver la cuestión de sobre qué base podía el juzgador fundar su convicción acerca de los hechos, destructora de aquella inicial presunción. La respuesta era obvia: sobre la base de la prueba. Dejando a salvo la potestad de valoración, propia del juzgador ordinario, la desvirtuación de la presunción requiere «una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales, que de alguna forma pueda entenderse de cargo... y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dichos presupuestos en caso de recurso (scilicet de amparo)» (STC 113/1980, de 31 de agosto).

En el asunto Schenk, resuelto por la STEDH de 12 de julio de 1988, el demandante postulaba la declaración de una infracción del art. 6.2 sobre la base de una argumentación muy similar a la que fundamenta las violaciones de la presunción de inocencia en Derecho español y se encontró con una respuesta negativa, tanto de la Comisión como, del Tribunal:

«El señor Schenk alega también que su culpabilidad no ha sido declarada «legalmente», debido a que se consiguió la grabación en forma ilegal. Entiende que con ello se violó el principio de la presunción de inocencia, garantizado por el artículo 6.2. ...

En opinión de la Comisión, la reclamación depende en realidad del concepto del proceso justo. La referencia al artículo 6.2 se debe a una interpretación equivocada. En la Vista ante el Tribunal, el Delegado añadió que, en el caso de autos, el acusado había disfrutado de la presunción de inocencia hasta que se probó legalmente su culpabilidad, puesto que los tribunales suizos consideraron que el proceso había sido perfectamente legal en su conjunto, a pesar del incumplimiento de un precepto legal».

Para el Tribunal, la relación de las audiencias públicas del 9 al 13 de agosto y el texto del fallo del 13 de agosto de 1982... no permite pensar que el Tribunal de lo Penal de Rolle tratara al señor Schenk como culpable antes de condenarle. La mera inclusión de la cinta grabada en los autos no basta para probar la alegación del demandante, de suerte que tampoco aquí se incumplieron las exigencias del convenio.»

Idéntica orientación mantiene el TEDH en la S. 6 diciembre 1988 (asunto Barberá, Messegué y Jabardo):

«Los señores Barberá y Messegué se consideran además víctimas de un ataque a la presunción de inocencia al condenárseles, con el único fundamento de sus confesiones a la policía, por un Tribunal, la Audiencia Nacional, que se mostró parcial en perjuicio suyo. El Gobierno, con invocación de las Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, sostiene que la Audiencia Nacional dispuso, en realidad, de otras pruebas.

Se infringe la presunción de inocencia cuando, sin que se pruebe, legal y previamente, la culpabilidad de un acusado, se refleja en una resolución judicial que le afecta el sentir de que es culpable. En el caso de que se trata, no resulta de los autos que la Audiencia Nacional o el Magistrado que la presidía hayan tomado, durante el procedimiento y especialmente en el juicio oral, resoluciones o actitudes que manifestaran un sentimiento así. El Tribunal no advierte, pues, que se haya violado el artículo 6.2.»

En el asunto Salabiaku, resuelto por la Sentencia de 7 octubre 1988, (puede verse también sobre el tema la Sentencia de 25 de diciembre de 1992, dictada en el asunto Pham Hoang) sí que hay en cambio un cierto acercamiento al sector de problemas que, en nuestro Derecho, se examinan desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia.

El demandante alegaba que la presunción *iuris et de iure* establecida por cierto artículo del Código de Aduanas francés (según el cual la mera tenencia de mercancías prohibidas importadas de contrabando implicaba culpabilidad de un delito de contrabando de mercancías prohibidas) era contraria a la presunción de inocencia del art. 62. CEDH.

El TEDH no excluye que esa infracción sea posible, y, en el FJ 28 de la última sentencia citada argumenta:

«Todos los sistemas legales conocen las presunciones de hecho o de Derecho. Es claro que el Convenio no se opone, en principio, a dichas presunciones, pero en materia penal obliga a los Estados contratantes a mantenerse dentro de ciertos límites. Si, como parece entender la Comisión..., el apartado 2 del artículo 6.º se limitase a establecer una garantía que deben respetar los Jueces durante el desarrollo de los procedimientos judiciales, sus exigencias se confundirían de hecho, en gran parte, con el deber de imparcialidad que impone el apartado 1. Sobre todo, el legislador nacional podría li-

brememente privar al Juez de instancia de una auténtica facultad de apreciación y dejaría sin contenido a la presunción de inocencia si las palabras «legalmente declarada» implicasen un reenvío incondicional al Derecho interno. Un resultado así no concordaría con el objeto y la finalidad del artículo 6 que, al proteger el derecho de todos a un proceso justo y, especialmente, al beneficio de la presunción de inocencia, pretende consagrar el principio fundamental de la preeminencia del Derecho...

El artículo 6.2 no es ajeno, por tanto, a las presunciones de hecho o de Derecho que se formulan en las leyes penales. Exige a los Estados que las mantengan dentro de límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad de lo que está en juego y respetando los derechos de la defensa. El Tribunal tiene que averiguar si se sobrepasaron estos límites en perjuicio del señor Salabiaku.»

El TEDH acaba, sin embargo, por aceptar que no se ha producido infracción del art. 6.2, primero, porque la jurisprudencia de los tribunales franceses ha tendido a configurar tal presunción como una presunción *iuris tantum*, y, segundo y fundamentalmente, porque, en el caso concreto

«Se deduce claramente del fallo de 27 de marzo de 1981 y de la Sentencia de 9 de febrero de 1982 que los juzgadores han evitado con cuidado utilizar la presunción que establece el artículo 392.1 del Código de Aduanas. Como señaló el Tribunal de casación en su Sentencia de 21 de febrero de 1983, ejercitaron su facultad de apreciación teniendo en cuenta las pruebas practicadas en el juicio, y dedujeron del («hecho material de la tenencia») una presunción que no fue destruida por la existencia de ningún hecho ajeno al autor de la infracción o inevitable» (apartado 15). Como dice el gobierno, han apreciado en las circunstancias del caso algún «elemento intencional», aunque legalmente no lo necesitaron para llegar a la condena. Resulta de lo dicho que los tribunales franceses no aplicaron, en el caso de autos, el artículo 392.1 del Código de Aduanas de manera que afectara a la presunción de inocencia.»

De manera predominante en la jurisprudencia del TEDH la infracción de la presunción de inocencia se entiende existente si se ha producido una declaración del tribunal que, sin haber sido precedida por el procedimiento legal y sin haberse respetado las garantías de la defensa, exprese un juicio de culpabilidad respecto al acusado (así FJ 37 de la Sentencia 25 de marzo 1983, asunto Minelli, entre otras).

Obviamente, la infracción existe si a la expresión de ese juicio el ordenamiento interno vincula, además, alguna consecuencia jurídica desfavorable respecto a dicho acusado.

Ese era el caso, por ejemplo, que se consideró en el asunto Minelli, resuelto por la Sentencia de 25 de marzo de 1983:

«La Sala del Tribunal de Apelación se fundaba en el artículo 293 del Código de Zurich de Procedimiento Penal, que, en materia de procedimientos penales privados por ofensa del honor, permite derogar en circunstancias especiales, la regla según la cual la parte que pierda paga los gastos de procedimiento y debe indemnizar a la otra parte de los gastos ocasionados... De la jurisprudencia de Zurich deduce «que la obligación de reportar las costas y gastos» debían en el caso, «depender de la sentencia que habría sido dictada» sin la finalización por prescripción. Para decidir sobre este punto, se centraba en cuatro elementos...

Estos motivos, ampliamente desarrollados e indisociables del dispositivo..., conducían a la Sala del Tribunal de Apelaciones a concluir que, sin la prescripción, el artículo del National Zeitung habría «llevado muy probablemente a condena» del acusado... La Sala del Tribunal de Apelaciones se encontraba así convencida de la culpabilidad del acusado... No obstante, en ausencia de constatación formal y a pesar de algunas preocupaciones terminológicas («según parece verdadero, muy probablemente»), se trataba de apreciaciones incompatibles con el respeto a la presunción de inocencia.»

Pero la infracción de la presunción de inocencia puede también considerarse existente si el tribunal se limita a expresar —sin otra consecuencia desfavorable que traiga causa de esa constatación— tal juicio de culpabilidad y aunque no lo haga en la parte dispositiva de su resolución, sino sólo en la motivación que le sirve de fundamento.

Esta observación la formula el TEDH en la Sentencia 26 de marzo de 1982 (asunto Adolf) y en las Sentencias todas de 25 agosto de 1987 (asuntos Lutz, Englert y Nölkebockhoff). En los cuatro asuntos la infracción de la presunción de inocencia acaba siendo rechazada por el TEDH.

No obstante lo último, en el asunto Adolf —que sometía al TEDH las declaraciones contenidas en resoluciones de tribunales austríacos, por las que se archivaba un proceso penal por la causa, establecida en el Derecho interno, de la ínfima gravedad de la probable infracción penal— el TEDH puntualiza, en el FJ 39 de la Sentencia de 26 marzo 1982, que:

«En opinión del Tribunal, los motivos expuestos por la resolución de 10 de enero de 1978 pueden interpretarse en el sentido de que el señor Adolf era culpable de una infracción penal aunque el acto que se le imputaba no fuese objeto de sanción; como ha subrayado el delegado de la Comisión, los motivos de la resolución forman un todo con la parte dispositiva y es imposible disociarlos.»

Niega, sin embargo, que la infracción se haya producido, porque, en definitiva, vino a ser eliminada por una posterior sentencia del Tribunal Supremo austríaco que

«...ha establecido que una resolución adoptada en virtud del artículo 42 del Código Penal no puede asimilarse, ni por su propia naturaleza ni por su tenor, a una constatación de culpabilidad. Hubiera sido preferible, añade, que el Tribunal de distrito indicara este punto claramente y sin ambigüedad, pero la elección más o menos afortunada de los términos en que fueron redactados los motivos no pueden privarlos del significado que tienen como resultado de la naturaleza misma de la resolución que fue adoptada.»

Las Sentencias de los asuntos Lutz, Englert y Nölkenbockhoff contienen todas ellas un repetido fundamento jurídico en el que se puntualiza que, aunque las resoluciones de archivo de los respectivos procesos penales se habían limitado a denegar a los acusados el reembolso de sus propias costas y, en algún caso, la indemnización por la provisionalidad sufrida, podían aún suscitar problemas:

«...si los fundamentos, inseparables del fallo..., implican sustancialmente una declaración de culpabilidad sin haberse probado previamente con arreglo a la ley y, especialmente, sin que el interesado haya podido utilizar los derechos propios de la defensa.»

En estos tres asuntos tampoco se entiende producida una infracción de la presunción de inocencia, por argumentos sustancialmente idénticos, aunque cada caso presenta sus peculiaridades:

a) En el asunto Lutz el proceso penal se había archivado por prescripción del delito, pero la resolución había dejado a cargo del imputado sus propias costas. Se rechaza la infracción porque la resolución se limitó a constatar que subsistían indicios racionales para sospechar que cometió delito, no —como en el asunto Minelli— para imponerle las cos-

tas de la contraparte, sino para dispensar a la Hacienda Pública del reembolso de los gastos y costas propias del acusado.

b) En el asunto Englert, el FJ 40 de la Sentencia 25 agosto 1987 establece que:

«... la denegación del reembolso de sus gastos al señor Englert y de la indemnización por su prisión provisional, no implica una pena ni una medida análoga. También en esto se diferencia claramente el caso de autos del caso Minelli... Los Tribunales suizos resolvieron que el señor Minelli pagara una parte de los gastos procesales y le impusieron también el pago de una indemnización a los querellantes...; es decir, que le trataron como a un culpable. No ha ocurrido así en el caso de que se trata: el señor Englert no ha tenido que soportar los gastos procesales sino solamente los suyos y no ha sido indemnizado por su prisión provisional. El Tribunal competente, fallando equitativamente y teniendo en cuenta, especialmente, los indicios que existían en contra del interesado, no le ha impuesto ninguna sanción: sencillamente, no ha querido imponer al Estado la carga de las costas y de la mencionada indemnización. Ahora bien, como ya se ha puntualizado, el Convenio, y en especial su artículo 6.2, no obliga a los Estados Contratantes a que, en el caso de suspenderse o sobreseerse las actuaciones, indemnicen al «acusado» de los perjuicios que haya sufrido.»

c) El FJ 40 de la Sentencia sobre el asunto Nölkenbockhoff —relativo a un archivo del proceso penal por fallecimiento del acusado— reitera la misma motivación que la Sentencia del asunto Englert.

V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 6; EN ESPECIAL, LA NOCIÓN AUTÓNOMA DE «MATERIA PENAL» A EFECTOS DEL CONVENIO

La jurisprudencia del TEDH sobre el ámbito de aplicación del art. 6 y de los derechos que el mismo reconoce se ha ido fijando, principalmente, frente a tesis de los Estados orientadas a sustraer determinadas actuaciones jurídico-públicas al deber de respeto de los derechos del art. 6, aunque también se ha formado, a veces, frente a pretensiones de los demandantes de extender su ámbito de vigencia.

a) La delimitación que realiza la Sentencia de 27 junio 1968 (asunto Neumeister) se produce en el último contexto apuntado.

El demandante alegaba que las resoluciones sobre la prisión provisional habían sido dictadas después de oír al Ministerio Fiscal y sin la presencia y audiencia del demandante y su abogado y que ello lesionaba el derecho a la igualdad de trato derivado del derecho al juicio justo del art. 6.1.

El TEDH se limita, en principio, a declarar que ese derecho no es aplicable al procedimiento para decidir sobre peticiones de libertad provisional, y explicita sus razones al ocuparse de otro argumento complementario:

«Algunos miembros de la Comisión han opinado lo contrario, entendiendo que tales peticiones se referían a «derechos y obligaciones de naturaleza civil» y que cualquier causa sobre una controversia acerca de estos derechos debía ser vista con justicia, a tenor del artículo 6.1.

No parece que el argumento tenga fundamento. Con independencia del excesivo alcance que se atribuye al concepto de «derechos de naturaleza civil», cuyos límites han intentado fijar la Comisión en varias ocasiones, se debe observar que los recursos sobre la prisión preventiva pertenecen indiscutiblemente al ámbito de la ley penal y que el texto del precepto invocado ha limitado expresamente la exigencia de un proceso justo al que se refiere los fundamentos de la acusación, que es evidentemente ajeno a los recursos de que se trata».

La misma jurisprudencia se mantiene en el FJ 13 de la Sentencia de 10 noviembre 1969 (asunto Matznetter).

b) La Sentencia de 17 enero 1970 (asunto Delcourt) se ocupa de una tesis del Gobierno belga que, para evitar que la participación de un miembro de la Fiscalía General ante el Tribunal de Casación en las deliberaciones del Tribunal se entendiera lesiva de los derechos del art. 6.1, empezaba por sostener que la función del Tribunal de Casación al decidir un recurso no era decidir sobre una acusación, sino juzgar la legalidad del fallo.

El TEDH no comparte esa opinión:

«Los fallos judiciales afectan siempre a las personas.... Aunque el fallo del Tribunal de Casación puede únicamente confirmar o anular aquella decisión —y no reformarla o sustituirla—, este fallo puede afectar en grados diversos a la posición de la persona implicada... Más aún, la expresión «bien-fondé», que se halla en el texto francés del artículo 6.1, se refiere no sólo a que la acusación esté bien

fundada en los hechos, sino a que lo sea en derecho. Por ello, el control de validez que asume el Tribunal de Casación podría llevar a sostener que los Tribunales inferiores, cuando examinan los hechos sobre los que se fundamenta la imputación, han actuado violando bien el derecho penal, bien las formas procesales...; al menos en el primero de dichos supuestos la acusación se muestra sin duda alguna infundada. Incluso la interpretación literal sostenida por el Gobierno no puede, por consiguiente, producir el resultado de que el procedimiento en casación quede completamente al margen del ámbito del artículo 6.1... El procedimiento penal forma un todo y debe, normalmente, llegar a una decisión firme. La instancia de casación constituye, por ende, una fase particular cuya importancia puede ser decisiva para el acusado. Sería por ello muy difícil imaginar que los procedimientos de casación escapen al ámbito de aplicación del artículo 6.1.

Es cierto que el artículo 6.1 del Convenio no obliga a los Estados contratantes a establecer Tribunales de Apelación o Casación. No obstante, cuando un Estado instituye dicho tipo de Tribunales se exige que asegure que los justiciables gozarán de los derechos reconocidos en el artículo 6 ante dichos Tribunales.»

c) La misma doctrina jurisprudencial de la Sentencia sobre el asunto *Delcourt* sirve en la Sentencia de 2 marzo 1987 (asunto *Monnell y Morris*) para justificar que los derechos del art. 6 debían respetarse en un procedimiento establecido en el Derecho inglés para determinar si había causa suficiente para autorizar una apelación contra la sentencia dictada en un proceso penal.

d) En los asuntos *Dewer*, por un lado, y *Adolf y Minelli* por otro, podía sostenerse —y efectivamente se sostuvo en los dos segundos por los Estados demandados— que contra el particular afectado no se había dirigido aún, o no se mantenía ya, respectivamente, una acusación en materia penal, que hubiera de ser decidida con respecto a los derechos del art. 6, que, en consecuencia, no podrían ser infringidos. En los tres asuntos el TEDH rechaza este planteamiento formalista.

En el asunto *Dewer*, resuelto por la Sentencia de 27 febrero 1980, el proceso penal no llegó a iniciarse, el Sr. *Dewer* sólo fue afectado por actuaciones públicas dirigidas a que el caso se resolviera con una multa transaccional evitadora del proceso penal. El TEDH analiza la realidad de esas actuaciones y concluye que suponían una acusación:

«Esto último,... se inscribía «en el cuadro natural de la acción pública que debía resultar de la infracción a cargo del señor *Dewer*. Precedía a las «persecuciones judiciales» que el Procurador del Rey desencadenaría si el «contraviniente» rechazara un acuerdo amable. Además, el Gobierno insiste sobre las «confesiones» que el demandante habría efectuado al inspector *Vanderleyden*, sobre el «flagrante delito» que habría «reconocido allí mismo». Según el Gobierno, consintiendo en pagar la enmienda transaccional, «especie de compensación a la colectividad por la actuación represible que había cometido», el interesado admite su «culpabilidad», «no explícitamente pero sí en el fondo»...

En todo caso, el ingreso de la cantidad de tal multa, aunque no fuera asimilada a una pena, daba lugar a una mención en los boletines de información expedidos por los municipios para incluirlos en los antecedentes penales...

La «acusación» podría, a los efectos del artículo 6, párrafo 1, definirse como la notificación oficial, proveniente de la autoridad competente; del reproche de haber cometido una infracción penal... En estas condiciones, el Tribunal considera que a partir del 30 de septiembre de 1974 el demandante era objeto de una «acusación en materia penal.»

En el asunto *Adolf*, resuelto por la Sentencia de 26 marzo 1982, el Gobierno austríaco pretendía que, una vez decretado el archivo por estimarse el hecho no punible por su ínfima gravedad, había dejado de existir acusación, y, por tanto, las expresiones que se formularan en la resolución de archivo no podían infringir la presunción de inocencia:

«En opinión del Gobierno, la aplicación del artículo 42 del Código Penal por el Tribunal de distrito demuestra que no ha habido nunca, en el presente caso, «acusación» ni «infracción»...

El Tribunal constata, en primer término,... que el recurso al artículo 42 no puede haber afectado al procedimiento anterior a la orden de clausura, ni haber cambiado retroactivamente su naturaleza. La resolución de 10 de enero de 1978 se refería a las «diligencias penales contra el señor *Gustav Adolf* por delito de lesiones corporales en virtud del artículo 83 del Código Penal» y calificaba al interesado de «acusado»... En su comunicación de 22 de diciembre de 1977 el Tribunal de distrito había señalado, además, «el procedimiento contra el señor *Gustav Adolf* en virtud del artículo 83 del Código Penal».

Por lo que se refiere a la noción de acto «no punible», se enmarca, sin duda alguna, en el título y contexto del artículo 42... Sin embargo, existen infracciones penales o «no punibles» o no «susceptibles de represión», pero el artículo 6 del Convenio no distingue unas de otras; éste se aplica a toda persona acusada de una infracción penal, con independencia de su naturaleza o clase.

En resumen, el señor Adolf fue objeto en 1977 de una acusación penal (en los términos del Convenio) a la que hacía referencia la resolución motivada de 10 de enero de 1978. El apartado 6 era, pues, de aplicación en el caso presente.»

En el asunto Minelli, resuelto por la Sentencia de 25 marzo 1983.

«El Gobierno sostiene, por otra parte, que decidiendo sobre los gastos después de haber resuelto la acción penal por prescripción, la Sala del Tribunal de Apelaciones del cantón de Zurich ha cumplido una función puramente administrativa, intrínsecamente distinta de unas funciones judiciales; habría dictado una decisión procedimental en la que la presunción de inocencia no se vería afectada.»

Frente a lo cual el TEDH puntualiza que:

«...el artículo 6, párrafo 2, domina el conjunto del procedimiento penal, independientemente de la conclusión a la actuación, y no únicamente el examen del fundamento de la acusación...

En el cantón de Zurich, una decisión de reparto de los gastos constituye un elemento normal de un procedimiento por ofensa contra el honor; se dicta para regular ciertos efectos. Poco importa en este sentido que un texto aparezca en un documento separado o que su adopción tenga lugar al tiempo de la decisión sobre el fondo.

En el caso, no se está en presencia de actos parciales, escalonados o no en el tiempo, ni igualmente —como en el caso Adolf... de un «acto único concretado en varias fases», sino de un solo acto global. La decisión del 12 de mayo de 1976, después de haber constatado la expiración del plazo legal de prescripción, dejando a cargo del interesado en dos terceras partes de los gastos judiciales e imputándole una indemnización de los gastos de Tele-repertoire y al señor Vass... Los dos aspectos de la motivación se manifiesta indisolubles; el reparto de los gastos constituye el corolario y el complemento necesario del curso del procedimiento;... El dispositivo lo confirma concretamente: tan pronto como se rechaza la acusación,

se considera el tema de los costas y de la indemnización de los gastos.

Declara, primeramente, que «la acusación no es admisible»; después, que «el acusado» deberá soportar dos terceras partes de los gastos y pagar a la otra parte una indemnización por los gastos... Los términos así empleados muestran claramente que en este estado último del procedimiento la Sala del Tribunal de Apelaciones tenía todavía al demandante por «acusado de una infracción», en el sentido del artículo 6.»

e) Sin duda, el esfuerzo de delimitación del ámbito de aplicación del art. 6 más destacado y problemático que ha realizado el TEDH es el que se vincula a la llamada noción autónoma de «materia penal» a efectos del Convenio. Con la elaboración de ese concepto el TEDH parece querer entrar en el difícil tema del deslinde entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, con las consecuencias que del mismo derivan, frente a las posibles pretensiones de los Estados de sustraerse, mediante el segundo, a las garantías que rodean la actuación del primero.

Realmente entra en ese tema, pero —lo veremos— no con todas las consecuencias, sino con un objeto más modesto, pero bastante eficaz para preservar en alguna medida el respeto a los derechos reconocidos por el artículo 6.

En la Sentencia de 8 junio 1976 (asunto Engel y otros), se exponen, en primer término, las razones que avalan la necesidad de elaborar una noción de «materia penal» para los efectos del Convenio, autónoma respecto a las determinaciones del Derecho interno del Estado:

«Todos los Estados contratantes distinguen desde hace tiempo, si bien con formas y grados diversos, entre procedimientos disciplinarios y procedimientos penales. Según los individuos a los que afecta, los primeros ofrecen sobre los segundos ventajas sustanciales, por ejemplo en lo que concierne a las penas impuestas... Por otra parte, sin embargo, las instancias penales se rodean habitualmente de mayores garantías.

Asimismo hay que preguntarse si la solución adoptada en este caso a nivel nacional es o no decisiva a luz del Convenio: ¿deja el artículo 6.º de aplicarse en el momento en que los órganos competentes de un Estado contratante califican de disciplinarias una acción u omisión y los procedimientos dirigidos contra su autor o, por el contrario, se aplican en ciertos casos a pesar de esta calificación...

El Convenio permite sin ninguna duda a los Estados, en el cumplimiento de su función de guardianes del interés público, mantener o establecer una distinción entre el derecho penal y el derecho disciplinario, así como fijar sus límites, pero solamente bajo ciertas condiciones. Les deja libres para tipificar como infracción penal una acción u omisión que no constituya el ejercicio normal de uno de los derechos que protege;... Tal elección, que tiene por efecto hacer aplicables los artículos 6.º y 7.º se encontraría subordinado a su voluntad soberana. Una laxitud tan amplia conllevaría el riesgo de llevar a resultados incompatibles con el fin y el objetivo del Convenio. El Tribunal tiene, por tanto, competencia para asegurarse, según el artículo 6.º, e incluso prescindiendo de la referencia a los artículos 17 y 18, que el procedimiento disciplinario no sustituya indebidamente al penal.»

En esa sentencia y en las de 28 de junio 1984 (asunto Campbell y Fell) y 21 febrero 1984 (asunto Öztürk) el TEDH establece los criterios para determinar si un asunto, aún tratado formalmente como disciplinario por el Estado demandado, constituye «materia penal»; es decir, en definitiva, los criterios para elaborar esa noción autónoma.

En primer lugar, en palabras de la Sentencia sobre el asunto Engel y otros

«importa... saber si el o los textos que definen la infracción inculpada pertenecen, según la técnica jurídica del Estado demandado al derecho penal, al derecho disciplinario o a los dos a la vez. Se trata, sin embargo, de un simple punto de partida. Tal indicación no tiene más que un valor formal y relativo, debiendo examinarse a la luz del denominador común de las legislaciones respectivas de los diversos Estados contratantes.»

Hay que atender también, pero ya como elemento más decisivo, a la naturaleza de la propia infracción imputada.

Al valorar ese criterio, en el asunto Engel y otros, se aprecia una gran proximidad al campo propio del Derecho disciplinario:

«La naturaleza misma de la infracción representa un elemento de apreciación de gran peso. Si un militar es sancionado por una acción u omisión que habría transgredido una norma jurídica reguladora del funcionamiento de las Fuerzas Armadas, el Estado puede

en principio utilizar contra él el derecho disciplinario antes que el penal.

En la sentencia sobre el asunto Campbell y Fell los hechos parecen exceder de una infracción de deberes propios de una relación de supremacía especial:

«A este respecto, no hay que olvidar que la mala conducta de un preso puede presentarse en distintas formas: hay infracciones que, evidentemente, sólo se refieren a la disciplina interior, pero no puede decirse lo mismo de todas. Algunas, en primer lugar, pueden ser más graves que otras; el Reglamento de Prisiones formula, por otra parte, una escala de infracciones, y atribuye una «especial gravedad» a las que cometió el señor Campbell. Más todavía: la ilegalidad de tal o cual acto puede depender de que se haya realizado en la cárcel, y una conducta opuesta al Reglamento de Prisiones puede, en ocasiones, constituir además una infracción penal. Así, un acto violento contra un funcionario de prisiones puede ser un delito de lesiones y si bien la rebelión o la incitación a ella no incide intrínsecamente en el Derecho penal común, los hechos que la producen pueden justificar la acusación por conspiración...

Sin duda estos datos no son suficientes para que el Tribunal llegue a la conclusión de considerar como «penales», a los efectos del Convenio, las infracciones imputadas al señor Campbell, pero les dan un aspecto que no coincide exactamente con el de un problema de mera disciplina.»

En el asunto Öztürk, que surge en el contexto de la política despenalizadora de determinadas infracciones antes penales, el TEDH recalca la eficacia identificadora de «materia penal» que tiene este segundo criterio;

«Comprueba en primer lugar que, según el sentido corriente de los términos, dependen por regla general del Derecho penal las infracciones cuyos autores se exponen a penas de finalidad especialmente disuasiva y que consisten habitualmente en medidas de privación de libertad y en multas.

Por otra parte, un incumplimiento como el del señor Öztürk continúa sujeto al Derecho penal en una amplia mayoría de los Estados contratantes como lo estaba en la República Federal hasta la entrada en vigor de la legislación 1968/1975: considerado ilegal y censurable, se le sanciona con penas.

A mayor abundamiento, las modificaciones introducidas por dicha legislación se refieren fundamentalmente al procedimiento y a la serie de sanciones, en lo sucesivo limitadas a la «Geldbusse». Si bien, en ciertos aspectos, parece ésta menos severa que la «Geldstrafe», ha conservado la naturaleza primitiva que ostentan habitualmente las sanciones penales. En cuanto a la regla de Derecho infringida por el demandante, no ha variado su contenido. No se dirige a un grupo determinado que posea un estatuto especial—como sucede en el Derecho disciplinario—, sino a todos los ciudadanos como usuarios de la carretera; les impone determinada conducta y acompaña esta exigencia con una sanción punitiva...

Sin duda, se trataba de una infracción leve que no ponía en peligro la buena fama de su autor, pero no por ello dejaba de incidir en el ámbito del artículo 6. No hay, en efecto, ningún motivo para suponer que la infracción penal («criminal offence»), a tenor del Convenio, implique necesariamente determinada gravedad.»

Un tercer criterio de identificación de «materia penal» es el de naturaleza y brevedad de la sanción. En palabras de la sentencia sobre el asunto Engel y otros:

«El control del Tribunal... sería meramente ilusorio si no tomase igualmente en consideración el grado de severidad de la sanción que puede sufrir el interesado. En una sociedad sujeta a la preeminencia del derecho, son de «materia penal» las privaciones de libertad susceptibles de ser impuestas a título represivo, excepto aquellas que por su naturaleza, su duración o sus modalidades de ejecución no son susceptibles de causar un perjuicio importante. Así lo requiere la gravedad de la cuestión, las tradiciones de los Estados contratantes y el valor que el Convenio atribuye al respeto de la libertad física de la persona.»

Ahora bien, en la sentencia sobre el asunto Öztürk se deja claro que no es necesario aplicar los dos últimos criterios acumulativamente, sino que basta la concurrencia de uno de ellos para concluir que hay «materia penal»:

«Como la infracción cometida por el señor Öztürk tenía naturaleza penal en relación al artículo 6 del Convenio, no es necesario examinarla además a la vista del último de los criterios expuestos an-

tes... La relativa suavidad de la pena a que se arriesga el infractor... no afecta a la intrínseca naturaleza penal de la infracción.»

A) *Las consecuencias de la noción autónoma de «materia penal» sobre la preservación de la garantía jurisdiccional y de las garantías procesales*

Las sentencias sobre los asuntos Engel y otros y Campbell y Fell no me parecen las más ilustrativas para comprender las consecuencias que el TEDH extrae de aplicar la noción autónoma de «material penal».

Respectivamente en los FJ 85 y 73 se indica que tales consecuencias son el respeto que se debe a los derechos reconocidos por el art. 6. Pero en el primer caso no se discutió que el órgano estatal que había conocido era un Tribunal independiente e imparcial, y, en segundo, el TEDH concluyó que sí lo era. No podía, pues, deducirse con seguridad la consecuencia de la noción autónoma de «materia penal» sobre la preservación de la garantía jurisdiccional (orgánica).

La doctrina del TEDH sobre este aspecto esencial se formula más claramente en la sentencia sobre el asunto Öztürk:

«El artículo 6.3 e) era aplicable, pues, al presente caso. Lo cual no quiere decir, y el Tribunal quiere hacerlo constar, que el sistema seguido en esta materia por el legislador alemán, esté en tela de juicio desde el principio. Teniendo en cuenta el gran número de infracciones leves, especialmente en el campo de la circulación por carretera, un Estado contratante puede tener justificados motivos para descargar a sus tribunales del cuidado de perseguirlas y reprimirlas. No se opone al Convenio la atribución de dicha tarea, para tales infracciones, a las autoridades administrativas, con tal que el interesado pueda someter cualquier resolución que le afecte a un tribunal que ofrezca las garantías del artículo 6.»

El TEDH admite —o parece admitir— en definitiva que, aunque se haya calificado una materia como penal, de acuerdo con la noción autónoma, no es contrario al art. 6 que la primera decisión sobre el caso se encomiende a un órgano administrativo, siempre que contra la misma se pueda recurrir a un Tribunal independiente e imparcial.

Esta conclusión la confirma la sentencia de 29 de abril 1988 (asunto Belilos) y también la desarrolla, explicitando la amplitud de la cognición

que debe posibilitar el recurso jurisdiccional para que el derecho a que la causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial aparezca, en definitiva, respetado:

«... hay que averiguar si los recursos disponibles podían corregir las deficiencias comprobadas en la primera instancia...

En cuanto a la Sección de casación penal, hay que referirse a su Sentencia de 25 de noviembre de 1981... En ella se citaba el Mensaje del Consejo federal a la Asamblea federal, de fecha 4 de marzo de 1974, en el que se aludía al caso en que «se puede someter a un Juez la resolución tomada por una autoridad administrativa no para que falle sobre el fondo, sino solamente para que revise su legalidad (recurso de nulidad)». Se señalaba también que en el procedimiento ante ella no había ni juicios orales ni práctica de pruebas como, por ejemplo, la testifical. Tal como, por otra parte, dijo el Tribunal federal en su Sentencia de 2 de noviembre de 1982, «no tenía competencia para revisar los hechos»... Estos distintos factores llevan a la conclusión de que la Sección de casación penal del Tribunal cantonal de Vaud no tenía, en el caso de autos, suficiente competencia en relación al artículo 6.1.

En opinión de la demandante, el Tribunal federal no podía subsanar las deficiencias señaladas en los niveles municipales y cantonales porque al interponerse un recurso de Derecho público —el único posible en este caso— no se vuelven a examinar las cuestiones de hecho ni las de Derecho, ya que sus facultades se limitan a asegurarse de que lo resuelto no ha sido arbitrario.

El Tribunal llega a la misma conclusión. A este respecto, tiene en cuenta la Sentencia dictada en este caso el 2 de noviembre de 1982 por el Tribunal federal... En ella, después de recordar las competencias que tiene la Sección de casación del Tribunal cantonal de Vaud..., se dice «El Tribunal cantonal tiene... unas facultades revisoras mucho más amplias que las del Tribunal federal en el ámbito del recurso de Derecho público limitado a resolver si la resolución ha sido arbitraria.» Ahora bien, el Tribunal ha advertido ya que la fiscalización proporcionada a nivel del Tribunal cantonal era insuficiente; por consiguiente, la deficiencia comprobada en relación a la Junta de Policía no se ha podido corregir después.»

La doctrina jurisprudencial sobre las consecuencias de la noción autónoma de «materia penal» sobre las preservación de la garantía jurisdic-

cional (orgánica) daba base para un argumento peligroso: que, para la materia penal, el art. 6 no imponía que la primera decisión —y todas las decisiones— correspondieran a un tribunal independiente e imparcial.

En efecto, el argumento fue utilizado por el Gobierno belga en el asunto De Cubber, para salvar el reproche de parcialidad referido al tribunal de la primera instancia.

El TEDH rechaza esa argumentación en el FJ 32 de la sentencia sobre el asunto De Cubber:

«El artículo 6.1 afecta primordialmente, a las jurisdicciones de primera instancia; no requiere la existencia de jurisdicciones superiores. Sin duda, sus garantías fundamentales, entre las que figura la imparcialidad, deben ser aseguradas por los Tribunales de Apelación o de Casación que haya podido crear un Estado contratante..., pero de esto no se desprende que las jurisdicciones inferiores no deban hacer lo mismo en casos similares. Una consecuencia de tal tenor iría en contra de la voluntad subyacente a la instauración de varios grados de jurisdicción: reforzar la protección de los justiciables.

En cuanto a la jurisprudencia invocada por el Gobierno, es preciso situarla en su propio contexto. Las sentencias de 23 de junio de 1981, 10 de febrero de 1983 y 21 de febrero de 1984 trataban sobre litigios a los que el derecho interno del Estado demandado no confería un carácter civil o penal, sino disciplinario... o administrativo...; se referían a órganos no considerados, a escala nacional, como tribunales de tipo clásico, al no estar integrados en las estructuras judiciales ordinarias del país. Sin la «autonomía» de las nociones de «disputa sobre derechos y obligaciones de carácter civil» y de «acusaciones en materia penal», el Tribunal no habría concluido la aplicabilidad del artículo 6.1.

En el presente caso, por el contrario, se trataba de un proceso penal, a la vista tanto de la legislación belga como del Convenio, y el Tribunal de Audenarde no constituía una autoridad administrativa o corporativa, ni una jurisdicción ordinaria..., sino precisamente un tribunal, tanto en el sentido formal como en el material del término... La motivación de las tres sentencias precitadas, a las que se puede añadir la sentencia Campbell y Fell..., no podría justificar una reducción de las exigencias del artículo 6.1 en su ámbito tradicional y natural. Semejante interpretación restrictiva no encajaría con el objeto y la finalidad de esta disposición.»

Esta sentencia permite comprender el alcance que el TEDH da a las

consecuencias de la noción autónoma de «materia penal». La distinción que de la misma deriva entre Derecho penal y Derecho administrativo disciplinario y/o sancionador no la impone con todas sus consecuencias, sino que, a pesar de que aquella noción puede aplicarse, el TEDH sigue reconociendo la sustantividad del Derecho administrativo, y no impone la inmediata garantía jurisdiccional (orgánica), aunque si el respeto a los restantes derechos del art. 6. Sólo en el caso de que el asunto aparezca como penal según el Derecho interno, impone el estricto cumplimiento del art. 6.

B) *Las consecuencias de la noción autónoma de «materia penal» desde el punto de vista del Derecho español*

En el contexto del Derecho español la calificación de una materia como penal no tiene las limitadas consecuencias que determina el TEDH.

Efectivamente, en la Constitución existe una correlación entre ejercicio de la potestad jurisdiccional, el proceso, la condena por un delito tipificado con anterioridad y la pena, que se deduce de los arts. 117-3, 24-2 y 25-1 CE: la potestad jurisdiccional se ejercita en el proceso (art. 117-3), alguna de cuyas garantías se formulan por la Constitución de modo literal con relación al proceso penal (art. 24-2), en el cual una persona puede ser condenada por una acción u omisión que constituyera delito o falta según la legislación vigente en el momento de cometerse (art. 25-1). A esa correlación se enfrenta la que el propio art. 25-1 CE establece, con precisa terminología, entre infracción administrativa y sanción (no penal), la cual —en virtud de la propia contraposición que expresa el texto constitucional— hay que entender que puede imponerla la Administración tras un procedimiento administrativo. Lo que se concluye —básicamente del art. 25-1 CE y de que el término condena no puede entenderse más que como consecuencia de una actividad jurisdiccional— es que la infracción que formalmente sea delito o falta sólo puede ser castigada mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Esa interpretación sistemática de los preceptos constitucionales permite afirmar que ha quedado constitucionalizado el contenido esencial del art. 1 Lecrim. Consecuentemente sería inconstitucional cualquier procedimiento jurídico que implicara atribuir a órganos no jurisdiccionales la imposición de penas por delitos o faltas, aunque su resolución pudiera ser después impugnada ante órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, si la Constitución no estableciera un criterio material de

distinción administrativa, por otro, la conclusión antes sentada no obstaculizaría la libertad de configuración del legislador ordinario proyectada, directamente, sobre la naturaleza penal o administrativa de la infracción, e, indirectamente, sobre el ejercicio ab initio o sólo posterior a una previa actuación administrativa de la potestad jurisdiccional.

En este sentido, la Constitución sólo fija un límite preciso al establecer que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad» (art. 25-3 CE). Esto tiene, como primera consecuencia, que solamente a título de pena puede ser legalmente establecida la privación de libertad, y, como segunda consecuencia, precisamente por la correlación a la que nos referíamos al principio, que sólo mediante la potestad jurisdiccional puede ser impuesta.

Con ser importante el establecimiento constitucional de ese límite, no estima la doctrina que satisfaga plenamente las necesidades sentidas de acotar el ámbito del Derecho administrativo sancionador respecto al Derecho penal, porque nada indica sobre la utilización de sanciones pecuniarias o que afecten a derechos distintos a la libertad.

La fijación de unos límites materiales a la libertad de configuración legislativa del Derecho administrativo sancionador y del Derecho Penal, hubiera podido hacerse, además de con el criterio de la disponibilidad de la sanción de privación de libertad, atendiendo a la justificación o no de aplicar, según los casos, la técnica de la autotutela administrativa. Pero esa orientación no se ha seguido y eso ha posibilitado que el Derecho administrativo sancionador alcance un enorme desarrollo.

Es ahí donde la jurisprudencia del TEDH sobre el tema que nos ocupa demuestra su virtualidad: visto que la tendencia legislativa impide conservar la inmediata garantía jurisdiccional, como mínimo debe quedar asegurado que otros derechos del art. 6 se respetan, incluso el de acceso a un Tribunal aunque sea para que controle, con amplitud de poderes de revisión, un acto administrativo previo.

Por lo demás, como es sabido, el TC ha formado también una jurisprudencia tendente a extender algunas garantías del art. 24 CE a la actuación del Derecho administrativo sancionador (así, p.j., STC 18/1981, 8 de junio; GARBERI LLOBREGAT, J. realiza un estudio detenido del tema en *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 1989) y esa extensión ya ha encontrado reconocimiento legislativo en el capítulo de «Principios del procedimiento sancionador» de la nueva LRJAPPAC.

LA LEGITIMACION EN EL PROCESO DE REVISION PENAL

Dra. SILVIA BARONA VILAR
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Legitimación: A) En la LECRIM de 1882; B) Doctrina Constitucional; C) Ley 10/1992, de 30 de abril: a. Promoción por vía administrativa; b. Legitimación del Fiscal General del Estado; c. Legitimación de particulares: a'. El penado; b'. Cónyuge o quien haya mantenido convivencia como tal; c'. Ascendientes y descendientes.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (B.O.E., 5 mayo), ha introducido, en su Capítulo II, diversas reformas en el proceso penal.

Destacable de la misma es la reforma introducida en los arts. 955, 957 y 961 de la LECRIM, dedicados a la regulación de la revisión penal.

Como ya apuntamos en alguna ocasión¹, la regulación de la revisión

1. Vide mis trabajos: *La revisión penal*, Justicia 87.IV, pp. 849-882; y *De nuevo sobre la revisión penal (ante la nueva Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*, RGD oct-nov. 1992, pp. 9905-9924.

penal en nuestra LECRIM procedía de 1882 y, como quiera que recibió una gran influencia francesa (aunque con olvidos de asunción, por parte del legislador español, de algunas reformas introducidas en la regulación francesa), adolecía de graves contradicciones e inconvenientes que llevaban, incluso, a colocar al condenado en situaciones de indefensión.

Se hacía necesario, y así fue propugnado por el mismo Tribunal Constitucional², la reforma de la revisión en la LECRIM. Y ello con la idea clara de llegar a conseguir la judicialización de la revisión, por cuanto de la regulación de la LECRIM de 1882 se desprendía que nos hallábamos ante un proceso desnaturalizado³, dado que se otorgaba legitimación para interponer la revisión al Ministerio Fiscal, nunca al condenado; lo que llegó a cuestionar sí a través de esta regulación se vulneraba el derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales para la defensa de los derechos e intereses individuales.

Consecuencia de una importante doctrina constitucional —que analizaremos a continuación— se fue haciendo cada vez más necesario reformar los preceptos de la LECRIM en esta materia. Y, de este modo, el legislador aprovechó la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, para dar el paso necesario dirigido a la judicialización de la revisión, dado que, ahora, tras la reforma, nos hallamos ante un verdadero proceso, con una pretensión constitutiva de revisión, con partes, y con un órgano jurisdiccional que ejerce, en la revisión penal, una función jurisdiccional.

Uno de los temas más afectados por esta reforma ha sido el referente a la legitimación, de ahí que pasemos a analizar este punto a continuación.

II. LEGITIMACIÓN

A) *En la LECRIM de 1882*

La LECRIM de 1882 regulaba en el art. 955 el tema que ahora nos ocupa referente a la legitimación en el proceso de revisión penal. Este precepto decía textualmente que la «revisión podrá promoverse por los

2. SSTC 7/1981, de 30 marzo (BJC 1982-3, p. 171), y la 140/1984 (BJC 1985-45, pp. 26 y ss).

3. Sobre este punto véase mi artículo *La revisión penal*, cit., pp. 854-859.

penados y por sus cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos, acudiendo al Ministerio de Gracia y Justicia con solicitud motivada».

Partiendo del precepto citado, el Ministerio de Justicia era el que, previa formación de expediente, podía ordenar al antiguo Fiscal del TS (hoy Fiscal General del Estado) que interpusiera la revisión cuando hubiese, según su parecer, fundamento bastante para ello (art. 956).

Junto con la anterior legitimación, se regulaba la posibilidad de que también el Fiscal del TS interpusiera la revisión de una sentencia penal, sin necesidad de la orden a la que anteriormente nos hemos referido, ante la Sala Segunda del TS, en base al art. 957 LECRIM, y siempre que hubiere tenido conocimiento de algún caso en el que procediese. Lógico es pensar que el conocimiento de la noticia llegada al Fiscal General procediese de la información suministrada por el propio particular afectado por la sentencia que se pretende revisar.

La consecuencia que se derivaba claramente de la regulación de la LECRIM de 1882 era que nos hallábamos ante una institución, que dejaba entrever sus orígenes como instrumento de gracia real, para después desembocar en un mecanismo procesal concedido por el órgano jurisdiccional, pero sin las notas diferenciadoras (en cuanto a las garantías y estructura) de una institución típicamente jurisdiccional, ya que, como ya apuntamos anteriormente, la función que desempeñaba el órgano jurisdiccional en el juicio de revisión no era jurisdiccional, por cuanto:

a) Derivada de una vía administrativa —el expediente administrativo del Ministerio de Justicia—.

b) El concepto de partes procesales no existía.

De todo lo anterior se deduce que la interposición de la revisión de una sentencia penal quedaba reservada al Ministerio Fiscal, el cual podía actuar por propia iniciativa (cuando llegara a su conocimiento la noticia de algún caso en que proceda la revisión) o en virtud de orden del Ministerio de Justicia⁴.

B) *Doctrina Constitucional*

Frente a la regulación dimanante de la LECRIM de 1882, fueron diversas las ocasiones en las que nuestro Tribunal Constitucional se manifestó al respecto. Así, destacables son la STC 124/84, de 18 de diciem-

4. Sobre la distinción entre promoción del interesado y legitimación del Fiscal, véase la STS de 30 de octubre de 1990 (RA 8413).

bre (Sala 2), que se dicta en el recurso de amparo n. 140/1984 (BJC 1985-45, pp. 26 y ss), que introdujo una posición más taxativa y, en todo caso, más en favor de una reforma de dichos preceptos, que la doctrina que, con anterioridad, había pronunciado la STC 7/1981, de 30 de marzo (BJC 1982-3, p. 171).

Lo relevante, desde el punto de vista constitucional, es la imposibilidad para el interesado en la revisión penal de interponer la misma, dado que el legislador tan sólo le permitía el promoverla. Entre el interesado y el juicio de revisión existía en la regulación de la LECRIM la figura del Ministerio Fiscal.

La solicitud presentada por cualquiera de aquellas personas a que se refería el art. 955 LECRIM, carecía de fuerza vinculante para el Ministerio, y de tal modo esto era así que, como ha puesto de manifiesto el TC en STC 94/1989, de 22 de mayo⁵, su aceptación dependía de que tuviera fundamento suficiente para poder justificar la interposición pretendida.

La posición del TC iba en la línea de considerar como excesivamente prepotente el papel de Fiscal en la revisión. Así, expresamente decía que «la decisión que se llegue a adoptar en el expediente administrativo que, a instancia del propio interesado abre el Ministerio de Justicia, si bien se inserta en la vía judicial, no procede de un órgano auténticamente judicial, llegándose a traducir en la práctica en la eventual sustracción al Tribunal de la posibilidad de valorar la trascendencia de nuevos elementos probatorios respecto de los hechos contemplados en la Sentencia anterior, cuya revisión se solicita». Lo que se criticaba por el TC no era tanto que el Ministerio Fiscal pueda intervenir en el proceso de revisión de una sentencia penal, sino que su papel fuera tan decisivo en la revisión, dado que, en todo caso, se convertía claramente en una instancia administrativa.

Ante la situación anterior venía a producirse, y así fue por nosotros denunciado⁶, una aminoración de las garantías de la persona afectada por un proceso penal, con respecto a las que han tomado parte en otros órdenes jurisdiccionales, por lo que las garantías establecidas en el artículo 24-2 CE, es decir, el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, se ven mermadas cuando la instrucción, la conclusión y la notificación de un expediente se verifica por un órgano no judicial, cual es el Ministerio Fiscal. En este sentido se manifestaba la doctrina sentada por el Tribunal Constitu-

cional en la Sentencia citada de 1984. Y más aún cuando el valor que se le daba a este expediente era el de desempeñar un papel parecido al de un trámite de admisión (así lo manifestó la STC 92/1989, de 22 de mayo BJC 1989-98, p. 946.).

Si seguimos al TC podemos apreciar la expresión marcada en la Sentencia de 1984, en la que se habla de una «legitimación oficial o estatal monopolizada en cuanto a la plena viabilidad de la revisión y compartida con los interesados a los efectos sólo de la iniciación de un expediente, que resulta realmente preprocesal...».

A pesar de la doctrina sentada por el TC, poniendo de manifiesto claramente lo absurdo de la regulación⁷, refiriéndose básicamente a la exigencia de la actuación ministerial como filtro de las posibilidades de tutela judicial efectiva de los condenados en un proceso penal, al darse alguna de las causas que pueden dar lugar a la revisión; y a pesar de denunciar que el interesado no puede interponer el juicio de revisión —lo que supone una clara quiebra del art. 24.1 CE—, y asimismo que el hecho de que la decisión sobre las pruebas aportadas no es competencia de un tribunal sino de un órgano no judicial —lo que determina una infracción del art. 117.3 CE—, sin embargo, no declara la inconstitucionalidad de dicha regulación, por cuanto «la eventual inconstitucionalidad no resultaría de la presencia de este órgano en la revisión sino de la ausencia del condenado en ella; y, por otro lado, declarar derogadas las disposiciones impugnadas preconstitucionales llevaría consigo el establecimiento de un nuevo régimen de revisión penal que invadiría las competencias del legislador, quien no puede sustituir al legislador creando un nuevo juicio de revisión».

Junto con esta importante crítica, el TC instaba además al legislador a que reformara los preceptos reguladores de la revisión penal. Y, en todo caso, la posible reforma de dichos preceptos debe partir de la adecuación de dicha regulación a la Constitución, y, de ese modo, se debe permitir al interesado interponer directamente la revisión ante el Tribunal.

En algún otro asunto⁸ se han planteado ante el TC los problemas que se derivaban de la vulneración ó no del principio de presunción de inocencia por el mantenimiento del sistema de la revisión existente.

La cuestión suscitada era la de sí se vulneraba el principio de presunción de inocencia cuando el se producía la negativa a interponer la

5. BJC 1989-98, RA 1036, pp. 942 y ss.

6. En nuestro artículo sobre *La revisión penal*, Justicia 87-IV, pp. 873-874.

7. En el mismo sentido se manifiesta la STC 92/1989, de 22 de mayo (RA 1034, BJC 1989-98, p. 947).

8. SSTC 92/1989, de 22 de mayo y 94/1989, de 22 de mayo.

revisión⁹. Al respecto hay que afirmar que, en principio, la presunción de inocencia sólo puede ser directamente vulnerada en el orden penal por sentencias condenatorias dictadas por los órganos judiciales en quienes reside la potestad jurisdiccional y es obvio que ni el Ministerio de Justicia ni el Fiscal General del Estado ostentan tal potestad. Ello, ha señalado el TC en 1989, «no empece a que la negativa a interponer el recurso de revisión podría igualmente, aunque de manera indirecta, vulnerar el referido derecho fundamental, si esa negativa fuese arbitraria, ya que en tal caso se estarían dejando de emplear sin fundamento razonable los medios jurídicos que la Ley pone a disposición del Ministerio de Justicia o del Fiscal General para hacer efectivo el derecho constitucional del inocente a no sufrir o continuar sufriendo condena, derecho que dichas autoridades públicas tienen el deber de proteger en virtud de la eficacia vinculante que a los derechos fundamentales confiere el art. 53.1 de la Constitución».

C) *La ley 10/1992, 30 de abril*

Ante la situación antes descrita se hacía necesario una reforma que supusiera la judicialización de la revisión y respetase los principios constitucionales proclamados por nuestra Carta Magna. Naturalmente no hay que olvidar el impulso que, en este sentido, ha pretendido el mismo Tribunal Constitucional.

Y así se llegó a la promulgación de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, la cual ha supuesto una modificación de los arts. 955, 957 y 961 de la LECRIM.

El art. 955 es el que regula la legitimación en la revisión penal. Tras la Ley 10/1992, este precepto ha quedado redactado de la forma siguiente: «Están legitimados para promover e interponer, en su caso, el recurso de revisión, el penado y, cuando éste haya fallecido, su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes, con objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable».

A pesar de esta importante reforma en materia de revisión, entende-

9. En la misma línea se expresó el TS en el Auto de 19 de julio de 1991 (RA. 6002) en el que se desestima el recurso de súplica interpuesto por d.^a Julia P.R. contra el auto de 30 de octubre de 1990, denegando el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia que le condenó por delito de estafa. Asimismo declara no haber lugar a la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 956 y 957 de la LECRIM.

mos que el legislador se ha quedado corto, dado que tan sólo se ha dedicado a enmendar los artículos de la LECRIM que eran de necesaria nueva redacción, pero, al mantener la redacción originaria de otros, se crean confusiones en algunos puntos en materia de legitimación que vamos a tratar de abordar. E incluso ha pasado por alto algunas cuestiones que no se suscitaron por el TC pero que, sin embargo, son propias de otros ordenamiento jurídicos y que podrían perfectamente tener cabida en nuestro derecho. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de la revisión en contra del reo. Para nada se refiere a ella nuestro legislador, y creemos que podría haber sido introducido para algunos supuestos.

Desde el punto de vista de la *legitimación activa* se plantea, en primer lugar, la necesidad de interpretar el término «promover» del art. 955 LECRIM. ¿Nos hallamos ante un escalón previo a la interposición, o estamos ante dos modalidades de legitimación?

Por ello, tendremos que analizar, como cuestión previa, qué se entiende por *promover*. Nos encontramos con dos posibles soluciones:

a) Que se refiera a la antigua promoción por los penados, cónyuges... del art. 955 LECRIM, acudiendo para ello al Ministerio de Justicia con solicitud motivada. Con ello se mantendrían dos posibilidades de legitimación, la directa ante el TS y la indirecta, a través de la promoción, mediante la cual se haría dejación en manos del Fiscal de la interposición de la revisión.

Con esta interpretación se mantendría la antigua intervención de los particulares en la revisión, con la salvedad de la ampliación de los sujetos que pueden llegar a dicha «promoción».

b) La segunda interpretación lleva a considerar que la promoción supone la propia actuación que se lleva a cabo directamente, por las personas citadas en el art. 955, ante el propio TS, que es el que va a conocer de la revisión penal, es decir, dándole al término promoción un valor semejante al de la preparación del mismo, que, en todo caso, se lleva a cabo ante órgano jurisdiccional.

Aunque del tenor literal de la LECRIM pudiera desprenderse que la interpretación segunda sería quizás la más acorde con la realidad, lo cierto es que el legislador pone difícil la solución.

Por un lado, es cierto que el art. 957 de la LECRIM se va a referir a una fase previa, que se inicia con esa actividad del promovente (el que quiere llegar a interponer la revisión), y, de no existir el art. 956 LECRIM, afirmaríamos que la promoción viene tan sólo referida a la necesidad de que las personas, a las que se permite la interposición de la re-

visión, deben antes comunicarlo al órgano jurisdiccional competente para que les de la autorización para ello, o, caso contrario, la denegación.

Por otro lado, sin embargo, el mantenimiento del art. 956, en su redacción anterior, complica aún más las cosas, por cuanto este artículo se refiere a la interposición, por orden del Ministerio, de la revisión por el Fiscal General del Estado; en consecuencia, el Fiscal no es promovente, sino que directamente, por vía de expediente administrativo, va a interponer la revisión. Luego la fase de promoción tan sólo se deja para los particulares. De este modo, la aplicación del art. 957, que luego desarrollaremos, se refiere tan sólo a las personas particulares del art. 955 (penado, cónyuge, quien haya mantenido convivencia como si fuera cónyuge sin serlo, ascendientes y descendientes).

En consecuencia, nos encontramos con que va a ser posible, para interponer la revisión, que puedan darse varias situaciones, que son las siguientes:

a. Promoción por vía administrativa

Supone la promoción por vía administrativa la posibilidad de acudir al Ministerio de Justicia, para que, abierto un expediente administrativo, pueda, posteriormente, ser interpuesta la revisión por el Ministerio Fiscal. Esta interpretación puede argumentarse en base a lo dispuesto en el art. 956 de la LECRIM, que se mantiene con su antigua redacción. Esto va a suponer, en consecuencia, la coexistencia con la legitimación que ya existía anteriormente en el art. 955 LECRIM (en su primitiva redacción), aunque con una ampliación de los sujetos que pueden hacer uso de la misma, que debe complementarse con el art. 956 para establecer los pasos procedimentales que hay que seguir hasta llegar a la interposición de la revisión por el Fiscal¹⁰.

10. A través de esta vía administrativa se va a abrir un expediente del que pueden resultar fundamentos bastantes para decidir la interposición de la revisión.

La apertura de este expediente podrá correr o bien a instancia de cualquiera de las personas particulares a que se refiere el art. 955 (aunque en este artículo parece tan sólo estar refiriéndose a la promoción para la interposición directa), o bien ex officio por vía ministerial. Lo que ocurre es que entendemos que reducir la promoción a la segunda posibilidad (la vía ministerial) es simplemente pensar en casos de gran notoriedad, por lo que lo lógico será seguir pensando que el Ministerio va a tener, en su caso, motivos para interponer la revisión penal cuando tenga noticias por el propio particular.

La crítica que había recibido este cauce como único posible para la interposición de la revisión, provenía de la idea de que al no proceder de un órgano jurisdiccional, se

En consecuencia, la parte directamente interesada en la revisión va a poder acudir a una vía administrativa previa, de la que puede depender que prospere o no la interposición de la revisión.

Esta posibilidad fue, en su día, analizada por el TC en la citada Sentencia de 1984. La tesis del Tribunal Constitucional sobre este punto no iba en línea de afirmar la necesidad de que desapareciera esta revisión tan sólo interpuesta por el Fiscal, sino que apuntaba, simplemente, los peligros que podían suponer el hecho de que la legitimación del Fiscal fuere la única posible para dar lugar a la revisión de una sentencia penal.

Tras la reforma introducida por la Ley 10/1992, sigue manteniéndose esta posibilidad administrativa previa, por la subsistencia del art. 956 LECRIM, que establece la necesidad, con carácter previo a la interposición de la revisión ante el TS, de esta vía administrativa. Se inicia la misma, previa formación de expediente, del cual podrá resultar que existe fundamento bastante para la interposición de la revisión, en cuyo caso el Ministerio de Justicia lo mandará así al Fiscal General del Estado (art. 956).

b. Legitimación del Fiscal General del Estado

Con la Ley 10/1992 se introduce una segunda posibilidad, cual es la que permite la interposición de la revisión a instancia del Fiscal General del Estado, siempre que haya tenido directamente conocimiento de algún caso en el proceda la misma.

producía en la práctica una sustracción al Tribunal de la posibilidad de valorar la trascendencia de nuevos elementos probatorios respecto de los hechos contemplados en la sentencia anterior, cu ya revisión se solicita.

La posibilidad paralela de interposición directa lleva a que esta crítica hoy ya no tenga sentido, en cuanto que, tras la reforma, va a existir una valoración judicial de los elementos nuevos que son susceptibles de sostener con fundamento la revisión. Lo que significa que esta vía administrativa no es sino una segunda posibilidad, que no la única, para llegar a la revisión.

Este expediente administrativo servirá para obtener y valorar los datos necesarios que lleven a determinar la orden de interposición de la revisión al Fiscal. Para ello, en consecuencia, existirá una valoración de todos esos elementos nuevos para fijar sí efectivamente existe fundamento bastante (sí se halla inmerso en alguna de las causas del art. 954 LECRIM) para poder interponer la revisión de una sentencia penal.

Entendemos que esta vía administrativa va a dejar paso, en la realidad, a la interposición directa de los particulares ante la Sala Segunda del TS, y, por tanto, a la vía judicial. De este modo, incluso, lo que podríamos denominar como preparación de la revisión va a tener un cariz realmente jurisdiccional.

Estamos ante una segunda posibilidad, que se abre como cauce directo de interposición de la revisión por el Fiscal General del Estado¹¹, sin apertura previa de expediente administrativo promovido por un particular. Viene fundamentada en el art. 961 LECRIM (con texto modificado por la Ley de 1992), el cual señala que el Fiscal General del Estado podrá interponerla (revisión) cuando tenga conocimiento de algún caso en el que proceda y haya fundamento bastante para ello, de acuerdo con la información que se haya practicado.

La cuestión que se suscita, en consecuencia, es la de determinar cuándo el Fiscal tendrá conocimiento de algún caso en el que proceda. Lo lógico es que ese conocimiento provenga por instancia o solicitud de parte, o bien que se trate de un supuesto cuya notoriedad haya sido tal que haya llevado al Fiscal a que tuviera conocimiento del mismo. En estos casos, se hará necesaria la apertura de un trámite de información suficiente, del cual pueda derivarse que existe fundamento bastante para la interposición de la revisión.

La fundamentación para la interposición de la revisión penal se basará en la necesidad de que el asunto que pueda llegar a ser sometido a revisión quede inmerso en alguna de las causas o motivos de revisión a que se refiere el art. 954 de la LECRIM.

c. Legitimación de particulares

La Ley 10/1992 introduce una tercera posibilidad de legitimación, que es un cauce novedoso, aplaudible, y reclamado desde diversos foros de opinión. Es decir, se trata de la posibilidad de que se interponga la revisión directamente ante la Sala segunda del TS por los particulares, según lo que dispone el nuevo art. 957, encontrándonos en este caso ante una vía claramente jurisdiccional.

Como hemos apuntado en diversas ocasiones, ésta era la vía o cauce que venía exigiendo al legislador el TC, al establecer la necesidad de que, además de la posibilidad anterior, fuera también el interesado directamente el que pudiera interponer la revisión.

Esa interposición directa lleva consigo una fase previa de preparación, podríamos llamarle, en la que es la propia Sala del TS la que, en

11. Esta posibilidad venía antes contemplada en el art. 957 de la LECRIM, sólo que se ha producido la modificación correspondiente en cuanto a la terminología empleada, dado que el anterior Fiscal del Tribunal Supremo es el que ahora se denomina como Fiscal General del Estado.

un trámite claramente jurisdiccional, va a examinar sí se dan los elementos necesarios y oportunos para poder interponer efectivamente la revisión penal. La función esencial que se cumple con esta fase es la de determinar sí la Sala autoriza o deniega la interposición de la revisión. Problema que puede suscitarse es el de sí esta fase previa es necesaria tanto cuando interpone la revisión un particular como cuando quien lo hace es el Ministerio Fiscal, vía art. 956 LECRIM. Dada la existencia del expediente administrativo, al que nos hemos referido, cuando se va a proceder a interponer la revisión por vía administrativa, esta fase previa está pensada tan sólo cuando los que interponen la revisión son los particulares a los que se refiere el art. 955. Y su razón de ser o fundamento se basa en el análisis previo por parte de la Sala de lo Penal del TS (órgano que va a conocer de la revisión) de los nuevos elementos alegados por los promoventes para determinar sí efectivamente son susceptibles de sostener con fundamento el juicio de revisión penal. Con ello se está evitando la quiebra que supone el expediente administrativo en cuanto a las garantías derivadas del art. 24.1 CE, es decir, no se puede ya alegar indefensión en base a que es un órgano administrativo el que instruye, tamiza y decide el ir o no al juicio de revisión.

Esa decisión que va a tomar la Sala de lo Penal del TS sobre la autorización o denegación de la interposición de la revisión va a ser el resultado de una actuación llevada a cabo por este órgano jurisdiccional, actuación en la que va a poder servirse de un dictamen del Ministerio Fiscal¹², de la práctica de aquellas diligencias que entienda pertinentes para tomar la decisión¹³, para lo cual podrá hacerse uso de la cooperación judicial, en su caso.

12. El art. 957 se refiere al mismo cuando alude a que la Sala, «previa audiencia del Ministerio Fiscal», autorizará o denegará la interposición de la revisión. Esta audiencia del Ministerio Fiscal es una de las dos posibles formas de intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil, es decir, actúa como dictaminador, que no como parte.

Este dictamen del Ministerio Fiscal no va a ser vinculante para la Sala, sino simplemente un instrumento eficaz que le ayudará a tomar la decisión acerca de sí autoriza o no la interposición de la revisión.

La intervención como dictaminador del Ministerio Fiscal en esta fase previa judicial, no hace sino corroborar la idea de que el art. 957 LECRIM está pensado tan sólo cuando la legitimación para la revisión lo es de los particulares apuntados en el art. 955, que no de aquella posibilidad que se deriva de los arts. 956 y 961 LECRIM, dado que sería un contrasentido que partiera la interposición directamente del Ministerio Fiscal y que a éste se le solicitara un dictamen sobre la autorización o denegación de la revisión.

13. Se trata de una posibilidad que va a tener la Sala de lo Penal del TS, antes de tomar la decisión de autorizar o denegar la interposición de la revisión. En consecuencia, cuando el legislador habla de «sí lo entiende oportuno», está dejando a la libertad del

Si autoriza dicha interposición, se abrirá el plazo de quince días para la interposición del recurso¹⁴.

juzgador la posibilidad o no de poder practicar estas diligencias a que se refiere el art. 957 LECRIM.

Esta libertad del órgano jurisdiccional va a venir limitada, a su vez, por dos parámetros diferenciados. El primero de ellos es la oportunidad de la práctica de estas diligencias, lo cual significa que estas diligencias no son sino instrumentos a través de los cuales va a tratar de garantizarse que la decisión de autorizar o de denegar la interposición de la revisión es la más adecuada. Y, en segundo lugar, nos encontramos con las dudas razonables que puedan suscitarse por la Sala, de manera tal que estas diligencias se convierten en un afianzamiento de la decisión de la Sala.

En consecuencia, aunque movida por un criterio de libertad, la Sala va a poder ordenar que se practiquen aquellas diligencias que entienda de pertinencia cuando dicha práctica es oportuna y cuando posea dudas razonables para llegar a tomar la decisión final que suponga la posibilidad de interponer o no el juicio de revisión. En todo caso, cualquier interpretación sobre criterios tales como la oportunidad, o la dudosa razonabilidad no pueden sino dejarse en manos del propio juzgador, que va a ser el que, en última instancia, va a optar por ordenar o no la práctica de las mismas.

Habrà que determinar qué tipo de diligencias pueden llegar a practicarse a través de esta fase previa por orden de la Sala. Ante todo habrá que tener en cuenta que el legislador habla de la necesidad de que dichas diligencias sean pertinentes. Y, del mismo modo, puede llegar a solicitarse la colaboración judicial para llevar a cabo la práctica de alguna de estas diligencias a que se refiere el art. 957 LECRIM.

14. Dictada la resolución —auto— autorizatoria de la interposición de la revisión, comenzará el plazo para la interposición de la misma, plazo que será de 15 días (art. 957).

Hay que entender que el plazo de 15 días comenzará a correr desde que se notifica la resolución que autoriza la interposición de la revisión.

Estamos ante un plazo procesal y, por tanto, se refiere a los días hábiles, excluyéndose del cómputo los inhábiles. *Dies a quo* lo será el siguiente a aquel en que se ha producido la notificación al promovente.

La LECRIM no establece qué ocurriría si transcurren los quince días y el promovente no interpone la revisión. Aquí nos vamos a encontrar con dos posibles soluciones:

a) Que haya precluido la posibilidad de interponer la revisión, pese a la idea general de que no existe plazo para iniciar el juicio de revisión. Y ello en base a que esa no existencia de plazo hay que entenderla respecto de la iniciación de la fase previa ante el TS, pero una vez iniciada la misma, debe cumplirse con los plazos que el legislador ha establecido, de tal manera que, si éstos se incumplen, se ha perdido ese derecho subjetivo de interponer el juicio de revisión.

b) Que deba volver a iniciarse de nuevo la fase previa, por cuanto la no interposición de la revisión dentro de los quince días siguientes a la notificación de la resolución autorizatoria de la revisión supone la imposibilidad de interponerla sin más, pero permite que se vuelva a iniciar de nuevo, en base a esa inexistencia de plazo para interponer la revisión penal, el trámite previo, es decir, el que se regula en el art. 957 de la LECRIM.

Creemos que la primera de las interpretaciones es la que debe ser tenida en cuenta. De este modo, la falta de plazo para la revisión se refiere a la no preclusión del derecho a solicitar, en cualquier momento, la revisión de una sentencia firme condenatoria, no obstante, una vez ejercitado ese derecho, solicitando la promoción para la interposición de la revisión, será necesario que se respeten las normas que establece el legislador y,

Y, a partir de aquí se sustanciará la revisión según lo que dispone el art. 959 LECRIM¹⁵.

Esta tercera posibilidad en la legitimación, por tanto, supone el abrir a los particulares la iniciativa de acudir directamente a la vía judicial para interponer la revisión, sin tener que hacer uso del expediente administrativo, claramente preprocesal, que causaba problemas de inconstitucionalidad.

Cuestión distinta será la de determinar ahora qué *personas* son las que van a poder hacer uso de esta posible legitimación para interponer la revisión, ante la Sala del TS. Así:

a'. El penado

Como apuntamos anteriormente, la legitimación en la regulación anterior de la revisión suponía que entre el condenado y la revisión existía siempre el Ministerio Fiscal. El Tribunal Constitucional se refería a la necesidad de reinterpretar y modificar la regulación de la revisión para adaptarla al art. 124 y 117 CE, es decir, permitiendo que la revisión, como ya se conocía en el orden civil, por ejemplo, se pudiera interponer por el condenado, teniendo éste acceso directo al tribunal, que es quien va a decidir sobre la pertinencia o no de la pretensión de revisión, valorando, en consecuencia, si los nuevos elementos aportados son susceptibles de sostener con fundamento la revisión.

Ello significa, por tanto, que esta posibilidad directa del penado de promover e interponer, en su caso, la revisión, ante la Sala de lo Penal del TS (órgano jurisdiccional), supone introducir en el orden penal las garantías del art. 24.1 CE, de las que adolecía antes la revisión penal, es decir, el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, evitando, con ello, que la instrucción, conclusión y notificación de un expediente en el que, al fin y

por tanto, la no interposición de la revisión en el plazo de quince días va a suponer la preclusión del derecho subjetivo de interponer el juicio de revisión por la vía del art. 957.

Ello no está imposibilitando la revisión de una sentencia penal, por cuanto se deja abierta la posibilidad de la interposición por el Ministerio Fiscal. En consecuencia, a los sujetos apuntados en el art. 955 se les deja abierta, caso de incumplimiento del plazo de interposición de la revisión del art. 957, la vía del art. 956, es decir, la solicitud de apertura de un expediente administrativo que desembocara en la interposición por el Fiscal de la revisión de una sentencia penal firme condenatoria.

15. Vide mi trabajo, *De nuevo sobre la revisión penal...*, cit., pp. 9.922-9.924.

al cabo, se estaba poniendo en juego la libertad de un sujeto condenado, se verificara necesariamente por un órgano no judicial.

b'. El cónyuge o quien haya mantenido convivencia como tal¹⁶

La posible intervención de estas personas apuntadas viene condicionada, sin embargo, al hecho de el penado hubiere muerto.

El objetivo fundamental de la interposición de la revisión penal por estos sujetos que mantenían esa relación de afectividad con el penado se fundamenta en la idea de conseguir rehabilitar la memoria del difunto, y que se castigue, en su caso, al verdadero culpable.

Interesante es, en este caso, la equiparación que ya se ha hecho en otros cuerpos legales¹⁷, entre las uniones de derecho y las uniones de

16. Interesante, en este sentido, es el examinar el desarrollo que este punto tuvo con respecto al Proyecto de Ley presentado con fecha 19 de febrero de 1992, en cuyo art. 955 se hablaba tan sólo de cónyuge sin más, sin hacer expresa mención de la legitimación de aquellas personas que hubieran convivido con el penado sin que existiera el vínculo conyugal. Se presentaron a este Proyecto dos enmiendas: una fue del Grupo Parlamentario Catalán (CIU), que proponía como redacción del art. 955 de la LECRIM, la siguiente: «Están legitimados... /..., su cónyuge o persona a quien hubiese estado ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, ascendientes y descendientes...». Y la justificación de la enmienda se basaba en la equiparación con el cónyuge ya prevista en el Código Penal para determinados supuestos. Y la segunda, que fue del Grupo Socialista, que propuso una enmienda en el mismo sentido, pero con el texto que tenemos en la actualidad en la Ley 10/1992. La justificación de esta enmienda se basaba en la necesidad de advertir la legitimación de quien sin haber estado casado haya tenido convivencia como cónyuge.

También a esta posibilidad se refirió, en su día, el Consejo General del Poder Judicial, en el dictamen que emitió al Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, al apuntar que era necesaria la ampliación de la legitimación respecto de las personas que guardan con el penado una relación de afectividad análoga a la de las personas mencionadas en el art. 955, es decir, los cónyuges.

17. A título de ejemplo puede citarse la Disposición Adicional décima, apartado 2, de la Ley 30/7 de julio, de 1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que venía a señalar expresamente: «Quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios, prestaciones de la Seguridad Social, pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento». Naturalmente hay que conectar la misma con el art. 101 CC en el que al regular las causas de extinción del derecho a la pensión se señala, entre otras, la de «por vivir maritalmente con otra persona».

En el campo del Derecho Financiero se planteó también el tema de las uniones de hecho precisamente cuando se cuestionó la discriminación por razón de matrimonio que

hecho, y, en consecuencia, se trata de dar el mismo tratamiento, también en el campo procesal, a aquellas personas que convivieron con otras, ya constando dicha unión a través del vínculo matrimonial o ya a través de las uniones de hecho. En ambos supuestos la justificación de la convivencia es el presupuesto para justificar la legitimación de estas personas en la interposición de la revisión de la sentencia penal.

c'. Los ascendientes y descendientes

También estas personas vendrán condicionadas, en cuanto a su legitimación para interponer la revisión, a que el penado haya muerto. Y su interés en participar se basa en la idea de conseguir que, a través de la revisión de la sentencia penal condenatoria firme, se rehabilite la memoria de su descendiente o ascendiente penado, y además, se consiga, en su caso, la posible condena de aquel que fue el verdadero culpable.

No se establece, sin embargo, el grado de parentesco necesario para poder interponer la revisión, por lo que hay que partir de una interpretación amplia del mismo, para permitir la interposición de la revisión penal por pariente (ascendiente y descendiente) sea cual sea el grado.

En cuanto a la *legitimación pasiva* nada dice el legislador, ni antes ni con la nueva Ley 10/1992.

Según el tipo de legitimación activa que se ejercite para interponer la revisión, podremos hablar de legitimación pasiva o no.

Así, si la revisión surge como consecuencia de un expediente admi-

derivaba del régimen de acumulación de rentas familiares en la tributación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. El legislador se basaba en un solo elemento, que era el de las presuntas ventajas de la vida en común, simplemente derivada del matrimonio, olvidando que también esto mismo debería ser aplicable a todos los sujetos pasivos del Impuesto que viven juntos, haciendo referencia, por tanto, a los que conviven extramatrimonialmente «more uxorio», formando uniones de hecho (Véase las famosas Sentencias del TC de 10 de noviembre de 1988, mediante la cual se otorga por el TC el amparo y se reconoce el derecho del matrimonio recurrente a efectuar declaraciones separadas, siendo ambos cónyuges perceptores de rentas gravadas en I.R.P.F., y la de 20 de febrero de 1989, por la que se declara la inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Véase, al respecto, «Avances informativos tributarios», Lex Nova, 1988-10, y 1989-1).

También en el ordenamiento penal se introdujo esta realidad de las uniones de hecho tras la reforma del Código Penal de 1983, pero desgraciadamente no se hizo extensiva a todos los supuestos en que así podría haberse hecho (por ejemplo, no se cumple el tipo del asesinato si el que ha convivido durante muchos años con una persona, le quita la vida).

nistrativo, hay que entender que los mismos problemas que se planteaban anteriormente, se seguirán manteniendo. Es absurdo pensar que el Fiscal va a interponer la revisión contra el penado. Cosa distinta sería que se permitiese la revisión en contra del reo, como propugnamos en alguna ocasión, en cuyo caso sí podría hablarse del condenado como legitimado pasivo, dado que del proceso de revisión podría llegarse a una sentencia que le va a poder perjudicar. Piénsese en los supuestos de conformidad, en los que el acusado se ha mostrado conforme con una pena con el fin de obtener una sentencia penal más favorable. Si surgiesen posteriormente hechos o nuevos elementos de prueba¹⁸ que pudieran demostrar que el hecho por el que se condenó no fue tal como se confesó y obtuvo la sentencia de conformidad sino mucho más grave, habría que permitirse la revisión que perjudicase al reo. En cualquier caso, el legislador no se ha pronunciado sobre esta posibilidad, de ahí que siempre que sea el Fiscal el que interpone la revisión, vía expediente administrativo, nos hallamos ante los mismos problemas de legitimación pasiva que antes de la reforma.

Cuando estamos ante la posibilidad de la legitimación para interponer la revisión que genera un cauce jurisdiccional, la legitimación pasiva la va a ostentar el Fiscal y los posibles acusadores que hayan podido intervenir en el proceso manteniendo la acusación. En todo caso, esto no se expresa en ningún precepto sino que se desprende del sentido de la nueva reforma, que no pretende sino juisdiccionalizar la revisión y permitir que, siendo particulares los que la interpongan, pueda dirigirse este proceso de revisión contra aquellos que mantuvieron la acusación en el proceso penal principal del que deriva la revisión.

18. La doctrina ha venido incluso admitiendo que la retractación de una conformidad es un hecho nuevo, a los efectos de la interposición del juicio de revisión.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL RECURSO DE ANULACION EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

MARÍA PÍA CALDERÓN CUADRADO
Profesora titular de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Requisitos de admisibilidad: 1. Órgano jurisdiccional competente; 2. Legitimación. Especial referencia al gravamen; 3. Resolución impugnabile; 4. Plazo de interposición. — III. Extensión del recurso. — IV. Procedimiento. Principales especialidades: 1. Efectos de la interposición del recurso; 2. Fundamentación de la impugnación y oposición a la misma; 3. Pronunciamientos de la sentencia.

I. INTRODUCCIÓN

La opción elegida por el legislador de posibilitar bajo ciertos requisitos el juicio en ausencia del imputado —art. 793.1 LECrim—, va a implicar, de conformidad con la Resolución 75-11 y la Recomendación 87-18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa¹, el establecimiento de un medio específico de impugnación de la sentencia contumacial. Este medio no es otro que el recurso de anulación cuya regulación, manifiesta y preocupantemente insuficiente, se encuentra recogida en el art. 797.2 LECrim.

1. Véase Exposición de Motivos Ley 7/1988, de 28 de diciembre.

Innegable es, por tanto, que con su introducción se pretendió salvaguardar de una hipotética lesión, consecuencia de esa autorización legal para continuar el proceso sin la presencia del acusado, el derecho fundamental a ser oído y defenderse². Ahora bien, si loable fue, al menos siendo éste el punto de partida³, la intención del legislador, no podemos sino lamentar su plasmación final. «La sentencia dictada en ausencia haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos para el recurso de apelación».

Estableciéndose este «régimen» legal no resulta difícil entender las numerosas dudas planteadas y su resolución desigual por parte de la doctrina. Porque, y comenzaríamos con la primera y principal, ¿qué tipo de recurso quiso establecer el legislador en el art. 797.2 LECrim?

Independientemente del «nomen iuris», objeto por otra parte de críticas⁴, lo único que de dicha regulación parece desprenderse con cierta claridad es:

Primero, que el recurso de anulación no es un recurso más a añadir a las posibilidades de impugnación de una sentencia contumacial. Si la razón que justificaba el juicio en ausencia era precisamente «evitar dilaciones inútiles» no creemos que fuera posible dejar abierta indefinidamente una vía de impugnación, máxime teniendo en cuenta que ello impediría, salvo lo dispuesto en el art. 989 LECrim, la propia ejecución de la sentencia.

Segundo, que el recurso de anulación es un medio de impugnación de naturaleza imprecisa, es cierto, pero equiparado por propia decisión del legislador en requisitos y efectos al recurso de apelación.

Cualquier interpretación al respecto, entendemos, debe partir necesariamente de este doble condicionamiento. «Lege ferenda» las posibilidades de configuración son muchas, probablemente la más adecuada se situaría en el camino abierto por las recomendaciones del Consejo de

Europa⁵, antes mencionadas. Sin embargo, «lege data» el precepto sigue una concreta dirección y no puede hacerse decir algo por él no dicho y en contradicción seguramente con lo por él mismo establecido.

En este sentido, nos inclinamos, pese a ser postura mayoritaria⁶, por la imposibilidad de «asimilar» el recurso de anulación al juicio de revisión o a los efectos rescisorios típicos de éste. Es cierto que ambos presentan una similitud fundamental, se constituyen en medios de ataque de la firmeza de una resolución. Sin embargo uno y otro, como a continuación se pondrá de manifiesto, presentan una muy desigual regulación normativa que se va a traducir en una diversidad de requisitos, en una motivación diferente⁷ y en un dispar procedimiento⁸; en definitiva en una naturaleza jurídica totalmente distinta⁹.

5. Las recomendaciones 8.^a y 9.^a de la Resolución 75-11 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa señalan «La persona juzgada en ausencia, en tanto no haya sido citada regularmente, debe disponer de un recurso para hacer constar la nulidad de la sentencia» y habiendo sido «regularmente citado, tiene derecho a ser juzgado de nuevo, en la forma ordinaria, si acredita que su ausencia y el hecho de no haberla anunciado al juez se debieron a causas ajenas a su voluntad».

6. Aunque desde muy diversas perspectivas, implícita o explícitamente efectúan dicha asimilación, ARAGONESES MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 34 a 38, GUTIÉRREZ, *Consideraciones críticas al sistema de recursos del procedimiento abreviado por delitos menos graves (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)*, en RGD 1990-4, pág. 3.121 y 3.122, DAMIÁN MORENO, *Notas sobre el juicio en ausencia y la purga de la rebeldía en el proceso penal abreviado*, en «Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén», Valencia 1990, pág. 108 y 109, PORTERO, REIG y MARCHENA, *Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988*, Bilbao 1989, pág. 104 y 105, PÉREZ CRUZ, *Aproximación al estudio del nuevo «recurso de anulación». Análisis del reformado art. 797 LECrim*, en Justicia 1990-3, pág. 638 a 643, RIVES SEVA, *El juicio en ausencia y el recurso de anulación de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre*, en «Poder Judicial» 1990-2, pág. 57 a 59, VALENTÍN CORTÉS, *El sistema de recursos*, en «El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988», con ALMAGRO, GIMENO, MORENO CATENA, Valencia 1989, pág. 248 a 252, GONZÁLEZ CUELLAR, *Los recursos en el procedimiento abreviado*, en La Ley 1989-4, pág. 957 y 958, FAIRÉN GUILLÉN, *El razonamiento de los tribunales de apelación*, Madrid 1990, pág. 68 y 71 y GARBERI, *La ausencia del acusado en el proceso penal. Especial referencia al proceso penal abreviado (L.O. 7/1988, de 28 de diciembre)*, Madrid 1992, pág. 202 a 210.

7. La pretensión en el juicio de revisión se fundamenta única y exclusivamente en los hechos configurados en la LECrim como motivos de revisión, siendo su petición la anulación de la sentencia firme. En contraposición, en el recurso de anulación no existe, en principio, una determinación taxativa de la fundamentación posible y en su remisión al recurso de apelación parece incluir motivos de fondo lo que conducirá a que contenido del «petitum» pueda ser algo más que la simple rescisión.

8. Consecuencia de esa diversidad de motivación no va a poderse hablar como en revisión de dos fases, juicio rescisorio y juicio rescidente.

9. En este sentido de Circular n.º 1/1989 de la FISCALÍA GENERAL del ESTADO *El procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de di-*

2. En este sentido las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de febrero de 1985, BJC 1986-59, pág. 403 a 415.

3. No olvidemos que la suspensión del juicio oral en ausencia del acusado era y es el principio rector de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y su mantenimiento fue aconsejado por el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley que estamos comentando. Véase Boletín de Información del CGPJ, 2.^a época, Año VIII n.º extraordinario, Madrid 1988, pág. 12.

4. Véase ARAGONESES MARTÍNEZ, *Notas sobre el «recurso» de anulación contra sentencias dictadas en ausencia del acusado (en el nuevo «procedimiento abreviado» por delitos de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)*, en «Actualidad Penal» 1990-1, pág. 35.

II. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

La admisibilidad del recurso de anulación depende lógicamente de la concurrencia en su interposición de aquellos requisitos procesales que el legislador entiende indispensables para poder obtener del órgano jurisdiccional un pronunciamiento sobre la impugnación planteada.

Órgano competente, legitimación, resolución impugnada, plazo y forma de interposición se presentan así como condiciones necesarias para la admisión de este medio de impugnación. El problema, sin embargo, no es tanto su determinación como la defectuosa e insuficiente regulación que de los mismos va a efectuar el art. 797 LECrim.

1. *Órgano jurisdiccional competente*

Quizá sea éste el ejemplo más llamativo de la falta de previsión legal. No existe en el precepto indicación alguna sobre el órgano que deba conocer del recurso de anulación. Es cierto que el art. 797 efectúa un reenvío a los requisitos de la apelación, pero no lo es menos que tal remisión resulta en este punto inaplicable. En efecto, podría pensarse que la equiparación efectuada por el legislador lo es hasta el punto de atribuir siempre la competencia a la Audiencia Provisional, independientemente del órgano que hubiera dictado la resolución impugnada; sin embargo esta solución, que conduciría a supuestos ciertamente sorprendentes¹⁰, olvida que la atribución del conocimiento de la apelación a la misma lo fue precisamente en virtud de la posición organizativa que ocupaba y ocupa respecto del juez de lo penal, órgano encargado de resolver la primera instancia. Posición que no siempre es mantenida respecto de quien dictó la sentencia impugnada en anulación. No queda,

ciembre, en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», suplemento al n.º 1.522 de 25 de marzo de 1989, pág. 67, CONDE-PUMPIDO, *La reforma del proceso penal*, con ANDRÉS IBÁÑEZ, FERNÁNDEZ ENTRALGO, PÉREZ MARIÑO, VARELA CASTRO, Madrid 1990, pág. 231 a 234 y ESCUSOL, *El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)*, Madrid 1990, pág. 332 y 333.

10. La posibilidad de celebración de juicio en ausencia de competencia de la Audiencia Provincial o Audiencia Nacional permitiría que la resolución impugnada, por ejemplo, pudiera ser (véase «infra», epígrafe tercero de este apartado) la dictada por el Tribunal Supremo al decidir el recurso de casación y contra ella cupiera anulación ante la Audiencia Provincial.

en consecuencia, otro camino que acudir a las normas generales de atribución de competencia.

Ahora bien, al aplicar esas normas se plantea como cuestión previa la de si estamos ante una competencia objetiva o una competencia funcional. La elección de una u otra no será sino consecuencia lógica de la propia naturaleza asignada al recurso de anulación. Para aquellos que entienden que estamos ante una pretensión distinta a la resuelta por la sentencia firme dictada en ausencia se tratará de una competencia objetiva. Para nosotros, por el contrario, esta primera dificultad debe resolverse en favor del órgano funcionalmente competente porque, como veíamos y veremos, si bien es cierto que estamos ante un medio de impugnación frente a sentencias firmes no lo es menos que su ámbito objetivo no difiere del ya resuelto y ahora impugnado.

En el primer caso, la aplicación del criterio objetivo conduce, en virtud de lo dispuesto en el art. 57.1.1.º LOPJ y siempre que entendamos comprendido dentro de la expresión legal «recurso extraordinario» las nuevas pretensiones de impugnación de la cosa juzgada, a estimar competente al Tribunal Supremo¹¹; aunque curiosa o inexplicablemente algunos autores¹², por razones fundamentalmente prácticas y apoyándose en la letra del precepto, dividan la competencia en función del órgano que juzgó en ausencia —Audiencia Provincial (o Nacional) si correspondió la primera instancia al Juzgado de lo Penal (o Juzgado Central de lo Penal) y Tribunal Supremo en el resto de los supuestos ya veremos si posibles—, o incluso se la atribuyan en exclusiva a la Audiencia Provincial¹³.

Si, como acabamos de señalar, la competencia es funcional no se acaban aquí en absoluto los problemas de determinación del órgano competente. La propia dicción del precepto en tanto en cuanto remite a los efectos del recurso de apelación nos hace pensar que estamos ante un medio de impugnación de carácter devolutivo y como tal su conocimiento vendría siempre atribuido al superior jerárquico. Sin embargo, acudiendo a las reglas generales sobre competencia dos son las únicas normas aplicables y no siempre implicarán «devolución».

Por un lado, el art. 82.2.º (o 65.5.º) LOPJ que atribuye competencia

11. ZARZALEJOS, *El nuevo proceso abreviado para delitos menos graves (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)*, en «Nuevos Tribunales y Nuevo Proceso Penal», con DE LA OLIVA, VEGAS, GONZÁLEZ y ARAGONESES, Madrid 1989, pág. 180.

12. Así, ARAGONESES MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 37; DAMIÁN MORENO, *ob. cit.*, pág. 111; GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pág. 3.121; GONZÁLEZ CUELLAR, *ob. cit.*, pág. 957 y PÉREZ CRUZ, *ob. cit.*, pág. 662.

13. VALENTÍN CORTÉS, *ob. cit.*, pág. 253.

a la Audiencia Provincial (o Nacional) para conocer de los recursos que se interpongan contra las resoluciones del juez de lo penal (o del juez central de lo penal), en cuyo caso, evidentemente, tendría efecto devolutivo.

Por otro, el art. 57.1.1.º LOPJ que atribuye al Tribunal Supremo el conocimiento «De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que establezca la ley», y aquí lógicamente el término extraordinario debe interpretarse en sentido diferente al anteriormente utilizado, lo cual nos lleva a considerarle competente para conocer del resto de resoluciones impugnables. En concreto serían, sin perjuicio de su justificación posterior¹⁴, tanto las dictadas por la Audiencia Provincial (o Audiencia Nacional) al resolver el recurso de apelación o al juzgar en primera instancia al ausente, como las propias del Tribunal Supremo al conocer del recurso de casación procedente frente a estas últimas resoluciones. El efecto devolutivo, en consecuencia, no se produciría siempre. La estructura de la organización judicial lo haría, al menos en un supuesto, imposible.

Ciertamente esta solución, que contradice la política legislativa actual, implica atribuir más trabajo al Tribunal Supremo, pero la falta de previsión del legislador conduce, lo queramos o no, inevitablemente a ella.

2. Legitimación. Especial referencia al gravamen

Determinar quien es la persona legitimada para recurrir en anulación no parece, en principio, cuestión de difícil respuesta: La legitimación corresponderá única y exclusivamente a quien habiendo sido juzgado en ausencia resulte perjudicado por la decisión contumacial. No es posible en consecuencia, y por razones obvias, remitirnos a los requisitos del recurso de apelación. Si la anulación viene a conceder al ausente una última oportunidad de ser oído y defenderse es lógico que sea éste el único legitimado para interponerla.

La problemática de la legitimación en el recurso de anulación no viene, pues, referida a los demás sujetos procesales, cuya exclusión legal resulta evidente en función de lo dispuesto en el art. 797 LECrim; necesariamente se va a encontrar vinculada a la figura del contumaz, en concreto a la voluntariedad o involuntariedad de su ausencia.

En este sentido la postura mayoritaria, aunque referida a la estima-

14. Véase «infra» epígrafe tercero de este apartado.

ción del recurso, se inclina por negar la suficiencia de una simple constatación objetiva de la incomparecencia, exigiendo su carácter involuntario. Como fundamentos se aducirán por un lado, lo dispuesto en los art. 774 y 777 LEC «respecto al paralelo recurso de audiencia al rebelde»¹⁵, por otro la Resolución, ya citada, 75-11 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa que concede el derecho de impugnación al ausente siempre que haya sido «citado legalmente y no existan causas que le impidan la comparecencia»¹⁶.

Sin embargo, ni la aplicación analógica de la institución civil la encontramos posible, uno y otro medio de impugnación se fundamentan en principios diferentes, ni tampoco lo sería el traslado automático del instituto penal contenido en la mencionada Resolución en tanto en cuanto el recurso de anulación configurado por el legislador español se aparta del allí regulado.

Es cierto que una respuesta negativa podría provocar usos indebidos del recurso de anulación o, como señala la Circular n.º 1/1989 de la Fiscalía General del Estado¹⁷, «fraude de ley de quien incompareciendo voluntariamente y agotando luego a través de su Letrado todos los recursos, utilice esta vía para dilatar el proceso o la ejecución de la condena»; pero no lo es menos que exigir al ausente, a efectos de legitimación¹⁸, la justificación de su incomparecencia implica restringir enormemente y sin fundamento legal el acceso al recurso¹⁹, máxime si tenemos en cuenta que siendo firme la sentencia su ejecución ya se habrá iniciado, si no producido²⁰, y que, en cualquier caso, podría el órgano jurisdiccional utilizar las facultades que a su disposición pone el art. 11.2 LOPJ.

La presunta omisión del legislador no va a permitir, en consecuencia, negar legitimación al voluntariamente ausente. Al contrario, una interpretación conjunta de los arts. 793 y 797 excluye cualquier aprecia-

15. Circular de la FISCALIA GENERAL del ESTADO n.º 1/1989, *ob. cit.*, pág. 68.

16. RIVES SEVA, *ob. cit.*, pág. 55 y 56.

17. *Ob. cit.*, pág. 68.

18. E incluso a efectos de estimación del recurso sólo sería posible si se alegara como motivo de impugnación precisamente una infracción del art. 793 LECrim en lo relativo a la ausencia injustificada.

19. En este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional es clara, la utilización de recursos contra las sentencias debe interpretarse de la forma más favorable para su admisión. Véase entre otras la Sentencia 163/1985, de 2 de diciembre.

20. Salvo, lógicamente, los pronunciamientos relativos a una posible privación de libertad.

ción sobre la justificación de la ausencia. Como argumentaba Ortells en un supuesto similar²¹ la continuación del proceso sin la presencia del acusado no implica un juicio sobre la voluntariedad o no de ésta; pero, aunque se pretendiera vincular la problemática de la legitimación a la justificación de la ausencia, habría que conceder legitimación precisamente al contumaz (presuntamente) voluntario, pues la incomparecencia involuntaria da lugar a la suspensión.

Ahora bien, el acceso a este medio de impugnación se encuentra sometido, como en cualquier otro, a un presupuesto adicional: la existencia de un perjuicio, de un gravamen, cuya reparación legitimará al juzgado en ausencia para recurrir en anulación. El legislador consciente de ello y entendiendo que quien verdaderamente resulta perjudicado por la sentencia contumacial es el condenado ausente va a concederle legitimación y además de forma exclusiva. Tanto el párrafo primero como el segundo del art. 797 LECrim se refieren en todo momento al condenado, de ahí que la doctrina mayoritaria le considere como único legitimado.

Y, evidentemente lo estará. La duda surge, sin embargo, con relación al absuelto del que viene señalándose su falta de interés para recurrir. En estos supuestos, si bien la norma negaría su legitimación, una concepción amplia del requisito del gravamen, en sintonía con la Sentencia 79/1987, de 27 de mayo, del Tribunal Constitucional, permitiría ir más allá del tenor literal, concediéndosela también al ausente no condenado siempre y cuando el perjuicio se hubiera realmente producido²². Perjuicio, de naturaleza moral y/o material, cuyo origen podría encontrarse, por ejemplo, en una declaración de culpabilidad no seguida de condena por causa diversa —prescripción, indulto...— o, incluso, aún siendo supuesto ciertamente improbable, en la declaración de existencia de unos hechos punibles luego declarados inexistentes²³.

3. Resolución impugnabile

Según el art. 797.2 LECrim es únicamente la sentencia dictada en ausencia, es decir emitida tras el juicio oral celebrado sin la presencia fí-

21. ORTELLS, *La ausencia del imputado en el proceso penal español*, tesis doctoral inédita, pág. 412.

22. En este sentido véase VALENTÍN CORTÉS, *ob. cit.*, pág. 250 y CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, pág. 225, nota n.º 34.

23. A efectos de una posible responsabilidad patrimonial del Estado en función de lo dispuesto en el art. 294 LOPJ.

sica del acusado, la resolución impugnabile mediante el recurso de anulación. El resto de resoluciones tienen a su disposición otros medios de impugnación, pero entre ellos nunca se encontrará la anulación en cuanto que, como hemos señalado, se configura como instrumento específico frente a sentencias contumaciales.

Siendo éste el único punto de partida válido, además de indiscutible, la propia concreción de la resolución impugnabile requiere una triple precisión derivada, ahora sí, de una falta de previsión legal que no hará sino enturbiar esa claridad inicial.

En primer lugar se va a cuestionar la posibilidad de recurrir en anulación cuando el juicio en ausencia fue competencia de la Audiencia Provincial, o en su caso de la Audiencia Nacional. Ciertamente y en principio tal posibilidad parece estar cerrada a tenor de lo dispuesto en el art. 797 LECrim: «La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada...» induce a excluir aquellas resoluciones frente a las cuales no quepa recurso de apelación. Es más, la modificación del Anteproyecto en este punto sustituyendo el término «recurrida» por «apelada» y la equiparación del recurso de anulación al de apelación favorecerían dicha opinión. Sin embargo, y aunque la opción contraria conduce a soluciones no siempre satisfactorias²⁴, restringir el campo de las resoluciones recurribles a las anteriormente descritas plantea una desigualdad difícil de justificar.

En efecto, al regular el art. 797 el legislador pareció desconocer la realidad que abría el art. 793. Este al permitir el juicio en ausencia estaba pensando, fundamentalmente por los límites por el mismo impuestos, que la competencia correspondería siempre a los Juzgados de lo Penal (o Juzgados Centrales de lo Penal), olvidándose que, aunque supuestos difíciles, la propia letra de la ley permitía su celebración ante órgano jurisdiccional diferente, en concreto Audiencia Provincial o Audiencia Nacional.

Si ello es así lo que evidentemente no puede es cerrarse el acceso al recurso de anulación. No sólo iría en contra de la Recomendación del Consejo de Europa, no sólo daría lugar a una violación del derecho de audiencia y defensa, sino que habría un desigual tratamiento de casos iguales sin razón alguna que lo justificara. La consecuencia, unánimemente admitida, es, por tanto, la procedencia del recurso de anulación en estos supuestos²⁵.

24. Nos podríamos encontrar, precisamente por esa equiparación, ante un supuesto ciertamente sorprendente, la posibilidad de una impugnación amplia —anulación— después de una más limitada —casación—.

25. Circular de la FISCALIA GENERAL del ESTADO n.º 1/1989, *ob. cit.*, pág.

En segundo lugar, la defectuosa redacción del art. 797 nos obliga, despojadas las dudas sobre la impugnabilidad de las resoluciones dictadas en primera instancia por la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional, a dar un paso más en la concreción de este requisito. Podría entenderse que susceptible de ser impugnada en anulación es únicamente la sentencia contumacial de primera instancia, fuere cual fuere el órgano competente para pronunciarla, y no la dictada por el tribunal superior al conocer del recurso correspondiente —apelación o en su caso casación—.

En este sentido parece moverse el legislador cuando señala en el art. 797.II como resolución impugnabile «la sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada». Sin embargo tal conclusión nos parece en cualquier caso errónea primero desde una perspectiva legal en tanto en cuanto el párrafo primero del mencionado precepto se refiere a ambas resoluciones y a su notificación, siendo precisamente en este acto cuando se informa de la posibilidad de interponer recurso de anulación. En segundo lugar supone desconocer los efectos de la decisión del recurso que únicamente hace firme la resolución impugnada si se produjo la desestimación del mismo. Por último, en la práctica tal solución conduciría al absurdo porque en apelación podría ponerse de manifiesto la ilegitimidad de la continuación del juicio en ausencia y, estimada, seguiría subsistente el acceso a la anulación, aunque aquí seguramente se carecería de interés para recurrir.

Precisado en ambos sentidos la resolución impugnabile, una última pregunta exige ser respondida, ¿cualquier sentencia contumacial de las características que acabamos de señalar es recurrible en anulación o sólo lo será aquella que previamente haya adquirido firmeza?

Que el recurso de anulación se dirige única y exclusivamente frente a sentencias firmes es la postura doctrinal mayoritaria²⁶. Se dirá que el legislador al establecer en el párrafo primero del art. 797 que la notificación al ausente de la «sentencia dictada en primera instancia o en apelación» lo es «a efectos del cumplimiento de la pena aún no prescrita», no hace sino presuponer la firmeza de la resolución pues sólo las que gozan de tal condición son título ejecutivo (art. 988 LECrim).

67. ARAGONESES MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 35 y 36, PÉREZ CRUZ, *ob. cit.*, pág. 649 y 650, GONZÁLEZ CUELLAR, *ob. cit.*, pág. 956 y 957, DAMIÁN MORENO, *ob. cit.*, pág. 109, GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pág. 3.121, RIVES SEVA, *ob. cit.*, pág. 60 y CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, pág. 226. En contra de esta posibilidad, GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, III, con MONTERO, ORTELLS, MONTÓN, Barcelona 1991, pág. 480.

26. Entre otros, DAMIÁN MORENO, *ob. cit.*, pág. 109, RIVES SEVA, *ob. cit.*, pág. 60, ARAGONESES MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 35 y VALENTÍN CORTÉS, *ob. cit.*, pág. 249.

Curiosamente, sin embargo, este mismo inciso es utilizado por los partidarios de la opción contraria²⁷: Si «la notificación de la sentencia dictada en contumacia, señalan, puede ser tanto la recaída en primera instancia como, en su caso, la dictada en apelación» es plausible «por esa razón que la comparecencia pueda realizarse en tanto pende la tramitación de dicho recurso, momento en el que todavía la sentencia de instancia no ha alcanzado firmeza».

Siendo éstos los argumentos principales de ambas opciones no podemos sino participar del sentir mayoritario. En primer lugar entendemos que la expresión legal «haya sido o no apelada» estaría en condiciones tanto de permitir una deducción en el sentido apuntado como en el contrario. La referencia, implícita evidentemente, podría realizarse a la firmeza de la resolución. Firmeza que se conseguiría bien por el transcurso de los plazos previstos para recurrir bien porque habiendo sido recurrida, en apelación o casación, frente a ella no procede recurso alguno.

En segundo lugar, no podemos sino rechazar la crítica efectuada, y consiguiente interpretación, de la mención del art. 797 a la pena no prescrita. El entender que con ella lo único que intenta el legislador es evidenciar que «si la pena ha prescrito no será posible deducir la anulación»²⁸ supone someter este medio de impugnación a un límite temporal inexistente que, aunque lógico, no estaría exento de posibles excepciones²⁹. Más correcta parece la primera interpretación.

Con todo, la solución que propugnamos no está exenta de problemas, ¿qué sucedería si el ausente comparece o es habido en un momento anterior a la firmeza de la sentencia?, ¿el requisito que acabamos de mencionar impediría el acceso al recurso de anulación? Siendo diversas las situaciones posibles, cualquier respuesta que se dé va a exigir su previa diferenciación.

No creemos en primer lugar que surjan dificultades cuando el conocimiento de la sentencia viene referido a la de primera instancia y en un momento inmediatamente posterior a su emisión. Procederán en este supuesto los medios de impugnación legalmente previstos, apelación o en su caso casación, a través de los cuales el ausente podrá hacer valer su reclamación. Ciertamente la similitud entre el recurso de apelación y el de anulación avalará esta opinión. Las dificultades surgirán, no obstante,

27. GARBERI, *ob. cit.*, pág. 208 a 211 (los entrecomillados son suyos) y CONDE-PUMPIDO, *ob. cit.*, pág. 234.

28. GARBERI, *ob. cit.*, pág. 208.

29. Véase epígrafe siguiente.

cuando proceda casación siendo sus motivos más restrictivos que los que fundamentan la anulación.

Pero si este supuesto es problemático, pese a continuar subsistiendo la posibilidad de casación, mucho más lo será si el conocimiento se produce interpuesto ya el recurso, de apelación o casación, pero antes de la decisión sobre el mismo. En principio parece lógico, como señala Ortelles³⁰, que si el ausente comparece o es habido estando la causa en un trámite procesal en el que las posibilidades de intervención existen, éste deberá aprovecharlas. Ahora bien, no existiendo, la ley, según acabamos de indicar, no se las concede más que si la resolución devino firme, poniendo en este caso a su disposición el recurso de anulación.

Se produciría, en consecuencia, un trato discriminatorio difícilmente justificable: Al ausente «presentado después de la firmeza de la sentencia se le concedería un medio de impugnación adecuado para suplir su falta de intervención personal en el juicio oral, mientras que, presentado pendiente el recurso correspondiente, no tendría más opción que incorporarse al proceso en una etapa que ya no ofrecería posibilidades de intervención personal»³¹. ¿Podría autorizarse entonces y de forma excepcional el acceso al recurso de anulación bien inmediatamente, bien una vez decidida la impugnación interpuesta?

La respuesta, entendemos, debe continuar siendo negativa. En uno y otro caso estaríamos ante una violación de los requisitos exigidos para la válida admisión del recurso de anulación. En el primero se produciría una alteración de la resolución impugnada³², en el segundo una derogación del plazo de interposición legalmente previsto.

La solución a este supuesto, en consecuencia, no puede venir del recurso de anulación, que sigue procediendo único y exclusivamente frente a sentencias contumaciales que han adquirido firmeza, más bien habría que buscarla en otros lugares del ordenamiento. En concreto, podría solicitarse una nulidad de actuaciones en base fundamentalmente a lo dispuesto en el art. 238.3 y 240 LOPJ, sin olvidarnos que su posible trascendencia constitucional permitiría el acceso al recurso de amparo³³. En

30. ORTELLS, *La ausencia del imputado...*, tesis doctoral inédita, pág. 396.

31. ORTELLS, *ob. cit.*, nota anterior, pág. 398.

32. Los problemas, sin embargo, no acabarían aquí. ¿Debería suspenderse la tramitación del recurso a la espera de la decisión de la anulación?

33. El Tribunal Constitucional es consciente del papel que desempeña en estos supuestos. Entre otras la sentencia 78/1992, 25 de mayo, va a señalar «Una vez más, y como efecto indirecto de la falta de articulación en las normas del proceso ordinario de medios que permitan a los jueces y tribunales reparar lesiones de derechos fundamenta-

cualquier caso, sin embargo, se exigirá siempre, a diferencia del recurso de anulación, que la incomparecencia sea debida a causa no imputable o ajena al ausente pues si se produjo por su propia voluntad no estaríamos ante un supuesto de indefensión con trascendencia jurídica.

4. Plazo de interposición

Sin perjuicio de que la interposición se vea sometida a unos condicionamientos formales, la admisión del recurso de anulación depende del cumplimiento de un último requisito, el plazo de interposición. Nuevamente el art. 797.2 efectúa una remisión al recurso de apelación disponiendo que la sentencia dictada en ausencia podrá ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo establecido para aquél. El plazo, en consecuencia, será de diez días, art. 795.1, a contar «desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia», art. 797.2 LECrim.

El problema que básicamente se plantea no es tanto su cómputo, que seguirá las reglas generales, como la determinación del «dies a quo» en el que debe iniciarse. La dificultad proviene de la defectuosa redacción del art. 797 cuyo primer párrafo parece hacerlo coincidir con la notificación de la sentencia³⁴. Ciertamente esta identificación sería la interpretación más lógica, máxime si tenemos en cuenta que el párrafo segundo del mencionado precepto alude de forma expresa a la necesidad de acreditar el momento en que se produjo dicho conocimiento, y que mejor acreditamiento que la notificación de la resolución.

Ahora bien, es posible, como señala la Fiscalía General del Estado³⁵, que el juzgado en ausencia conociera con anterioridad el contenido de la sentencia, en cuyo caso «dies a quo» sería el del conocimiento y no el de la notificación de la decisión contumacial. Avalaría esta segunda interpretación, más amplia que la anterior³⁶, la posibilidad de evitar situaciones de fraude que se producirían en todos aquellos supuestos en que el condenado en ausencia aun teniendo conocimiento de la sentencia

les ocasionados en su tramitación, este tribunal se ve en la necesidad de resolver una queja por indefensión».

34. ARAGONESES MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 28, califica de confusa la redacción en este punto de los párrafos primero y segundo del art. 797 LECrim.

35. En su Circular n.º 1/1989, *ob. cit.*, pág. 68.

36. En contra GARBERI, *ob. cit.*, pág. 211, al entender que estamos ante un supuesto de laboratorio.

imposibilitare su notificación oficial³⁷. Esta afirmación, sin embargo, requiere una doble matización:

En primer lugar el entendimiento de la sentencia lo habría de ser en sus extremos esenciales, siendo insuficiente a estos efectos con la simple noticia del contenido del fallo. Evidentemente si el ausente quisiera hacer uso del recurso de anulación siempre podría comparecer y solicitar la notificación de la sentencia, iniciándose el cómputo en ese instante³⁸.

En segundo lugar el conocimiento de la resolución y en el sentido antes señalado habría de ser acreditado. Acreditamiento nada sencillo, pero en cualquier caso no imposible, que podría conllevar la desestimación del recurso de anulación. Lógicamente resultará difícil que sea el ausente quien demuestre su entendimiento anterior, y en consecuencia la posible interposición del recurso fuera de plazo, pero nada impide que sean las restantes partes las que en sus escritos de impugnación argumenten en tal sentido³⁹.

En cualquier caso, el plazo se empezará a contar a partir del día siguiente al que tuvo conocimiento, formal o no, de la sentencia, art. 795.1 LECrim.

No señala el precepto, al menos en principio, limitación temporal alguna a la posibilidad de impugnación a través del recurso de anulación. No obstante, si finalidad de la notificación de la sentencia es posibilitar el cumplimiento de la pena aún no prescrita, implícitamente se estaría fijando un límite, lógico por otra parte, pues no es difícil imaginar que prescrita la pena el ausente carecerá de interés en solicitar la anulación «dado que aunque no obtuviera la absolución no cumpliría aquélla»⁴⁰.

Ahora bien restringir, con carácter general y sin norma expresa, el marco temporal de impugnación al arriba señalado, supone, desde nuestro punto de vista al menos, olvidarse de la potencial existencia de dos situaciones, ciertamente infrecuentes pero no por ello irreales.

La primera que el absuelto en ausencia, como vimos, puede en ciertos casos estar legitimado para recurrir en anulación y aquí evidentes-

37. Al respecto el Tribunal Constitucional en sentencia 58/1990, de 20 de marzo, ha señalado que «la falta de reacción oportuna implica pasividad consciente y falta de diligencia, por lo que la protección ilimitada de su derecho comportaría el sacrificio del mismo derecho fundamental de la otra parte protegido por la paz y seguridad que implica la institución de la cosa juzgada».

38. Véase la Circular ya citada de la FISCALIA GENERAL del ESTADO, pág. 68 y GONZÁLEZ CUELLAR, *ob. cit.*, pág. 957.

39. PORTERO, REIG y MARCHENA, *ob. cit.*, pág. 104.

40. ORTELLS, *La ausencia del imputado...*, tesis doctoral inédita, pág. 393.

te las reglas del art. 115 CP resultarán de imposible aplicación. La segunda que el condenado en ausencia puede, pese a la extinción de la responsabilidad penal por prescripción de la pena, seguir sufriendo algún perjuicio, manteniéndose, en consecuencia, vivo su interés de impugnar la decisión contumacial. Significativas son al respecto las palabras del Tribunal Constitucional⁴¹ «no es lo mismo ser absuelto por no haber cometido un delito que ser absuelto por la aplicación de un indulto (nosotros diríamos por prescripción de la pena) pues, de admitirse esta absolución no con ello quedan satisfechos todos los intereses que se conectan con el valor constitucional de la inocencia».

III. EXTENSIÓN DEL RECURSO

La determinación de la extensión del recurso de anulación exige responder a una cuestión planteada desde la oscuridad del precepto de forma unánime por la doctrina: ¿Existen o no motivos de impugnación? Esta cuestión no encuentra fácil respuesta. Nuevamente la falta de previsión legal impide un pronunciamiento decidido sobre la posibilidad de denunciar cualquier vicio de la resolución impugnada.

En principio parece evidentemente que la motivación exigida debería tener como punto de referencia el juicio en ausencia o, mejor dicho, los requisitos que posibilitan su celebración, siendo su falta, de alguno o de todos ellos, la que abriría la puerta al recurso de anulación. Partiendo de ello, el problema básico que se plantea será determinar si tal fundamentación es o no la única que se quiere para prosperar el recurso de anulación.

Como advertíamos la doctrina está dividida. La postura mayoritaria se inclina por limitar los motivos de impugnación a los antes expuestos, rechazando cualquier posibilidad de alegar cuestiones de fondo. Al respecto se argumenta que «en la situación actual... debe conciliarse un máximo respeto al derecho de defensa del ausente, con la necesidad de que este recurso no se convierta en fuente de injustificados privilegios». Ello conlleva «una interpretación restrictiva de los motivos de anulación y de la utilización del recurso de anulación en el sentido de que únicamente se examine la regularidad procesal en la celebración del juicio en ausencia y, en el supuesto de que la misma no se hubiera producido, implique necesariamente la repetición del juicio. Esta interpretación restrictiva de los motivos

41. STC 79/1987, de 27 de mayo, ya citada.

de anulación puede defenderse como cauce corrector de los inconvenientes que para la seguridad jurídica, implica el recurso de anulación»⁴².

Sin embargo, tal argumentación, pese a su lógica, debe ser rechazada. Desde una perspectiva legal resulta indudable y no puede marginarse la remisión a los requisitos del recurso de apelación. Con base en ello, y aunque se llegue al absurdo de conceder al ausente una suerte de «tercera instancia»⁴³, las alegaciones posibles versarán tanto sobre el «quebrantamiento de las normas o garantías procesales» como sobre un «error en la apreciación de las pruebas» o una «infracción de precepto constitucional o legal», art. 795.2 LECrim.

Es cierto que la impugnación más clara se fundamentará en la falta de todos o alguno de los presupuestos necesarios para realizar el juicio en ausencia, dando lugar su estimación a la nulidad de lo actuado y a la reposición del procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, art. 796.2 LECrim. Sin embargo, ello no es óbice para que:

Primero, pueda impugnarse la sentencia por otros vicios de forma —siempre lógicamente «que causaren la indefensión del recurrente»— distintos a los entes descritos, produciendo, caso de ser estimados, idénticos efectos a los que acabamos de señalar. Segundo, sea posible denunciar la existencia de errores de fondo en la resolución impugnada. Errores que, referidos a la actividad probatoria y/o al enjuiciamiento jurídico, accederán así al recurso de anulación fundamentando posibles solicitudes de reforma o revocación de la sentencia dictada.

De este modo y por un lado se podrá pedir modificación de los hechos fijados en la sentencia, para lo cual fundamentación adecuada será no sólo un posible «error en la apreciación de las pruebas» sino también aquella cuyo punto de partida se encuentre en hechos alegados con anterioridad, tenidos o no probados por el tribunal, respecto a los cuales el ausente pueda aportar nuevas pruebas. En el primer caso la reforma solicitada se basará en una actividad probatoria ya practicada pero incorrectamente apreciada por la sentencia contumacial. La comprobación de dicho error en la declaración de hechos probados exigirá su modificación y por esta vía también la modificación del fallo. En el segundo supuesto será la aportación de nuevas pruebas por el ausente la que conducirá, en su caso, a dicha modificación bien declarando probados hechos que ante-

42. PÉREZ-CRUZ, *ob. cit.*, pág. 657.

43. En este sentido, PORTERO, REIG y MARCHENA, *ob. cit.*, pág. 105.

riormente se constaban como tales, bien negando tal condición a los que en la sentencia impugnada eran reconocidos como probados.

Por otra parte se podrá pedir, y ahora sí directamente, una modificación del fallo basándose para ello en una infracción de precepto constitucional o legal. Se partiría entonces de la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada respecto a los cuales se incurrió en un error de calificación jurídica. Error que, producido en el fallo o parte dispositiva, conducirá inevitablemente a su reforma.

A la vista de lo que antecede parece lógico concluir que el legislador mediante la remisión al recurso de apelación no hace sino configurar esta impugnación como ordinaria en tanto en cuanto aún existiendo una enumeración legal de los motivos posibles «es la parte y no la ley que delimita la posible amplitud del recurso»⁴⁴.

Determinado el objeto del recurso de anulación y delimitado, en consecuencia, el ámbito de actuación del órgano «ad quem» queda por responder una última pregunta derivada de una hipotética doble utilización de los motivos establecidos⁴⁵: ¿Existe algún límite adicional respecto a las posibilidades de impugnación antes descritas?

El problema es planteado por la Fiscalía General del Estado⁴⁶ en los siguientes términos: «El recurso se admite aunque la sentencia haya sido apelada y resuelta la apelación. En tal caso parece que los temas —de forma o de fondo— que puedan plantearse en este nuevo recurso de ser distintos a los ya resueltos en la apelación, ya que de otro modo se daría un «bis in idem» (expresión ésta utilizada no en su significado técnico jurídico de prohibición de sancionar dos veces la misma conducta, sino en su más puro sentido literal) al tener que resolver el mismo órgano y a través de un «mismo procedimiento» dos veces la «misma cuestión», convirtiéndose así el recurso en un formalismo estéril pues el órgano «ad quem» no va a resolver el nuevo recurso contradictoriamente con la doctrina por él mismo sentada en el recurso precedente».

Es cierto que siendo idénticos los motivos que permiten plantear

44. ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, III, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, pág. 414.

45. Es precisamente esta doble utilización la que conduce a PORTERO, REIG y MARCHENA, entre otros, *ob. cit.*, pág. 105, a negar la posibilidad de identificar «los requisitos causales del recurso de nulidad en los casos de ausencia y los del recurso de apelación». Sorprendentemente, sin embargo, se olvida de dicha argumentación al permitir una idéntica fundamentación por quebrantamiento y garantías procesales.

46. En su Circular n.º 1/1987, *ob. cit.*, pág. 68.

uno y otro recurso⁴⁷ puede producirse un doble enjuiciamiento, sin embargo no podemos sino discrepar de lo manifestado por la Fiscalía. Por un lado, porque salvo en un único supuesto, improbable además, no será el mismo órgano el encargado de conocer una u otra impugnación. Competencia para resolver la apelación la tendrá la Audiencia Provincial o, en su caso, la Audiencia Nacional; por el contrario y como vimos, órgano competente para decidir el recurso de anulación interpuesto frente a las anteriores resoluciones será el Tribunal Supremo.

Por otra parte, porque aún en el supuesto de que la sentencia dictada en ausencia hubiera sido previamente recurrida en apelación (o casación) por las mismas razones que luego fundamentan el recurso de anulación no podría excepcionarse el «ne bis in idem» (en el sentido arriba utilizado). Al tratarse de un medio de impugnación precisamente contra una sentencia firme se está impidiendo la entrada en funcionamiento de este principio unido sin lugar a dudas como ha señalado el Tribunal Constitucional⁴⁸, al efecto negativo de la cosa juzgada.

Por último, no debemos olvidar que en el procedimiento penal el abogado defensor pese a que haya utilizado todos los medios de impugnación a su alcance nunca sustituye totalmente al acusado⁴⁹. En este sentido y al permitirse atacar la cosa juzgada con la amplitud examinada, el juzgado en ausencia debe tener la posibilidad de servirse en su totalidad del instrumento que el legislador le brinda, aunque ello conduzca en ocasiones a consecuencias en cierto modo absurdas.

IV. PROCEDIMIENTO, PRINCIPALES ESPECIALIDADES

Consecuencia nuevamente de la remisión efectuada por el art. 797.2 LECrim la sustanciación del recurso de anulación deberá ajustarse a los trámites establecidos para la apelación. Es cierto, sin embargo, que la propia naturaleza y finalidad de este medio de impugnación exigirá realizar ciertas matizaciones, pero ello no impedirá que el procedimiento a seguir sea básicamente el establecido en los art. 785 y 796 LECrim⁵⁰.

47. Se podría hacer extensivo al recurso de casación, aunque la identidad entre ambos no fuera total.

48. En sentencias 2/1981, de 30 de enero, y 77/1983, de 3 de octubre.

49. Argumentación empleada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su informe de 5 de mayo de 1983. BJC, 1986-59, pág. 413.

50. En este sentido RIVES SEVA, *ob. cit.*, pág. 63, aunque a continuación distingue juicio rescidente y juicio rescisorio.

Lógicamente no es momento de profundizar sobre ellos, tan sólo tres aspectos de esta regulación deberían destacarse:

1. Efectos de la interposición del recurso

En principio parece evidente que el mero hecho de interponer recurso de anulación no tiene porque afectar a la firmeza de la sentencia ni implicar tampoco paralización de su ejecución. Si, como decíamos, la resolución impugnada es una sentencia firme, si declarada su firmeza «debe procederse a su ejecución» —art. 988 LECrim—, fácilmente puede deducirse que ni en otra deberían verse afectadas por la presentación del escrito de formalización. En este sentido, si bien es cierto que el derecho a la presunción de inocencia —art. 24.2 CE— excluye toda posibilidad de ejecución provisional respecto a los pronunciamientos propiamente penales de la sentencia⁵¹, no lo es menos que dicha presunción va a llegar al recurso de anulación destruida y, por tanto, no estaríamos ante una resolución provisionalmente ejecutada sino ante una verdadera ejecución definitiva.

Ahora bien, aun siendo correcta la situación descrita no puede tampoco desconocerse que la interposición de éste, o cualquier otro, medio de impugnación crea ciertas expectativas en orden a su estimación, a la modificación o revocación de la resolución recurrida. Expectativas que, de llegar a realizarse, plantearán sin duda alguna graves dificultades prácticas al ponerse en relación con una sentencia ya ejecutada.

Es por ello por lo que la doctrina⁵², y ante la falta —presunta— de previsión legal, propugna por un lado una posible suspensión provisional de la ejecución de las penas privativas de libertad de corta duración y, por otro, la aplicación supletoria del art. 787 LEC respecto a los pronunciamientos civiles de la propia sentencia impugnada. Se dirá que el órgano jurisdiccional debe «mostrarse especialmente cauteloso a la hora de ejecutar una pena privativa de libertad de corta duración, cuyo cumplimiento bien pudiera realizarse de forma total antes de que resuelva la anulación, porque en este caso, de llevarse a efecto la ejecución, se frustraría la finalidad del mismo». Se señalará también⁵³ que «si la ejecu-

51. ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, III, con MORENO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, pág. 420.

52. ASÍ RIVES SEVA, *ob. cit.*, pág. 63 y GARBERI, *ob. cit.*, pág. 222, los entrecorridos son suyos.

53. GARBERI, *ob. cit.*, pág. 226.

ción de la condena civil impuesta en sentencia penal ha de acomodarse a las normas generales sobre ejecución de la LEC, cuando la sentencia penal haya sido dictada en contumacia, parece que, en principio, podrían ser aplicables las especialidades que en materia de ejecución contempla dicho cuerpo legislativo cuando de lo que se trata es de ejecutar la sentencia civil dictada en rebeldía del demandado».

Sin embargo, si bien ambas soluciones podrían «lege ferenda» adoptarse, resulta difícil «lege data» mantenerlas. En efecto, el art. 797 LECrim en ningún momento limita la eficacia ejecutiva de la sentencia dictada en ausencia. Al contrario, su notificación, sin perjuicio que en ella se haga constar la posibilidad de interponer recurso de anulación, es a «efectos del cumplimiento de la pena aún no prescrita», en clara referencia a las privativas de libertad cuya imposibilidad técnica de ejecución desaparece precisamente en el momento en que el condenado ausente comparece o es habido. En cualquier caso, no debe olvidarse que una previsión similar tampoco es contemplada por el legislador respecto al otro mecanismo apto para impugnar la cosa juzgada, el juicio de revisión.

Por su parte, la ejecución de los restantes tipos de pena, incluidos los pronunciamientos de contenido civil, será posible desde la declaración de firmeza de la sentencia, e incluso antes, tratándose de estos últimos, en función de lo dispuesto por el art. 989 LECrim. La actividad ejecutiva por tanto habrá comenzado, si no finalizado, en el momento de la interposición del recurso de anulación. Aplicar a este supuesto las previsiones del art. 787 LEC no es, desde nuestra opinión, factible. Primero porque si bien la ejecución de los pronunciamientos civiles de sentencias penales debe regirse por lo dispuesto con carácter general en la LEC, las remisiones para aspectos puntuales, llámese ejecución provisional, tercerías de dominio..., las realiza el legislador de forma expresa y tal remisión no existe respecto al tema que nos ocupa. Segundo, porque las especialidades de la ejecución de una sentencia civil dictada en rebeldía se disponen en tanto en cuanto no hayan transcurrido los plazos previstos para la audiencia al rebelde. Plazo que en el recurso de anulación, al hacerse depender de la notificación-conocimiento de la sentencia, significaría, según vimos, una prolongación casi siempre indefinida y en ningún caso deseable.

2. Fundamentación de la impugnación y oposición a la misma

A tenor del art. 795 LECrim, las posibilidades de actuación de que disponen las partes en orden a proporcionar al órgano jurisdiccional los

elementos de juicio necesarios para resolver sobre el recurso de anulación se centran fundamentalmente, desde el momento en que la vista ha dejado de ser obligatoria, en los escritos de formalización, por un lado, y de impugnación, por otro. Una y otra actividad van a tener como referencia inexcusable la asunción por parte del recurrente de la carga de contradecir una responsabilidad penal ya declarada. La pregunta formulada por Ortells⁵⁴ en este sentido debe responderse negando el derecho a la presunción de inocencia, que llega, como vimos, destruido al recurso de anulación al ser la resolución impugnada precisamente una sentencia firme. En consecuencia, corresponderá dicha carga al juzgado en ausencia y no a la parte contraria, en su día acusadora.

Partiendo de ello, contenido del escrito de formalización va a ser tanto la formulación de los motivos fundamentadores del recurso como la petición de práctica de aquellas diligencias de prueba que se estimen necesarias para conseguir el resultado pretendido. Ahora bien, si la motivación, recordemos, no estaba sujeta a límite legal alguno, la actividad probatoria está sometida al cumplimiento de una serie de requisitos, enumerados en el propio precepto, y que demuestran primero que estamos ante una impugnación limitada desde el momento en que se restringe la posible aportación de materiales probatorios⁵⁵ y, segundo que principio rector del procedimiento no es la inmediación en tanto en cuanto el juzgador no resuelve única y exclusivamente en función de las pruebas ante él practicadas.

En este sentido serán admitidas únicamente las que no pudieron ser propuestas en primera instancia —aunque aquí entendemos que la previsión legal debería extenderse a la imposibilidad de proposición en los recursos que se hubiesen interpuesto—, las que propuestas fueron, sin embargo, indebidamente denegadas —siempre que se hubiera realizado la oportuna reserva— y, por último, las admitidas cuya práctica devino imposible por causas ajenas a la parte solicitante. En cualquier caso resulta necesario que su falta genere indefensión.

Interpuesto el recurso, el art. 795.4 LECrim prevé su traslado a las demás partes ofreciéndoles la posibilidad de impugnación o adhesión. Si bien no podría objetarse el hacer uso de la primera de ellas, en la cual evidentemente se verterán las alegaciones oportunas de oposición a la

54. ORTELLS, *El nuevo procedimiento abreviado: aspectos fundamentales*, en Justicia 1989, pág. 557.

55. La remisión al recurso de apelación no permite, entendemos, aunque pudiera ser razonable —no se parte de la presunción de inocencia—, ampliar el régimen de admisibilidad de la prueba.

anulación y se propondrán en su caso pruebas con las mismas limitaciones que antes señalábamos, no sucede lo mismo con la segunda opción. Resulta difícil, si no imposible, que puedan formularse anulaciones adhesivas, «bien en el mismo sentido que las formuladas por el recurrente principal, bien en un sentido diferente»⁵⁶, al carecerse, por regla general, de la legitimación exigida⁵⁷.

Por su parte, el trámite de vista, que como ya mencionábamos deja de ser preceptivo, entendemos que debería concurrir siempre. Obligatoria cuando se hubiera propuesto y admitido la práctica de algún medio de prueba, supuesto por otra parte normal, discrecional faltando tal condición, la vista resulta totalmente necesaria «para la correcta formación de una convicción fundada», precisamente tratándose de una nueva posibilidad de audiencia y defensa a quien fue condenado sin estar presente. La incomparecencia del recurrente, sin embargo, no va a producir el normal efecto de deserción del recurso, previsto en el art. 228.I LECrim⁵⁸, y no lo producirá porque el escrito de interposición, recordemos, proporcionó en su día la totalidad de los materiales necesarios para resolver sobre la anulación⁵⁹.

3. Pronunciamientos de la sentencia

Estimar o desestimar la anulación son, lógicamente, las posibilidades que se abren al órgano jurisdiccional. Una y otra irrecurribles, sin perjuicio, como señala el art. 796.1, de la admisión del juicio de revisión, cuando proceda.

La desestimación del recurso significará, en su caso, el total cumpli-

56. ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, III, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, pág. 437, aunque esta última posibilidad sea cuanto menos discutida. Véase la SAP de Huelva de 30 de abril de 1990, en «Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales», 1990, pág. 795, que identifica la adhesión en apelación con el sentido dado por el Tribunal Supremo a la adhesión en casación.

57. En contra ESCUSOL, *ob. cit.*, pág. 234 y 235.

58. En contra GARBERI, *ob. cit.*, pág. 217 que también alude a la posibilidad de aplicar una solución similar a la del art. 784 LEC.

59. En este sentido ORTELLS, *Derecho Jurisdiccional*, pág. 439, aunque para el recurso de apelación. La remisión del art. 797 permite, sin embargo, extenderlo a anulación. Tal solución era mantenida también por la jurisprudencia en relación a la anterior exigencia de «expresión sucinta de los fundamentos de la impugnación». Al respecto puede verse SAP Teruel de 25 de septiembre de 1982, en «Sentencias... 1982», pág. 687 y 688. En contra, sin embargo, SAP Vitoria de 25 de septiembre de 1984, en «Sentencias... 1984», pág. 651 y 652.

miento de la condena impuesta. Ciertamente, como vimos, ni la firmeza ni la ejecución de la sentencia impugnada habrá sufrido variación alguna con la interposición del recurso —salvo que el órgano jurisdiccional se «hubiera mostrado especialmente cauteloso»—, sin embargo la actividad ejecutiva puede no haber llegado a su fin.

La estimación de la anulación, por su parte, tendrá características distintas en función del motivo apreciado por el juzgador:

— Si lo fue en virtud de la concurrencia de un «quebrantamiento de las normas o garantías procesales» el tribunal, «sin entrar en el fondo», anulará la sentencia impugnada y «ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida», art. 795.2 y 796.2 LECrim.

Aunque la previsión legal que acabamos de transcribir debe sin duda alguna aplicarse al recurso de anulación⁶⁰, conviene, sin embargo, realizar una matización adicional derivada de la constatación de una situación por otra parte evidente. La infracción normalmente alegada va a hacer referencia a los requisitos exigidos en el art. 793.1.II para la celebración del juicio en ausencia, estimada se abre la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento en el que podrá el juzgado en ausencia hacer valer sus derechos de audiencia y de defensa. Siendo así, entendemos que la expresión legal referente al mantenimiento de ciertas actuaciones debe interpretarse con la suficiente amplitud como para admitir aquellos medios de prueba que aun practicados en el juicio contumacial en su desarrollo no hubiera estado presente el condenado en ausencia⁶¹.

La nulidad decretada se extenderá también al auto de firmeza «por cuya razón, como señala Rives⁶², adquirirán carácter provisional las medidas que antes eran definitivas, debiendo procederse en caso de pena privativa de libertad a la excarcelación del condenado». La presunción de inocencia que, decíamos, llegó destruida al recurso de anulación, vuelve a informar el nuevo enjuiciamiento, obligando al órgano de la primera instancia a partir de la inocencia y no de la culpabilidad que en

60. No olvidemos que la remisión a la apelación no sólo es a sus requisitos sino también a sus efectos.

61. En este sentido VALENTÍN CORTÉS, *ob. cit.*, pág. 253, quien ampliamente recoge «las posibilidades que tiene o que debe tener el condenado ausente en el nuevo juicio», y GARBERI, *ob. cit.*, pág. 219.

62. RIVES SEVA, *ob. cit.*, pág. 64.

su día fue declarada y que tratándose de una impugnación de fondo habrá de ser superada.

— Si, por el contrario, la sentencia entra en el fondo del asunto, la prohibición de la «*reformatio in peius*» impedirá un agravamiento de la resolución impugnada. No olvidemos que la anulación únicamente puede ser interpuesta por el juzgado en ausencia, faltando, en consecuencia, petición de ampliación —o imposición— de condena por las demás partes que se limitan oponerse a lo pedido por el recurrente y a solicitar que se confirme la sentencia impugnada⁶³. Ante esta situación al órgano jurisdiccional sólo se permite absolver o reducir la condena anteriormente impuesta, con los consiguientes problemas sobre la ya ejecutada. Al respecto, y de forma similar a lo previsto por el art. 960 LECrim, es posible reconocer al juzgado en ausencia un derecho de indemnización. Derecho de indemnización que se basaría en la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez proclamada en los arts. 121 CE y 292 y ss. LOPJ, sin perjuicio, lógicamente, de otras posibles responsabilidades del titular o titulares del órgano jurisdiccional.

En cualquier caso la sentencia que se dicte contendrá un pronunciamiento sobre costas. No existiendo norma especial para el recurso de anulación, será de aplicación lo dispuesto con carácter general en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consecuentemente, se condenará a su pago al recurrente que vio desestimada su impugnación, art. 240.2.º, o se declararán de oficio si se produjo la admisión total o parcial de los motivos alegados, art. 240.1.º.

63. Así se pronuncia el Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones, véase entre otras la sentencia 143/1988, de 12 de julio.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A NO DECLARAR CONTRA UNO MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE EN LA LECRIM

ANTONIO FAYOS GARDO
Abogado

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Los derechos fundamentales a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable: 1. Antecedentes: a) Etapas pre-constitucionales; b) La Constitucionalización; 2. Tratados y convenios internacionales: a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; c) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950; 3. El artículo 24.2 de la Constitución Española de 1978: a) La regulación constitucional de los dos derechos; b) Naturaleza y concepto de ambos derechos; c) La interpretación del Tribunal Constitucional; d) La jurisprudencia del Tribunal Supremo; 4. Vigencia de ambos derechos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal: a) El Sumario; b) El Juicio Oral; c) Los derechos a no auto-incriminarse en la LECrim; conclusiones con la Constitución en la mano.

I. INTRODUCCIÓN

Las legislaciones modernas reconocen a las personas, frente al *ius puniendi* del Estado, una serie de facultades, englobadas bajo el título genérico de *derechos de defensa*.

Dentro de este enunciado se recogen manifestaciones tales como el derecho a utilizar pruebas, a los recursos, a ser asistido por un abogado, la prohibición de indefensión, a ser informado de la acusación, etc., y dos derechos, que podemos denominar «de autodefensa»:

- el derecho a no declarar contra sí mismo, o lo que es lo mismo el derecho a no estar obligado a hacer declaraciones auto-perjudiciales y
- el derecho a no confesarse culpable o «a contrario sensu», derecho a confesarse inocente.

Son dos derechos distintos pero íntimamente relacionados, por ello los estudiaremos conjuntamente, y nos referiremos a los mismos como derechos a no auto-incriminarse, que es un concepto que los engloba a los dos.

A pesar de que muchas veces se habla también de otro derecho, el de no declarar o derecho a permanecer callado (o al silencio), creemos que éste es perfectamente subsumible en el derecho a no declarar contra sí mismo, pues razonablemente la mejor manera de no auto-inculparse es permaneciendo callado.

Estos derechos están vinculados principalmente al proceso penal y si bien es cierto que se admiten en otro tipo de procedimientos como los administrativos-sancionadores, esto es así por un traslado a los mismos de las reglas del derecho procesal penal, pero ni la importancia de los mismos en una y otra rama del derecho es la misma ni son alegados tantas veces como para hablar en exclusiva de ellos olvidándonos de su origen, que se encuentra en aquel derecho.

Así pues, nacidos como garantías del individuo frente al poder del Estado, dada su importancia son incluidos en las Constituciones y en las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos y se considera que deben informar todo el ordenamiento positivo, considerándose grave su vulneración.

Hoy en día rigen en todas las legislaciones de los Estados democráticos, y si bien no todos los recogen expresamente en las Constituciones y en las leyes (como luego veremos), sí se admiten en la práctica dentro del derecho a la contradicción procesal.

Son pues derechos de origen reciente en el tiempo y —curiosamente— han sido poco estudiados doctrinalmente, así como no es demasiado abundante la jurisprudencia internacional y constitucional sobre los mismos, en comparación con otros, quizás porque se piensa que son derechos «lógicos» o «razonables».

En este estudio pretendemos, partiendo de su origen histórico ver cómo

se incluyen en los principales textos legislativos internacionales y en nuestra Constitución, para después examinar su naturaleza y su importancia.

Tras ello observaremos cómo los interpretan el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios y sobre todo haremos hincapié en su vigencia en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al ser a través de esta ley por donde principalmente tendrán aplicación práctica es obligatorio examinarla con bastante profundidad, para poder concluir si se regulan adecuadamente dada su relevancia.

Ya adelantamos aquí que nuestra Lecrim. resulta decepcionante en relación a cómo contempla los derechos a no-autoinculparse. Uno de los objetivos de este estudio será demostrar este extremo.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A NO DECLARAR CONTRA UNO MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE

1. Antecedentes

La historia de estos derechos la podemos dividir en dos grandes períodos: uno, anterior a la Revolución Francesa en la que no se podría hablar propiamente de derecho fundamental, sino que hablaríamos de principios o reglas que se plasmaban o no en la legislación sobre el tema; y otro período que comenzaría con la influencia de la citada Revolución, de la Declaración de Derechos y de las ideas de ciertos pensadores que quedarían luego reflejadas en el proceso constituyente.

Pasamos a estudiar dichos períodos por separado, pero ya desde ahora se intuye que el que más nos va a interesar será el segundo.

a) Etapas pre-constitucionales

Ya en el derecho romano existía un aforismo sobre esta materia, apoyando el que nadie pudiera declarar contra sí mismo: «Nemo tenetur edere contra se».

Tal principio, que ya en la misma Roma no siempre se respetó, no será tenido en cuenta en absoluto en la Edad Media ni en los siglos posteriores, en los que, como veremos después al hablar de la confesión, cualquier medio valdrá para obtener una declaración del imputado. El Dere-

cho Canónico cambiará el sistema penal acusatorio por el inquisitivo y en éste no existirá ningún derecho del inculpado a defenderse no declarando contra sí mismo o no confesando, pues se buscará lo que se denomina la «regina probationum», la reina de las pruebas en un proceso: la confesión. Una vez conseguida la confesión del acusado sobran las demás pruebas; en este aspecto se menciona el antiguo aforismo «Habemus reum confitentem», es decir que una vez el reo había confesado su culpabilidad se había conseguido la principal prueba necesaria para la condena. En este sentido y refiriéndose a la Inquisición, nos dice Kamen:

«La única tarea de la Inquisición era obtener de su prisionero un reconocimiento de su culpabilidad y una sumisión penitente (...) En vez de acusar al preso, los inquisidores se acercaban a él y le amonestaban tres veces en un período de varias semanas para sondear su conciencia, para hacer que confesara la verdad y confiara en la merced del tribunal. La tercera amonestación iba acompañada de la advertencia de que el fiscal pensaba presentar una acusación y que sería más juicioso confesar antes de que fueran presentados los cargos»¹.

Cualquier medio valdrá pues para obtener la confesión, incluso la fuerza física, y así se utilizará con frecuencia la tortura, que no sólo era empleada por la Inquisición, sino que tenía un uso generalizado; tal como nos pone de manifiesto el autor anterior, los métodos de tortura utilizados por ésta (tales como la garrucha, la toca y el potro) eran de uso común en todos los tribunales de la época, y eran los mismos torturadores profesionales los que trabajaban para la Inquisición y para el resto de los tribunales seculares.

Así se ha puesto de manifiesto también por la doctrina que ha estudiado la historia de los distintos mecanismos procesales; por ejemplo al tratar de la declaración indagatoria dice Gómez Colomer: «Como la finalidad del mismo era obtener la prueba reina, es decir, la confesión, el propio interrogatorio constituía también un medio de prueba, en el que se permitían preguntas capciosas o sugestivas, no existiendo el menor inconveniente en la práctica de que el juez pudiera hacer falsas promesas al preso, con el fin de sonsacarle e inducirle a confesar (...) También estaba permitida la práctica del tormento»².

1. KAMEN, HENRY, *La Inquisición española*, Ed. Critica, Barcelona 1979, pág. 193.

2. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Origen y Evolución de la Declaración Indagatoria*, Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana, Madrid 1980, núms. 2-3, pág. 374.

La conclusión es que en este largo proceso histórico no puede hablarse de ningún derecho del imputado a no confesar, pues era esto, la confesión del mismo, lo que había que conseguir a cualquier precio. Como muchos otros derechos no será considerado hasta después del siglo XIX.

b) La Constitucionalización

El origen más reciente en el tiempo de estos dos derechos lo podemos encontrar en el movimiento que, inspirado en la Declaración de Derechos, originada tras la Revolución Francesa, dio lugar a la aparición de las distintas Constituciones.

Este proceso de positivación de derechos en las Constituciones se origina tras la influencia de las ideas liberales. Dice al respecto Pérez Luño: «A partir del siglo XVIII se considera un postulado fundamental del régimen liberal reservar al poder constituyente, en cuanto titular de la soberanía popular, el privilegio de fijar los derechos básicos de la convivencia social (...) No en vano, para el pensamiento liberal el fin supremo de la asociación política residía en la defensa de las libertades fundamentales, para cuya mejor garantía éstas debían proclamarse expresamente en las normas de mayor rango y autoridad del ordenamiento jurídico»³.

En esta línea del pensamiento liberal se encuentran autores como Beccaria, con su libro aparecido en 1764: «De los Delitos y de las Penas», que a pesar de que se prohibió en España fue publicado clandestinamente en 1774, influyendo mucho en que se tomasen en consideración los derechos a no declarar contra uno mismo.

Así al hablar de los juramentos que se exigen al reo dice Beccaria: «una contradicción entre las leyes y sentimientos naturales del hombre nace de los juramentos que se piden al reo sobre que diga sencillamente la verdad cuando tiene el mayor interés en encubrirla; como si el hombre pudiese jurar de contribuir seguramente a su destrucción», y más adelante concluye: «¿Por qué poner al hombre en la terrible precisión de faltar a Dios o concurrir a su propia ruina»⁴.

Su pensamiento influirá en otros penalistas españoles, como Lardizabal, y sin duda alguna en las Cortes Constituyentes de Cádiz.

3. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 65.

4. CESARE BECCARIA, *De los Delitos y de las Penas*, Ed. Alianza, Madrid 1980, pág. 59 y 60.

En nuestra primera Constitución, la originada en las Cortes de Cádiz de 1812, y concretamente dentro del Título 9.º («De los Tribunales y de la administración de Justicia en lo civil, y criminal»), encontramos el capítulo 3.º, que trata «De la administración de Justicia en lo criminal» y cuyo artículo 291 dispone:

La declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio.

Aunque sólo se hace mención al tema del juramento en el proceso penal y no una declaración de tipo general, o sea «todos tienen derecho a...», es sin duda un gran avance, que unido a la prohibición de la tortura del artículo 303, será sin duda el primer paso relevante en toda nuestra historia legislativa, lo que nos permitirá hablar de una primera versión de la positivación de estos derechos.

Lo importante de la inclusión de los derechos en esta Constitución en comparación con las posteriores es que ninguna de las cinco restantes hará mención al tema, ni siquiera la de 1931, ya que en todas las Constituciones, excepto en la de 1812, y respecto a los derechos que estamos estudiando, se sigue el sistema de positivación de derechos fundamentales que se ha dado en llamar de «lex generalis», se mencionan unos grandes principios, dejándose su positivación y concreción para leyes posteriores que los desarrollen (frente al sistema de «leges speciales» que concretarían más los derechos o a un sistema mixto que combinaría ambos).

2. *Tratados y Convenios Internacionales*

Previamente al estudio de las normas constitucionales que regulan los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, es necesario examinar las normas internacionales al respecto, dada la importancia que tendrán en la interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con lo establecido en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución.

Son tres las normas internacionales, que nos interesan en esta materia:

- a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, aprobada por la 183.ª Asamblea General de la ONU.
- b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977; y
- c) El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humana-

nos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979.

Procedemos a ver su regulación por separado.

a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

En este texto los derechos de las personas cuando son detenidas o presas y a la hora de ser juzgadas se encuentran regulados en los artículos 8.º al 11.º.

Los que nos interesan para determinar si se encuentra alguno que regule los derechos a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo son el 10.º y el 11.º, que si bien no mencionan estos derechos en particular, sí hablan de unas garantías genéricas en las que los podríamos encuadrar.

El art. 10 dice:

«Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.»

Por su parte el artículo 11, párrafo 1 dice:

«Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.»

Así pues en ambos artículos se menciona el derecho a un juicio justo e imparcial en el que se respeten las garantías que todas las personas necesiten para su defensa. ¿Qué mayor garantía para la autodefensa que no tener la obligación de actuar en contra de uno mismo? Si a esto unimos la prohibición de torturas que establece el art. 5.º, creo que podemos pensar que si bien de modo genérico, se encuentran regulados los derechos que venimos tratando, luego serán obligatorios para cualquier Estado que haya ratificado esta Declaración.

El que tales derechos no se hayan concretado obedece al carácter de «lex generalis» de la Declaración, que articula grandes principios, que

serán luego concretados por otras normas que los desarrollarán, como la que veremos a continuación.

b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

Esta disposición contiene bastantes artículos referidos a garantías del inculpado o preso y manifestaciones específicas de los derechos del mismo.

El tema se regula en los artículos 9.º, 10.º y 13.º a 15.º.

Aquí además de declaraciones genéricas y concreción de muchos derechos (a ser juzgado por un tribunal imparcial, a ser informado de la acusación, a ser juzgado sin dilaciones indebidas, al recurso, etc.), encontramos, por fin un enunciado específico de los principios que estudiamos. Así, en el artículo 14.3 (letra g) se dice:

«Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.»

Al ratificar España este Pacto, que entró en vigor en nuestro país el 27 de julio de 1977, y al formar parte por tanto de nuestro ordenamiento interno, será la primera vez que tal derecho se recoge de una manera tan clara y precisa en nuestro país.

La Constitución de 1978 reproducirá tal precepto casi literalmente, como después veremos.

Otro aspecto importante del Convenio, es que, aparte de ser la primera vez que se regulan estos derechos en un texto internacional, se establece un Comité de Derechos Humanos (arts. 28 y siguientes) para velar por el cumplimiento de las obligaciones en él recogidas por parte de los distintos Estados signatarios.

c) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950

Este Convenio, elaborado en el ámbito del Consejo de Europa, se crea intentando profundizar en los derechos y libertades que se derivan de la Declaración Universal de Derechos Humanos y buscando una

unión más intensa entre los estados firmantes mediante la protección y el desarrollo de tales derechos humanos y libertades fundamentales, tal como se expone en el Preámbulo del mismo.

Como dice Carrillo Salcedo el Convenio «transformó en obligaciones jurídicas precisas varios de los principios proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos». Y además: «El artículo 25 supuso una ruptura con el Derecho Internacional tradicional, al permitir la posibilidad de que una persona individual, una organización no gubernamental o un grupo de particulares deduzcan directamente una demanda contra un Estado, incluso su propio Estado, ante un órgano internacional»⁵.

Los derechos relativos a las personas detenidas o inculpadas se encuentran regulados en los artículos 5.º a 7.º.

El artículo 6.3 habla de los derechos mínimos de todo acusado, que son los siguientes:

a) A ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

b) A disponer de tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.

Como se ve no se habla para nada del derecho a no confesarse culpable ni declarar contra sí mismo, lo que no quiere decir que éste no se pueda incluir en el supuesto citado en el número 2: «el derecho a disponer de facilidades para su defensa» y especialmente en la presunción de inocencia del art. 6.2, como efectivamente lo hará una Decisión de la Comisión de Derechos Humanos, que luego veremos. Pensemos además

5. CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Sistema Jurisdiccional Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Revista del Poder Judicial, núm. especial I (Derechos Humanos), Madrid 1986, pág. 23. (9) RAMOS MÉNDEZ ob. cit., pág. 28.

que el Convenio habla de derechos «mínimos» (concretamente dice «Todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos»), luego la enumeración debe ser entendida como un catálogo de derechos básicos, que no excluyen los demás propios de una defensa jurídica.

Por otra parte hay que resaltar lo que dice el artículo 60:

«Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.»

De lo que podemos deducir que no cabrán interpretaciones del Convenio restrictivas de derechos que los Estados tengan asumidos en virtud de ratificaciones de otros textos internacionales, como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que como hemos visto sí se reconocen los derechos a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo.

Evidentemente no es lo mismo que si se hubieran recogido ambos derechos expresamente en el Convenio, lo que hubiera sido preferible a mi entender.

La cuestión que se plantea es ¿podrán ser alegados tales derechos directamente —en caso de que se estime que se han vulnerado— en una demanda ante la Comisión o el Tribunal de Derechos Humanos? O ¿sólo podrán ser alegados incluyéndolos dentro de otro grupo de los llamados «derechos mínimos del acusado», que sí están recogidos expresamente?

La pregunta se contesta examinando si el Tribunal ha resuelto en algún caso sobre estos derechos. Si bien no hay ninguna sentencia que trate expresamente el tema sí hay decisiones dictadas por la Comisión Europea de Derechos Humanos en las que se habla de si se violan o no los derechos a no auto-inculparse. La Comisión es un órgano que decide si admite las demandas o no, investiga, propone soluciones amistosas, etc. (vide arts. 20 a 37 del Convenio) y en algunos asuntos ha dictado decisiones sobre este tema: principalmente nos interesa la Decisión núm. 8.239 de 4 de diciembre de 1978.

Esta resolución, dictada tras examinar si las pruebas alcoholométricas son contrarias al art. 6.2 del Convenio («la presunción de inocencia») dice que se trata «de una posibilidad ofrecida al acusado de probar un elemento que le disculpa y ello no equivale a establecer una presunción de culpabilidad... un examen de sangre, si el resultado es positivo, puede

abocar a una condena... sin embargo, este mismo examen, si es negativo, puede disculpar al condenado. Se trata pues, de un medio de prueba que puede ser, tanto favorable, como desfavorable para el inculpado».

(Hay también otras resoluciones en el mismo sentido, citadas por Gimeno Sendra: Req. 5.124/71, Rec. 42, Rec. 986/61).

O sea que según la Comisión el someterse a la prueba alcoholométrica no supone una auto-incriminación, pues el sometimiento es voluntario y será un medio de prueba más del que a priori no se puede saber si será o no beneficioso. Además la prueba de detección alcohólica, tal como se señala puede ser necesaria para «la protección del derecho de los terceros». Luego veremos como nuestro Tribunal Constitucional recoge esta doctrina en diversas sentencias.

No se trata aquí de estudiar los métodos alcoholométricos y su aceptación por la jurisprudencia, a pesar de que en este tema es donde más sentencias se producirán en relación con estos derechos de no auto-inculparse; lo único que intentamos es señalar que la Comisión Europea de Derechos Humanos ha admitido que dentro del artículo 6.2 del Convenio de 1950 («Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada») tienen cabida los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Ello implica pues, que se abre la posibilidad para recurrir sobre violaciones de los mismos ante la Comisión y —en su caso el Tribunal de Derechos Humanos— y supone asimismo que los Estados firmantes (entre ellos España) se someten a las Decisiones y Sentencias de tales órganos al ser las mismas obligatorias (arts. 32 y 53 del Convenio) y con las consecuencias que derivan de los arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución.

3. *El artículo 24.2 de la Constitución Española de 1978*

a) *La regulación constitucional de los dos derechos*

Los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable se encuentran regulados en nuestra Constitución en el número 2.º del artículo 24, que se expresa en los siguientes términos:

«Asimismo todos tienen derecho al Juez ordinario predetermi-

nado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.»

El artículo 24 comprende una larga lista de derechos y es que como dice Ramos Méndez: «La Constitución, para no correr el riesgo de menospreciar o minusvalorar el alcance de cualquier norma procesal, ha optado por una fórmula omnicompreensiva que aporta cobertura constitucional a cualquier detalle por insuficiente que sea»⁶.

Y es que esta actitud totalizadora se basa también sin duda en razones de oposición al sistema político anterior y en el hecho de intentar subrayar la importancia de los derechos, tal como lo expone el profesor Aparicio: «La justificación de tal amplitud, complejidad, etc. de las declaraciones de derechos y libertades no es difícil: la salida de una dictadura impide casi por completo no caer en la tentación de recopilar una amplia (amplísima) lista de derechos y libertades ciudadanas que formen como el negativo de lo que fue la época anterior»⁷.

El artículo 24.2 hay que conectarlo con el 17.3.º del mismo texto legal, cuando habla de los derechos del detenido:

«Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar.»

Como ya hemos visto, el origen legal más inmediato de ambos derechos se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que ratificado por España el 13 de abril de 1977, se publicó en el BOE el 30 de abril del mismo año, por lo tanto, salvo la manifestación realizada por la Constitución de 1812, fue en esa ocasión la primera vez que se recogieron tales derechos fundamentales en España.

La Constitución de 1978 admite pues los derechos ya reconocidos previamente por este Tratado Internacional y los incluye en el Título Primero («De los Derechos y Deberes Fundamentales»), Capítulo Segundo

(«Derechos y Libertades»), Sección 1.ª («De los derechos fundamentales y libertades públicas»).

Se trata pues de dos derechos considerados «Fundamentales» y al ser incluidos en tal capítulo del Título Primero, gozan de unas especiales garantías, tal como dispone el artículo 53, que son las siguientes:

— Los derechos sólo podrán ser regulados por ley (reserva de ley), que en todo caso deberá respetar su contenido esencial (Art. 53.1). Dicha ley deberá ser además aprobada por mayoría absoluta del Congreso (ley orgánica, art. 81).

— Tales derechos gozan de una especial protección jurisdiccional, ya que existe un procedimiento especial para que cualquier persona pueda pedir su tutela (Ley 62/78 de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales), que asimismo podrá ser recabada por la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (Arts. 53.2, 161.1b y 162.1b).

Frente a las manifestaciones grandilocuentes que llevaron a cabo las primeras Declaraciones de Derechos y las primeras Constituciones del Estado Liberal, de lo que se trata aquí es algo más: no sólo se hace una proclama de derechos, sino que además se fija un régimen de garantías para hacerlos efectivos, y además son preceptos que no necesariamente exigen un desarrollo posterior, sino que pueden ser directamente invocados ante los tribunales.

Pensemos también que el Texto Fundamental establece muchos derechos y que por lo tanto a la hora de estudiarlos hay que hablar de «grupos de derechos». No todos los proclamados son del mismo valor, no todos son fundamentales, por eso es importante que los derechos a no auto-inculparse se consideren constitucionalmente «fundamentales».

Hemos de subrayar además que la inclusión de estos derechos en nuestra Constitución representa un hecho bastante singular si examinamos el derecho constitucional comparado y ello es así quizás porque una regulación tan concreta de derechos no se hace en prácticamente ninguna Constitución de nuestro entorno, que se limitan a fijar los grandes principios procesales, remitiendo a leyes posteriores para su desarrollo. Así se señalan por ejemplo, los principios de la presunción de inocencia (art. 9 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano Francesa), los de «nullum crimen, nulla poena sine previa lege» (Bélgica, Grecia, Austria, etc.) y en casi todas los derechos de los detenidos a ser puestos a disposición judicial.

6. RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal Lectura Constitucional*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona 1991, pág. 28.

7. APARICIO, M. A., *Estudio sobre el Régimen Político y la Constitución Española de 1978* (incluido en la obra de Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*), ed. Seix Barral, Madrid 1980, pág. 519.

Únicamente algunas Constituciones hablan de los derechos a la defensa, señalando su importancia, concretamente la portuguesa, la italiana y la alemana.

Así la Constitución de Portugal, cuyo art. 28.1 dice que «El Juez deberá conocer las causas de la detención y comunicarlas al detenido, interrogar a éste y darle oportunidad para que se defienda».

La Constitución Italiana habla en su artículo 24 de que «Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos».

La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento».

Por último la Ley Fundamental de Bonn, en su art. 103.1 dice que «Todos tendrán derecho a ser oídos ante el Tribunal», y en su art. 104.3 habla de que el Juez deberá comunicar a toda persona detenida «las causas de la detención, interrogarla y darle oportunidad para que pueda formular sus objeciones».

Como se ve se habla de los derechos de defensa y del de contradicción y ello lógicamente incluye los derechos a no auto-incriminarse (entre otros). Se opta por fijar un marco de derechos más amplios, frente a nuestra Constitución que, tras enunciar unos grandes principios, posteriormente hace un listado más pormenorizado, lo que se ha dado en llamar el sistema mixto. Ya hemos dicho que ello obedece a razones políticas (oposición a un régimen anterior).

b) Naturaleza y concepto de ambos derechos

Los dos derechos pueden incardinarse dentro del principio procesal de contradicción. De él, y tal como expresa el profesor Montero Aroca se deriva el derecho de defensa: «El derecho de defensa, consecuencia del principio de contradicción, es irrenunciable». Sin embargo como tal autor sigue diciendo, el derecho de defensa comprende dos: la autodefensa (renunciable) y la defensa técnica (irrenunciable)⁸.

También Ramos Méndez los considera como «manifestación específica de la defensa» y los encuadra dentro de una «postura negativa de la legítima falta de colaboración del imputado»⁹.

8. MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tecnos, Madrid 1979, pág. 241.

9. RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*, ob. cit., pág. 17.

Dentro de la autodefensa es donde se incluye pues el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; derechos que, como más adelante examinaremos al analizar la doctrina del Tribunal Constitucional, son renunciables por parte del inculcado si éste así lo desea.

Los derechos a no auto-incriminarse los podemos definir como los *derechos que dan la posibilidad a cualquier persona que es objeto de inculpación en un proceso penal a defenderse, no actuando contra sí mismo si no lo desea y por lo tanto permaneciendo callada y no admitiendo ni los hechos ni el delito derivado de los mismos que se le imputa*.

Vista una definición, que como todas es subjetiva, vamos a analizar la fundamentación de ambos derechos. Por una parte hay algunos autores que hablan de los mismos basándolos en el derecho natural.

Así Montero Aroca, citando a Guasp (y refiriéndose al principio de contradicción, del que luego derivará el de autodefensa) dice que: «El aspecto más importante del principio es su carácter de derecho fundamental, de verdadero derecho natural; 'no es una mera inducción conceptual de preceptos positivos concretos, sino una prescripción concreta del derecho natural dotada de un contenido imperativo mínimo insoslayable' y aún más: 'quizá se trate del principio de derecho natural más característico de entre todos los que hacen referencia a la Administración de Justicia»¹⁰.

También Ruiz-Jarabo Colomer dice que la inviolabilidad del derecho de defensa tiene «una base clara en el Derecho Natural, pues a nadie se le puede imponer la obligación de decir la verdad, constriñéndole a que renuncie realmente a la defensa de su libertad y de su vida»¹¹.

Por último otra autora, Romero Coloma que fundamenta también los derechos en una base iusnaturalista: «la quiebra del principio de probidad se encuentra en el propio Derecho Natural al considerarse contra naturam la sujeción del imputado al deber u obligación de decir verdad»¹².

Quizás hoy en día debamos alejarnos un poco de fundamentar los derechos en un llamado «derecho natural» y convenga más basarlos en el concepto más actual de Derechos Humanos, entendiendo éstos como los que son considerados por la mayoría de las sociedades democráticas como los derechos que hay que proteger primordialmente. Tales derechos han sido reconocidos por gran parte de la Comunidad Internacional y

10. MONTERO AROCA, J., ob. cit., pág. 239.

11. RUIZ-JARABO COLOMER, *El derecho del inculcado a no declarar y a no decir la verdad*, Revista del Poder Judicial, Madrid 1983, núm. 6, pág. 27.

12. ROMERO COLOMA, A. M., *La prueba de Confesión y el interrogatorio del acusado. Una visión psicológica*, Ed. Serlipost, Barcelona 1989, pág. 120.

plasmados en Tratados y Convenios desde la Declaración Universal de Derechos Humanos.

España los ha recogido en su legislación de manera extensa, estableciendo un amplio listado. Al fin y al cabo, los términos derechos y libertades fundamentales (entre los que se encuentran los que estudiamos) equivalen a los términos derechos humanos.

Estamos hablando continuamente de dos derechos: el de no declarar contra sí mismo y el de no confesarse culpable, que si bien son distintos están íntimamente relacionados. La declaración contra uno mismo puede suponer una confesión de culpabilidad o no, la confesión de culpabilidad podemos considerarla como la máxima declaración que uno puede hacer contra sí mismo. En cualquier caso los podríamos englobar en uno sólo: el derecho del inculpado a no auto-incriminarse, con dos características fundamentales:

— Son derechos que lo que pretenden en suma es garantizar la también constitucional «presunción de inocencia».

— Se trata de verdaderos derechos de auto-defensa, que imposibilitan que nadie pueda ser obligado a actuar en contra suya y, sobre todo, niegan la posibilidad de utilizar medios coercitivos para obtener declaraciones o confesiones del inculpado en un procedimiento penal. Así hay que vincularlos con las prohibiciones de tortura que se hacen en los Convenios Internacionales como el Convenio de las Naciones Unidas contra la tortura de 10 de diciembre de 1984 (ratificado por España el 19 de octubre de 1987) y el Convenio Europeo para la prevención de la tortura o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987 (ratificado por España el 30 de junio de 1989).

En la Constitución Española el artículo 15 (también incluido dentro de los derechos fundamentales) dice que:

«Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.»

El Código Penal, en consonancia con la regulación constitucional, contempla en su art. 204 bis las sanciones para las autoridades o funcionarios públicos que cometan algún delito «con el fin de obtener alguna confesión o testimonio». Así queda, pues, cubierta la garantía de no confesarse culpable, ya que los comportamientos tendentes a obtener una confesión con la fuerza quedan proscritos y se les castiga penalmente.

También cabe hablar en este tema del *derecho a guardar silencio*.

Si nadie tiene que declarar contra sí mismo necesariamente, uno puede decidir que la mejor manera de ejercer este derecho es permaneciendo callado. Nuestro texto fundamental reconoce además, entre los derechos del detenido, el de no poder ser obligado a declarar (art. 17.3.º).

Otro aspecto sobre el que parece haber consenso a la hora de interpretarlos es que, lógicamente si nadie tiene obligación de declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, cabe pues aquí hablar del *derecho a mentir*.

Este derecho, que incluye la posibilidad de contradecirse en las distintas manifestaciones ante el juez, y que se cuestiona en otros ordenamientos cercanos al nuestro, como el alemán¹³ es en general aceptado mayoritariamente por los procesalistas y la jurisprudencia en España.

Así, Ruiz-Jarabo habla del derecho del inculpado a «no declarar y a no decir la verdad», diciendo que las personas «tienen derecho a mentir en su propia defensa y a no decir nada que pueda ir en perjuicio de sus propios intereses»¹⁴. En el mismo sentido Montón Redondo lo admite implícitamente al decir que el inculpado «puede guardar silencio ante las preguntas que se le formulen; contestar con evasivas; hacer declaraciones contrarias a las que, en su caso, pudieran haber realizado (...) e incluso contradecir las efectuadas»¹⁵.

Sólo un autor, Almagro Nosete, al interpretar los preceptos concretos de la Lecrim. se opone a la existencia de este posible «derecho a mentir», diciendo que: «algunos autores quieren ir más allá y hablan del derecho a mentir del acusado, fuera de los confines de la ética jurídica, criterio que, desde luego, no es el que refleja la ley»¹⁶.

No compartimos esa opinión, porque si bien es cierto que en ningún texto legal se habla efectivamente de que se tenga derecho a mentir en la propia defensa, quizás por la palabra «mentir» sea impropia de quedar ligada a un derecho (es evidente que no se considera que mentir sea algo «correcto» moralmente hablando), sí se habla de que nadie tiene la obligación legal de actuar en contra suya en un proceso penal, por lo tanto puede para ello no manifestar lo que ha hecho realmente.

En resumen: si se tiene el derecho a no confesarse culpable (incluso

13. Puede verse al respecto la obra de GÓMEZ COLOMER, J. L., *El Proceso Penal Alemán, Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985, pág. 78.

14. RUIZ-JARABO COLOMER, ob. cit., pág. 29.

15. MONTÓN REDONDO y otros, *Derecho Jurisdiccional III-Proceso Penal*, Bosch Editor, Barcelona 1991, pág. 199.

16. ALMAGRO NOSETE, J. y otros, *Derecho Procesal, Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992, pág. 290.

siéndolo) se tiene derecho a no decir la verdad y esto es tener el derecho a mentir.

Piénsese también que el que no se admitan para la averiguación de los hechos delictivos instrumentos como el narcoanálisis y el polígrafo, es no sólo por la no probada eficacia total de estos métodos, sino por que no se exige al inculcado ningún deber de decir la verdad, luego no tiene obligación de someterse a ellos.

Parece un poco absurdo a mi entender, decir que no puede hablarse del derecho a mentir del inculcado, si no se sanciona la posible mentira y sobre todo si se habla de que no existe la obligación de actuar en contra de uno mismo: si no hay una obligación de decir verdad está claro que se admitiendo —ni siquiera tácitamente sino de una forma casi expresa— la posibilidad de mentir. Este derecho se concibe como una legítima defensa y tal como dice algún autor clásico como Fenech «aún en el supuesto de que el imputado sea el verdadero culpable, no por ello deja de asistirle el derecho de obrar en defensa propia, utilizando legítimamente su declaración a los fines de su defensa»¹⁷.

Este derecho a mentir puede sustentarse con el examen de nuestra legislación procesal penal como luego veremos (por ejemplo en la prohibición del juramento al acusado, y en la ausencia de penas por mentir a pesar de las exhortaciones a decir verdad) y en la interpretación de los derechos fundamentales llevada a cabo por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, que pasamos a examinar a continuación.

c) La interpretación del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre estos derechos al resolver varios recursos de amparo en los que se alegaba una presunta lesión de los mismos. Sin embargo en comparación con otros temas como la carga de la prueba o la vulneración de la presunción de inocencia, la jurisprudencia sobre ellos no es abundante, ya que apenas hay una decena de sentencias y algunos autos sobre el particular.

Dejando de lado las veces en que se alegan estos derechos como aplicables en otros órdenes jurisdiccionales distintos del penal (sentencias de 26 de noviembre de 1984, núm. 110, sobre obligación tributaria de presentar documentos contables y de 5 de noviembre de 1990 sobre sanciones a una oficina de farmacia) pasamos a analizar las características

17. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, T. II, Ed. Bosch, Barcelona 1945, pág. 185.

fundamentales que sobre los derechos a estudiar ha señalado el Tribunal Constitucional.

1.^a El Tribunal habla de varios tipos de violaciones de los derechos a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo: directas e indirectas o lo que es lo mismo que se exija al inculcado expresa o tácitamente declaraciones contra sí mismo, o que sea «forzado o inducido» a ello. (Sentencias de 11 de mayo de 1983, sala 2.^a y de 28 de noviembre de 1992, sala 1.^a).

Cualquiera de las formas que pudieran darse en tal sentido quedan prohibidas, ya que como dice el auto de 20 de noviembre de 1985 (núm. 812) refiriéndose a la confesión del acusado, ésta debe ser totalmente voluntaria: «aunque se quisiera impugnar —como lo intentó el recurrente— la confesión por haber sido obtenida mediante engaño, lo que la invalidaría por privarla del carácter de voluntaria que le es esencial, no aparece que ello esté acreditado».

2.^a Los dos derechos son de ejercicio optativo, es decir que uno puede renunciar a los mismos: la sentencia de 25 de mayo de 1987, sala 2.^a, habla del «derecho fundamental a no confesar si no se quiere», y el auto de 16 de enero de 1985, núm. 21, habla de que «el art. 24.2 CE prohíbe la prueba de confesión en cuanto perjudique a los culpables, que a su voluntad pueden no efectuarla contra sí mismos».

3.^a Se prohíbe cualquier medio técnico para obtener la confesión del inculcado que no sea su propia declaración libre y espontáneamente manifestada, con ello quedan vedadas las llamadas máquinas de la verdad, así como el uso de cualquier tipo de drogas a tales efectos. Considero muy interesante a este respecto el Auto de 16 de enero de 1985, núm. 21, que dice:

«(...) teniendo en cuenta además que la prueba que propuso el recurrente de la denominada científicamente narcoanálisis y vulgarmente conocida como suero de la verdad, no fue admitida en razonado juicio de legalidad por el Tribunal Supremo especialmente, al no ser fiable en sus resultados y entrañar peligros en su aplicación, supondría una forma torticera e indirecta de obtener la confesión del reo y supondría un desprecio para la persona, por aniquilar o deformar los recursos psíquicos y físicos del ser humano».

4.^a Hay varias sentencias del Constitucional acerca de si el control de alcoholemia realizado a los conductores de vehículos de motor vulne-

ra o no estos derechos¹⁸. Ya vimos al estudiar el Convenio de 1950 que la Comisión Europea de Derechos Humanos había dictado una Decisión, por la que estimaba que tales métodos no suponían auto-incriminación alguna: por su voluntariedad, y porque no suponen una presunción de culpabilidad (pues incluso pueden beneficiar a la persona a la que se le practican).

En nuestro país, en la jurisprudencia habían, en este tema, dos posturas enfrentadas. Por un lado habían sentencias que consideraban contrarias a los derechos a no autoincriminarse las pruebas de alcoholemia; así la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 31-1-84 que dice: «el inculpado, en su derecho constitucional a no incriminarse (art. 24.2 CE) ni estaba obligado a prestarse a prueba de precisión sobre su grado de impregnación alcohólica, ni análisis de sangre alguno, independientemente de la infracción administrativa».

Por otro habían sentencias que mantenían todo lo contrario; así la de la Audiencia Provincial de Albacete de 14-3-83; «no se obliga al conductor a emitir una declaración (...) admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia».

A pesar de que en la actualidad aún hay voces doctrinales que entienden que la prueba es de dudosa constitucionalidad (por ejemplo la profesora Maqueda Breu), entendemos que el tema quedó zanjado por el Tribunal Constitucional quien, siguiendo la línea señalada por la Comisión Europea de Derechos Humanos, dirá que: «el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especialidad modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración contenida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE» (Sentencia de 4 de octubre de 1985, sala 2.ª, ponente Sr. Arozamena Sierra).

Otra sentencia resalta que en cualquier caso puede ser obligatorio el someterse a dicha prueba «sin perjuicio de que nadie pueda ser coercitivamente compelido, con vis física, a la verificación de este tipo de análisis» (Sentencia de 7 de octubre de 1985, sala 2.ª, ponente Sr. Rubio

18. Sobre los métodos alcoholométricos puede verse GIMENO SENDRA, *Valor Probatorio de los métodos alcoholométricos*, La Ley 1984-4, pág. 1.102 y ASENSIO MELLADO *Los métodos alcoholométricos en la Jurisprudencia Constitucional*, La Ley 1986-2, pág. 988.

Llorente). Estimo desafortunada la expresión con «vis física» realizada por el tribunal, pues cualquier tipo de fuerza debería proibirse en esta prueba, no sólo la física, sino la moral o psíquica (por ejemplo amenazas o coacciones), con independencia de que luego los tribunales analicen la conducta del conductor a la hora del sometimiento a la prueba.

La misma sentencia anterior habla de que los conductores a quien se pretende hacer el test no están detenidos, por lo tanto no les corresponden los derechos del art. 17.3 de la Constitución, así: «correspondiendo al detenido los derechos establecidos en el art. 17.3 CE, no está en esta situación quien, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda, sólo por ello, en esta situación en el sentido constitucional del concepto».

El tema de la forma de realización de la prueba de alcoholemia puede, como señala el Tribunal «presentar aspectos de relevancia constitucional» (autos de 16 de febrero de 1983 y 30 de enero de 1984), pero aquí lo único que nos importa es la doctrina que se sienta de que no vulnera los derechos a no auto-incriminarse, por no constituir una manifestación de culpabilidad, ni una prueba previa, sino un medio técnico para averiguar algo, la tasa de alcohol, y relacionada no tanto con una búsqueda de culpabilidad sino con la preservación del orden público y de un tráfico seguro (también al respecto sentencias de 19 de enero de 1989 y 15 de enero de 1990).

En cualquier caso compartimos la afirmación de Gimeno Sendra que menciona que a la persona a la que se le realiza el test, debería mencionársele su carácter voluntario, así como «las consecuencias de futuro que, en su perjuicio, pueden depararle», y que: «no pueden los funcionarios, mediante argucias o engaños, inducirle al sometimiento voluntario de tales pruebas. En tales casos se infringiría el derecho de defensa del art. 24 CE»¹⁹.

5.ª El hecho de no declarar contra uno mismo puede darse en cualquier momento procesal, y puede variarse la declaración realizada anteriormente, es decir cabe la retractación. En este sentido de 28 de septiembre de 1992 (sala 1.ª, ponente Sr. Cruz Villalón) habla de que «En efecto, es manifiesto que ninguna de dichas supuestas irregularidades tuvieron como efecto que el órgano judicial exigiese, ni expresa ni tácitamente, una declaración del acusado contra sí mismo, sino que más bien dichas irregularidades, de existir, habrían sido consecuencia precisa-

19. GIMENO SENDRA, *Valor probatorio...*, ob. cit., pág. 1.103.

mente de lo contrario, es decir del hecho de que el recurrente retractándose de sus declaraciones anteriores efectuadas ante la Guardia Civil y el Juez de Instrucción, declara su inocencia en el acto del juicio oral».

Otros autos se refieren a la retractación hablando de que es «un elemento probatorio igualmente sometido a la libre convicción judicial» (auto 424/86 de 14 de mayo) y de que el juzgador en caso de retractación debe también realizar una «actividad probatoria mínima en la vista del juicio oral» (auto 296/86 de 9 de abril), dejando claro que la misma es legítima y que corresponderá al tribunal su valoración concreta en cada caso.

6.^a Hay una sentencia que trata del tema de posible vulneración de los derechos a no auto-incriminarse si se acepta que, para aplicar la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo (recogida en el art. 9.9 del Código Penal) es necesaria la previa confesión del inculpado. El Tribunal rechaza que haya por ello ninguna violación de los derechos: «No cabe aceptar que el requisito de la confesión de la infracción, exigido para poder apreciar la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo, contradiga los derechos constitucionales del inculpado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, puesto que ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere» (sentencia de 25 de mayo de 1987, sala 2.^a).

d) La jurisprudencia del Tribunal Supremo

No sólo el Tribunal Constitucional aplica la Constitución, sino que también todos los jueces y tribunales lo hacen en sus distintas funciones, tal como señala el art. 5.1.º de la Ley Orgánica 6/85 del Poder Judicial: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Así pues los juzgados y tribunales aplicarán la Constitución en todos los procesos, y la aplicación será conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional si la hubiere, y si no la hubiere conforme a los criterios valorativos de cada tribunal y de acuerdo con el art. 741 Lecrim.

Hay algunas sentencias del Tribunal Supremo que nos interesan, porque han tratado los derechos a no confesarse culpable y a no declarar

contra sí mismo y han examinado aspectos no estudiados por el Constitucional, relacionados con los derechos fundamentales a grandes rasgos (la interpretación vinculada a aspectos concretos de la Lecrim. la estudiaremos más adelante).

— Así por ejemplo la sentencia de 21 de julio de 1985 (La Ley, Repertorio V, pág. 632, núm. 369) habla de que el acusado es libre de declarar o no, pero que si no declara y hay alguna prueba en su contra este silencio puede llevar al tribunal a pensar en su culpabilidad: «Es verdad que nuestra Constitución Española ha elevado a derechos fundamentales del inculpado los derechos a guardar silencio, es decir, no declarar, a no declararse o confesarse culpable, a no prestar juramento y en definitiva a defenderse mintiendo, pero cuando ya exista la prueba objetiva contra él, su silencio, omitiendo dar convincentes explicaciones de su comportamiento, puede privar al tribunal de los elementos precisos para reinstaurar la presunción de inocencia que había desaparecido».

Por una parte esta sentencia menciona expresamente «el derecho a mentir», siendo de las pocas que lo hacen de una manera tan clara, derecho que considera constitucional y fundamental.

Por otra parte no deja demasiado claro el hecho de que el silencio del acusado no puede dar lugar a su incriminación, más bien parece decir que unido a otras pruebas puede ser causa de condena. No se puede aceptar esta postura, ya que del ejercicio de este derecho no pueden derivar consecuencias negativas.

— Otra sentencia la de 15 de junio de 1984 (Aranzadi 3.580) habla de que la lectura de los folios sumariales en el juicio oral no niega el derecho a no auto-incriminarse del acusado: «mal se puede decir que se infringió lo dispuesto en el art. 24.2 de la Constitución respecto al derecho del procesado a no declarar, puesto que ante su negativa a hacerlo en el acto del juicio oral, lo único que hizo el Presidente del Tribunal en uso de su perfecto derecho, como es el de que durante el acto del juicio oral se dé lectura por el Sr. Secretario a los folios sumariales que se estimen oportunos, pues no debe confundirse el derecho a no declarar a la procedencia de tomar en consideración las declaraciones, que, anterior y voluntariamente, hubiese prestado el procesado, ya que aceptar tan sorprendente argumento sería tanto como dejar al reo el utilizar los ilícitos procedimientos que tuviese por conveniente para impedir la averiguación de la verdad material y el éxito de la pretensión punitiva cuando ésta debe tenerlo».

O sea que el acusado puede no declarar contra sí mismo en el juicio oral, pero no puede oponerse a la lectura de sus declaraciones suma-

riales, en las que sí había declarado contra sí mismo, siempre claro está —añadimos nosotros— que éstas fueran realizadas tras haberse informado de sus derechos a no auto-inculparse, pues de lo contrario aquéllas no deberían tomarse en consideración. Además como es lógico las declaraciones en el sumario en las que el inculpado se confesó culpable, deberán ser probadas en el juicio oral, de acuerdo con la doctrina constitucional de la *mínima actividad probatoria de cargo*.

— La sentencia de 12 de junio de 1984 (Aranzadi 3.548) al tratar del tema de la compatibilidad de los derechos con la atenuante de arrepentimiento espontáneo (tema que también ha estudiado el Constitucional, como hemos visto) expresa de una manera muy clara la renunciabilidad de los derechos: «Que aún cuando el art. 24.2 de la Constitución reconoce el derecho de todo ciudadano a no declararse culpable, no es menos cierto que este derecho es renunciable y compatible, por consiguiente, con la atenuante que se estudia, con el privilegiado tratamiento penológico que consigo puede comportar en su cualificación o aun en su simple estimativa (...)».

— Para terminar citaremos la sentencia de 24-4-1992 (Ar. 4.057) que hace una definición de los derechos que —a mi juicio— se puede calificar como la mejor posible: «El derecho a no declarar y a no confesarse culpable constituye un principio que resalta el valor de la libertad de toda persona sometida a un proceso criminal, prohibiendo cualquier actividad encaminada a quebrantar su integridad y libertad obligándole a declarar en un determinado sentido».

Pero la misma sentencia no se limita a hacer definiciones sino que proclama que los derechos son renunciables y que por eso si el acusado desea colaborar con la justicia señala que se le incentiva con mecanismos como la atenuante de arrepentimiento espontáneo.

4. Vigencia de ambos derechos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

A pesar de la antigüedad de la ley (1882) que en algunos aspectos resulta modélica, pues ya se contemplaba de alguna manera una manifestación de estos derechos, y aunque aún hay expresiones de los mismos que pueden resultar válidas en la actualidad, contiene muchos preceptos, que no sólo han quedado desfasados, sino que hoy, pueden ser manifiestamente inconstitucionales.

Pasamos a ver la regulación del tema en el sumario, después en el juicio oral y posteriormente podremos obtener las conclusiones de cómo

queda al respecto la Ley a la hora de aplicarla con la Constitución en la mano.

a) El Sumario

Antes de entrar en el examen del tema en el sumario hay que poner de manifiesto que en el Libro I («Disposiciones Generales»), Título V («Del derecho de defensa y del beneficio de pobreza en los juicios criminales»), de la Lecrim. se encuentra el art. 118 (redactado según la Ley 53/78) que ya hace una primera manifestación genérica del derecho de defensa: «Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá este derecho». Aunque después en el mismo artículo, en su párrafo 3.º se dice que para ejercitar este derecho será necesaria la representación por procurador y la defensa por letrado, no puede entenderse la manifestación general que se hace como referida sólo a la defensa técnica, sino que la ley, como ha señalado la jurisprudencia se refiere al derecho de defensa en su más amplio contenido (sentencia del Tribunal Constitucional de 22-3-85) y no necesariamente se vulnera la garantía de defensa si falta la asistencia de letrado, ya que puede haber una buena auto-defensa que la supla (sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1987, que recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Airey y Pakelli). Nos encontramos por tanto en este artículo con una proclamación del derecho de defensa en un sentido extenso, que incluiría la auto-defensa y la defensa técnica.

Tal derecho será después pormenorizado en *el art. 520.2* (ya incluido en el apartado del sumario), en el que se expresan los derechos de que goza cualquier persona detenida o presa, y en la letra a) se dice que se tiene «Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen o a manifestar que sólo declarará ante el juez».

Y en la letra b se dice que se tiene «derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable».

Hoy en día estos derechos se encuentran recogidos en la mayor parte de las legislaciones de los países democráticos.

Así por ejemplo en *Estados Unidos*, las *Federal Rules of Criminal*

Procedure (Normas Federales de Procedimiento Penal) hablan de que el Tribunal deberá dirigirse al acusado e informarle «que tiene derecho a declararse inocente o a persistir en tal declaración si ya la ha hecho (...) y derecho a no ser compelido a inculpinarse» (Norma 11,c,3)²⁰.

También en el *derecho alemán*, la Ley Procesal Penal (en adelante StPO) trata este tema y en el primer interrogatorio, el juez debe advertir al reo de la voluntariedad de su declaración.

Así se contempla en el art. 136 de tal ley que dice lo siguiente:

«Al comienzo del primer interrogatorio se comunicará al inculgado el hecho que se le imputa y las disposiciones penales que sean de aplicación. Se le advertirá que es libre según la ley de declarar sobre la inculpación o no, de declarar sobre la causa, y siempre, también ya antes de su interrogatorio de consultar a un defensor por él elegido»²¹.

En España el art. 520 actual no procede de la redacción inicial de la Lecrim., sino que fue introducido por la Ley 14/83 de 12 de diciembre, que no hace sino trasladar a aquélla la regulación constitucional y concretamente lo dispuesto en los arts. 17 y 24.2. Lo que hace también este artículo es concretar y actualizar lo dispuesto en el art. 2 de la misma ley, precepto que obliga a las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento «a falta de disposición expresa a instruir a éste (al reo) de sus derechos...».

Es pues, un artículo adaptado totalmente a la Constitución y que desarrolla los derechos de defensa del acusado o preso, tal como se expone en el capítulo IV de la Lecrim., donde está incluido, que lleva por título: «Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de Abogado y del tratamiento de los detenidos y presos».

¿Qué ocurrirá si a un inculgado no se le instruyen los derechos de que goza y concretamente los de la letra b, es decir los de no auto-incriminarse?

Se trataría de una infracción procesal y habría que ver si tal infracción puede dar lugar a indefensión, pues tal como ha declarado el Tribunal Constitucional «pese a la trascendencia que desde el punto de vista de los derechos fundamentales puede tener la aplicación de las normas

procesales, es claro que no toda infracción procesal tiene relevancia constitucional» (sentencia de 28 de septiembre de 1992, Sala 1.ª, ponente Cruz Villalón, BOE de 29 de octubre de 1992).

El Tribunal Supremo ha entrado a conocer de algún supuesto en que se ha dado tal infracción y ha desestimado el que se haya producido indefensión alguna si a pesar del incumplimiento de la instrucción de los derechos no se produce auto-incriminación. Así la sentencia de 23 de marzo de 1988 (Aranzadi 2.083) dice que «los derechos constitucionales de defensa que se materializan en el art. 520 de la Lecrim. tienen la finalidad clara de garantizar el ejercicio del derecho a no autoincriminarse. El mero cumplimiento del deber de instruir sobre estos derechos no quita el valor procesal que el acto pueda tener según la ley si como consecuencia de él no se ha producido autoincriminación alguna, como ocurre en el supuesto en que el acusado niega la inculpación y cuenta todavía con otras oportunidades dentro del proceso para aclarar lo que estime conveniente respecto a su negativa». En el mismo sentido la sentencia de 29-11-84 que habla de que no se debe «retrotraer el proceso al momento de la comisión del quebrantamiento de la norma, máxime si la misma no produce indefensión en el enjuiciado» (Ar. 6.012).

A sensu contrario podemos deducir que si tal infracción diera lugar a la producción de auto-incriminación sí se daría la vulneración del derecho fundamental y sí se deberían retrotraer las actuaciones para subsanar la infracción.

En el Libro II de la Lecrim., que es el que regula el sumario se encuentra el Título V denominado «De la comprobación del delito y averiguación del delincuente», que es el que regula los llamados doctrinal y jurisprudencialmente *medios o actos de investigación*. Frente a los actos de prueba, realizados en el juicio oral, tienen la finalidad de fundamentar una acusación o una defensa ab initio y como dice Ortells «el acto de investigación no se refiere a una afirmación, sino en todo caso a una hipótesis, a un estado de desconocimiento o conocimiento imperfecto de hechos y persigue alcanzar ese conocimiento o perfeccionamiento»²².

Pues bien dentro de los actos de investigación del delito nos interesa principalmente *el interrogatorio del inculgado*, el primero tras ser procesado, la tradicionalmente llamada «declaración indagatoria», regulada en el Capítulo IV, arts. 385 a 409, que se refiere al procesado (antes

20. El texto puede verse en la obra de DE DIEGO DíEZ, *El control judicial sobre la conformidad del acusado*, Ed. Poder Judicial, rev. núm. 23, Madrid 1991.

21. Puede verse al respecto la obra de GÓMEZ COLOMER, J. L., *El Proceso Penal Alemán, Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985, pág. 78.

22. MONTÓN REDONDO y otros, *Derecho Jurisdiccional III-Proceso Penal*, Bosch Editor, Barcelona 1991, pág. 199.

del procesamiento el juez, de acuerdo con el art. 486 citará a la persona a quien se impute un acto punible para «ser oída»).

El interrogatorio del inculcado deberá llevarse a cabo respetando los derechos constitucionales a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable y aquí es donde más se ve la necesidad de reformas que está pidiendo la regulación preconstitucional de nuestra centenaria Lecrim., como intentaremos demostrar a continuación examinando los preceptos más relevantes.

En cualquier caso y de acuerdo con los derechos a no autoincriminarse todo el acto debe ser voluntario y como dice Ramos Méndez: «Dado el tenor constitucional del derecho a no declarar contra uno mismo, hay que tener sumo cuidado en aferrarse a la literalidad de los artículos 385 a 409 Lecrim. Nada es impuesto a la persona imputada en esta materia. Todo depende de su voluntad y del deseo que tenga de hacer valer sus manifestaciones como medio de exculpación»²³. En este sentido consideramos muy acertada la manifestación de la Ley Procesal Penal alemana, cuyo art. 136.1 dice que al inculcado «se le advertirá que es libre según la Ley de declarar sobre la inculpación o no, de declarar sobre la causa».

El art. 387 dice que «No se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles solamente a decir verdad y advirtiéndoles el Juez de instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas». Este artículo es prácticamente reproducido por el 167 «in fine» de la Ley Orgánica 2/89 Procesal Militar («En ningún caso se le exigirá juramento o promesa, pero se le exhortará a decir verdad»).

Frente al derecho anglosajón, en el que se admite que el inculcado pueda prestar juramento y por lo tanto incurrir en falso testimonio en nuestro derecho como ya hemos visto desde la Constitución de 1812 se prohíbe que se exija juramento a los procesados y así se recogió en la Lecrim. el siglo pasado.

Lástima que a renglón seguido se hable de la «exhortación a decir verdad» y del deber de responder a las preguntas con la verdad. Si no se cree conveniente el pedir el juramento porque no se desea colocar al inculcado en la alternativa de cometer perjurio o declarar a su favor ¿a qué viene pues el deber de decir verdad? Gómez Orbaneja y Herce Quemada dicen que esta obligación de decir verdad «contiene una ley imper-

23. RAMOS MÉNDEZ, *El Proceso Penal*, ob. cit., pág. 201.

fecta o sin sanción»²⁴. Otra manera de interpretar el precepto es considerar, como hace Ruiz-Jarabo que tiene «un carácter meramente ético, porque carece de eficacia jurídica, ya que su incumplimiento no va acompañado de ninguna sanción penal ni disciplinaria». Sin embargo este autor concluye que a pesar de su carácter ético el pronunciamiento de la ley es poco afortunado, pues o se deja a la moral la regulación de las obligaciones morales o se fija la obligación legal con sus correspondientes sanciones, en su caso²⁵.

Efectivamente los tribunales, a pesar del citado deber legal, no admiten para la infracción del mismo pena alguna, y así se considera que los inculcados no pueden incurrir en delito de falso testimonio.

Véase al efecto, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1980:

«El procesado o inculcado en una causa o procedimiento penal se halla excluido de la comisión del delito de falso testimonio, porque además de que su declaración sería interesada en la mayor parte de los supuestos, hallándose muchas veces en situación de verdadero estado de necesidad, tal declaración no podía haber sido prestada bajo juramento de decir la verdad por prohibirlo expresamente el art. 387 de la Lecrim. y así desde la antigua sentencia de 31 de marzo de 1881 'la exculpación abarca no sólo al que se encuentra ya declarado procesado formalmente, lo cual implica una expresa inculpación judicial, sino también al que declara en defensa de un cargo que se le dirija, sea o no verdad lo que declare', pues resultaría antinatural obligarle a acusarse o cometer perjurio, quedando por tanto tal conducta cubierta con la excusa legal»²⁶.

La sentencia es muy importante, pues no sólo habla del estado de necesidad del inculcado, sino que cita una sentencia (muy antigua, de 1881) que habla de la exculpación del delito «sea o no verdad lo que declare», es decir se admite que aunque se mienta ello no conlleva sanción alguna.

También en tal sentido la sentencia de 25 de septiembre de 1974: «el autor directo del delito de falso testimonio ha de ser forzosamente un tes-

24. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid 1981, pág. 187.

25. RUIZ-JARABO COLOMER, ob. cit., pág. 28.

26 y 27. Tales sentencias pueden verse en el *Diccionario Índice de Jurisprudencia Penal*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid 1986.

tigo o un perito y que no pueden serlo ni los litigantes, ni el procesado»²⁷.

Por lo tanto el art. 387 en cuanto a la exhortación de decir verdad es de alguna manera inútil por dos razones:

1. El incumplimiento del deber de veracidad no se sanciona en modo alguno; y

2. No se puede exigir tal deber al procesado, la exhortación es inconstitucional por vulnerar los derechos de defensa recogidos no sólo en la Ley Fundamental sino también en el art. 520.2b de la Lecrim.

En este sentido opina también Almagro: «la exhortación del art. 387 para que diga verdad así como la advertencia de responder de manera precisa y clara las preguntas que le fueren hechas se cohonestan mal con las garantías constitucionales»²⁸.

Aunque en nuestra Lecrim. no se contenga ninguna manifestación parecida a la alemana, afortunadamente existe el art. 520.2, y el procesado ya estará informado de sus derechos cuando se le tomen las primeras declaraciones, por lo que aunque se le hiciera la exhortación a decir verdad del 387, se le supone enterado de su derecho a no inculparse. Al ser el 520 un artículo desarrollado tras la Constitución para introducir en la ley las garantías constitucionales es desde luego de aplicación preferente sobre el 387, ya que se trata de artículos contradictorios. De ahí la necesidad de una reforma de la Lecrim. que suprima la actual redacción del segundo.

El art. 389 trata sobre las preguntas del interrogatorio, que se dirigirán a la averiguación del delito y a la participación del delincuente en el mismo, prohibiendo por una parte que se formulen las preguntas «de un modo capcioso o sugestivo» y por otra el uso de la fuerza para obtener las declaraciones: «Tampoco se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza».

Es lógico, si nos atenemos a la voluntad absoluta del inculpado —en ejercicio de sus derechos fundamentales— de declarar o no o hacerlo de manera que no vaya en su contra, que no haya ningún medio para forzar su voluntad en este aspecto, y si lo hubiera el juez que lo hubiera llevado a cabo, tal como señala el art. 394 «será corregido disciplinariamente, a no ser que incurriera en mayor responsabilidad», mayor responsabilidad que sería la que contempla el art. 204 bis del Código Penal que habla de que «La autoridad o funcionario público, que, en el

28. ALMAGRO, ob. cit., pág. 291.

curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere alguno de los delitos previstos en los capítulos I y IV del Título VIII y capítulo VI del Título XII de este Código, será castigado con la pena señalada al delito en su grado máximo y, además, la de inhabilitación especial».

Relacionado con la prohibición de violencia está también lo dispuesto en el art. 393 que obliga a suspender el interrogatorio concediendo un descanso, si aquél se hubiera prolongado demasiado o se hubiesen formulado muchas preguntas de manera que el procesado «hubiese perdido la serenidad de juicio necesaria para contestar». Si el procesado hubiese perdido tal serenidad podría declarar contra sí mismo y de ahí la importancia del artículo citado.

Encontramos preceptos similares a éstos en el derecho comparado, así por ejemplo en el derecho alemán la *Stpo* regula ampliamente la prohibición de actuaciones que vulneren la libertad del inculpado de declarar o no, sobre todo tras la reforma llevada a cabo en 1950, con el fin de adaptar las normas procesales a la Ley Fundamental de Bonn de 1949, derogando las disposiciones del régimen nazi y prohibiendo los métodos violentos en el interrogatorio, concretamente en el art. 136 a) *Stpo*.

Este art. 136 a) *StPO* equivaldría a una refundición de nuestros 389 y 393, pero regulando ampliamente una serie de prohibiciones, pues tras el nazismo y sus métodos se establece un abanico muy extenso de garantías. Lo transcribo a continuación:

«— Art. 136.a (Métodos de interrogatorio prohibidos) (1) No podrá menoscabarse la libertad de decisión voluntaria, ni de la actuación de la voluntad del inculpado, por malos tratos, agotamiento, y violencias corporales, administración de fármacos, por tortura, por engaño o por hipnosis. Podrá aplicarse la coerción tan sólo cuando el Derecho Procesal Penal lo admita. Estarán prohibidas las amenazas con una medida inadmisibles según sus disposiciones, y la promesa de ventaja no prevista en la Ley.

(2) Las medidas que menoscaben la memoria o capacidad de comprensión del inculpado no se permitirán.

(3) La prohibición de los apartados (1) y (2) regirá independientemente del consentimiento del inculpado. Las declaraciones que se hubieran producido transgrediendo esta prohibición, tampoco podrán ser aprovechadas aunque el inculpado aprobara su utilización».

También en otros ordenamientos como el norteamericano se contienen prohibiciones del uso de la fuerza para obtener declaraciones del inculcado, así la Federal Rule of Criminal Procedure 11d habla de que «El Tribunal no aceptará la declaración de culpabilidad o nolo contendere sin antes, dirigiéndose personalmente al acusado, en vista pública, determinar que la declaración es voluntaria y no el resultado de coacciones o amenazas o de promesas al margen de la confesión».

El art. 342 dice que «Cuando el procesado rehúse contestar o se finja loco, sordo o mudo, el Juez instructor le advertirá que, no obstante su silencio y su simulada enfermedad, se continuará la instrucción del proceso».

Aunque no se señala sanción alguna por no contestar, parece que se vea el silencio como algo negativo, por el uso del término «rehusar» y por la «advertencia» del juez. Hoy no cabe admonición alguna del juez en este sentido, pues como venimos diciendo el procesado es libre de declarar o no.

Otro artículo que casa mal con la Constitución es el 395 que prohíbe al procesado «a pretexto de incompetencia del Juez, excusarse de contestar a las preguntas que se le dirijan, si bien podrá protestar la incompetencia, consignándose así en autos».

El procesado podrá, en ejercicio de su derecho a no auto-incriminarse, excusarse de contestar las preguntas del juez, sin tener que dar sus razones para ello y por supuesto entre las mismas podrá estar el que considere fuera de su competencia al juez. En este sentido, hay una sentencia del Tribunal Supremo que considera «virtualmente derogado» este artículo (s. 7-12-84, La Ley 1985-1, 567).

Los arts. 396 y 400 permiten al procesado manifestar cuanto tenga por conveniente en relación a los hechos y hacerlo cuantas veces quisiera. Se pone así el acento en la voluntariedad de la declaración, no sólo se puede manifestar lo que se quiera, incluyendo por supuesto hechos falsos para auto-defenderse, sino que se puede declarar cuantas veces se desee, lo que incluye no declarar ninguna si así se desea. Como muy acertadamente dice Ramos Méndez para subrayar la importancia del art. 400 éste es el precepto que hay que poner en el frontispicio de la diligencia de declaración del imputado²⁹.

El art. 405 dice que se preguntará al procesado, si incurriera en contradicciones en sus distintas declaraciones, sobre el motivo de las mismas, así como de las causas de retractación si se diera.

29. RAMOS MÉNDEZ, ob. cit., pág. 201.

Tales preguntas deberán ser una invitación voluntaria, que el procesado podrá aceptar o no, de acuerdo con la doctrina constitucional.

El art. 406 habla de la confesión del procesado y vamos a estudiarlo con cierto detenimiento. Su texto es el siguiente:

«La confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito.

Con este objeto, el Juez instructor interrogará al procesado confeso para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión, si fue autor o cómplice, y si conoce a algunas personas que fueren testigos o tuvieran conocimiento del hecho.»

En primer lugar hay que señalar que en el proceso penal no existe la institución de la confesión, al contrario de lo que sucede en el proceso civil. Y no la hay porque no tendría sentido: el procesado podría negarse a someterse a la misma sin ser tenido por ello por confeso como se le puede tener al litigante en el proceso civil (art. 586 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y además y como ya hemos visto porque no se le podría pedir juramento a diferencia del proceso civil (art. 579 LEC).

Admitiendo la confesión en el proceso penal como una declaración voluntaria que realiza el procesado admitiendo los hechos delictivos y su participación en los mismos, para que la misma pueda dar lugar a la continuación del proceso y en su caso a una condena, el juez deberá investigar sobre la realidad de lo manifestado en ella, por imperativo legal. Ello es así porque lo que realmente se busca en el proceso penal —al contrario del civil— es la verdad material.

Tradicionalmente se decía que el 406 exige hacer una distinción entre el cuerpo del delito y la prueba de la autoría, diciendo que la confesión por sí misma no puede probar la existencia de aquél y sí la de la autoría. Existiendo el cuerpo del delito, pues, podía prácticamente darse por buena la confesión. Sin embargo no es esa la distinción que hace el artículo que obliga al juez a investigar en todos los casos.

Y además la confesión del inculcado ya no es la «regina probatio-num», es una prueba más que el juez deberá valorar. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1988 (Ar. 254): «la confesión del inculcado no constituye ya la reina de las pruebas. Su sola confesión no le convierte en autor. Su negación de haber realizado los

hechos no impide, por el contrario, que le puedan ser imputados». Y también la sentencia de 12 de julio de 1981 (Ar. 5.815): «La confesión del presunto autor puede servir y puede no servir para condenar según las circunstancias que habrá de valorar con todo detalle y después de exteriorizar el juzgador de instancia en el justo entendimiento de que el proceso penal persigue el descubrimiento de la verdad real».

Los derechos a no auto-incriminarse que se reconocen al inculcado le permiten no confesarse culpable y aquí entra la tarea de investigación judicial para averiguar la realidad de los hechos, pues el procesado ya hemos visto que tiene derecho a mentir sobre los mismos.

El art. 406 se introdujo en la Lecrim. para evitar que una persona se confesase culpable de un delito que no había cometido y fuera condenada por ello, dado el valor superior que se daba anteriormente a la confesión. El espíritu liberal de la Lecrim. posibilitó tal artículo. Como dice la sentencia del Supremo de 18 de enero de 1989 (Ar. 44): «se trata, como es sabido, de una disposición que procura evitar que una persona sufra una pena por un delito del que no se ha probado su realidad».

Así pues podemos sintetizar las líneas básicas que resultan del 406 interpretado de acuerdo con la Constitución:

1. El procesado tiene derecho a no confesar su culpabilidad, de conformidad con el art. 24.2 de la Constitución. Sin embargo, al ser este derecho renunciable (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1984, Aranzadi 3.548 y de 24 de abril de 1992, Ar. 4.057) podrá efectivamente aceptar su participación en los hechos delictivos, lo que obligará al Juez a averiguar lo que haya de verdad en tal confesión.

2. La confesión ya no es hoy en día el centro del proceso penal, en su caso será una prueba más. La jurisprudencia en general se inclina por pensar que puede ser prueba suficiente de la autoría del delito (sentencias de 18 de enero de 1989, Ar. 44; 13 de mayo de 1989 Ar. 4.959, 1 de febrero de 1991, Ar. 685), se entiende que una vez investigado por parte del Juez lo confesado, conforme al 406. También hay algunos autores que sostienen esta posición al hablar de que la confesión sigue constituyendo la primera de las pruebas por su valor.

En contra de esta postura la sentencia de 20 de enero de 1989 (Ar. 56) que dice que «hoy la confesión es un indicio importante o principio de prueba que debe ser confirmada por otros medios probatorios».

La postura integradora es a mi juicio la más acertada. Esta posición, sostenida por ejemplo por la sentencia de 12 de julio de 1991 (Ar.

5.815, vide supra) sostiene que habrá que valorar cada confesión para ver si puede servir sólo la misma o hacen falta más medios de prueba.

En ausencia de confesión puede igualmente haber condena; al no ser ya la prueba más importante, por otros medios se puede llegar al convencimiento de la autoría. Y además aunque la confesión beneficie al inculcado igual puede haber condena, tal como ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional al analizar el art. 406 Lecrim.; así el Auto de 16 de enero de 1985 (núm. 21) dice que «el art. 24.2 CE prohíbe la prueba de confesión en cuanto perjudique a los culpables, que a su voluntad pueden no efectuarla contra sí mismos, lo que 'a sensu contrario' no supone que cuando les beneficie sea prueba plena, como deriva claramente de lo dispuesto en este artículo».

3. Los procesados pueden ejercitar los derechos a no declarar contra sí mismos y no confesarse culpables sin que ello les pueda suponer ningún perjuicio, o lo que es lo mismo: el que no se confiese el delito no se puede usar en contra de una persona, pues está amparada por un derecho fundamental.

Hacemos esta afirmación porque, tradicionalmente, se ha pensado que es reprochable el no confesar, y especialmente hacerlo permaneciendo callado. Así por ejemplo decía Bentham: ¿Puede tener alguna otra razón para callarse que no sea el temor de inculparse él mismo gravemente? Supongamos que es inocente: sería moralmente imposible que se negase a hablar, puesto que, hablando, se beneficiaría y no tendría nada que perder. El silencio es sinónimo de manifestación. La manifestación es una confesión de palabra y el silencio es una confesión de hecho»³⁰.

También hoy algún autor habla de que es mejor moralmente la conducta del que declara la verdad sobre el que miente y que esto puede tener consecuencias positivas a su favor a la hora de la condena. En este sentido dice Ruiz-Jarabo: «la conducta legal y noble del inculcado que declare la verdad en su propio perjuicio, le revestirá de una belleza moral, que puede iluminar al tribunal sobre su personalidad y determinar una aplicación favorable al reo sincero»³¹.

No se puede compartir este punto de vista; si es tan legal la postura de declararse culpable como la de no hacerlo, no pueden tener consecuencias distintas. Como dice Almagro «no puede derivarse en buena

30. ROMERO COLOMA, *La prueba de confesión y el interrogatorio del acusado. Una visión psicológica*, Ed. Serlipost, Barcelona, pág. 115.

31. RUIZ-JARABO, ob. cit., pág. 29.

doctrina sobre la naturaleza de los hechos, ni siquiera una valoración, de la conducta de silencio, indiciaria como perjudicial». Pero sin embargo este autor cuestiona si se puede medir por el mismo rasero al que colabora que al que no lo hace, así: «esta consecuencia, plantea, sin embargo, un agravio comparativo, respecto del que no hace uso de su derecho y confiesa o declara contra sí mismo. ¿Puede hacerse de peor condición al que confiesa que, en definitiva, coopera con la justicia, frente al que se niega a hacerlo, invocando el uso de un derecho?»³².

Almagro nos dice que este problema es una aporía, que revela la dificultad de «atribuir efectos probatorios a la confesión».

Admitimos que entre ambas conductas la confesante-colaboradora y la denegatoria-obstruccionista la primera sea mejor desde un punto de vista ético o moral; sin embargo no pensamos que en nuestro derecho deban tener consecuencias distintas. Lo contrario sería reconocer el derecho fundamental a no auto-inculparse, pero limitando el ejercicio del mismo, que quedaría reconocido formalmente pero a la hora de su práctica se vaciaría de contenido. Sería como el decirle a un inculpado que tiene derecho a no auto-incriminarse, pero que si no ejercita este derecho y colabora, confesando y declarando contra sí mismo, le irá mejor que si no lo hace así.

Si la interpretación del ordenamiento jurídico, tal como señala el Tribunal Constitucional (sentencia 25 de mayo de 1987) ha de hacerse en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, y hay un derecho fundamental a no auto-incriminarse, en ese sentido se tendrán que interpretar todas las normas que regulen este tema, incluida la Lecrim.

El art. 575. Dentro del Título VIII de la Lecrim., que trata de la entrada y registro en lugar cerrado, de libros y papeles y de la apertura de la correspondencia escrita y telegráfica se incluye el art. 575 que regula el acto de investigación de objetos y papeles relacionados con la causa, haciendo la ley una obligación de exhibirlos con carácter general. El artículo dice así:

«Todos están obligados a exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa.

Si el que los retenga se negare a su exhibición, será corregido con multa de 125 a 500 ptas.; y cuando insistiera en su negativa, si el objeto o papel fueren de importancia y la índole del delito lo

32. ALMAGRO, ob. cit., pág. 290.

aconseje, será procesado como autor del delito de desobediencia a la Autoridad, salvo si mereciera la calificación legal de encubridor o receptor».

Posiblemente el propósito de la introducción de este artículo fue establecer el deber de todos, incluido el inculpado, de presentar los objetos relacionados con el delito investigado pues si no se hubiera mencionado «Todos, excepto el inculpado...». Sin embargo hoy en día esta interpretación no puede mantenerse, ya que se debe aplicar aquí también el principio constitucional que posibilita la no auto-incriminación, por lo que el inculpado no está obligado a presentar lo que le pueda perjudicar y por lo tanto no cabe aplicarle por tal incumplimiento sanción alguna.

Es este un tema que prácticamente no ha sido estudiado.

Frente a la postura del profesor Gimeno Sendra³³ que dice que «todos» se refiere también al imputado Ortells analiza el artículo, a mi juicio, de acuerdo con la Constitución, diciendo que «los derechos del imputado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE) impiden sancionar su conducta de no exhibición de documentos, sin perjuicio de quedar sometido a la medida coercitiva directa del registro con el fin de obtener aquéllos»³⁴.

Si el art. 573 prohíbe el registro de libros contables del procesado si no hay indicios graves de que con esta diligencia se puede descubrir algo importante para la causa, o sea se limita el uso de la misma ya que su utilización «afecta a un derecho fundamental» (Ramos Méndez), también la obligación de exhibición del 575, referida al imputado, afecta a un derecho fundamental que es el de no declarar contra sí mismo. Esto nos lleva a la conclusión de que la exhibición por parte del inculpado será siempre voluntaria y caso de que no se produzca no se le podrá imponer por ello sanción alguna.

Por su parte, la jurisprudencia no se ha pronunciado apenas sobre la posible inconstitucionalidad del art. 575 en cuanto pueda referirse al imputado. Sólo se encuentran algunas referencias aisladas. Así por ejemplo, y aunque relativas a otros aspectos como son la práctica de pruebas anticipadas al juicio oral (arts. 790.5 y 791.2 de la Lecrim.) hay algunos autos de admisión de dichas pruebas que cuando hacen requerimientos al inculpado para que presente documentos que puedan obrar en su poder mencionan la voluntariedad de la entrega.

33. GIMENO SENDRA y otros, ob. cit., pág. 332.

34. ORTELLS y otros, ob. cit., pág. 186.

En este sentido el auto de la Audiencia Provincial de Castellón de admisión de pruebas anticipadas (Procedimiento Abreviado núm. 41/89; rollo 289/82 de fecha 2 de octubre de 1991) acepta la práctica de una prueba por la que se requiere al acusado para que presente el original de su Libreta de Ahorros en (...) que comprenda el período de (...). Pero añade lo siguiente: «Y en todo caso, adviértasele previamente, de que el cumplimiento de dicho requerimiento debe ser voluntario, habida cuenta de que de dichos documentos puede derivar responsabilidad para el mismo».

Pensamos que esto es perfectamente trasladable al art. 575 y cualquier obligación de presentación de documentos, aplicando lo dicho, debe ser voluntaria habida cuenta del derecho fundamental que asiste al procesado.

Ello no sería aplicable a otros campos del derecho, como el tributario, en lo que se refiere a inspecciones fiscales, ya que como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 1984 los derechos constitucionales tienen sus límites en relación con otros derechos y así «¿en qué medida la Administración puede exigir los datos relativos a la situación económica de un contribuyente? No hay duda de que en principio puede hacerlo. La simple existencia del sistema tributario y de la actividad inspectora y comprobatoria que requiere su efectividad lo demuestra. Es claro también que este derecho tiene un firme apoyo constitucional en el art. 31.1 de la norma fundamental (...)».

b) El Juicio Oral

Dentro del Libro III de la Lecrim., que es donde se regula el juicio oral, se encuentra el Título III («De la celebración del juicio oral») en cuyo capítulo III se habla del modo de practicar las pruebas. Curiosamente no se contempla la prueba de declaración del acusado, sólo se habla, en la sección primera, de la confesión del mismo. Como ya hemos dicho anteriormente no existe la institución de la confesión en el proceso penal, a pesar de que haya varios artículos que mencionen este término. Se podría pensar que con esta alusión a la confesión se regula en la ley la declaración del acusado, pero no es así pues lo único que se contempla es la conformidad del mismo con el delito y con las calificaciones. Al no contemplarse la declaración del acusado no se regula tampoco nada acerca de sus derechos a no auto-incriminarse en la misma. Hay algún autor, como Martín Pallín, que opina sin embargo, que sí se le reconocen al acusado tales derechos en la apertura del juicio oral, así: «es en

ese momento que contempla el art. 688 de la Lecrim. cuando nuestro ordenamiento reconoce al acusado el derecho a no confesarse culpable o por el contrario reconocer su participación en los hechos»³⁵.

Estimamos que, si bien es cierto que el art. 688 habla de que el Presidente preguntará al acusado si se confiesa culpable o no, no se habla para nada de que se le diga al mismo —previamente— que no tiene obligación de declarar en su contra ni de confesarse culpable, y aunque se diga que al acusado ya se le informaron tales derechos en el sumario, si es en el juicio oral donde realmente se aportan las pruebas y donde se dilucida la culpabilidad o la inocencia, con más razón se le debería informar de nuevo de los mismos. De cualquier forma tras la reforma del proceso abreviado (L.O. 7/88) ya no puede producirse la conformidad en el proceso ordinario, porque la posibilidad de la misma exigía que se pidiese pena no superior a prisión menor, y ahora en este proceso siempre se solicitará pena superior.

En otros ordenamientos no sólo se regula el interrogatorio del acusado en el juicio oral, sino que además se debe informar al mismo de sus derechos a no declarar en su contra.

Así por ejemplo la *Ley Procesal Penal Alemana* señala en su art. 243.4 que tras ser leída por el fiscal la frase de acusación «será advertido el acusado de que es libre de pronunciarse sobre la acusación, o de no declarar sobre la causa. Si estuviera de acuerdo el acusado con declarar, será interrogado sobre la causa, conforme al art. 136, ap. 2».

Recordemos que el art. 136.a(2) prohíbe las medidas que menoscaben la memoria o comprensión del inculcado.

En la legislación de los Estados Unidos la *Federal rules of Criminal Procedure* señala que el Juez, antes de aceptar cualquier confesión de culpabilidad del acusado, debe dirigirse al mismo y asegurarse de que éste comprende que le asisten unos derechos. Transcribimos literalmente los párrafos c) y d), para que se vea con que minuciosidad y extensión se regula el tema:

«c) Advertencias al acusado. Antes de aceptar una confesión de culpabilidad o nolo contendere, el Tribunal deberá dirigirse personalmente al acusado en vista pública e informarle, asegurándose que lo entiende, de los siguientes extremos:

1) la naturaleza del cargo sobre el que recae la acusación, la

35. MARTÍN PALLÍN, J. A., *Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal*, Poder Judicial, núm. especial VI, Madrid 1989, pág. 129.

mínima condena obligatoria que contempla la ley, si existe, y la condena máxima posible prevista por la ley; y

2) si el acusado no está asistido por un abogado, que tiene derecho a estar asistido de un abogado en cada una de las fases del proceso dirigido contra él y que, si fuera necesario, se le nombraría uno de oficio; y

3) que tiene derecho a declararse inocente o a persistir en tal declaración si ya la ha hecho, y que tiene derecho a ser juzgado por un jurado y que en tal juicio tiene derecho a la asistencia de un asesor, derecho al careo y contrainterrogatorio de los testigos del cargo, y derecho a no ser compelido a inculparse; y

4) que si se declara culpable o *nolo contendere*, no habrá juicio posterior de ningún tipo, ya que declarándose culpable o *nolo contendere* renuncia a su derecho a un juicio; y

5) que si se declara culpable o *nolo contendere*, el Tribunal puede interrogarle acerca del delito respecto del cual ha declarado, y si contesta a estas preguntas bajo juramento, recogándose en acta, y en presencia de su asesor, sus respuestas pueden después ser usadas en su contra en un juicio por perjurio o falso testimonio.

d) Garantizando que la Declaración es Voluntaria. El Tribunal no aceptará la declaración de culpabilidad o *nolo contendere* sin antes, dirigiéndose personalmente al acusado, en vista pública, determinar que la declaración es voluntaria y no el resultado de coacciones o amenazas o de promesas al margen de la confesión negociada. El Tribunal debe averiguar si la voluntad del acusado de declararse culpable o *nolo contendere* es el resultado de anteriores negociaciones entre el Fiscal y el acusado o su abogado.»

O sea, que en los Estados Unidos antes de aceptar cualquier conformidad del acusado, el Juez debe, no sólo informarle de los derechos que le asisten, sino también advertirle de las consecuencias que puede tener el declararse culpable. El artículo citado, casi resulta reiterativo, de tan minuciosamente que regula el tema. En cualquier caso el acusado quedará bien informado de que su declaración es voluntaria y que tiene derecho a declararse inocente y a no ser compelido a inculparse.

En España a pesar de la falta de regulación legal, siempre se ha admitido doctrinal y jurisprudencialmente la existencia del medio de prueba de la declaración del acusado, prueba a la que se ha aplicado tradicionalmente la normativa sumarial de la declaración indagatoria, completada

por aportaciones jurisprudenciales tendentes a favorecer los derechos de defensa del acusado.

Por lo tanto, de acuerdo con los derechos a no auto-incriminarse que venimos estudiando, la declaración del acusado en el juicio oral deberá tener las siguientes características:

1. Ser de libre prestación por parte del acusado, que podrá manifestar lo que desee para su defensa, incluso hechos falsos. También cabe la retractación de sus declaraciones realizadas en etapas anteriores.

2. Asimismo podrá permanecer callado, no declarando si no quiere.

3. Al ser tales derechos renunciables, el acusado podrá declarar en su contra si así lo desea. Una de las posibilidades que tiene para ello es confesando el delito, mediante la institución de la conformidad, institución que «representa sin duda una manifestación de la libertad del imputado, debidamente asesorado por su abogado» (sentencia del Supremo de 4-5-84, Ar. 4.485). La *Lección* regula en distintos artículos cómo hay que proceder si el acusado se muestra conforme con las calificaciones (artículos 655, 688 y siguientes, y 789.5, 791.3 y 793.3 para el procedimiento abreviado).

Queda claro que, de acuerdo con la doctrina constitucional, la conformidad del acusado es un acto enteramente voluntario, sin que se le pueda presionar ni prometer nada para obtenerla. (No cabe pues el «*plea bargaining*» norteamericano).

Por otro lado la Ley contiene varios preceptos que autorizan al juzgador a ordenar la continuación del juicio, a pesar de tal conformidad, de concurrir alguna circunstancia específica, tal como se expresa en los arts. 655.3, 699 y 793.3 (error en la calificación del hecho punible, falta de conformidad de algún acusado si fueren varios, inexistencia del cuerpo del delito, pena que exceda de seis años). Es decir que el acusado es libre de declarar o no y es libre también de confesarse culpable y conformarse, pero ello no implica siempre que el juez quede vinculado por ello, pues como dice De Diego: «no se limita, en relación con este acto, a mantener una posición meramente pasiva o recepticia. Por el contrario, el órgano jurisdiccional puede condicionar —privándolo de eficacia— el acto de adhesión si concurre alguna de las circunstancias previstas»³⁶.

Así el *art. 699* obliga a continuar el juicio, a pesar de la conformidad del procesado, si en el sumario no hubiese sido posible hacer constar la existencia del cuerpo del delito. Aquí hay que establecer un para-

36. DE DIEGO, ob. cit., pág. 33.

lismo con lo dispuesto en el art. 406 para el sumario. Tal como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1991 (Ar. 9.585): «estas previsiones establecidas para la fase sumarial tienen su reproducción en el juicio oral (...)».

Es una manifestación más de que la confesión del inculcado ya no es la «prueba reina»; el tribunal puede ordenar la continuación del proceso —en determinados supuestos— a pesar de la existencia de conformidad con la pena solicitada y el reconocimiento del delito. Y además el tribunal apreciará en conciencia la prueba producida, pudiéndole dar más o menos importancia a la confesión del acusado, siempre que fundamente o razone su decisión.

En relación a la institución de la conformidad hay dos artículos de la Ley que pensamos que son dudosamente constitucionales: el 693 y el 700.4.

El *art. 693* dice que «El Presidente hará las preguntas mencionadas en los artículos anteriores con toda claridad y precisión, exigiendo contestación categórica».

Estamos de acuerdo en que el presidente del tribunal debe formular las preguntas relativas a la conformidad del acusado con «claridad y precisión», pero lo que no puede es exigir al acusado que conteste, porque esto vulnera el derecho del mismo a hacerlo o no. Por otra parte nos encontramos otra vez con una ley sin sanción, no se castiga la negativa a contestar, lo único que sucede en este supuesto, como señala el art. 698, es que continúa el juicio.

Respecto al *art. 700* habla de que el Presidente puede apercibir al procesado y al responsable civil de tenerles por confesos —en lo referente a las responsabilidades civiles— si se niegan a contestar sobre las mismas. Al estar tales responsabilidades relacionadas con las penales (derivan del delito cometido) es lógico pensar que una persona pueda aceptar su responsabilidad penal y no la civil derivada de la misma, y declarar respecto a una y no hacerlo sobre la otra. El derecho a no declarar rige aquí igualmente y no se puede admitir en el proceso penal, al no existir la institución de la confesión del proceso civil, consecuencias como la declaración de ser tenido por confeso de este proceso.

Por último y para terminar el examen de la declaración del acusado en el juicio oral tres anotaciones:

1. La *Lecrim.* no regula la declaración del acusado en el juicio oral y en su lugar habla de la confesión del mismo, limitada únicamente a tratar la institución de la conformidad con la calificación. Lo dice muy

gráficamente Ramos Méndez: «Si efectivamente existe un derecho constitucional a no declararse culpable, la pregunta sobre el reconocimiento de culpabilidad colocada en el pórtico de las sesiones del juicio oral está de más»³⁷.

¿Quedan todavía, quizás, en nuestra ley vestigios del sistema inquisitivo y de la importancia desmesurada dada a la prueba de confesión?

Sería necesaria por ello una reforma de la *Lecrim.* que incluyese en la misma la regulación de la declaración del acusado, regulación que ha sido elaborada jurisprudencialmente de una forma bastante correcta con los derechos de defensa.

2. La institución de la conformidad del acusado o confesión del delito y aceptación de la pena es perfectamente asumible, dada la renunciabilidad de los derechos a no auto-incriminarse. Quizás haría falta, como señala acertadamente De Diego «un adecuado mecanismo expreso para que el órgano jurisdiccional pueda comprobar y garantizar la voluntariedad del acusado conforme»³⁸.

Bastaría para ello con incluir en nuestra *Lecrim.* unas preguntas del Juez, antes del interrogatorio del acusado, por las que se interesase sobre si el acusado conoce sus derechos a no confesarse culpable ni a declarar contra sí mismo, como sucede en el derecho comparado (por ejemplo Alemania y Estados Unidos). Lo que aquí ocurre, a diferencia de otros estados que han modificado su legislación procesal penal adecuándola a sus Constituciones y a las Declaraciones de Derechos Humanos, es que nuestra *Lecrim.* fue promulgada en 1882 y en todo lo referente a la «confesión de los procesados» no ha sido modificada en absoluto. Acusa pues el paso del tiempo.

3. Mientras no se produzcan las reformas citadas, lo que se puede hacer es aplicar la doctrina constitucional a todos los preceptos que rigen en el juicio oral, lo que afortunadamente ha venido haciendo la jurisprudencia; no sólo ha rellenado lagunas sino que ha inaplicado los preceptos contrarios a los derechos fundamentales.

c) Los derechos a no auto-incriminarse en la *Lecrim.*; conclusiones con la Constitución en la mano

La Constitución no sólo incluye los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable sin más, sino que los cataloga como

37. RAMOS MÉNDEZ, ob. cit., pág. 345.

38. DE DIEGO, ob. cit., pág. 46.

derechos fundamentales. Ello, como ya hemos expuesto, conlleva una serie de garantías para hacerlos efectivos y darles una protección de acuerdo con su importancia.

Por lo tanto el desconocimiento de los mismos por parte de las leyes ordinarias es algo que no puede aceptarse de ninguna manera, porque además la Constitución no es sólo posterior a la Lecrim., sino que es jerárquicamente superior.

Así y de acuerdo con la Disposición derogatoria 3.^a de la ley fundamental «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución».

Esta derogación puede ser apreciada por los jueces o tribunales ordinarios o, si «la cuestión les parece problemática, remitir la cuestión como 'cuestión de inconstitucionalidad' al tribunal Constitucional», tal como señalan las sentencias de este órgano de 2 de febrero y 8 de abril de 1991 (BOE 24 de febrero y 25 de abril de 1981).

¿Qué ocurre con nuestra Lecrim.? Pues, estimamos que, si bien fue considerada modélica para 1882 y partía con muy buenas intenciones (véase lo expuesto en la tan ensalzada Exposición de Motivos de Alonso Martínez) el transcurso de más de un siglo, y sobre todo la promulgación de normas internacionales sobre los derechos humanos y la elaboración de la Constitución de 1978 la han hecho envejecer mal.

Concretamente en lo referido a los derechos a no auto-incriminarse podemos obtener las siguientes conclusiones:

1.^a En el sumario.

El art. 520, introducido en 1983, se sujeta a las garantías constitucionales, ya que desarrolla la Constitución al exigir que se comuniquen a los detenidos sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpables.

Sin embargo hay otros artículos que no podemos considerar que sean conformes con la ley fundamental. Así, artículos como el 387 en el que, si bien, se prohíbe el juramento al procesado, a renglón seguido se habla de que se le exhorte a decir verdad, el 392 en el que casi se le re-crimina su silencio y el 395 en el que se le prohíbe no contestar a las preguntas que se le formulen so pretexto de incompetencia.

Tampoco podemos aceptar preceptos como el 575 en el que se obliga a todos (incluido por tanto el procesado) a la exhibición de objetos relacionados con la causa, bajo advertencia de multarlos o procesarlos en caso de incumplimiento.

Son perfectamente aceptables como constitucionales los arts. 400 que permite declarar al procesado cuantas veces quiera, y los 398 y 393 que prohíben los malos tratos en el interrogatorio.

Estos últimos y el 406, que obliga al juez a la búsqueda de la verdad de lo confesado eliminando el carácter de «prueba reina» de la confesión, son artículos no sólo constitucionales sino lógicos, y no suponen vulneración alguna de los derechos fundamentales.

También sería deseable que se regulase en nuestra Lecrim. la forma de realización del test de alcoholemia, así como la obligación de manifestar al sujeto al que se le practica la voluntariedad de la misma y las consecuencias que pueden devenir de tal acto.

2.^a En el juicio oral.

Aquí el tema es más grave que en el sumario; no sólo se ignora en la ley la prueba de declaración del acusado, sino que se empieza el juicio oral hablando de la «confesión del acusado» para referirse a su conformidad con la acusación; es decir parece que lo que se busque sea acabar cuanto antes el juicio, sin advertir antes al inculcado sus derechos fundamentales a no declararse culpable (como ya hemos visto que se hace en otros ordenamientos).

Y además hay artículos nada constitucionales; según el 693 el juez exigirá contestación categórica al acusado sobre su conformidad y puede, de acuerdo con el 700 incluso declararle confeso en cuanto a la responsabilidad civil.

La conclusión del examen del tema en el juicio oral es que en el mismo no nos podemos sujetar al «guión» establecido por la Lecrim., que bien por omisión o bien por vulneración no recoge los derechos a no auto-inculparse.

No debería permitirse que, a pesar de una regulación internacional de los derechos a no declarar y del acogimiento de los mismos en nuestra Constitución, las leyes ordinarias, especialmente las que afectan a los derechos fundamentales los ignoren o los contradigan. Las leyes como la Lecrim. desarrollan el cauce concreto de tales derechos en el proceso penal, y si no están ajustadas al modelo constitucional provocan no sólo confusión en la práctica, sino a veces vulneraciones. Está claro que siempre cabrá la posibilidad de obligar a la adecuación constitucional de las resoluciones que violen los derechos fundamentales (por ejemplo vía recurso de amparo), pero ello no implica que no sea necesaria una reforma en profundidad.

INFLUENCIA DEL PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA EN EL DERECHO INTERNO

JUAN CARLOS HITTERS

SUMARIO:

I. Dimensión transnacional del Derecho y de la Justicia. — II: Normas programáticas y autoejecutivas: 1. Terminología; 2. Presunción de autoejecutividad; 3. Ejemplos de normas internacionales self executing. — III. La autoejecutividad del Convenio Europeo de Derechos Humanos: 1. Generalidades; 2. Integración del Convenio Europeo en el orden jurídico interno. Jerarquía; 3. Tesis Negatoria; 4. Tesis Positivista; 5. Recapitulación. — IV. La autoejecutividad en el Sistema Americano (El Pacto de San José de Costa Rica): 1. Generalidades; 2. Antecedentes del artículo 2 de la Convención. El por qué de su inclusión; 3. El Pacto como derecho interno; 4. Cláusulas programáticas; 5. La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 6. Conclusiones. — V. El Pacto de San José de Costa Rica como derecho interno en el sistema argentino: 1. Tratados internacionales; 2. Incorporación y jerarquía. — VI. Jurisprudencia sobre la autoejecutividad del Pacto de San José de Costa Rica: 1. Generalidades; 2. La postura antigua de la Suprema Corte de la Nación; 3. Postura actual de la Suprema Corte de la Nación. — VII. Conclusiones.

I. DIMENSIÓN TRANSACCIONAL DEL DERECHO Y DE LA JUSTICIA

Antes de finalizar la primera mitad de este siglo, se configuró en el mundo occidental una corriente destinada a garantizar los derechos fundamentales del ser humano, a través de la constitucionalización de dichas

prerrogativas¹, esto es, utilizando el procedimiento de cristalizar en las cartas magnas ciertas potestades, que se vieron como imprescindibles. Tal corriente fue considerada por algunos autores, como la dimensión constitucional del derecho y de la justicia² consistente en la afirmación e individualización de los requisitos mínimos de equidad (incluyendo las garantías judiciales para su defensa) que se transplantaron a los estatutos superlegales.

Inmediatamente se advirtió que esa protección no resultaba suficiente, pues era imprescindible la creación coetánea —sobre todo en Europa— de Tribunales especializados, para hacer cumplir esos derechos; de ahí la aparición en el viejo mundo de los Tribunales Constitucionales, que con el tiempo llegaron a algunos países americanos.

Más con posterioridad, se comprendió que todo ese desarrollo no colmaba las expectativas de la humanidad, pues resultaba posible que no pocos derechos naturales e inmanentes del hombre, cambiaran de destino con el paso de las fronteras. Se pensó por ello en que tales garantías debían gozar de vigencia a-espacial (y obviamente también a-temporal), o por expresarlo de otro modo, erigirse operativas en cualquier lugar o territorio donde se encontrara el beneficiario³.

Se pergeñó lo que luego dio en llamarse la «dimensión transnacional del derecho y la justicia»⁴ con la evidente intención de que el respeto de las libertades humanas logre un nivel metanacional, a través de organismos y preceptos con vigencia supranacional (*lex universalis*).

Estas aspiraciones se concretaron, por un lado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y los pactos convenios sucesi-

1. En este sentido algunos autores piensan que ese movimiento generó una nueva rama jurídica llamada Derecho Procesal Constitucional, con una cierta autonomía, por lo menos pedagógica y científica, cuya paternidad ciertos doctrinales se la atribuyen a Hans Kelsen y otros a Eduardo Couture. En esta disciplina su contenido apunta a temas de gran importancia, como: 1) el debido proceso legal; 2) las garantías de las partes; 3) las garantías de la jurisdicción. 4) las garantías judiciales, etc. (véase HITTERS, Juan Carlos, *El Derecho Procesal Constitucional*. El Derecho, t. 121, p. 881; idem, IRIBARNE, Héctor Pedro e IRIBARNE, Rodolfo Antonio, *Acerca del Derecho Procesal Constitucional*, El Derecho, n.º 6.958 del 30 de marzo de 1988. Idem, HITTERS, Juan C., en *Estudios de Derecho Constitucional Panameño*, Compilados Jorge Fabrega, Panamá, 1987, p. 865).

2. CAPPELLETTI, Mauro, *Acceso a la Justicia. Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológica*, traducido por Juan Carlos Hitters, Jurisprudencia Argentina, 1981, v. III, pp. 810-814.

3. Véase HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, EDIAR, T. I, pág. 29).

4. CAPPELLETTI, MAURO, *Giustizia costituzionale sopranazionale. Il controllo guidiziario delle leggi e la giurisdizione delle libertà a livello internazionale*, Rivista di diritto processuale, anno XXXIII (1978), n. 1.

vos; y por otro, —con un ángulo diverso, pero concomitante— con la aparición de la Comunidad Económica Europea.

En tal perspectiva, obsérvese que como consecuencia de esta evolución, el clásico control de constitucionalidad realizado dentro de los países —por órganos centralizados (concretado), o fragmentariamente por cualquiera de los jueces (difuso)— es a partir de entonces mucho más fascinante y abarcador ya que se lleva a cabo por cuerpos transaccionales (ejemplo la Corte de Luxemburgo, en el área de la Comunidad Económica Europea, o los Tribunales de Estrasburgo, y la de Costa Rica en el sector de los derechos humanos), que conformaron lo que se ha llamado, la justicia supranacional⁵.

El pequeño introito que antecede tiene en miras poner de relieve la importancia que ha adquirido en los últimos años el derecho transaccional, y la doble *influencia* que en nuestro ámbito continental tiene el Pacto de San José de Costa Rica; esto es, por un lado, por poner en marcha un control metanacional (a través de la Comisión y de la Corte Interamericana); y por otro, —y ello es quizá lo más importante— por haber implantado un plexo normativo —por mediación de un tratado— que entra en el torrente jurígeno argentino, constituyendo un derecho operativo de jerarquía interamericana, que se aplica en nuestro ámbito —por lo menos— con la misma eficacia que tienen las normas domésticas (art. 31 de la Constitución Nacional).

II. NORMAS PROGRAMÁTICAS Y AUTOEJECUTIVAS

1. Terminología

Claro está que al aparecer normas metanacionales puede darse la hipótesis que entren en conflicto con las locales; y en caso de darse esta situación, estamos en presencia de una temática que concierne y resuelve el sistema constitucional de cada nación, y ajena, en principio, al derecho internacional, aunque este no puede desentenderse de tal problemática.

Si bien ello es así, el derecho internacional suministra principios útiles para resolver este *desideratum*, y además los tribunales transaccio-

5. Va de suyo que cuando nos referimos a este tipo de protección, no estamos hablando de una carta Constitucional metanacional, que por supuesto no existe, aunque eso sí, los Pactos y Declaraciones internacionales cumplen en alguna medida ese papel. Con este sentido creemos que la Convención Americana de Derechos Humanos, hace las veces de una Constitución supranacional, para su sector de influencia.

nales, como el Europeo de Derechos Humanos, y su similar Interamericano, a veces terminan siendo los últimos «jueces» del referido planteo.

Las reglas de un tratado, o las del sistema internacional consuetudinario, pueden ser ejecutables por sí mismas, (*self executing*⁶; o programáticas. En el primer caso se aplican directa e inmediatamente, sin que sea menester una actividad doméstica para ponerlas en vigencia; en cambio en las del segundo grupo justamente hace falta un acto interno que las incorpore al caudal⁷.

El Derecho Internacional Público ha fijado las pautas fundamentales para saber si una disposición es *self executing* o *programática*. En este orden de ideas podemos señalar que una idea podemos señalar que una norma es «ejecutable por sí misma» o «autoejecutable» u «operativa» cuando ingresa al orden interno sin necesidad de ninguna actividad local, y por ende se pone en funcionamiento inmediatamente.

Ello ocurre —dice Jiménez de Aréchaga—⁸ cuando el precepto ha sido redactado de tal modo que los tribunales domésticos lo pueden aplicar sin más trámites, es decir, sin que medie un acto gubernamental de incorporación.

Un Pacto o Convención, resulta útil en el campo de los derechos humanos, si penetra en el ámbito interno y está en condiciones de ser «directamente» utilizable por los tribunales estatuales, es decir, si el individuo queda potenciado para ampararse en tales instrumentos.

Para que se de la autoejecutividad se requieren dos requisitos, a saber: 1) que se trate de una disposición de la cual surja directamente una potestad en favor del individuo como legitimado activo, de tal modo que éste pueda reclamarla per se ante las autoridades locales; y 2) que el

6. La terminología francesa no parece haber elaborado una traducción homóloga a la inglesa: *self executing*. Por ello COMPTE prefiere hablar de *immédiate d'application*, es decir que pueda ser objeto de una utilización inmediata, entendida en el sentido literal: «sin intermediarios» (COMPTE, Philippe: *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el orden jurídico interno*. En, La Revista. Comisión Internacional de Juristas, Ginebra R. IV, núm. 1, primera parte, 1962).

7. Algunos autores —refiriéndose a las normas constitucionales internas— prefieren una clasificación tripartita, por ello hablan de 1) *normas programáticas*: cuando el derecho que le otorgan no puede ser ejercido por el beneficiario directamente ante los órganos jurisdiccionales. 2) *normas operativas*: que se subdividen en: a) las que tienen operatividad propia, es decir las llamadas *self executing*; y b) las que poseen operatividad derivada, esto es cuando necesitan de un precepto de jerarquía inferior que le otorgue acción judicial al beneficiario (EKMEKDJIAN, Miguel, *Operatividad y programaticidad de los derechos individuales*, en *El Derecho*, T. 113, p. 869).

8. La Convención Interamericana de Derechos Humanos, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, enero-junio 1988.

precepto sea lo suficientemente amplio y a la vez concreto, para poder ser manejado por los poderes del Estado, sin ningún tipo de adecuación legislativa administrativa o judicial.

Esta esencia surge fundamentalmente de la voluntad de los signatarios de los tratados⁹, obviamente cuando hablamos del modelo convencional¹⁰.

2. Presunción de autoejecutividad

La jurisprudencia de los Estados Unidos ha sentado el principio de la presunción de autoejecutividad de los tratados, conforme lo explica con toda claridad Jiménez de Aréchaga¹¹. En efecto, Charles Evans Hughes, ha expresado que, un tratado es siempre «*self executing*», a menos que contenga una estipulación expresa de ejecución por medio de una ley o pertenezca a esa categoría excepcional de instrumentos que no pueden por su propia naturaleza dar efectos como derecho ex proprio vigore¹². Con idéntico criterio opinó el Asesor Letrado del Departamento de Estado de ese país, Hackworth, presumiendo la autoejecutividad, a menos que sea imposible darle tal efecto¹³.

En este orden de pensamiento, la Cámara de Apelaciones de California, en el caso *Sei Fuji* consideró que ciertos artículos de la Carta de la ONU, son *self executing*¹⁴; e inclusive la jurisprudencia francesa ha seguido también esta orientación con respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵.

Jiménez de Aréchaga —a quien seguimos en este apartado— encuentra una argumentación reforzante en apoyo de esta posición. Si

9. COMPTE, Philippe: *La aplicación del convenio Europeo de Derechos Humanos en el orden jurídico interno*. En, La Revista, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra R. IV, núm. 1, primera parte, 1962.

10. Ha dicho en este sentido, desde antiguo la Corte Permanente de Justicia Internacional, que «no puede negarse que el objeto mismo de un acuerdo internacional, conforme a la intención de las Partes Contratantes, puede ser la adopción por ellas de algunas reglas definidas que creen derechos y obligaciones para individuos y susceptibles de ser ejecutadas por los tribunales internacionales (P.C.I.J.), Series B, núm. 15, pp. 17-9. Véase Jiménez de Aréchaga, *ob. cit.*, p. 13). Vale aclarar que este ejemplo se refiere a un órgano jurisdiccional internacional, y nosotros estamos abordando ahora esta problemática vista desde otro punto de vista, esto es cuando el precepto es aplicado por los tribunales internos.

11. *Ob. cit.*, p. 13.

12. Citado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *ob. cit.*, nota 2, p. 13.

13. Citado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *ob. cit.*, nota 1, p. 14.

14. COMPTE, *ob. cit.*, p. 121.

15. COMPTE, *ob. cit.*, p. 12.

transcurrido algún tiempo de ratificado un tratado, ni el Parlamento ni el Poder Ejecutivo, dictan norma alguna para hacerlo «autoejecutable» ello significa que han pensado que no hacía falta un acto de gobierno en ese sentido; o que las autoridades han incumplido su obligación de dictar las reglas pertinentes para que el referido instrumento internacional sea aplicable en el ámbito interno¹⁶.

Como luego veremos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en su actual composición— ha sentado una doctrina parecida en los casos Ekmekdjian c) Sofovich, del 7 de julio de 1992; y Servini de Cubría, María Romilda s/ Amparo del 8 de septiembre de 1992, dejando en claro que las normas de los tratados sobre derechos humanos, son directamente operativas, en la medida que estén dirigidas a una situación de la realidad en la que puedan actuar inmediatamente sin necesidad de instituciones que tenga que dictar el Congreso.

3. Ejemplos de normas internacionales *self executing*

En el sector del Derecho internacional consuetudinario, hay ciertas reglas, tales como las que confieren inmunidades a los diplomáticos, que son autoejecutables, tan es así que las mismas se aplican en casi todos los países, aún en ausencia de normas expresas¹⁷.

En lo que hace a las disposiciones convencionales, el ejemplo clásico de autoejecutividad es el de la cláusula de la nación más favorecida, cuando sus beneficios son impetrados por un individuo de la nacionalidad del país que la ha pactado.

Por último, convengamos que la norma que prohíbe la discriminación —sea que haya sido impuesta por un tratado o en forma consuetudinaria— es típicamente *self executing*, cuando es esgrimida por el perjudicado¹⁸.

16. *Ob. cit.*

17. El ejemplo más apropiado es el caso Paquete Habana, U.S., resuelto por la Corte Suprema de los EE.UU.

18. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *ob. cit.*, p. 17.

III. LA AUTOEJECUTIVIDAD DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. Generalidades

Conviene abordar esta temática, pues como dice Compte, las enseñanzas que surjan del modelo europeo, son válidas para el sistema interamericano¹⁹.

Lo ideal es que un Convenio internacional penetre directamente —tal cual señalamos— en el derecho local de tal modo que sus disposiciones surtan plenos efectos sin necesidad de ningún tipo de adaptación. De todos modos es dable reiterar que esta problemática es en principio inherente a los organismos internos, que son los encargados de decidir dicha cuestión. Sin embargo también le atañe a los cuerpos transnacionales, cuando luego de agotadas las vías locales, el problema se traslada a ese ámbito. No obstante ello recordemos, que cuando están en juego derechos humanos, la problemática escapa a la exclusividad del sistema doméstico, y por su progresiva internacionalización, corresponde también a la jurisdicción transnacional²⁰.

2. Integración del Convenio Europeo en el orden jurídico interno. Jerarquía

Corresponde preguntarse si las normas del Convenio Europeo se integran directamente al derecho interno de las naciones adherentes. La solución no es única ya que existen dos posturas.

3. Tesis negatoria

En algunos países, como por ejemplo Gran Bretaña, Islandia e Irlanda, en los que impera el dualismo, el Convenio no es *self executing*. El ejemplo típico es el del último de los citados, donde el artículo 29, inc. 6, de la Constitución que dispone que... «ningún acuerdo internacional

19. *Ob. cit.*, p. 148.

20. GROS ESPIEL, Héctor, *Los derechos económicos sociales y culturales*, Ed. Libro Libre, San José de Costa Rica, 1986.

formará parte de la ley interna del Estado, salvo los casos determinados por el Parlamento»²¹.

Allí justamente, en el famoso caso *Lawless*, en 1957 el Tribunal Supremo se negó a aplicar el Convenio Europeo por entender que no era directamente operativo en la medida que contradecía una ley anterior vigente, que resolvía expresamente una cuestión²².

En definitiva esta tesis se apoya en la idea, que les incumbe exclusivamente al Estado pronunciarse acerca de sus obligaciones internacionales; y le corresponde —cuando lo considere pertinente— solicitarle al parlamento que incorpore las disposiciones internacionales al derecho interno²³. Como antes señalamos es ésta una consecuencia del sistema dualista, que hoy está en retirada en el mundo.

4. Tesis positivista

La mayoría de los países están en la posición contraria a la que acabamos de analizar, y por ende consideran que el Convenio forma parte integrante del sistema doméstico. Entre ellos podemos citar a Italia, España, Alemania, Austria, Bélgica, Grecia, Holanda, etc.

Ello significa que sus Tribunales pueden utilizar el referido instrumento en sus decisiones. En España, por ejemplo, el artículo 10.2 de la Carta Suprema de 1978, dice que: las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Por su parte el artículo 96.1 señala los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en el país formarán parte del derecho interno²⁴.

21. COMPTE, *ob. cit.*, p. 122.

22. Recordemos que *Lawless* había sido detenido porque se consideraba que formaba parte de una organización terrorista. El imputado llegó por vía recursiva al Tribunal Supremo, y entre otros argumentos en su favor citó los artículos 1, 5 y 6 del Convenio Europeo. Empero, tal cual lo indicamos, ese órgano desechó tal pedimento por entender, que el mencionado instrumento internacional, no era *self executing*. La cuestión llegó luego a la Corte de Estrasburgo, quien la resolvió el 1 de julio de 1961 (véase, GARCÍA DE ENTERRÍA-LINDE-ORTEGA-SÁNCHEZ MORÓN, *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Editorial Civitas, año 1983).

23. COMPTE, *ob. cit.*, p. 125.

24. GARCÍA DE ENTERRÍA-LINDE-ORTEGA-SÁNCHEZ MORÓN, *El Sistema...*, *ob. cit.*, p. 197. Idem RAMOS, Francisco, *Código Procesal Internacional*, pp. 9 y siguientes,

5. Recapitulación

Para concretar, podemos decir que —como expresa Buergenthal— en la mayoría de las naciones del viejo continente, adheridas a este sistema, el Convenio de marras, es *self executing*. En cambio no ha sido incorporado al derecho interno, de los siguientes Estados que lo han ratificado: Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Noruega, Islandia y Suecia. En otros, tales como Austria, Alemania y Bélgica, ese tratado tiene directamente la jerarquía de una ley nacional aplicable sin otra formalidad; lo que significa que en estos lugares, el particular tiene legitimación para ampararse directamente en él ante los tribunales²⁵.

De todos modos conviene aclarar que los redactores del convenio *sub examine*, tuvieron la intención que el mismo pudiera ser esgrimido directamente por los órganos jurisdiccionales domésticos²⁶, sin necesidad de dictar reglas legislativas de adaptación²⁷. Surge, especialmente del artículo 13, que las disposiciones del Título I, por regla, son de aplicación inmediata. Empero la situación debe analizarse individualmente, con referencia a los distintos Estados y a las diversas disposiciones del referido instrumento internacional.

En lo que hace a su primacía, no pocas naciones se la dan con respecto a las leyes ordinarias, como por ejemplo el artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania; y otros, como los Países Bajos, le confieren preferencia con relación a todo el ordenamiento doméstico, incluyendo las normas comunes y las constitucionales.

Bosch, Barcelona, 1985. El Tribunal Constitucional de este país ha sostenido que las normas relativas a los derechos fundamentales, deben interpretarse en concordancia con el Convenio Europeo, de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución. Esta nación ratificó el Convenio Europeo de Derechos Humanos el 26 de septiembre de 1979. También debe destacarse en tal orden de ideas la promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (3-10-79) en lo que respecta al agotamiento de las vías internas reguladas por este ordenamiento. Por último importa puntualizar el desarrollo que tuvo la jurisdicción de amparo y la declaración hecha por el Gobierno el 11 de julio de 1981, de la admisión de la reclamación individual ante la Comisión Europea (*ob. cit.*, p. 16).

25. BUERGENTHAL, Thomas. *El nuevo examen de la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el orden jurídico interno*, en Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, vol. VII, núm. 1, 1966, pp. 64 y ss.

26. MONROY CABRA, Gerardo, *Aplicación de la Convención Americana en el orden jurídico interno*, Derechos Humanos en las Américas, OEA, 1984, p. 141.

27. SUSTERHENN, A., *L'application de la Convention sur le plan du droit interne*, en Anales, 1961, París, p. 307.

IV. LA AUTOEJECUTIVIDAD EN EL SISTEMA AMERICANO. (EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA)

1. Generalidades

Corresponde analizar si las cláusulas de la Convención Americana son directamente aplicables por los diversos órganos —especialmente los jurisdiccionales— de los países signatarios, sin necesidad de norma local alguna que adapte dicho tratado. Como pauta liminar es importante señalar —tal cual lo adelantamos reiteradamente— que es éste un típico problema interno, y no del derecho internacional²⁸, ya que en definitiva apunta a desentrañar en qué medida dichas reglas convencionales son autoejecutables en los ámbitos domésticos, siendo los tribunales locales quienes resuelven la cuestión. Empero dichas decisiones pueden a su vez ser controladas por la Corte Interamericana, que si bien no aplica la legislación local de los Estados signatarios, debe finalmente fallar sobre las violaciones al llamado «Pacto de San José de Costa Rica», y está en condiciones de sostener que la no aplicación de este instrumento implica una infracción al mismo.

También será prudente recordar que la materia referente a las libertades del hombre, por su esencia, se presta por sí misma para ser autoejecutable, teniendo en cuenta que como antes pusimos de relieve, el ser humano tiene que estar legitimado, no sólo para pedir ante los órganos supranacionales, sino —y con más razón— para impetrar que dentro de su propio país, le apliquen las normas internacionales que protegen sus prerrogativas fundamentales.

Podemos anfatizar sin temor a equivocarnos que en principio la mayoría de los artículos de la Convención bajo análisis, no son declaraciones generales de carácter orientador, sino cláusulas directamente operativas que no necesitan reglamentación interna, aunque hay algunas —las menos— que son programáticas²⁹. Por ello dice Buergenthal —refiriéndose al artículo 13 del Convenio Europeo, que en este aspecto es similar al artículo 25 de nuestra Convención— que si las reglas internacionales disponen que la persona tiene derecho a la utilización de un recurso sencillo para ejercitar ante los tribunales que la ampare contra la violación

28. Opinión Consultiva —OC— 7/86, del 29 de agosto de 1986 —Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta— (arts. 14.1, 1.1 y 2). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A: Fallos y Opiniones, n.º 7, pág. 37, párr. 14.

29. ALBENSE, Susana, *Operatividad y programaticidad de las cláusulas de los tratados internacionales*, Revista La Ley, 1987-C-, p. 976.

de sus derechos fundamentales reconocidos por una Convención, carecerían de sentido dichas pautas si el individuo no puede invocarlas cuando las necesita³⁰.

Téngase en cuenta que el objeto de la Convención Americana, inclusive su justificación última y su razón de ser, como asimismo la intención de sus creadores, fue reconocer en favor del hombre, como directo beneficiario ciertas libertades supremas, y no tiene en mira —como en otro tipo de Convenios— reglar las relaciones entre los Estados.

2. Antecedentes del artículo 2 de la Convención. El porqué de su inclusión

El artículo 1 de la Convención Americana dispone que los Estados Partes se comprometen a respetar y a garantizar³¹ los derechos y libertades allí reconocidos. A su vez el artículo 2, edita que si el ejercicio de los derechos y libertades antes mencionados «...no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

En esta última norma, que no está en el Convenio Europeo, dio lugar a ciertas dudas, pues algunos entendieron que imponía la necesidad de la adaptación interna.

Tal disposición fue propuestas por Chile, y le correspondió a Edmundo Vargas Carreño —en aquel momento Asesor Jurídico de la Cancillería de ese país— redactar las observaciones del gobierno al Antepro-

30. BUERGENTHAL, Thomas, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en Revista de la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1966, vol. VII, núm. 1, p. 111.

31. En su primer fallo contencioso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encargó de resaltar esta obligación garantística de los Estados, que no tiene que limitarse a una mera actividad pasiva, sino que deben intervenir activamente para que este postulado se cumpla (Caso, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos). Sobre este tema puede verse HITTERS, Juan C., *La Corte Interamericana y la condena al gobierno de Honduras (aspectos procesales)*, en Revista El Dorado, (Buenos Aires), del 21-10-1988, pp. 1-5. Dichas pautas fueron mantenidas por aquel órgano jurisdiccional en su segunda sentencia contenciosa, dictada el 20 de enero de 1989, en el Caso Godínez Cruz.

yecto de la Comisión Americana de Derechos Humanos³². Se dijo allí en aras de una correcta interpretación del artículo *sub examine*, que no parece conveniente la eliminación del mismo, cuyo tenor es similar al artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, pues si bien es cierto que en la mayoría de los Estados Americanos las disposiciones de los tratados se incorporan al ámbito local en virtud de la ratificación, no lo es menos —se agregó— «que en varios casos habrá que adoptar medidas de orden interno para hacer efectivo los derechos, especialmente en los casos en que el propio texto del proyecto así lo indica...»³³. La argumentación de que la inclusión de esta cláusula en la Convención Interamericana, podría justificar la alegación de un Estado en el sentido de no estar obligado a respetar uno o más derechos no contemplados en su legislación interna, no se sostiene dentro de los términos del proyecto; y menos aún si su alcance queda expresamente establecido durante la Conferencia»³⁴.

Por ello —aclara Vargas Carreño en su ensayo antes referido—³⁵ que el artículo 2 no tiene otro alcance, que no sea el de recomendar a los Estados que incorporen a su legislación las reglas meramente programáticas de la Convención, sin que sea necesario esto —obviamente— para las operativas, que son las más³⁶.

32. VARGAS CARREÑO, Edmundo, *Algunos problemas de la aplicación y la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos*. En, *La Convención...*, OEA, 1980, p. 155.

33. Por ejemplo cuando dice que «la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo» (art. 16); o, «la ley reglamentará forma...» (art. 17).

34. Conferencia Especializada... OEA/ser. K/XVI/1.2 pág. 38 (Costa Rica, 1969).

35. *Ob. cit.*, p. 155. Este autor da un ejemplo de reglas programáticas dentro del Pacto de San José de Costa Rica. Supongamos —dice— que en un Estado Parte, cuyas normas internas reconocen a los hijos extramatrimoniales la mitad de la herencia con respecto a los legítimos, se incoe juicio de partición de bienes. En tal hipótesis si los hijos naturales promueven la partición de la herencia, allí éstos no podrán invocar el artículo 17.5 de la Convención para pretender iguales derechos que sus otros hermanos, pues este precepto dice que una ley interna debe reconocer esta igualdad. Diferente sería la cuestión si el citado precepto del Pacto hubiera dispuesto que todos los hijos tienen las mismas prerrogativas.

36. MONROY CABRA, Marcos Gerardo, *Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el orden jurídico interno*, en *Derechos Humanos en Las Américas*, OEA, 1984, *ob. cit.*, p. 138.

3. *El Pacto como derecho interno*

La mayoría de las normas de la Convención que reconocen derechos y libertades, son autoejecutables, es decir de aplicación inmediata, sin necesidad de regla alguna de derecho interno que las incorpore expresamente, salvo que este instrumento internacional las subordine, a una ley de o a un acto administrativo, o a la existencia de una determinada cuestión de hecho, en cuyo caso, más adelante se remarca, a veces la remisión a una «ley» no le quita operatividad.

Señalamos que la dificultad aparece cuando se compara la redacción de los artículos 1 y 2 del Pacto, pues una lectura ligera de ellos y sin las prevenciones que hicimos en el apartado anterior, podría llevar a pensar que sus disposiciones son meramente programáticas. Empero —como observa Nikken— tal postura es insostenible y violatoria del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pues el mismo edicta que éstos tienen que interpretarse de buena fe, conforme al sentido que deba atribuirse a sus términos, en su contexto y teniendo en cuenta su objeto fin.

Desde esta vertiente parece baladí puntualizar que el artículo 1, es la piedra angular del sistema de la Convención, por lo que si aplicamos el artículo 2, sin tener en cuenta aquél, distorsionamos la tésis de dicho instrumento.

Si tenemos en cuenta que uno de los propósitos fundantes del aludido Convenio, es, según su Preámbulo, crear un modelo de «protección... coadyuvante o complementario del derecho interno de los Estados Americanos», resultaría incongruente que las libertades resguardadas dependieran de la legislación doméstica, pues es justamente la insuficiencia de ésta la que justifica la intervención de los órganos internacionales.

Además, la interpretación limitativa implica un apartamiento del contexto de la Convención, si consideramos que ella proclama en gran parte de sus normas que los derechos protegidos son inherentes a la persona. Cómo se explicaría todo ello si su salvaguarda dependiera exclusivamente del derecho local. Pues como argumenta Nikken, en esa situación la Convención misma perdería la mayor parte de su sentido³⁷.

37. NIKKEN, Pedro, *Los derechos humanos en el sistema regional americano*, Manual de Cursos. Recopilación de Conferencias, IIDH, Costa Rica, 1988, p. 20.

4. *Cláusulas programáticas*

Dijimos que si bien la regla es que las cláusulas del Pacto son self executing, por excepción hay algunas que no lo son, es decir que tienen la esencia de la programaticidad, tales como los derechos que surgen de los artículos 13(5), 17(4), 17(5), 19, 21(3) y 26, que precisan *ciertas normas internas o medidas complementarias del gobierno*, para su plena vigencia.

En lo que hace a las potestades económicas sociales y culturales, y también las referentes a educación, ciencia y cultura, el propio artículo 26 dispone que los Estados se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de tales derechos, en la medida de los recursos disponibles, utilizando vía legislativa u otros remedios apropiados (ver 64 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Ello demuestra que las potestades allí enunciadas no son directamente operativas en el sector interno hasta que los gobiernos cumplan *progresivamente*, con este mandato que le impone la Convención³⁸.

El artículo 13(5) manda a las autoridades domésticas a prohibir por ley toda propaganda en favor de la guerra que constituyan instigaciones a la violencia, etc. Aquí se impone al Estado una obligación de hacer, en el sentido de dictar una disposición legislativa que haga operativa esta prohibición.

Algo similar sucede en el artículo 17(4) con referencia a la igualdad de los cónyuges³⁹; y en el 17(5) respecto a la equidistancia que debe existir entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los extramatrimoniales⁴⁰.

A su vez el artículo 19 dispone que cada niño tiene derecho a las medidas de protección en su condición de menor, siendo los obligados a ello, la familia, la sociedad y el Estado⁴¹.

Por último el artículo 21(3), que algunos autores han considerado

38. Sobre este tema puede verse, VARGAS CAREÑO, *ob. cit.*, p. 155. NIKKEN, *ob. cit.*, p. 19-22. ALBANESE, *ob. cit.*, p. 977. MONROY CABRA, *ob. cit.*, p. 141. GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Los derechos humanos y las garantías*, *ob. cit.*, p. 128.

39. Estos criterios de igualdad aparecen también en el artículo 23(4) del P.I. de D.C. y P. y en la Convención de la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, rectificadas en la Argentina por la ley 23.179.

40. Véase HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, *ob. cit.*, Tomo I, pág. 231 y Tomo II, pág. 130.

41. Conf. art. 10 del P.I. de D.E.S. y C., idem art. 24 del P>I. de D.C. y P. Resolución 1.386 A (XIV) de la Declaración de los Derechos del Niño.

como el texto más revolucionario del Pacto, impone el Estado, la prohibición por la ley de la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre.

La mayoría de los doctrinantes coinciden en que los preceptos que acabamos de citar son programáticos, o que por lo menos los derechos que ellos enuncian no pueden protegerse a cabalidad sin una actividad o norma del derecho interno que los custodie.

Debemos aclarar que no hay una pauta precisa para reconocer cuáles son las disposiciones del tratado que nos ocupa, que no son self executing, por lo que todo dependerá de la interpretación finalista y abarcadora que se haga. Tan es ello así, que la remisión a una «ley» del derecho interno no es del todo determinante, pues como luego observaremos el artículo 14.1 se vale de ese tipo de disposiciones legislativas y sin embargo la corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que se trata de una regla directamente operativa, criterio al que se aplegado nuestro más Alto Tribunal Nacional —en su actual composición— en los dos casos ya citados.

Sin perjuicio de lo que antecede, y aún reconociendo que en el Pacto de San José existen algunas disposiciones que no son autoejecutables, lo cierto es que su carácter programático si bien aplaza en cierto modo su aplicación, no faculta al Estado a actuar en contra de su realización, dado que ningún dispositivo del Pacto puede ser interpretado en el sentido de «permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención...»⁴².

5. *La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ocupó de esta temática en la 7.^a Opinión Consultiva⁴³, respondiendo a un interrogante del gobierno de Costa Rica sobre la exigibilidad en dicho país del derecho de rectificación y respuesta, impuesto por el artículo 14(1) de la Convención, con relación a los artículos 1.1 y 1.2 de la misma. Ello así considerando que la primera norma citada le da cabida al referido derecho,

42. NIKKEN, *ob. cit.*, p. 22.

43. Opinión Consultiva OC-7-86, del 29 de agosto de 1986 —Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta— (arts. 14.1, 1.1 y 2) Convención Americana sobre Derechos Humanos. Serie A: Fallos y Opiniones, n.º 7.

aunque en su última parte edicta que el mismo tiene cabida...» en las condiciones que establezca la ley».

Esto despertó dudas en dicho Estado considerando que allí no existía disposición legislativa alguna que le diera pie a esa institución.

Aquel órgano jurisdiccional sostuvo por unanimidad que «el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo»⁴⁴. La remisión a la «ley» que hace esa norma —agregó— apunta a cuestiones tales como «si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor; o cuándo debe publicarse la respuesta...».

Por ello, puntualizó la corte, «el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta no impide la exigibilidad conforme al Derecho Internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1... En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención»⁴⁵.

A mayor abundamiento el entonces Juez Héctor Gros Espiell, enfatizó en su Opinión separada, que el artículo 2 «impone el deber a los Estados partes de adoptar las medidas requeridas para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención. El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados Partes... se trata de una obligación adicional que se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención... La obligación que resulta del artículo 2, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación condicionada que resulta del artículo 1»⁴⁶.

44. OC 7, párr. 14.

45. Párr. 28.

46. Párr. 6. Añade dicho magistrado que «el artículo 2 de la Convención, aparece en el proceso de elaboración de este instrumento, en su última etapa dado que no se halla en los proyectos iniciales ni en el elaborado finalmente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello fue la consecuencia de que originalmente se pensó, con razón, que un compromiso del tipo del referido en el actual artículo 2 existe naturalmente por aplicación del Derecho Internacional, como consecuencia lógica de las obligaciones que derivan de un tratado internacional. Por eso es que, cuando se propuso su inclusión se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar, haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación, pero sin que ello signifique alterar o desconocer el deber esencial que resulta del artículo 1. Sin esta interpretación lógica de por qué se incluyó este artículo 2 en la Convención, ello carecería de sentido. Es más, conduciría al resultado irracional y absurdo de que el artículo 1 sería inaplicable sino que dictaran las medidas a que se refiere el artículo 2. Y esta con-

6. Conclusiones

En síntesis podemos decir que a través de este pronunciamiento la Corte dejó en claro que el Pacto tiene en miras reconocer derechos y libertades y no simplemente facultar a los Estatutos para hacerlo. Por ello, en principio, las potestades tuteladas en la Parte I del instrumento analizado, con self executing. La simple circunstancia de que el artículo 14(1) haga referencia a la ley no le niega tal carácter. Para que la regla sea programática es preciso que la operatividad quede expresamente encomendada a la existencia de un dispositivo legislativo, o a la implementación de medidas complementarias⁴⁷. Ello sin perjuicio de reiterar que el derecho interno no le es ajeno a la Corte, ya que para determinar si hubo infracción internacional, obviamente tendrá que ocuparse de él como lo destacan los jueces Nieto Navia y Nikken en el párrafo 2. de su voto disidente⁴⁸.

V. EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA COMO DERECHO INTERNO EN EL SISTEMA ARGENTINO

1. *Tratados internacionales. Incorporación y jerarquía*

Según el artículo 31 de la Constitución Argentina, los tratados tienen la misma jerarquía que la ley e integran el derecho nacional, pero quedan supeditados a la Carta Magna, por ello el artículo 27 dispone que «El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución». A su vez el artículo 67 inciso 19, de la misma ley atribuye al Congreso la potestad de aprobar o no los tratados. Sin embargo en la realidad el acto aprobatorio se manifiesta a través de una ley, aunque esta sólo lo es en sentido formal, dado que su integración al orden jurídico no siempre se produce —como veremos— por su sanción,

clusión es inadmisibles porque paralizaría todo el sistema aceptable de aplicación de la Convención y quitaría prácticamente efecto, con respecto a las personas humanas protegidas, a la obligación esencial que resulta para los Estados Partes del artículo 1 de la Convención...» (párr. 6).

47. Sobre este tema puede verse también, MANSEUTI, Hugo Roberto, *Derecho de rectificación o respuesta en torno a la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista El Derecho, Buenos Aires, t. 117, boletín del 20-2-87.

48. OC-7-86, citada.

promulgación y publicación, ya que su entrada en vigor opera desde el momento que el tratado lo indique, expresa o tácitamente. Téngase presente que según el artículo 86 inciso 14 del referido ordenamiento superlegal, es el Presidente quien maneja las relaciones exteriores, por lo que dicho funcionario tiene las facultades de firmar y concluir los tratados⁴⁹.

En el presente apartado debemos abordar dos problemas distintos. Por un lado, sabemos cómo ingresan estos instrumentos internacionales al derecho argentino, lo que hace a un tema relativo a las fuentes; y por otro, que nos quede en claro qué lugar ocupan los mismos en la pirámide jurídica, que tiene que ver con su jerarquía dentro del orden normativo.

En lo que hace al último campo, ha sido, dicho que la Constitución, el derecho internacional —sea consuetudinario o convencional— está por debajo de aquélla.

La Corte Suprema ha seguido en este sentido a su similar Estadounidense⁵⁰ señalando que un tratado puede ser derogado o modificado por una ley posterior, y que el mismo prevalece sobre una ley anterior. Tal solución no puede objetarse desde el punto de vista interno, aunque, por supuesto que el Estado asume la responsabilidad internacional que esto pueda significar.

Consideramos —parafraseando en esto al constitucionalista Germán Bidart Campos— que el tratado tiene prioridad sobre la ley, por los fundamentos que brevemente expondremos. En efecto, si partimos de la hipótesis de un tratado anterior y de una ley posterior, debemos convenir que ésta no puede contradecirlo, porque un país no tiene facultades para alterar unilateralmente dicho acto convencional, a menos que denuncie el mismo. Si el tratado es posterior, también prevalece por ser la última expresión de la voluntad normativa del Estado. Ello significa en definitiva que el derecho convencional siempre tiene preeminencia sobre el acto legislativo⁵¹.

En lo que hace a su recepción en el sistema interno, algunos piensan que recién se produce cuando es ratificado por el Poder Ejecutivo⁵², mientras que otros sostienen que sólo hace falta su aprobación por el

49. GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Los derechos humanos y las garantías*, ob. cit., pp. 52-3.

50. Ello así tomando en consideración que el citado artículo 31 hunde sus raíces en el derecho angloamericano (internacional law is part of the law of the land) y muy particularmente en el artículo 6.2 de la Constitución de los EE.UU. (DE LA GUARDIA, Ernesto-DELPECH, Marcelo, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*. La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 510).

51. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, EDIAR, 1986, T. I, p. 104.

52. BIDART CAMPOS, ob. cit., T. 2.

Congreso, sin más formalidad⁵³. Hay que aclarar que una cosa es la incorporación de los mismos al campo doméstico, que se origina —por regla— por su ratificación por el ejecutivo (art. 86 inc. 14 de la Con. Nac.); y otra su entrada en vigor, que se produce de la manera y la fecha que en él se disponga, o que acuerden los Estados negociadores; y a falta de manifestación expresa de voluntad, «tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados intervinientes en obligarse por el tratado (incs. 1 y 2 del art. 24 de la Convención de Viena). Ello significa que la entrada en vigor de este tipo de instrumento, marca el momento en que el mismo adquiere fuerza obligatoria⁵⁴.

En suma, los pasos corrientes para la gestación de un tratado, son los siguientes: 1) negociación (por el poder ejecutivo); 2) firma (por el poder ejecutivo); 3) Aprobación (por el Congreso); 4) ratificación, (por el poder ejecutivo)⁵⁵.

Por ello, en el sistema constitucional argentino el tratado se incorpora al derecho local recién cuando es ratificado por el poder ejecutivo, previa aprobación por el Congreso; sin perjuicio de las responsabilidades internacionales que le puede corresponder al gobierno, en caso de que el referido instrumento, luego de firmado, no sea confirmado por el Parlamento, y entra en vigor de la manera y en la fecha que él disponga.

VI. JURISPRUDENCIA SOBRE LA AUTOEJECUTIVIDAD DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

1. Generalidades

Como es por demás sabido, la Constitución Argentina es decimonónica, y por ende —obviamente— no hace referencia al llamado Pacto de San José, aunque el elenco de los derechos protegidos por esa Carta Magna, tiene una gran similitud con el de la Convención de marras. Tampoco, y por el mismo motivo, hay alusión expresa a los Pactos In-

53. Cámara Nacional Federal en lo Contencioso administrativo, Sala IV, abril 19, 1985, Revista La Ley, 1987-A-, 323.

54. DE LA GUARDIA, Ernesto-DELPECH, Marcelo, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena*, La Ley, Buenos Aires, 1970.

55. BIDART CAMPOS, ob. cit., T. II, p. 282. Sin embargo, como bien dice este autor, hay tratados a los que se puede adherir sin haberlos firmado ni negociado, y hay otros que prevén su vigencia, con la firma, sin necesidad de ratificación.

ternacionales sobre Derecho Humanos, ni a la prioridad que deberían tener ese tipo de convenciones con respecto a las normas internas⁵⁶.

Por ello para hacer una breve referencia al sistema argentino, será conveniente analizar algunos fallos, sobre todo de la Corte Suprema de la Nación, que en este aspecto ha cubierto el vacío constitucional.

Hemos visto que para que la Convención *sub examine* resulte útil, debe penetrar en el derecho interno, y ser aplicada por los tribunales locales. Además para que el esquema resulte realmente satisfactorio deviene imprescindible que el *hombre*, es decir la persona, pueda reclamar *per se* las prerrogativas que le confieren las disposiciones internacionales. El éxito del Pacto radica en que sus dispositivos normativos se esgriman *directa e indirectamente*, sobre la base del modelo monista, como se deduce —según lo estudiamos— del artículo 1 de la Convención de marras. Ello así considerando que el sistema de protección transnacional de las libertades del hombre, es subsidiario.

Hemos intentado dejar en claro también que la circunstancia de que un tratado haya sido ratificado por la Argentina, no significa que sea inmediatamente aplicable, ya que para que sus reglas tengan inmediata operatividad deben ser *self executing*, y no meramente programáticas.

La Corte Suprema de la Nación ha entendido que si del texto del tratado se deduce la intención de las partes que sus reglas sean autoejecutables, y si sus preceptos no necesitan adaptación alguna, son —en principio— inmediatamente operativas⁵⁷.

Algunos precedentes han sostenido que una convención internacional se incorpora al derecho doméstico por su ratificación por el Congreso y que las normas acordadas con la intención de tener inmediata vigencia, la tienen sin necesidad de otro acto interno o externo. Añade dicho fallo que por la igual jerarquía que la Constitución le reconoce a los tratados y a las leyes, aquéllos derogan a las disposiciones legislativas anteriores⁵⁸.

56. Pese a ello en el dictamen preliminar presentado por el ex Consejo para la Consolidación de la Democracia, tendiente a modificar la Constitución, se insistió —equivocadamente a nuestro modo de ver— en que el actual artículo 27 debía mantener su redacción, en el sentido de que el derecho internacional, esté en una grada inferior a la Carta Magna; contrariando así el sistema moderno perfilado en las nuevas constituciones.

57. Caso, *S. A. Quebrachales Fusionados el Capitán, armadores y dueños de vapor nacional Aguila*, publicado en Fallos, T. 150, p. 84.

58. Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala IV, abril 18 de 1985, comentado por Oscar W. Aguilar Caravía. Revista La Ley 1987-A-323. El citado autor sobre la base del referido pronunciamiento entiende que la regla del «solve et

2. La postura antigua de la Suprema Corte de la Nación

El más Alto Tribunal del país se ha ocupado de la autoejecutividad del Pacto de San José habiendo sentado la doctrina —en anteriores composiciones— que dicho instrumento internacional no era en principio *self executing*, conclusión que no compartimos y que hemos criticado.

En el Caso *Campillay*⁵⁹, la Corte receptó la postura de la no operatividad del derecho de réplica o rectificación y respuesta⁶⁰ aunque dejó abierta una importante brecha en el considerando 4 in fine, al aplicar el artículo 13.1 de la Convención, en lo que hace a la libertad de pensamiento y expresión⁶¹. En tal sentencia uno de los magistrados, votó en disidencia, opinando que si bien no era aplicable al caso en examen el referido tratado, por ser posterior a los hechos allí ventilados, «ha sido incorporado a nuestro derecho interno, conforme a lo normado por el artículo 31 de la Constitución Nacional, mediante la aprobación por el artículo 1 de la ley 23.054... cuyos artículos 13 y 14 protegen la libertad de pensamiento y de expresión y el derecho de rectificación o respuesta, respectivamente»⁶².

En el caso E.F.E., suc ab intestato⁶³, la Corte adhiriendo in totum al

pro repetet» ha quedado derogada por el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

59. *Camillay, Julio c/ La Razón y otros*, del 15 de mayo de 1986, publicado en, Revista La Ley, 1986-C- p. 411, comentado por Atilio Aníbal Alterini y Aníbal Filipini, bajo el título, «La responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas: acto ilícito o acto abusivo». Se trató de una demanda contra un diario, donde se reclamaron daños y perjuicios originados por la publicación de noticias, que el reclamante consideró falsa. El decisorio de primera instancia hizo lugar a la pretensión, lo que fue confirmado por la alzada, mas la Corte revocó el fallo, y desestimó la acción.

60. Lo atinente al derecho de rectificación o respuesta, y en paralelo el de la autoejecutividad del Pacto, fue materia de varios pronunciamientos judiciales y de muchos artículos doctrinarios. Así la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, Sala D, en el caso Sánchez Abelenda, en un decisorio del 27 de febrero de 1987 (La Ley 1987-C-135), señaló —en criterio que no compartimos— que el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica, «forma parte de nuestro derecho interno, aunque con carácter programático, lo cual no implica que no sea derecho vigente». La misma Sala en un fallo del 21 de marzo de 1986 había dicho que el derecho de respuesta contemplado en el art. 14 de la Convención «deberá ser reglamento para ser considerado derecho positivo» (Revista El Derecho, T. 119 p. 375).

61. ALBANESE, *ob. cit.*, p. 977.

62. Voto del Doctor Fayt, La Ley 1986-C-417.

63. Decidido el 9 de junio de 1987, y publicado en Revista La Ley 1987-D-333, comentado por Fernando BARRANCOS Y VEDIA, con el título, «La Corte Suprema de Justicia y la operatividad de las normas del Pacto de San José de Costa Rica en el orden jurídico interno».

dictamen del Procurador General de la Nación, sostuvo⁶⁴, que del artículo 2 de la Convención debe inferirse que los derechos protegidos por ella tienen que ser específicamente incorporados al sistema interno de los Estados partes, mediante las disposiciones legislativas o de otra índole que deberían adoptarse con arreglo a los procedimientos constitucionales de cada país. Va de suyo que de este pronunciamiento surge la no operatividad de la Convención de marras.

Dicho criterio fue mantenido en el caso Eusebio Felipe Enrique de fecha 9 de junio de 1987 donde se dijo: que el Pacto es «predominantemente programático... y no cabe atribuirle operatividad propia».

En el caso Sánchez Abelenda dicho Alto Tribunal resolvió que el artículo 14.1 del Pacto de San José, es meramente programático⁶⁵. Este criterio fue mantenido en los autos Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Neustadt, Bernardo y otros s/ Amparo de fecha 1.º de diciembre de 1988 donde se dijo que la ausencia de reglamentación del art. 14.1 del Pacto —que regula el derecho de réplica— no es operativo.

En el caso Micrómnibus Barracas de Belgrano, S.A. dicho Alto Tribunal⁶⁶ mantuvo su criterio sobre el particular aclarando que «el otorgamiento de carácter operativo o programático en los tratados internacionales ha dependido de si su ejercicio había sido supeditado o no a la adopción, en el caso concreto, de medidas legislativas por parte del orden jurídico interno del país contratado». De tal pronunciamiento se deduce que la Convención sub examine tiene normas programáticas y operativas y que —por ejemplo— los artículos 7.5 y 7.8 inc. 2 letra h y 8.1

son *self executing*, pues no requieren reglamentación interna ulterior para ser aplicados a las controversias judiciales⁶⁷.

Recuérdese que tal cual lo pusimos de relieve, si bien esta cuestión hace al derecho interno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claro en su 7.ª Opinión Consultiva, que en principio las reglas del Pacto de San José de Costa Rica, son autoejecutables, salvo contadas excepciones.

Hemos dicho que, para considerar si una cláusula es meramente programática, no es suficiente con que la misma se refiera a la «ley», para que pierda autoejecutividad, dado que la remisión que el artículo 14.1 de la Convención, hace a una norma legislativa, apunta a la forma y modo que el afectado puede pedir la rectificación, y no a la existencia de tal potestad tal cual lo ha remarcado la Corte Interamericana en el asunto aludido. La doctrina argentina, si bien no es unánime, en su mayoría⁶⁸ considera que por regla⁶⁹ la Convención Americana sobre derechos Humanos es *self executing*⁷⁰.

67. El art. 7.5 impone la obligación de que toda persona detenida sea llevada sin demora ante un Juez o funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales y el art. 7.8 inc. 2 letra h impone el derecho de recurrir del fallo ante un juez o Tribunal Superior; y el art. 8.1 regula las garantías judiciales.

68. EKMEKDJIAN, Miguel Angel, *El derecho a la dignidad, La libertad de prensa y el derecho de réplica*, en La Ley 1987-C-, pp. 135-139. Idem ALBANESE, *ob. cit.*, pp. 975 y ss., idem GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Los derechos humanos y las garantías*, *ob. cit.*, pp. 55 y 56, entre otros. MORELLO por su parte estima que «al igual que el amparo en su época fundacional, es posible, de modo directo, el ejercicio de tal defensa imprescindible para el afectado, sin encasillar el registro del Pacto en este aspecto, en lo meramente programático» (ver Prólogo que el citado autor hizo a la obra de BALLESTER, Eliel C., *El Derecho de respuesta, República, Rectificación*, Astrea 1987, p. 20; idem, mismo publicista: *El Pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el derecho argentino (en torno a algunas parcelas)*, *El Derecho*, boletín n.º 7.365, del 10-11-89, p. 2.

69. BIDART CAMPOS, estima que el artículo 14.1 de la Convención no es autoejecutable, porque la misma norma remite a la «ley» (véase nota fallo *El Derecho*, T. 119, p. 375). Dicho autor añade que cuando un Estado no dicta las normas pertinentes para hacer operativas las cláusulas programáticas produce una violación por omisión (Véase de ese publicista, *Algunas reflexiones sobre las cláusulas económico-sociales y el control de constitucionalidad*, en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, Buenos Aires, 1978, núm. 2, p. 54).

70. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha puntualizado que la revisión judicial de las decisiones administrativas constituye un principio amparado por la Convención Americana (in re Pizzagalli, Eduardo, del 28-10-86). Añadiendo en otro pronunciamiento está amparada por el artículo 21.2 de la Convención (in re, Urquiza María Ignacia, del 14-5-85).

64. No estamos de acuerdo con esta pauta general que sienta la Corte sobre programaticidad de la Convención, aunque en el caso particular decidido, la solución fue justa, ya que se trataba de una demanda donde se requería la equiparación de los hijos matrimoniales con los extra matrimoniales, en los términos del artículo 17.5 del Pacto, con anterioridad a la vigencia de la ley 23.264. Ello así, porque, como ya lo señalamos, el artículo 17.5, es justamente uno de los pocos programáticos del tratado de marras. Dicho Tribunal puntualizó en otro fallo que el derecho a la intimidad complementado por el art. 11.2 y 3, «que han sido incorporado a nuestro orden jurídico por la correspondiente ratificación legislativa del Pacto» (In re Capalbo, Carlos Alejandro, del 29-9-86). Añadió en otro decisorio, que «La necesaria tutela del matrimonio, de la maternidad, y en síntesis, de la familia, ha sido consagrada por la Convención Americana...» in re Del Papa Liliana Beatriz, del 20-3-89).

65. In re Sánchez Abelenda, Raúl c/Ediciones de la URRACA del 1-12-88. Este fallo fue criticado por Germán Bidart Campos (*El Derecho*, Boletín del 21-11-89). Cabe señalar que dicha sentencia se fundó en un precedente de dicho Tribunal, donde falló en el mismo sentido (in re Costa, Héctor c/ Municipalidad de la Ciudad de Bs. A., C-752 XIX y C-753 XIX, considerando 16, del voto de la mayoría y considerando 11 del voto del Dr. Caballero).

66. De fecha 21 de diciembre de 1989 (Fallos 3, 12: 2.490).

2. Postura actual de la Suprema Corte de la Nación

En el caso *Ekmekdjian c/Sofovich* fallado el 7 de julio de 1992 la Corte por mayoría varió su criterio con respecto al derecho de réplica sosteniendo ahora que el mismo es operativo pese a que el art. 14.1 del Pacto lo remite a la ley.

Dicho pronunciamiento sentó una serie de importantes pautas relativas al derecho internacional de los derechos humanos destacando por ejemplo, que la interpretación de la Convención de Marras, debe hacerse conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, añadiendo que «entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir con el Pacto de San José de Costa Rica respecto del derecho de rectificación y respuesta deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales».

También se puso de relieve en el mencionado decisorio, que procede el recurso extraordinario en el caso en que se cuestione la inteligencia del artículo 33 de la Constitución Nacional y del art. 14 del mencionado tratado.

Quedó en claro en ese fallo que «independientemente del carácter operativo o programático de sus normas, el pacto integra el ordenamiento jurídico argentino (art. 31 de la Constitución Nacional)» y que —esto es muy importante— al mismo «le resulta aplicable la presunción de operatividad de sus normas sin necesidad de disposición legislativa alguna»⁷¹.

En otro, sentencia dictada por dicho Alto Tribunal en su actual composición⁷² se mantuvieron los criterios emitidos en el caso antes citado, remarcándose por ejemplo, que el Pacto *sub examine* es operativo en base a la presunción de operatividad que tienen los tratados sobre derechos humanos. Se expresó allí también, que el art. 13 de la Convención aludida —que impone la libertad de pensamiento y de expresión— es *self executing* en base a la presunción de operatividad que poseen los documentos sobre derechos humanos.

Los Dres. Antonio Boggiano y Rodolfo Barra, agregaron que los derechos y garantías contemplados en la 1.ª parte de la Constitución Nacional, no constituyen la regulación exclusiva del sistema de derechos fundamentales vigentes en la República. «Su regulación se integra además con los principios y disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica...

71. El Dr. Belluscio mantuvo su posición anterior negándole operatividad al art. 14.1 pues el mismo remite a las condiciones que establezca la ley, de manera que mientras la ley no sea dictada —agregó el mencionado ministro— no podrá adquirir operatividad.

72. In re *Servini de Cubría*, María Romilda S/Amparo del 8 de septiembre de 1992.

que tiene el carácter de ley suprema de la Nación de acuerdo a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional».

A su vez expresó el Dr. Barra «que las normas de derecho interno deben interpretarse de conformidad con las exigencias del Pacto de San José».

En síntesis conviene reiterar que la Corte en su actual integración le ha dado una especial preponderancia a la Convención de Costa Rica, poniendo énfasis que —por ejemplo— el derecho de rectificación y respuesta —entre otros— es operativo; cambiando su postura anterior que consideraba que dicha prerrogativa era programática, en la medida que una «ley» argentina no le diera cabida.

Puntualizó también que la interpretación del Convenio de San José, debe hacerse de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana; como asimismo que a ese instrumento internacional le resulta aplicable la presunción de operatividad de sus normas «sin necesidad de disposición legislativa alguna».

Destacó además el más alto organismo jurisdiccional de la Nación que las reglas de derecho interno deben interpretarse de consumo con las exigencias del Pacto⁷³.

Se remarcó a la par, que el Convenio de cita es *self executing* en base a la presunción de operatividad que tienen los tratados sobre temas humanos⁷⁴; como asimismo que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados le da primacía al derecho internacional convencional (tratados sobre el derecho interno)⁷⁵.

Acotó la Corte Suprema que cuando la Nación firma un tratado, obliga internacionalmente a sus órganos administrativos y judiciales a aplicarlo, siempre que contenga descripciones concretas que hagan posible su ejecución, «una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente sin necesidad de institución que deba establecer el Congreso»⁷⁶.

VI. CONCLUSIONES

Para finalizar no será ocioso reiterar que en general los tratados sobre derechos humanos, son autoejecutables, para que el individuo pueda

73. In re *Serevini de Cubría*, voto del Dr. Barra ya citado.

74. In re *Servini de Cubría*.

75. Caso *Ekmekdjian c/ Sofovich* ya citado (apartados 17 a 19).

76. Caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*, Considerando 20.

per se reclamar ante los órganos nacionales e internacionales. En lo que hace a la Convención Americana, el Tribunal de este sistema regional, ha dejado aclarado que la misma es en principio autosujestiva, con algunas excepciones (7.ª Opinión Consultiva).

Puede decirse que salvo los artículos 13(5), 17(4), 17(5), 19, 21(3) y 26, que son programáticos, los restantes son *self executing*, y la remisión que algunos puedan hacer a la ley, no significa por sí, que no resulten operativos, pues, como en el caso del artículo 14(1), la referencia al precepto legislativo no es sólo para fijar las modalidades de aplicación, pero no como condición de vigencia del derecho allí reconocido.

El artículo 2 del Pacto, debe interpretarse en concordancia con el artículo 1, que es el eje de todo el sistema.

La Corte Suprema de la Nación, en sus últimos fallos (ya aludidos) ha sentado el criterio de la autoejecutividad del art. 14.1 de la Convención, modificando así sus pronunciamientos anteriores que partían de la base de que el mismo era programático; como asimismo que dicho Pacto —en virtud del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados— *tiene preeminencia sobre el derecho interno*.

En definitiva —y para concluir— reiteramos la importancia que tiene el Pacto de Costa Rica que —como antes vimos— no sólo incorpora un contralor supranacional de las disposiciones sobre derechos humanos, a través de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana; sino que a la par ha traído el torrente jurígeno argentino reglas continentales que tienen operatividad, sin necesidad de ninguna norma de adopción, y que por ende son *self executing*.

Téngase en cuenta —de paso— que ello también es útil para uniformar la interpretación del derecho americano, ya que los criterios que surgen de la convención de San José, deben aplicarse uniformemente en todos los países que se han plegado al modelo de Costa Rica.

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

REVISTA DE REVISTAS Y OBRAS COLECTIVAS 1988 – I

ARTURO ALVAREZ ALARCÓN
Prof. Titular de la U. de Cádiz

JESÚS SAEZ GONZÁLEZ
Prof. Asociado de la U. de Cádiz

A) PARTE GENERAL Y ORGÁNICA

1. España

AGUIRREAZCUENAGA, I.: «Dos Autos como paradigma de la ideología judicial sobre el Euskara», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1988, n. 21, pp. 143.

ALEGRE AVILA, J. M.: «La LOPJ y los concursos entre juristas de reconocido prestigio para el acceso a la carrera judicial», *Poder Judicial*, 1988, 11, pp. 115 y ss.

ALMAGRO NOSETE, J.: «El Poder Judicial», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.

ALONSO OLEA, M.: «Sobre la nulidad del acto de nulidad», en *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.

- ARIAS BERRIOATEGORTUA, B.: «Sobre la función judicial en el Derecho romano clásico», *Revista de la Facultad de Derecho de la U. Complutense*, 1987-88, 73, pp. 453 y ss.
- BARREIROS, J. A.: «La nueva Constitución procesal penal», *Revista de Estudios Políticos*, 1988, n. 60-61, pp. 719 y ss.
- BAYOD Y SERRAT, R.: «El Ministerio Fiscal como poder», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- CALVO SÁNCHEZ, M.^a C.: «El interés ideológico como posible motivo de recusación», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- CIERCO, E.: «Problemas de detalle en las leyes de enjuiciar», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1988, 6, pp. 51 y ss.
- DÍAZ DELGADO, J. y ESCUÍN PALOP, V.: «La intervención del Ministerio fiscal en el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona», *Poder Judicial*, 1988, 12, pp. 9 y ss.
- ESTEBAN GÓMEZ, J. C.: «El Consejo General del Poder Judicial», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: «Introducción al Estudio del Tribunal de las Aguas de Valencia tras la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: «Los recursos de 'greuges', 'firmas de derecho' y 'manifestación de personas', el 'writ de Habeas Corpus', el recurso de 'amparo' y el 'mandado de segurança', garantías históricas y actuales de los derechos constitucionales de libertad de locomoción y de no sumisión a la tortura», *Revista de Derecho Procesal*, 1988, n. 3, pp. 619 y ss.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «El Tribunal Constitucional Federal alemán ('Bundesverfassungsgericht') y la Corte Constitucional italiana. Un estudio orgánico», *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, 2, 219 ss.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, P.: «Conflictos de jurisdicción e inviolabilidad», *Revista de las Cortes Generales*, 1988, 15, pp. 243 y ss.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: «El Ministerio Fiscal y la Policía Judicial», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, 2, pp. 559 y ss.
- FIX ZAMUDIO, H.: «Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial»,

- Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- GARCÍA MANZANO, P.: «Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados», *Revista de Administración Pública*, 1988, 117, pp. 99 y ss.
- GARCÍA PÉREZ, J. I.: «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- GECK, W. K.: «Nombramiento y status de los magistrados del tribunal constitucional Federal de la R.F.A.», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, n. 22.
- GELSI BIDART, A.: «Desde el proceso hacia el Poder Judicial», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- GIL-ROBLES GIL-DELGADO, J.: «La acción judicial popular y la audiencia de los ciudadanos en el área del Derecho ambiental», *Poder Judicial*, número especial IV, pp. 167 y ss.
- GIMENO SENDRA, V.: «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F.: «La legitimación colectiva y el artículo 7 de la LOPJ», en *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- GÓMEZ DEL CASTILLO, M.: «Notas sobre los principios político-constitucionales que informan la organización y el funcionamiento de los Tribunales», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA A.: «Crisis de la justicia y reforma del proceso penal», *Actualidad Penal*, 1988, pp. 1.453 y ss.
- GRANADO HIJELMO, I.: «Algunos problemas de la comparecencia en juicio de las Comunidades Autónomas: una interpretación realista del artículo 447.2 de la LOPJ», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- HUERTAS CONTRERAS, M. y VERA PADIAL, M. M.: «Secretarios judiciales, Poder Judicial y Administración de Justicia en España», *Documentación Jurídica*, 1987, n.º 53, pp. 141 y ss.
- IGARTUA SALAVERRIA, J.: «La moral en la justificación de las decisiones

- judiciales», *Anales de la Cátedra Francisco Suares*, 1988, 22, pp. 165 y ss.
- LABORINHO LUCIO, A.: «El poder judicial en la transición», *Revista de Estudios Políticos*, 1988, n. 60-61, pp. 699 y ss.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: «Independencia, imparcialidad, objetividad del juez», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- LORCA NAVARRETE, A. M.: «El Tribunal Superior de Justicia Vasco», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1988, 22, pp. 227 y ss.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, M.: «Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales», en *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, M.: «El acceso a la justicia en el cuadro de las reformas procesales», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- MARINO, R. de: «La independencia de los Tribunales, garantía de su función», *Revista de Derecho Procesal*, 1988, 2, pp. 431 y ss.
- MARTÍN OSTOS, J.: «Los futuros Juzgados de menores», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- MARTÍN OSTOS, J.: «Los Juzgados de Menores en la nueva organización judicial», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ VAL, J. M.: «Abogacía e Historia del Derecho», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1988, 6, pp. 21 y ss.
- MENEU MONLEÓN, P.: «El Jurado en España y la suspensión de su funcionamiento por Decreto del Presidente de la Junta Nacional», *Revista General de Derecho*, 1988, 522, p. 1.657 y ss.
- MORENO CATENA, V.: «Crisis de la Justicia y reformas orgánicas», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- MORÓN PALOMINO, M.: «Discurso pronunciado en el Paraninfo de la Universidad de Sevilla el 4 de junio de 1985 con ocasión de la última lección académica del Prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- MUÑOZ GONZÁLEZ, L.: «Naturaleza jurídica del juicio de equidad», *Boletín del I. Col. de Abogados de Madrid*, 1988, 5, pp. 25 y ss.

- MUÑOZ SABATÉ, LI.: «Afán de recurrir», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1988, 4, pp. 1.073 y ss.
- NAVARRO HERNÁN, M.: «Reflexiones sobre el estado de la Administración de Justicia», *Boletín del I Col. de Abogados de Madrid*, 1988, 5, pp. 49 y ss.
- OLARIETA ALBERDI, J. M.: «Injerencias político-administrativas en el proceso penal (significado histórico y evolución legislativa: 1812-1978)», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1988, 22, pp. 117 y ss.
- OLIVA SANTOS, A. de la: «Nuevo panorama de la Administración de Justicia según la LOPJ», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- ORIOAL ALVAREZ PRATS, J.: «Crisis de la justicia y reforma orgánica», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- ORTEGA TORRES, T.: «Tribunales Superiores de Justicia», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- PEDRAZ PENALVA, E.: «Conferencia inaugural: sobre la crisis de la Justicia», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- PEDRAZ PENALVA, E.: «Sobre el carácter de autoridad del Secretario Judicial en la LOPJ», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- PÉREZ GARCÍA, P.: «Origen y configuración de una magistratura urbana de la Valencia foral: el Justicia Criminal», *Estudis*, 1987, 13, pp. 21 y ss.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: «Un procedimiento escrito», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: «¿Traducción al castellano de los documentos que acompañan a un emplazamiento ante Tribunal extranjero?», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- REYES MONTERREAL, J. M.: «La Administración de Justicia», *Boletín del I Col. de Abogados de Madrid*, 1988, 5, pp. 33 y ss.
- RUBIO LLORENTE, F.: «La jurisdicción constitucional como forma de

- creación de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, 22.
- RUIZ VADILLO, E.: «El ejercicio de la Abogacía en la jurisdicción penal», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1988, 6, pp. 67 y ss.
- RUIZ-RICO, J. J. y HUERTAS CONTRERAS, M.: «Jueces, Poder Judicial y Administración de Justicia en España», *Documentación Jurídica*, 1987, n.º 53, pp. 23 y ss.
- RUIZ-RICO, J. J.: «Investigación científica. Poder Judicial y realidad social», *Documentación Jurídica*, 1987, n.º 53, pp. 9 y ss.
- SÁINZ DE ROBLES, F. C.: «El Consejo General de Poder Judicial», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- SAMANES ARA, C. y GUTIÉRREZ SANZ, M. R.: «Reflexiones sobre el proceso inútil», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- SEOANE CACHARRÓN, J.: «Necesidad de implantar en España el procedimiento monitorio civil alemán con plena atribución al Secretario judicial», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- SERRERA CONTRERAS, P. L.: «La Audiencia Territorial de Sevilla», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- VALLS GOMBAU, J. F.: «Los Tribunales Superiores de Justicia en las Comunidades Autónomas según la Constitución», *Revista General de Derecho*, 1988, pp. 2.521 y ss.
- VALLS GOMBAU, J. F.: «El Tribunal de Cassació de Cataluña», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1988, 3, pp. 593 y ss.
- VERA PADIAL, M. M.: «Fiscales, Letrados del Estado, Notarios. Una aportación al estudio de la élite jurídica española», *Documentación Jurídica*, 1987, n.º 53, pp. 79 y ss.
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: «Derechos y garantías fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, 1988, n. 60-61, pp. 645 y ss.
2. *Extranjero*
- ASHEIM, G. B.: «Rawlsian Intergenerational Justice as a Markov-Perfect Equilibrium in a Resource Technology», *The Review of Economic Studies*, 1988, pp. 469 y ss.
- AUTIN, J. L.: «Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation», *Revue de Droit Public*, 1988, n. 5, pp. 1.213 y ss.
- BARBI, C. A.: «Proteção processual dos direitos fundamentais», *Revista brasileira de direito processual*, 1988, 57, pp. 13 y ss.
- BEA, E.; LÓPEZ TERRADA, C.; LUCAS, J. de; VIDAL, E.: «El asociacionismo judicial en España, hoy. Notas para un trabajo de sociología de los jueces», *Sociología del Diritto*, 1988, 2, pp. 89 y ss.
- BELJEAN, G.: «La condition des magistrats du ministère public», *Revue Politique et Parlaamentaire*, 1988, n. 937, pp. 37 y ss.
- BERSINI, F.: «La figura del giudice ecclesiastico nei discorsi del Papa», *Il Diritto Ecclesiastico*, 1986, 3-4, pp. 629 y ss.
- BREDIN, CHARVERT, COURCOL, DAVENAS, JOINET, KESSOUS, LEMOINE, MAMAN, NGUYEN, PLANTARD: «Paris: tribunal du terrorisme», *Revue Politique et Parlaamentaire*, 1988, n. 937, pp. 67 y ss.
- CARBONNEAU, T. E.: «L'accès à la justice aux Etats-Unis: vers une éthique plus humaniste à travers les leçons du droit comparé», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1988, n. 3, pp. 539 y ss.
- CARCATERRA, A.: «Euristica e logica nel 'processus iuris'», *Studia et documenta Historiae et Iuris*, 1987, 53, pp. 219 y ss.
- CLAUSADE, J. de: «L'Europe et le juge administratif», *Revue Politique et Parlaamentaire*, 1988, n. 937, pp. 47 y ss.
- COMMICHAU, G.: «Berufs- und Standesrecht der deutschen Anwaltschaft im Wandel», *Juristenseitung*, 1988, pp. 824 y ss.
- CUOCOLO, F.: «Diritto e giustizia nella giurisprudenza costituzionale», *Diritto e Società*, 1988, 2, pp. 295 y ss.
- CHASE, O. G.: «Il problema della durata del processo civile in Italia e negli Stati Uniti», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988, pp. 913.
- D'AOUST, C.: «Le contrôle judiciaire du pouvoir disciplinaire a la lumiere de l'expérience quebecoise», *Droit Social*, 1988, pp. 34 y ss.
- FELDMAN, D.: «Judicial review: a way of controlling government?», *Public Administration*, 1988, 66, pp. 21 y ss.
- FRANZEN, H. y APEL, K.: «Prozessaufwand bei Gericht und Anwalt —betriebswirtschaftlich und— mit Folgerungen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, 16, pp. 1.059 y ss.
- FRISCH, W.: «Problematik und Grenzen der Errichtung von Hilfsstrafkammern», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 265 y ss. y 304 y ss.
- GLORIA, Ch.: «Verfassungsrechtliche Anforderungen an die gerichtlichen

- Geschäftsverteilungspläne», *Die öffentliche Verwaltung*, 1988, 20, pp. 849 y ss.
- GOBERT, J. J.: «In Search of the Impartial Jury», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1988, 79.2, pp. 269 y ss.
- HALPERIN, D. A.: «Régimen de impugnación de los actos de la Inspección General de Justicia», *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1987, 120.
- HOHENDORF, A.: «§ 225 a StPO im Spannungsfeld zwischen Strafrichter und Schöffengericht», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 389 y ss.
- KROLL: «Der Supreme Court — das Oberste Gericht der USA», *Juristische Schulung*, 1987, pp. 944 y ss.
- LANGÓN CUÑARRO: «El Derecho de ser juzgado en un plazo razonable y la Liberación de Procesados respecto de los cuales puede recaer pena de Penitenciaría», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, 3, p. 259 y ss.
- LECRUBIER, D. y LYON-CAEN, P.: «Si le Syndicat de la Magistrature nous était conté...», *Revue Politique et Parlementaire*, 1988, n. 937, pp. 83 y ss.
- LEMOINE, Y.: «Le juge et la loi», *Revue Politique et Parlementaire*, 1988, n. 937, pp. 26 y ss.
- LEMOSSÉ, M.: «Les questions incidentes dans le procès romain classique», *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 1988, 1, pp. 5 y ss.
- LONG, M.: «L'Europe: une communauté d'inspiration», *Revue Politique et Parlementaire*, 1988, n. 937, pp. 38 y ss.
- LORCA NAVARRETE, A. M.: «La necesaria motivación de las resoluciones judiciales», *Revista Brasileira de Direito Processual*, 1988, 57, pp. 123 ss.
- MAMAN, G.: «Les bouffons de la République», *Revue Politique et Parlementaire*, 1988, n. 937, pp. 9 y ss.
- NGUYEN, F.: «Faut-il supprimer le juge d'instruction?», *Revue Politique et Parlementaire*, 1988, n. 937, pp. 15 y ss.
- NORMAND, J.: «Organisation judiciaire et juridiction», *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1988, n. 3, pp. 563 y ss.
- OSTLER, F.: «Neueste Entwicklungen in der Rechtsanwaltschaft», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 281 y ss.
- PAPIER, H. J.: «Stimmerrechtverteilung in der Bundesrechtsanwaltskammer», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 1.308 y ss.

- REDEKER, K.: «Von Sinn unseres anwaltlichen Standesrechts», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 304 y ss.
- REICH, A.: «Die Grenzen anwaltlichen Handelns in einer Studentenschaft», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 1.315 y ss.
- ROBERTS, J.: «De l'indépendance des juges», *Revue de Droit Public*, 1988, pp. 3 y ss.
- SCHOIBL, N. A.: «Aspekte der Laiengerichtbarkeit im österreichischen zivilgerichtlichen Verfahren», *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Volkerrecht*, 1987, n. 37, pp. 333 y ss.
- SEIDL, O. y WANK, R.: «Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1988, pp. 296 y ss., y 314 y ss.
- VEDDER, C.: «Ein neuer gesetzlicher Richter?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 526 y ss.
- VITALE, V.: «Purezza o imperfezione?: Critica ad un'idea di giustizia procedurale pura», *Sociologia del Diritto*, 1988, 1, pp. 21 y ss.
- WILCHELM-GRAF, C.: «Richter und Gerichte im Helmbrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 1.319 y ss.

B) DERECHO PROCESAL CIVIL

1. España

- ALMAGRO NOSETE, J.: «La reforma del proceso español cara al año 2000», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- ALVAREZ GONZÁLEZ S.: «Control de oficio de la competencia judicial internacional (A propósito de la Sentencia del juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón de 15 de abril de 1986)», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, IV, pp. 87 y ss.
- ALVAREZ-PRIDA CARRILLO, E.: «Algunos aspectos de la problemática actual en la tramitación jurídico-procesal española y posibles soluciones a los problemas», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- ALVAREZ-PRIDA DE PAZ, J. G.: «Crisis de la Justicia y reforma del proceso civil», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.

- ARANA DE LA FUENTE, I.: «Viabilidad del juicio de desahucio por precario entre comuneros», *Poder Judicial*, 1988, 12, pp. 121 y ss.
- BLASCO GASCO, F. de P.: «Las presunciones de condonación», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, 4, pp. 1.265 y ss.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «La nueva competencia jurisdiccional internacional en materia civil (arts. 21, 22 LOPJ)», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: «La reforma del proceso civil», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- CREMADES, B. M.^a: «Nuevo Código ético para los árbitros internacionales», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, IV, pp. 9 y ss.
- DÍAZ DELGADO, J. y ESCUÍN PALOP, V.: «La intervención del Ministerio fiscal en el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona», *Poder Judicial*, 1988, 12, pp. 9 y ss.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.: «La interrupción de la prescripción extintiva por reclamación judicial y desistimiento de la demanda», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: «Introducción al Estudio del Tribunal de las Aguas de Valencia tras la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M.^a T.: «La ejecución de laudos arbitrales con arreglo a la Convención de Nueva York. Análisis de la jurisprudencia estadounidense», *Revista de Derecho Privado*, 1988, pp. 552 a 578.
- FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M.^a T.: «Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional», *Actualidad Civil*, 1988, 21, p. 1.273 y ss.
- GARCÍA PÉREZ, J. J.: «Los grandes grupos de interesados en el nuevo proceso concursal de la Ley francesa de 1985», *Revista General de Derecho*, 1988, pp. 3.703 y ss.
- GARCÍA PÉREZ, J. J.: «Los órganos judiciales en el nuevo proceso concursal de la Ley francesa de 1985», *Revista General de Derecho*, 1988, 522, pp. 1.259 y ss.
- GARNICA MARTÍN, J. F.: «El reconocimiento de filiación extramatrimonial: la necesidad de aprobación judicial. Art. 124 del C.c.», *Revista General de Derecho*, 1988, pp. 3.393 y ss.

- GARRO, A. M.: «El arbitraje en América Central y la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ('UNCITRAL')», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, IV, pp. 51 y ss.
- GÓMEZ DE LIAÑO, F.: «La legitimación colectiva y el artículo 7 de la LOPJ», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- GONZÁLEZ MONTES, F.: «Algunas consideraciones en torno a la comparecencia previa en el juicio de menor cuantía», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- GORDILLO CAÑAS, A.: «Boceto para un sistema de apreciación de la incapacidad de obrar (ratio del art. 297 del C.c.)», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.: «La ejecución de laudos extranjeros», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- GUTIÉRREZ DE TERÁN, E.: «La publicación de edictos en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista General de Derecho*, 1988, pp. 3.389 y ss.
- GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C.: «El mal llamado 'recurso de aclaración' en el proceso civil», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- IRIARTE ANGEL, J. L.: «El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros según el artículo 60 del proyecto de la Ley de Arbitraje», *Actualidad Civil*, 1988, pp. 1.901 y ss.
- LORCA NAVARRETE, A. M.^a: «El proceso civil alemán de la experiencia del modelo Stuttgart y de la novela de simplificación (Vereinfachungsnevelle) de la Z.P.O. El camino del proceso civil español hacia una efectiva concentración de las actuaciones judiciales», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- LORCA NAVARRETE, A. M.^a: «La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales y sentencias extranjeras en España, según la doctrina del Tribunal Constitucional español», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, IV, pp. 81 y ss.
- LORCA NAVARRETE, A. M.^a: «Una aportación importante y nueva: Los conceptos de competencia objetiva y funcional del artículo 533.1 de

- la LEC», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1988, 6, pp. 67 y ss.
- MARQUÉS DOS SANTOS, A.: «Nota sobre a nova lei portuguesa relativa à arbitragem voluntária –Lei n.º 31/86, de 29 de agosto», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, IV, pp. 15 y ss.
- MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M.: «Reflexiones sobre la crisis de la Justicia y la reforma del proceso civil», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- MIGUEL Y ALONSO, C. de: «La crisis de la Justicia civil y su proyección supranacional», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- MONTES REYES, A.: «Consideraciones en torno a la rebeldía en el proceso civil», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- MONTÓN REDONDO, A.: «Líneas generales y principios del futuro proceso concursal», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- MORENO CATENA, V.: «Algunos problemas del juicio ejecutivo cambiario», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- MUÑOZ ROJAS, T.: «Perfiles de la Ley de Propiedad Intelectual», *Actualidad Civil*, 1988, pp. 1.805 y ss.
- MUÑOZ ROJAS, T.: «Vigencia del retracto de colitigantes», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- OLIVA SANTOS, A. de la: «En defensa del título ejecutivo, en defensa del derecho», *Revista de Derecho Procesal*, 1988, 2, pp. 371 y ss.
- ORTELLS RAMOS, M.: «El proceso sobre la capacidad de la persona: notas para su estudio», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- P. JUFRESA, F. DE y MARTELL, C.: «La protección judicial y extrajudicial de los derechos de autor», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1988, 2, pp. 409 y ss.
- PARDO CASTILLO, M.: «Incompetencias de jurisdicción en el procedimiento de la L.O. 1/82 sobre protección civil de honor», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1988, 6, pp. 63 y ss.
- PECES MORATE, J.: «Pautas para un cambio del enjuiciamiento civil», *Jueces para la Democracia*, 1988, 5, pp. 43 y ss.
- PELLEGRINI GRINOVER, A.: «Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La Ley brasileña número 7.347 de 24 de julio de 1985)», *Revista de Derecho Procesal*, 1988, n. 3, pp. 705 y ss.
- RODRÍGUEZ MERINO, A.: «Sobre el nuevo ‘juicio ejecutivo cambiario’ a tenor de la Ley 19/1985, de 16 de julio», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- RODRÍGUEZ MOLERO, A.: «La inembargabilidad de las pensiones», *Actualidad Laboral*, 1988, pp. 1.705 y ss.
- RUIZ VADILLO, E.: «El recurso de casación y la responsabilidad civil del asegurador», en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1988, 5, pp. 227 y ss.
- SAGUAR QUER, F. J.: «La liquidación en el juicio ejecutivo de los contratos bancarios», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1988, 32, pp. 834 y ss.
- SEOANE CACHARRÓN, J.: «Necesidad de implantar en España el procedimiento monitorio civil alemán con plena atribución al Secretario judicial», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Crisis de la justicia y proceso civil», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Singularidad del proceso civil andorrano», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- TIRADO SUÁREZ, F. J.: «Estudio sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguros de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- VALLADARES RASCÓN, E.: «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», *Poder Judicial*, 1988, 9, pp. 29 y ss.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: «Instituciones saneadores del proceso civil español: ‘excepciones dilatorias’ y ‘comparecencia previa’», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- VESCOVI, E.: «La audiencia preliminar en el nuevo proceso civil iberoa-

americano», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.

VICENTE DÍAZ, M.: «La protección procesal civil de los derechos fundamentales», *Actualidad Civil*, 1988, pp. 1.741 y ss.

2. Extranjero

AGUGLIA, E.: «L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza», *Il Diritto Fallimentare...*, 1988, 4, pp. 638 y ss.

ALPA, G.: «Qualificazione dei contratti di leasing e di factoring e suoi effetti nella procedura fallimentare», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 1988, pp. 174 y ss.

BALLON, O. J.: «Drittinteressen im Zivilprozeß nach österreichischem Recht», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1988, 4, pp. 413 y ss.

BARBIERI, L.: «L'aiuto del giusperito alle parti nei processi di matrimonio rato e non consumato», *Monitor Ecclesiasticus*, 1988, p. 23 y ss.

BARKER, R. I.: «Les recours en matière de propriété intellectuelle», *La Propriété industrielle*, 1988, pp. 313 y ss.

BECKER, R.: «Die gerichtliche Kontrolle von Maßnahmen bei Verschmelzung von Aktiengesellschaften», *Die Aktiengesellschaft. Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen*, 1988, pp. 223 y ss.

BELLO, G. y VIERA, L. A.: «Valor probatorio de la información por computadora», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, 3, p. 244 y ss.

BEYS, K.: «Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Zwangsvollstreckung im griechischen Recht», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1988, 2, pp. 165 y ss.

BOCCHINI, E.: «Appunti in tema di pubblicità legale delle procedure concorsuali», *Giurisprudenza commerciale*, 1988, 5, pp. 780 y ss.

BONSIGNORI, A.: «L'estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili: profili processuali», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988, 1, pp. 179 y ss.

BOTTA, R.: «L'exequatur delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nei nuovi accordi tra Stato e Chiesa», *Il Diritto Ecclesiastico*, 1986, 3-4, pp. 516 y ss.

BUSL, P.: «Internationales deutsches Zivilprozeßrecht in der Fallbearbeitung», *Juristische Schulung*, 1988, 12, pp. 961 y ss.

CAPPELLINI, E.: «La tutela dei diritti delle comunità territoriali: Diocesi e Parrocchia», *Monitor Ecclesiasticus*, 1988, p. 85 y ss.

CARBAJALES MARGINET, E. A.: «La intimación previa a la promoción del Juicio Ejecutivo común y cambiario», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, 3, p. 276 y ss.

CARBONNEAU, T. E.: «L'arbitrage en droit américain», *Revue de L'Arbitrage*, 1988, 1, p. 3 y ss.

COSTANTINO, G.: «Note sulle tecniche di attuazione dei diritti di credito nei processi di espropriazione forzata», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988, 1, pp. 123 y ss.

CREMADES, B. M.: «Evolution récente du droit espagnol en matière d'arbitrage», *Revue de L'Arbitrage*, 1988, pp. 223 y ss.

CHARBONNIER, L.: «Conclusiones, sobre Pas de voies d'execution contre les établissements publics, même industriels et commerciaux», *Revue Française de Droit Administratif*, 1988, n. 4, pp. 771 y ss.

CHASE, O. G.: «Civil Litigation Delay in Italy and the United States», *The American Journal of Comparative Law*, 1988, 1, pp. 41 y ss.

CHASE, O. G.: «Il problema della durata del processo civile in Italia e negli Stati Uniti», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988, pp. 913.

CHIARLONI, S.: «La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988, pp. 752.

DI GRAZIA, S.: «Problemi dell'assistenza tecnica nel processo matrimoniale», *Monitor Ecclesiasticus*, 1988, p. 51 y ss.

DI IORIO, A. J.: «Elementos para una teorización general sobre los procesos concursales», *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1988, 124, pp. 501 y ss.

DÍAS MACIEL, T.: «Resquícios do civilismo no moderno Direito Processual», *Revista Brasileira de Direito Processual*, 1988, 57, pp. 109 y ss.

DIERYCK, CH.: «Procédure et moyens de preuve dans l'arbitrage commercial international», *Revue de L'Arbitrage*, 1988, pp. 267 y ss.

EBENROTH, C. T.: «Die inlandswirkungen der ausländischen lex fori concursus bei Insolvenz einer Gesellschaft», *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1988, 2, pp. 121 y ss.

FERREIRA DA SILVA, L. R.: «Condiseracões sobre os efeitos da revelia na citação por edital», *Revista Brasileira de Direito Processual*, 1988, 57, pp. 95 y ss.

- FERRI, C.: «Sull'effettività del contraddittorio», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988, pp. 780.
- GHERRO, S.: «Il diritto alla difesa nei processi matrimoniali canonici», *Monitor Ecclesiasticus*, 1988, p. 1 y ss.
- GREIF, J.: «Acción Revocatoria», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, 3, p. 251 y ss.
- GRUNEWALD, B.: «Numerus clausus der Gestaltungsclagen und Vertragsfreiheit», *Zeitschrift für Zivilproseß*, 1988, 2, pp. 152.
- GUILLENSCHMIDT, J.: «Commentaire, du projet de loi modifiant la loi n.º 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et a la liquidation judiciaire des entreprises et la loi n.º 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, mandataires, liquidateurs et experts en diagnostic dentreprise», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 821 y ss.
- GULLO, C.: «Il diritto di difesa nelle varie fasi del processo matrimoniale», *Monitor Ecclesiasticus*, 1988, p. 29 y ss.
- HASCHER, D.: «Actualité de l'arbitrage international en U.R.S.S.», *Revue de L'Arbitrage*, 1988, pp. 237 y ss.
- HÄSEMAYER, L.: «Drittinteressen im Zivilproseß», *Zeitschrift für Zivilproseß*, 1988, 4, pp. 385 y ss.
- HUET, A.: «Les procédures de reconnaissance et d'executioin des jugements étrangers et des sentences arbitrales, en droit international privé francais», *Journal du Droit Internatfonal*, 1988, 1, p. 5 y ss.
- JAUERNIG, O.: «Subjektive Grenzen der Rechtskraft und Recht auf rechtliches Gehör», *Zeitschrift für Zivilproseß*, 1988, 4, pp. 361 y ss.
- JUENGER, F. K.: «The Recognition of Money Judgements in Civil and Commercial Matters», *The American Journal of Comparative Law*, 1988, 1, pp. 1 y ss.
- JUNKER, A.: «Einheit und Vielfalt: Die Zivilproseßrechte der Vereinigten Staaten von Amerika», *Zeitschrift für Zivilproseß*, 1988, 3, pp. 241 y ss.
- KARPAT, L.: «A liminar em procução antecipada de provas», *Revista Brasileira de Direito Processual*, 1988, 57, pp. 91 y ss.
- KORSKY, C. J. L.: «Las reivindicaciones en la práctica argentina de patentes de invención», *Revista del Derecho Industrial*, 1987, n.º 26/27.
- KRAUSE, P.: «Globalzession und gewillkürte Proseßstandschaft bei nachfolgender Vermögenslosigkeit des Sicherungsgebers», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 420 y ss.
- KUNZ-SCHMIDT, S.: «Das Unterschriftserfordernis für bestimmende Schriftsätzeim Zivilproseß», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 1.296 y ss.
- LAGARMILLA, J.: «El derecho de propiedad y las medidas cautelares», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, 3, p. 271 y ss.
- LEGISLATION: «Lebanon: International Arbitration Provisions of the Code of Civil Procedure», *International Legal Materials*, 1988, 4, pp. 1.022 y ss.
- LOZZI, G.: «I limiti degli atti processuali ex art. 144-bis c.p.p.», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988, 1, pp. 316 y ss.
- LUBINSKI, K.: «Entwicklunstendenzen im Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit in den europäischen sozialistischen Staaten», *Zeitschrift für Zivilproseß*, 1988, 2, pp. 181 y ss.
- MARTÍNEZ VAL, J. M.: «Dos sentencias sobre la Administración de Justicia. Competencia en materia de vivienda», *Boletín del I Col. de Abogados de Madrid*, 1988, 5, pp. 59 y ss.
- MAURER, H. U.: «Abänderung von Unterhaltsurteilen ab Zugang eines Proseßkostenhilfesgesuches beim Abänderungsgegner?», *Zeitschrift für des gesamte Familienrecht*, 1988, 5, pp. 445 y ss.
- MOCCIA, L.: «Diritto giurisprudenziale, legislazione e principio di legalità nel mondo di common law. La pregiudizialità costituzionale», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988, pp. 897.
- MONIZ DE ARAGAO, E. D.: «Medidas cautelares innominadas», *Revista brasileira de direito processual*, 1988, 57, pp. 33 y ss.
- MORTON, F. L.: «Judicial Review in France: A Comparative Analysis», *The American Journal of Comparative Law*, 1988, 1, pp. 89 y ss.
- NARIO, C.: «Hechos nuevos. Su influencia en el proceso», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, 3, p. 276 y ss.
- NISSEN, R. A.: «Naturaleza del plazo previsto por el art. 251 de la Ley 19.550 para promover la acción de impugnación de decisiones asamblearias», *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1988, 124, pp. 541 y ss.
- PACTEAU, B.: «Note, sobre Pas de voies d'execution contre les établissements publics, même industriels et commerciaux», *Revue Française de Droit Administratif*, 1988, n. 4, pp. 774 y ss.
- PAPPALARDO, M.: «Sospensione della deliberazione assembleare a norma dell'art. 700 c.p.c.?, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1988, 1 y 2, pp. 110 y ss.
- PELLEGRINO, G.: «La prassi dei tribunali fallimentari e la responsabilità civile del magistrato», *Il Diritto Fallimentare*, 1987, n. 6, pp. 685 y ss.
- PERROT, R.: «Procédure jugements et voies de recours», *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1988, n. 3, pp. 572 y ss.

- PROTO PISANI, A.: «Note in tema di nullità dell'atto di citazione e di effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale», *Rivista di Diritto Civile*, 1988, pp. 655 y ss.
- PUNZI, C.: «Le questioni incidentali nel processo civile», en *Scritti in onore di MASSIMO SEVERO GIANNINI*, Milán, Giuffrè, 1988.
- RAGUSA MAGGIORE, G.: «Procedure concorsuali e trasferimento di azienda», *Il Diritto Fallimentare e d. Società Commerc.*, 1988, 1, p. 51 y ss.
- RIGHETTI, E.: «Note in tema di notificación del provvedimento di sequestro di nave», *Il Diritto Maritimo*, 1988, 1, pp. 214 y ss.
- RIMMELSPACHER, B.: «Die Wirkungen des Rechtsmittelverzichts im Zivilprozeß», *Juristische Schulung*, 1988, 12, pp. 953 y ss.
- RUOTOLO, R.: «I ricorsi per i diritti del sostentamento del clero», *Monitor Ecclesiasticus*, 1988, p. 62 y ss.
- RUSSO, L. A.: «Le procedure cosiddette minori come momento sintomatico del sistema concorsuale. Il salvataggio dell'impresa nel fallimento», *Il Diritto Fallimentare...*, 1988, 4, pp. 590 y ss.
- SANTA MARIA, A.: «Problemi attinenti al diritto internazionale privato e processuale delle società», *Rivista delle Società*, 1987, 6, pp. 1.473 y ss.
- SCHOIBL, N. A.: «Aspekte der Laiengerichtbarkeit im österreichischen zivilgerichtlichen Verfahren», *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1987, n. 37, pp. 33 y ss.
- SCHULTSZ, J. C.: «Les nouvelles dispositions de la législation néerlandaise en matière d'arbitrage», *Revue de L'Arbitrage*, 1988, pp. 209 y ss.
- SEGAL, R.: «La legislación sobre quiebras en la República Popular China», *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1988, 124, pp. 555 y ss.
- SILVA ARAUJO FILHO, L. P.: «A 'intimação' do reconvido na pessoa do seu procurador (art. 316 do CPC) e o defensor público», *Revista Brasileira de Direito Processual*, 1988, 57, pp. 99 y ss.
- STORME, M. y DEMEULENAERE, B.: «Innovationes in the Judicial and Extra-Judicial Resolution of Consumer Disputes in Belgium», *The American Journal of Comparative Law*, 1988, 1, pp. 89 y ss.
- TARDIVO, C. M.: «Credito fondiario e procedure concorsuali: problemi recenti», *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciale*, 1988, pp. 205 y ss.
- TARUFFO, M.: «L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988, 1, pp. 142 y ss.

- TEMPEL, O.: «Unzulässigkeit der Geltendmachung von Ansprüchen wegen Reisemängel vor Beedigung der Reise?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 1.532 y ss.
- TOMMASEO, F.: «I processi a contenuto oggettivo», *Rivista di Diritto Civile*, 1988, pp. 685 y ss.
- TRAMMA, U.: «Diritto alla giustizia sollecita ed economica», *Monitor Ecclesiasticus*, 1988, p. 17 y ss.
- TROCKER, N.: «La pregiudizialità costituzionale», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988, pp. 796.
- TULLINI, P.: «Questioni interpretative in tema di 'giusta causa'», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988, pp. 653.
- UCCELLA, F.: «Sentenze canoniche di nullità matrimoniale e ordine pubblico italiano: prime riflessioni», *Il Diritto Ecclesiastico*, 1986, 3-4, pp. 563 y ss.
- UHLIG, S.: «Die Geltenmachung von Unterhaltsansprüchen im Inland und Ausland dem Auslandsunterhaltsgesetz», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 1.521 y ss.
- VALLTERRA, L.: «Litisconsorcio necesario: Sociedad de gananciales. Retracto en arrendamientos rústicos», *Boletín del I Col. de Abogados de Madrid*, 1988, 5, pp. 77 y ss.
- VELLANI, M.: «Revisione del conto e giudicato nel rendimento dei conti», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988, 1, pp. 95 y ss.
- VILLEGGIANTE, S.: «Le questioni incidentali nel processo matrimoniale canonico», *Monitor Ecclesiasticus*, 1988, p. 121 y ss.
- ZUCK, R.: «Rechtsprobleme des Pflegesatzverfahrens», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 687 y ss.

C) DERECHO PROCESAL PENAL

1. España

- ANDRÉS SANZ, J. D.: «Crisis de la Justicia y reforma del proceso en materia penitenciaria», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: «Comentario a las sentencias del T.C. nú-

- meros 87/84 y 149/86, sobre la rebeldía del encausado en el juicio común por delitos», *Actualidad Penal*, 1988, pp. 1.525 y ss.
- BARATTA, A.: «Proceso penal y realidad en la imputación de la responsabilidad penal. La vida y el laboratorio del derecho», *Revista General de Derecho*, 1988, pp. 6.655 y ss.
- BARREIROS, J. A.: «La nueva Constitución procesal penal», *Revista de Estudios Políticos*, 1988, n. 60-61, pp. 719 y ss.
- BAYOD Y SERRAT, R.: «El Ministerio Fiscal como poder», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- CALVO SÁNCHEZ, M.^a C.: «La prisión provisional. Reformaron la reforma. Análisis de la Ley 10/1984, de 26 de diciembre», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- CORTIZO MOURE, A. M.; MURUAIS BAO, M. E. y LOMBA SUÁREZ, R. M.: «Reflexiones sobre el principio de presunción de inocencia», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- DIEGO DÍEZ, L. A. DE: «El principio ‘el que instruye no debe juzgar’ como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: «Los recursos de ‘greuges’, ‘firmas de derecho’ y ‘manifestación de personas’, el ‘writ de Habeas Corpus’, el recurso de ‘amparo’ y el ‘mandado de segurança’, garantías históricas y actuales de los derechos constitucionales de libertad de locomoción y de no sumisión a la tortura», *Revista de Derecho Procesal*, 1988, n. 3, pp. 619 y ss.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J.: «Presunción de inocencia, ‘in dubio pro reo’ y recurso de casación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, 2, pp. 165 y ss.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: «El Ministerio Fiscal y la Policía Judicial», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, 2, pp. 559 y ss.
- FONT SERRA, E.: «La posición jurídica de la entidad aseguradora del vehículo de motor en el proceso penal», en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1988, 6, pp. 287 y ss.
- FONT SERRA, E.: «Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1988, 4, pp. 939 y ss.
- GARCÍA CASAS, J.: «Reflexiones en torno al recorte de competencias penales de la Audiencia Nacional en el artículo 65 de la L.O.P.J.», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- GIMENO SENDRA, V.: «La naturaleza de la defensa penal a la luz de la CE y CEDH», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- GÓMEZ COLOMER, J. L.: «Comentarios a los artículos 19.2 y 83 de la LOPJ de 1985: Problemas prácticos de ‘de lege ferenda’ del futuro juicio con jurados en el proceso penal», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- GONZÁLEZ MONTES, J. L.: «Notas en torno a la acción penal y su ejercicio», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A.: «Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A.: «Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal», *Actualidad Penal*, 1988, pp. 1.453 y ss.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F.: «Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F.: «Tres sentencias extranjeras sobre el secreto periodístico», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- JAÉN VALLEJO, M.: «Incidencia de la presunción de inocencia», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1988, 6, pp. 99 y ss.
- KÜNZEL, H. J.: «Zum Problem der Sprecheridentifizierung durch Opfer und Zeugen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1988, 5, pp. 215 y ss.
- LUZÓN CUESTA, J. M.: «La presunción de inocencia ante la casación», *Poder Judicial*, 1988, 12, pp. 147 y ss.
- LLERA SUÁREZ-BARCENA, E. de: «El régimen jurídico de las observaciones telefónicas en el proceso penal», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- MAIER, J. B. J.: «Hacia una nueva justicia penal. Texto completo del Anteproyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público», *Doctrina Penal*, 1988, n.º 42.

- MARTÍN OSTOS, J.: «Los futuros Juzgados de menores», *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- MARTÍN OSTOS, J.: «Los Juzgados de Menores en la nueva organización judicial», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- MAURÍN, P.-M.: «La situación de las víctimas de accidentes de circulación en el Derecho francés», en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1988, 6, pp. 297 y ss.
- OLARIETA ALBERDI, J. M.: «Injerencias político-administrativas en el proceso penal (significado histórico y evolución legislativa: 1812-1978)», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1988, 22, pp. 117 y ss.
- PELLEGRINI GRINOVER, A.: «Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La Ley brasileña número 7.347 de 24 de julio de 1985)», *Revista de Derecho Procesal*, 1988, n. 3, pp. 705 y ss.
- PICÓN DEVEESA, J. F.: «La dactiloscopia como medio de prueba», *Actualidad Penal*, 45, 1988, pp. 2.317 y ss.
- PINTO DOS SANTOS, F.: «El nuevo Código de Proceso Penal Portugués», *Jueces para la Democracia*, 1988, 5, pp. 59 y ss.
- RODRÍGUEZ CASTRO, J.: «Los principios procesales de la vigente legislación de menores», *Actualidad Penal*, 48, 1988.
- ROLDÁN GARCÍA, E.: «El tratamiento jurídico y social de la delincuencia juvenil en Canadá: tendencias actuales», en *Menores*, 11 y 12, pp. 41 y ss.
- RUIZ VADILLO, E.: «El ejercicio de la Abogacía en la jurisdicción penal», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1988, 6, pp. 67 y ss.
- RUIZ VADILLO, E.: «El recurso de casación y la responsabilidad civil del asegurador», en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1988, 5, pp. 227 y ss.
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L.: «Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- VENTURA FACI, R.: «Los menores de edad: Reflexiones sobre su legislación», en *Menores*, 11 y 12, pp.

2. Extranjero

- BETOCCHI, G.: «Il controllo sulla mancata applicazione delle misure disponibili in luogo della custodia in carcere», *Rivista Italiana di diritto e Procedura Penale*, 1988, pp. 561 ss.
- BREDIN, CHARVERT, COURCOL, DAVENAS, JOINET, KESSOUS, LEMOINE, MAMAN, NGUYEN, PLANTARD: «Paris: tribunal du terrorisme», *Revue Politique et Parlementaire*, 1988, n. 937, pp. 67 y ss.
- BRUNNER, R.: «Jugendgerichtsgesetz», *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1988, 5, pp. 550 y ss.
- BUBNOFF, E. von: «Rechtsfolgen einer nach den Verfahrensgegebenheiten im Inland eingetretenen Strafverfolgungsverjährung bei vertragslosem Auslieferungsverkehr», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 354 y ss.
- CAFFERATA NORES, J. I.: «Propuesta de nueva regulación para la Prisión Preventiva», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, 3, p. 237 y ss.
- COPPOLA, R.: «La tutela dei diritti nel processo penale canonico», *Monitor Ecclesiasticus*, 1988, p. 73 y ss.
- DEMANET, G.: «Du role de la Chambre du Conseil et de la Chambre des Mises en Accusation en cas d'extradition demandee a la Belgique», *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1988, 3, pp. 239 y ss.
- DOPSLAFF, U.: «Abschied von den Entscheidungsfreiräumen bei Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen mit Beurteilungsspielraum im Strafvollzugsgesetz», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1988, 4, pp. 567 y ss.
- DRIPPS, D. A.: «Foreword: Against Police Interrogation – And the Privilege Against Self-Incrimination», *The Journal of Driminal Law & Criminology*, 1988, 4, pp. 699 y ss.
- ENGEL, E.: «Zuständigkeit und Stellung des Staatsanwalts in Verfahren zur Bewährungsüberwachung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 110 y ss. y 499 y ss.
- FLICK, G. M.: «Informazione bancaria e giudice penale: presupposti di disciplina, problemi e prospettive», *Banca, borsa e titoli di credito*, 1988, IV-V, pp. 441 y ss.
- FOTH, E.: «Revisionsinstanz und Mehrfachverteidigung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 441 y ss.
- FREHSEE, D.: «'Strafverfolgung' con strafunmündigen Kindern», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1988, 4, pp. 290 y ss.
- FRISCH, W.: «Problematik und Grenzen der Errichtung von Hilfsstraf-

- kammern», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 265 y ss. y 304 y ss.
- GABNER, O.: «Sittenwidrigkeit eines Ratenkreditvertrages durch Verstoß gegen die ZPO?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, 18, pp. 1.131 y ss.
- GOBERT, J. J.: «In Search of the Impartial Jury», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1988, 79.2, pp. 269 y ss.
- HÄERT, W.: «Berührt ein ausländisches Strafverfahren die Immunität eines deutschen Parlamentsabgeordneten?», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 109 y ss.
- HERDEGEN, G.: «Bemerkungen zur Beweiswürdigung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 193 y ss.
- HERRMANN, D.: «Gebühren bei Teilnahme des Pflichtverteidigers an auswärtigen Vernehmungen», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 466 y ss.
- HERRMANN, J.: «Ein neues Hauptverhandlungsmodell», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1988, 4, pp. 41 y ss.
- HILDEBRANT. «Die Behandlung vertraulicher Anzeigen im Steuerstrafverfahren», *Wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, 1988, 8, pp. 300 y ss.
- HOHENDORF, A.: «§ 225 a StPO im Spannungsfeld zwischen Strafrichter und Schöffengericht», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 389 y ss.
- KATHOLNIGG, O.: «Zuständigkeit und Stellung des Staatsanwalts im Verfahren zur Bewährungsüberwachung – Erwiderung zu Engel», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 112 y ss.
- KINDHÄUSER, U.: «Rügepräklusion durch Schweigen im Strafverfahren», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 529 y ss.
- KITKE, H.-D.: «Praktische Fragen des Kindesunterhalts nach der neuen Unterhaltsrichtlinie des Obersten Gerichts der DDR», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 1.529 y ss.
- KRÖPIL, H.: «Prozessualer Tatbegriff und Wahlfeststellung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, 19, pp. 1.188 y ss.
- LANGON CUÑARRO: «El Derecho de ser juzgado en un plazo razonable y la Liberación de Procesados respecto de los cuales puede recaer pena de Penitenciaría», *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1987, 3, p. 259 y ss.
- LÖFFLER, M.: «Die Berechnung der Urteilsabsetzungsfrist nach § 275 StPO», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 318 y ss.

- LÜDERSEN, K.: «Das Recht des Verletzten auf Einsicht in beschlagnahmte Akten», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 249 y ss.
- MAATZ, K. R.: «Zur Zäsurwirkung einer früheren Verurteilung im Rahmen nachträglicher Gesamtstrafenbildung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 478 y ss.
- MAINZ, G.: «Gericht und Aufsichtsstelle als Beteiligte Organe in § 68 a StGB», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 541 y ss.
- MEINBERG, V.: «Empirische Erkenntnisse zum Vollzug des Umweltstrafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1988, 4, pp. 112 y ss.
- MERTEN, K.: «Das Abrufrecht der Staatsanwaltschaft aus polizeilichen Dateien», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 10 y ss.
- MEURER, D.: «Das Versäumnisurteil nach Zurückverweisung durch das Revisions bzw. Beschwerdegericht», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 540 y ss.
- NGUYEN, F.: «Faut-il supprimer le juge d'instruction?», *Revue Politique et Parlementaire*, 1988, n. 937, pp. 15 y ss.
- PALAZZO, F. C.: «Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penali», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988, pp. 501 y ss.
- PIEPER, K. G.: «Registerrechtliche Behandlung von strafrechtlichen Verurteilungen durch Gerichte in der DDR und Berlin (Ost)», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 49 y ss.
- PONTI, G.: «Criminologia e processo penale», *Indice Penale*, 1988, pp. 223 y ss.
- RIEB, P. y HILGER, H.: «Das neue Strafverfahrensrecht», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 145 y ss. y 204 ss.
- RIEB, P.: «Die Folgen des Fehlens der Unterschrift des Übertragungshelfen nach § 168 a IV 2, 3 StPO», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 444 y ss.
- RIEB, P.: «Zur Berechnung der verlängerten Urteilsabsetzungsfrist nach § 275 I 2 Haalbs. 2 StPO», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 318 y ss.
- ROJO AJURIS, L.: «La tutela civil del honor y la intimidación», *Actualidad Civil*.
- ROTH, H.: «Richterliche Prognoseentscheidung, Rechtskraftwirkung und materielle Gerechtigkeit im Fall der Abänderungsklage nach § 323 ZPO», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, 20, pp. 1.233 y ss.
- ROTTHAUS, K. P.: «Die Bedeutung des Strafvollzugsgesetzes für die Re-

- form des Strafvollzugs», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 297 y ss.
- RÜCKEL, CH.: «Verteidigertaktik bei Verständigungen und Vereinbarungen im Strafverfahren», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 297 y ss.
- SCHRADER, H.: «Wiedereinsetzung und Rechtsmittelbelehrung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 447 y ss.
- SCHROEDER, F. CH.: «Formelle und materielle Verteidigung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 301 y ss.
- SOLBACH, G.: «Zu drei Fragen aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 350 y ss.
- STERNBERG-LIEBEN, D.: «'Genetischer Fingerabdruck' und § 81 a StPO», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 1.242 y ss.
- SUPREME COURT: «Eighth Amendment – Pretrial Detention: What Will Become of the Innocent?», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1988, 4, p. 1.048 y ss.
- SUPREME COURT: «Fifth Amendment – Validity of Waiver: A Suspect Need Not Know the Subjects of Interrogation», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1988, 4, pp. 828 y ss.
- SUPREME COURT: «Fifth, Sixth, and Fourteenth Amendments – A Constitutional Paradigm for Determining the Admissibility of Hypnotically Refreshed Testimony», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1988, 4, pp. 853 y ss.
- SUPREME COURT: «Sixth Amendment – Confrontation and the Use of Interlocking Confessions at Joint Trial», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1988, 4, pp. 937 y ss.
- SUPREME COURT: «Sixth Amendment – Death Qualification of the Jury: Process Is Permissible Where Defendant Does Not Face Death Penalty», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1988, 4, pp. 954 y ss.
- TESKE, D.: «Die Bekanntgabe der Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens (§ 371 Abs. 2 Nr. 1 b AO) durch Durchsuchungsbeschlüsse», *Wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht*, 1988, 8, pp. 287 y ss.
- VALIANTE, L.: «L'inammissibilità dell'impugnazione», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988, pp. 561 y ss.
- VAREILLE, B.: «Le pardon du juge répressif», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1988, 4, pp. 676 y ss.
- WALTER, M.: «Stellung und Bedeutung des Strafverteidigers im jugendkriminalrechtlichen Verfahren», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 481 y ss.
- WALTER, W.: «Ausländische Strafverfahren und die Immunität deutscher Parlamentsabgeordneter», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 396 y ss.
- WEIGEND, T.: «Das Opferschutzgesetz kleine Schritte zu welchem Ziel?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 1.170 y ss.
- WEIGEND, T.: «Wechselverhör in der Hauptverhandlung?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1988, 4, pp. 733 y ss.
- WEYAND, R.: «Mitteilungen in Strafsachen und Steuergeheimnis», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 399 y ss.
- WOLFLAST, G.: «Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 103 y ss.
- WOLFLAST, G.: «Immunität und Hauptverhandlung im Strafverfahren», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 433 y ss.
- ZACZYK, R.: «Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei richterlichen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren (§ 168 c StPO)», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, pp. 535 y ss.

D) DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

1. España

- ABAD PÉREZ, J. J.: «Las administraciones públicas, el control jurisdiccional y el medio ambiente», *Poder Judicial*, número especial IV, pp. 31 y ss.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A.: «El artículo 28.1.b) de la LJCA: su inconstitucionalidad. Reciente jurisprudencia del T.S.», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- DELGADO BARRIO, J.: «Crisis de la Justicia: el proceso administrativo (una regulación excelente y un resultado decepcionante)», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- DEVIS ECHANDIA, H.: «Eficiencia de la justicia contencioso-administrativa y civil-comercial en Colombia», en *Problemas actuales de la Jus-*

- ticia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- DÍAZ DELGADO, J. y ESCUÍN PALOP, V.: «La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales», *Revista de Administración Pública*, 1988, 117, pp. 193 y ss.
- DÍAZ DELGADO, J. y ESCUÍN PALOP, V.: «La intervención del Ministerio fiscal en el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona», *Poder Judicial*, 1988, 12, pp. 9 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1988, 60.
- GARCÍA MANZANO, P.: «Crisis de la justicia y reforma del proceso administrativo», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- GIL-ROBLES GIL-DELGADO, J.: «La acción judicial popular y la audiencia de los ciudadanos en el área del Derecho ambiental», *Poder Judicial*, número especial IV, pp. 167 y ss.
- GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZÁLEZ, F.: «Notas sobre la reforma del proceso contencioso-administrativo», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales (I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León)*, Madrid, 1988.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, O.: «El artículo 24 de la Constitución Española y el proceso contencioso-administrativo», *Revista General de Derecho*, 1988, 522, pp. 853 y ss.
- GORDILLO, M.: «La casación implantada en el proceso contencioso-administrativo (Notas críticas a la nueva LOPJ de julio de 1985)», en *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- JIMÉNEZ-BLANCO, A.: «La sentencia contencioso-administrativa: el orden de los pronunciamientos», *Poder Judicial*, 1988, 9, pp. 141 y ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «Diez años de evolución en el panorama de la justicia administrativa española», *Poder Judicial*, 1988, 11, pp. 9 y ss.
- PELLEGRINI GRINOVER, A.: «Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La Ley brasileña número 7.347 de 24 de julio de 1985)», *Revista de Derecho Procesal*, 1988, n. 3, pp. 705 y ss.
- SEVILLA MERINO, I.: «La evolución de la interpretación jurisprudencial

sobre la apelación en los procesos contencioso-administrativos de amparo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1988, 60.

2. Extranjero

- AUTIN, J. L.: «Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation», *Revue de Droit Public*, 1988, n. 5, pp. 1.213 y ss.
- CLAUSADE, J. de: «L'Europe et le juge administratif», *Revue Politique et Parlementaire*, 1988, n. 937, pp. 47 y ss.
- CHARBONNIER, L.: «Quel juge pour les communaux? (Conclusions)», *Revue Française de Droit Administratif*, 1988, pp. 406 y ss.
- FRIER, P. L.: «Le contentieux administratif des grands licenciements économiques: fausse sortie?», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 678 y ss.
- GAUDEMET, Y.: «Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif», *Revue Française de Droit Administratif*, 1988, pp. 420 y ss.
- KREBS, W.: «Verwaltungskontrolle durch Verwaltungsgerichte? Zu den Grenzen der Verwerdung der Verwaltungsgerichtbarkeit als Instrument der Verwaltungskontrolle», *Die Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft*, 1988, 2, pp. 155 a 175.
- MIGLIORINI, L.: «Brevi note sulla posizione del giudice e delle parti nel processo amministrativo», en *Scritti in onore di MASSIMO SEVERO GIANNINI*, Milán, Giuffré, 1988.
- NOTARO, L.: «Sulla tutela dei diritti della comunità ecclesiale: Appunti giurisprudenziali», *Monitor Ecclesiasticus*, 1988, p. 113 y ss.
- PACTEAU, B.: «Quel juge pour les communaux? (Note)», *Revue Française de Droit Administratif*, 1988, pp. 410 y ss.
- PRETOT, P.: «Le juge administratif et le licenciement pour motif économique: quelques observations en marge», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 272 y ss.
- SCHULTE, B. H.: «(In-)Kompetenzen des Verwaltungsrichters bei der örtlichen Augenscheinseinnahme», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, 16, pp. 1.006 y ss.
- TONDI DELLA MURA, G.: «Interessi diffusi e attività ecclesiastica», *Monitor Ecclesiasticus*, 1988, p. 105 y ss.

D) DERECHO PROCESAL LABORAL

1. España

- ALONSO OLEA, M.: «Sobre la nulidad del acto de nulidad», en *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- AUSERE PÉREZ, A.: «Algunas experiencias del proceso laboral», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1988, 6, pp. 51 y ss.
- BAYLOS GRAU, A.: «El arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga en servicios esenciales», *Poder Judicial*, 1988, 11, pp. 127 y ss.
- DURÁN LÓPEZ, F.: «El principio de igualdad en las relaciones laborales: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», en *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «El plazo para el ejercicio de la acción ejecutiva en lo laboral», *Relaciones Laborales*, 1988, 24, pp. 9 y ss.
- MONTOYA MELGAR, A.: «Los procesos laborales y el sistema del derecho del trabajo», en *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- PÉREZ DEL RÍO, T.: «La impugnación directa de convenios colectivos por vía ordinaria», *Relaciones Laborales*, 1988, 8, pp. 16 y ss.
- REDACCIÓN: «Preparación e interposición del recurso de suplicación», *Relaciones Laborales*, 1988, n.º 16, pp. 65 y ss.
- RELACIONES LABORALES: «Recurso de casación: el error de hecho», *Relaciones Laborales*, 1988, 21, pp. 63 y ss. y 22, pp. 78 y ss.
- RODRÍGUEZ MOLERO, A.: «La inembargabilidad de las pensiones», *Actualidad Laboral*, 1988, pp. 1.705 y ss.
- VALDÉS DAL-RE, F.: «Competencia funcional de los órganos de nueva planta del orden jurisdiccional social», *Actualidad Laboral*, 1988, pp. 1.649 y ss.

2. Extranjero

- BACHELIER, G.: «Le contrôle du juge administratif sur le règlement intérieur des entreprises», *Droit Social*, 1988, 12, pp. 785 y ss.

- BERAUD, J. M.: «Les recours juridictionnels dans les rapports de travail internationaux», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 519 y ss.
- DESDEVISES, Y.: «Quelques remarques sur le statut du conseiller prud'homme, magistrat non professionnel», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 713 y ss.
- FRIER, P. L.: «Le contentieux administratif des grands licenciements économiques: fausse sortie?», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 678 y ss.
- JEAMMAUD, A.: «Les reglements non juridictionnels des litiges prud'homaux», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 55 y ss.
- LALONDE, M.: «Reflexions sur le futur contentieux prud'homal», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 300 y ss.
- LASSERRE, B.: «Le controle du juge administratif sur le refus de conclure avec un employeur une convention d'allocations spéciales (concl. Conseil d'Etat 19 novembre 1986)», *Droit Social*, 1988, pp. 392 y ss.
- MASANOVIC, P.: «Un substitut au déclenchement des grèves: les procédures judiciaires de défense collective», *Droit Social*, 1988, pp. 639 y ss.
- MAYAUD, Y.: «Les recours au juge repressif», *Droit Social*, 1988, pp. 510 y ss.
- NORMAND J.: «Le contentieux, nouvelles perspectives», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 259 y ss.
- PORCHER, P.: «Quelques éléments a propos de l'exécution des décisions prud'homales», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 395 y ss.
- PRETOT, P.: «Les litiges entre les organismes d'assurance maladie et les professions de santé: questions de compétence», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 166 y ss.
- PRETOT, X.: «La tutelle de l'Etat sur les organismes de Sécurité sociale, aspects contentieux», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 769 y ss.
- PRETOT P.: «Le juge administratif et le licenciement pour motif économique: quelques observations en marge», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 272 y ss.
- RAY, J. E.: «Controle minimum ou controle normal du juge en matiere disciplinaire», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 365 y ss.
- SAVATIER, J.: «A propos de l'action en justice des comités d'entreprise», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 101 y ss.
- SPORTOUCH, J. M.: «Les recours au juge du propvisoire en droit du travail», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 503 y ss.
- SUPIOT, A.: «Le controle prud'homal des licenciements économiques», *Droit Social*, 1988, 4, pp. 268 y ss.

TEYSSIE, B.: «La raison, la grève et le juge», *Droit Social*, 1988, pp. 562 y ss.

F) DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

1. España

- ALVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Control de oficio de la competencia judicial internacional (A propósito de la Sentencia del juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón de 15 de abril de 1986)», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, IV, pp. 87 y ss.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: «En favor de la atribución al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la competencia de estatuir, a título prejudicial, sobre la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al prof. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, 1988.
- COBREROS MENDAZONA, E.: «Intervención judicial previa y otorgamiento efectivo de amparo por el Tribunal Constitucional (SS. TC núms. 101 y 159 de 1987)», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1988, 20, pp. 135 y ss.
- CREMADES, B. M.^a: «Nuevo Código ético para los árbitros internacionales», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, IV, pp. 9 y ss.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «El Tribunal Constitucional Federal alemán ('Bundesverfassungsgericht') y la Corte Constitucional italiana. Un estudio orgánico», *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, 2, 219 y ss.
- FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M.^a T.: «La ejecución de laudos arbitrales con arreglo a la Convención de Nueva York. Análisis de la jurisprudencia estadounidense», *Revista de Derecho Privado*, 1988, pp. 552 a 578.
- GARBERI LLOBREGAT, J.: «La innovación formal del derecho vulnerado y el recurso de amparo constitucional», *Revista de Derecho Procesal*, 1988, 2, pp. 459 y ss.
- GARRO, A. M.: «El arbitraje en América Central y la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mer-

- cantil Internacional ('UNCITRAL'), *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, IV, pp. 51 y ss.
- GECK, W. K.: «Nombramiento y status de los magistrados del tribunal constitucional Federal de la RFA», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, n. 22.
- GÓMEZ MONTORIO, J. A.: «El control previo de constitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, n. 22.
- IRIARTE ANGEL, J. L.: «El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros según el artículo 60 del proyecto de la Ley de Arbitraje», *Actualidad Civil*, 1988, pp. 1.901 y ss.
- LORCA NAVARRETE, A. M.^a: «La cláusula de orden público en la homologación de laudos arbitrales y sentencias extranjeras en España, según la doctrina del Tribunal Constitucional español», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1987, IV, pp. 81 y ss.
- MILANS DEL BOSCH PORTOLÉS, I.: «La eficacia extraterritorial de las decisiones de jurisdicción voluntaria», *Revista General de Derecho*, 1988, 522, pp. 1.181 y ss.
- PALACIO GONZÁLEZ, J.: «El tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como órgano jurisdiccional internacional», *Estudios de Deusto*, 1987, n. 79, pp. 277 y ss.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PEREZA, J.: «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El amparo electoral», en *Revista de Derecho Político*, 1988, 25, pp. 199 y ss.
- RUBIO LLORENTE, F.: «El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la L.O. 6/1988)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1988, 60.
- RUBIO LLORENTE, F.: «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, 22.
- VULLIEMIN, J. M.: «El Tratado entre España y Suiza sobre la ejecuc. recíproca de sentencias o fallos en materia civil o comercial de 19 nov. 1896: la autoridad española competente en materia de 'exequatur'», *Revista General de Derecho*, 1988, 522, pp. 1.219 y ss.

2. Extranjero

- ARNALDEZ, J. J. y JAKANDE, E.: «Les amendements apportés au Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (C.C.I.)», *Revue de L'Arbitrage*, 1988, 1, p. 67 y ss.

- BERAUD, J. M.: «Les recours juridictionnels dans les rapports de travail internationaux», *Droit Social*, 1988, pp. 519 y ss.
- BOTTA, R.: «L'exequatur delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nei nuovi accordi tra Stato e Chiesa», *Il Diritto Ecclesiastico*, 1986, 3-4, pp. 516 y ss.
- BUDIN, R.: «La nouvelle loi suisse sur l'arbitrage international», *Revue de L'Arbitrage*, 1988, 1, p. 51 y ss.
- DARMON, M.: «Juridictions constitutionnelles et droit communautaire», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1988, 2, pp. 217 y ss.
- FAWCETT, J. J.: «A New Approach to Jurisdiction over Companies in Private International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, 1988, pp. 645 y ss.
- HUET, A.: «Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales, en droit international privé français», *Journal du Droit International*, 1988, 1, p. 5 y ss.
- MANITAKIS, A.: «Fondement et légalité du contrôle juridictionnel des lois en Grèce», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1988, 1, pp. 39 y ss.
- POUDRET, J. F.: «Les voies de recours en matière d'arbitrage international en Suisse selon le Concordat et la nouvelle loi fédérale», *Revue de L'Arbitrage*, 1988, pp. 595 y ss.
- PRUJINER, A.: «La gestion des arbitrages commerciaux internationaux: l'exemple de la Cour d'arbitrage de la CCI», *Journal du Droit International*, 1988, 3, pp. 663 y ss.
- STOCK, M.: «Das vierte Rundfunkurteil des Bundesverfassungsgerichts: Kontinuität oder Wende?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 217 y ss.
- TROCKER, N.: «La pregiudizialità costituzionale», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988, pp. 796.
- WAGNER, V.: «Der erneute Beginn der Berufungsbegründungsfrist nach verfassungsgerichtlicher Unterbrechung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 1.184 y ss.
- WASSERMANN, R.: «Richterlicher Selbstschutz bei der Ablehnung von Richtern des BVerfG?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 418 y ss.
- WEIS, R.: «Gegenvorstellungen bei der Verletzung von Verfahrensgrundrechten», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 1.314 y ss.
- WENCKSTERN, M.: «Verfassungsrechtliche Fragen der Immunität internationaler Organisationen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 40, 1987, II, pp. 1.113 y ss.