

JUSTICIA 94

NUMERO III

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:

JOSÉ ALMAGRO NOSETE

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

JOSÉ V. GIMENO SENDRA

JUAN L. GÓMEZ COLOMER

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI

JOSÉ S. MARTÍN OSTOS

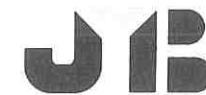
JUAN MONTERO AROCA

VÍCTOR M. MORENO CATENA

MANUEL P. ORTELLS RAMOS

MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ

JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO



1994

JOSÉ MARÍA BOSCH EDITOR, S. A. — BARCELONA

«JUSTICIA 94» 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 recensiones), Dr. Francisco Ramos Méndez,
Paseo de Gracia 92, 08008 Barcelona. Tel. (93) 487 11 12. Fax (93) 487 35 62.

I N D I C E

EN ESTRADOS

La situación de la ejecución singular en España por Francisco Ramos Méndez 519

DACIONES DE CUENTA

Algunas observaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 20 de abril de 1994 por Joan Verger Grau 527
Garantía de defensa del demandado por Alex Carocca Pérez 583

DESPACHO ORDINARIO

Los Tribunales han dicho por Joan Picó i Junoy y Francisco Málaga Diéguez 631

COMISIONES ROGATORIAS

Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal para la República de El Salvador por José de los S. Martín Ostos 671

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS 759

TERMINOS PERENTORIOS 799

© 1994, José M.^º Bosch, editor, S. A.
Rosselló, 22 — 08029 Barcelona

Depósito legal: B. 19.117-87
ISSN: 0211-7754

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

LA SITUACION DE LA EJECUCION SINGULAR EN ESPAÑA *

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal

Esta mañana estamos evidentemente en una jornada europea. Por lo tanto, yo creo que, dentro de este espíritu que ha presidido hasta ahora todas las intervenciones, la mía trataría de introducir algún dato de reflexión general. Las líneas concretas, o un ejemplo de lo que puede dar de sí una perspectiva de armonización de la ejecución a nivel europeo, ha sido expuesta magistralmente por el profexor Tarzia a primera hora de la mañana. Yo creo que la materia ha quedado centrada, sometida a consideración de la sala, y ya no es tarea mía insistir en ese aspecto.

Seguidamente hemos asistido a una intervención, asimismo de corte europeo, desde el punto de vista del sistema francés. Ahí queda. Nuestro cometido desde el punto de vista de la doctrina española, y desde el punto de vista de lo que puede aportar el sistema español, ha correspondido a la jornada de ayer, y todavía queda una sesión esta tarde para dedicarle a este tema.

Yo me encuentro por lo tanto descolocado. Descolocado y sin saber

* Transcripción de mi intervención en las Jornadas sobre la ejecución singular organizadas por el Ilustre Colegio de Procuradores de los Tribunales de Barcelona, el 18 de diciembre de 1993.

exactamente cuál debería haber sido mi intervención. De todas formas he optado por una postura personal que voy a transmitir a la sala. Evidentemente, la postura se refiere a la situación española. Y es una invitación general a una reflexión que se va a limitar exclusivamente a tres puntos y a nivel de principios. Por lo tanto, no a nivel de soluciones concretas; no a nivel de opciones por una u otro instrumento (porque éste es un tema todavía abierto en el debate); pero sí, como he dicho, a nivel de principios. Porque creo que para abordar una perspectiva europea, y sobre todo para tratar de incorporarse a este carro de la armonización, lo que conviene es hacer esa reflexión que nunca se hace sobre dónde estamos, a dónde queremos ir, y cuál es el método a seguir. Por aquí van mis reflexiones.

1. ¿DÓNDE ESTAMOS?

La reflexión para mí parte de un «standard» que es una frase común tanto en la doctrina, en la jurisprudencia y que además está en nuestra Constitución. Todo el mundo sabe que el Poder Judicial tiene como cometido, en frase célebre acuñada en nuestra tradición jurídica, el «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».

Cada vez que pronunciamos esta frase nos relamemos de gusto. No puedo evitar que a mí se me ocurra siempre y me venga a la mente una imagen que se puede considerar frívola. Yo pienso siempre en aquel codrillo del cuento de Peter Pan que está esperando que caiga el Capitán Garfio para comérselo. Y se relame de gusto. Y esta es la misma situación que nos pasa a nosotros cuando pronunciamos esta frase: «Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».

Si miramos a la cátedra, todo el mundo sabe lo que se explica y lo que se dice que encierra esta frase feliz. Si le preguntamos a un Juez o le preguntamos a cualquier representante del Poder Judicial, jamás pondrá en duda que él tiene el poder, que él tiene la fuerza, y que, por supuesto, él es el que está legitimado para ejercerla y para hacer ejecutar aquel fallo que previamente ha dictado. Está convencido cuando lo dice y además nadie quiere hacer concesiones, o por lo menos hay una cierta reticencia a que se le robe protagonismo a la hora de decir: «Cuidado. Yo soy el Poder Judicial, tengo un mandato constitucional y por lo tanto quiero cumplirlo, quiero ejercerlo».

Me he preguntado muchas veces por qué nuestra Constitución, después de haber sentado las bases del Poder Judicial ha introducido un

artículo que para mí es una tautología, y espero que para todo el mundo que lo considere con una cierta frialdad. Hay un artículo, que es el 118 de nuestra Constitución, que dice que «es obligado cumplir los fallos judiciales y que todo el mundo debe prestar colaboración para que los fallos judiciales se cumplan».

Siempre me he preguntado por qué en nuestra Constitución hemos metido este artículo. ¿Será que somos un país latino en el cual una cosa es lo que dicen las leyes y otra cosa es lo que ocurre en realidad? ¿Será que los fallos judiciales no se cumplen, y entonces el legislador constitucional nos ha querido recordarlo expresamente y decir: oiga que las sentencias son para cumplirse?

No lo sé. Francamente, es un tema que me ha dejado muchas veces pensativo, pero que creo que en el ánimo del público y en el ánimo de toda persona de buena voluntad (de acuerdo con las fechas navideñas en las que nos encontramos) es fácil de entender.

Bueno, pues esto que es el cuadro constitucional, esto que es el espíritu de la cátedra, del estudiante, del propio Poder Judicial, de sus representantes, está claro que no se corresponde con la realidad, o al menos no se corresponde tanto como todos quisiéramos. De hecho, todo el mundo nos lamentamos (porque a veces somos un poco plañideros todos) de que la realidad de la ejecución no corresponde a ese mandato constitucional, de que haya una cierta dejación de la ejecución, de que haya un cierto desentendimiento cuando llega el momento de la ejecución por parte del Poder Judicial o por parte de los Jueces encargados de ejecutar las sentencias, pues como una cierta remisión «*ad kalendas graecas*». Hay una rutina que funciona. Es decir, el papel sale regularmente cada día, pero no sale con la voluntad de cumplir, sale con la voluntad de simplemente mover el papel. Por lo menos ésta es la visión que tiene el práctico. Es la visión que tiene aquel que se acerca a la realidad de los Juzgados. Y a mí no me importa que alguien me desmienta si efectivamente no lo cree así. Yo hablo de la realidad que conozco, y por lo tanto es una opinión exclusivamente personal que tampoco se puede tomar más allá de lo que vale en sí misma considerada. Por ejemplo, está claro que llegar a una ejecución de una sentencia que presenta alguna complejidad o alguna dificultad, se convierte en una montaña, se convierte en un nuevo juicio. Tan pronto como surge el primer obstáculo, el que paga las consecuencias es el litigante victorioso, precisamente al que la Justicia le ha dado la razón.

Al final me parece que ayer se ha hablado largo y tendido sobre esto; tan pronto aparece al portillo: «¡Huy!; esto no; remitámoslo a un

juicio posterior». Pero ¡hombre!, por favor, hemos llegado ya a una resolución definitiva, hemos llegado a una resolución firme, lo que se espera es que se cumpla. No hay que invertir la posición de intereses que en este momento tienen las partes. Hay una parte que ha ganado en buena lid, que ha creído bueno el sistema, que, además, ha llegado al final después de un laborioso camino; pues, esta parte se la sigue considerando como un vencedor, pero un vencedor de aquéllos que aplana y que hay que moderar: «No, no corra usted. Vaya despacio. Aquí todo dentro de un orden».

Bueno, seguramente esto es lo que tenemos; seguramente esto esté todavía ínsito en nuestra idiosincrasia y no sé si hay que lucar contra ello.

Y ahora otro apunte más: ¿Se resquebrajaría el sistema constitucional si admitimos la intervención de profesiones privadas en la ejecución? Desde un punto de vista dogmático puede haber una postura absolutamente contraria al tema, pero yo invitaría a todo el mundo a reflexionar. Bueno, qué ha pasado a nivel de policía: ¿No subsiste la policía oficial con cantidad de empresas privadas de seguridad que, incluso, son los encargados de custodiar los edificios públicos porque el Estado no se fía de su propia policía? Qué ha ocurrido, por ejemplo, con un sistema como el de Correos que era un sistema tan clásico y tan bien considerado por todos nosotros y que, sin embargo, subsiste al lado de unos «couriers» privados, que efectivamente han irrumpido con fuerza en el mercado y han incrementado su volumen de negocio en razón de la efectividad que proporcionan.

¿En materia judicial, y sobre todo en materia de ejecución, sería una herejía acudir también a dar juego a las profesiones privadas? Yo ya digo que mi postura personal es que no, que no se resquebrajaría ningún principio; pero esto sería un motivo de reflexión en general sobre este primer punto, que se refiere al estado actual del sistema.

2. ¿A DÓNDE QUEREMOS IR?

Segundo punto: el segundo punto de mi reflexión, también muy breve, se refiere sobre todo al futuro. Vale la pena preguntarnos qué tipo de ejecución queremos. Porque está visto que en este momento, teniendo un sistema que es drástico, diciendo que una vez juzgado, una vez llegado a un fallo judicial firme, hay que cumplirlo, hay que ejecutarlo o nosotros nos lo tomamos con parsimonia, o la práctica judicial va un poco a re-

molque y le cuesta trabajo hacer ejecutar sus fallos, a lo mejor porque no cree en ellos, y esto es grave.

¿Qué sistema de ejecución queremos? ¿Queremos un sistema de ejecución drástico, un sistema de ejecución que realmente cuando se haya llegado a un fallo definitivo, haya que cumplirlo pese a quien pese y pase lo que pase? Con contadas excepciones, siempre podemos admitir excepciones, pero no hasta el punto de invertir el sistema, de que las excepciones se conviertan en la regla general. Vale la pena preguntárselo.

Por ejemplo, todo el mundo sabe lo difícil que es desahuciar a una persona que simplemente no paga la renta: se le conceden mil y una prórrogas, es decir, se tardan años en desahuciarla y luego, al final, sólo se la desahucia cuando ya cansado, agotado, está a punto de irse. No cremos en el sistema. La Ley dice lo contrario, la Ley dice que en 24 horas un señor que no paga, cuando hay una sentencia firme, tiene un plazo muy breve, llegado el cual tiene que marcharse. No hay un Juzgado que se atreva a hacerlo en este momento. ¿Queremos eso? Si no lo queremos o nos repugna, también puede ser que nos repugne, que sea demasiado drástico. habrá que establecer inmunidades de ejecución, habrá que introducir en el sistema la regla para decir: No, en estos casos el fallo judicial, a pesar de todo, no se puede cumplir. Como éste hay miles de ejemplos. Por tanto yo no estoy seguro de que en este momento sepamos todavía lo que queremos.

Porque nuestra ejecución tiene dos grandes vertientes: funciona perfectamente en contra del deudor que es solvente, perfectamente; pero funciona hasta el extremo de que al deudor solvente lo aniquila; es decir, somos capaces de subastar un patrimonio de mil millones de pesetas para pagar una deuda de cien mil pesetas. No pasa nada, lo aniquilamos. En cambio, la ejecución queda absolutamente cortada al principio, y no se hace absolutamente nada, es decir, el sistema es completamente indolente, frente al deudor que ha sabido organizar su insolvencia. Sin grandes complicaciones; incluso con la mera chapuza es absolutamente inmune. Me he encontrado aquí con el velo de la personalidad jurídica de una sociedad. Cuántas sociedades cierran la persiana de un local que todo el mundo sabe que está identificado previamente; lo abre al lado o en la calle de atrás, y en la ejecución nuestra no pasa absolutamente nada, no ocurre nada; nos encojemos, «nos vamos con el rabo entre las piernas», y no se puede hacer nada. Bueno, es lo que tenemos.

Tenemos que reflexionar si efectivamente queremos un sistema fuerte, con cumplimiento de los fallos judiciales, porque este parece que es el esquema constitucional, o si queremos un sistema de paños calientes,

un sistema de abusos. Es decir, «de matar pulgas a cañonazos o de matar pulgas con elefantes», porque esto es nuestra ejecución en este momento. Seguramente a la hora de acudir a una perspectiva europea, pues vale la pena considerar qué es lo que queremos.

3. ¿CUÁL ES EL MÉTODO A SEGUIR?

Tercer punto y último de mi reflexión. El método.

El método a seguir en la reflexión y en la puesta en escena, es decir, en la reforma y sobre todo en el saber qué es lo que queremos hacer. Bueno, a mí se me ocurre que en los últimos tiempos ha existido una endogamia terrible en todas las instituciones del país.

El poder político, se aferra a su poder, lo ejerce, no admite quiebras en el sistema, ni siquiera las cosas exclusivamente técnicas. ¿Hay voluntad de diálogo? No, no; «yo mando, yo ejerzo, yo digo, yo impongo...». Por criticarnos a nosotros mismos: la Universidad apuesta por la endogamia, promociona a sus propios profesores desde dentro: que no venga nadie, que me pueden robar el puesto, ¿eh? el Poder Judicial ha hecho exactamente lo mismo, se escucha a sí mismo, reclama competencias a todos los niveles. Yo no digo que esto no sea legítimo, y que efectivamente haya sido, a lo mejor, fruto de las circunstancias del país en los últimos tiempos, pero seguramente es imposible (si mantenemos este diálogo de sordos) hacer nada, construir nada a la hora de realmente reformar una materia..., que es técnica, que interesa a la *res* pública, que interesa a todo el mundo, que interesa a los ciudadanos...

Aquí nos encontramos en una audiencia y en un foro que podría servir de ejemplo: está representada la cátedra; el Poder Judicial; las profesiones forenses. Nos hemos abierto, no sólo a nuestro país; nos hemos abierto al público europeo. Está representada la Administración de Justicia; están representados los estudiantes. Pero esta situación es la excepción; es que este esquema a la hora de formular las Leyes no se da, no se repite.

Pongo ejemplos para que no se me tache de que «tiro la piedra y escondo la mano». En los últimos años, en las últimas reformas procesales, yo no conozco absolutamente ni puede decir el nombre (si alguno lo conoce que me lo diga) de ningún profesor universitario, de los que se dedican a la materia, que haya intervenido en una sola reforma procesal o que le haya sido consultada su opinión. No cuenta; estorba. Siempre pondrá problemas de esos académicos. Bueno, también conozco la diatri-

ba que se mantiene, por ejemplo, entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia. Al final, las Leyes procesales de los últimos tiempos son leyes espúreas, leyes de autor desconocido, leyes en las que nadie ha dado la cara. El resultado está a la vista, y realmente es difícil reconocer la paternidad cuando el resultado está a la vista. Pero yo me pregunto: ¿Esto tiene que seguir así? ¿Es que es esto realmente lo que queremos?, es ésta la realidad en la que nos tenemos que mover a la hora de reformar las leyes?

Uno no puede leer ahora un artículo escrito por un Notario, porque defenderá literalmente su postura para repartirse el «pastel» jurídico. Lo mismo ocurre con los Secretarios Judiciales. Cada artículo escrito por un Juez está reivindicando su parcela de poder, su comodidad. Yo no sé si la cátedra está cometiendo los mismos errores; me temo que no. Yo al menos he tratado de que no haya sido así en mi fuero interno. Pero, a lo mejor, alguien me puede acusar de que esto también sea así.

Bueno, creo que si todo el mundo está escribiendo, está actuando, está haciendo intervenciones públicas con unos objetivos exclusivamente corporativos, con unos objetivos, diría yo, superinteresados, es difícil avanzar. Nos podemos reír, o podemos convertir esto en un reparto simplemente de «presa»; o un reparto de «mercado», en el que cada uno va a lo suyo. Pero, bueno, me pregunto si esto es serio en un país que presume de estar incorporado a las más modernas corrientes jurídicas de pensamiento, de sistema de organización, etc. Porque esto no quiere decir que no sean legítimos los intereses de cuerpo, y que no sean legítimos los intereses de clase; hay que defenderlos. Seguramente en este aspecto tendríamos mucho que aprender de los norteamericanos. Habría que institucionalizar los «lobbys»; o habría que dar audiencia a cada uno de los sectores interesados, sabiendo que el portavoz defiende los intereses del sector. Pero, luego, a la hora de arbitrar y a la hora de buscar la solución, pues, seguramente, el pastel se podría repartir racionalmente, para que la institución funcionase.

Me pregunto, y aquí termino mi reflexión, si, efectivamente, el método que hemos seguido hasta ahora en las reformas responde a esos intereses de clase, o responde a esta endogamia de que venía hablando, y si eso sigue siendo válido para proyectarse en un futuro europeo. Mi opinión personal es que no.

De todas maneras, y concluyo, ninguna de estas tres reflexiones deben tomarse con una excesiva, diría yo, como si nos hubiéramos «rasgado aquí todas las vestiduras»... No: es una reflexión que invita al diálogo, a la concordia, es, una vez más, una reflexión en vísperas de

Navidad, que espero que deje un mensaje de colaboración, de concordia; y nada, pues, todo el mundo tan contento, y que siga interviniendo desde su pequeña posición en el ordenamiento jurídico, en relación con el sistema, como mejor crea o como mejor juzgue preciso. Nada más; muchas gracias.

DACIONES DE CUENTA

ALGUNAS OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO DE 20 DE ABRIL DE 1994

JOAN VERGER GRAU
Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO:

I. El modelo de jurado propuesto en el Proyecto de Ley. — II. La incidencia del jurado puro en la determinación de los hechos y la práctica de las pruebas: 1. Hechos y Derecho; 2. Las pruebas ante el Tribunal del jurado (*law of evidence*): 2.1. La admisibilidad de las pruebas; 2.2. Práctica de la prueba testifical; 2.3. Resumen final e instrucción sobre las pruebas. — III. Algunos problemas que plantea el jurado puro en nuestro ordenamiento positivo: 1. La calificación jurídica y el principio de legalidad; 2. Necesaria adaptación de la Lecrim, y de la Jurisprudencia a la práctica de la prueba ante el jurado: 2.1. Efecto ejemplarizante; 2.2. Preceptos relacionados con la prueba; 2.3. Testigo y testimonio de referencia; 2.4. La práctica de la prueba testifical en nuestro ordenamiento. 3. Algunas cuestiones puntuales del Proyecto de Ley del jurado: 3.1. Variación no sustancial e indefensión; 3.2. Comprobación o ponderación de la imputación; 3.3. Cuestiones previas; 3.4. Auto de hechos justiciables; 3.5. Juramento de los jurados y criterio de valoración de la prueba; 3.6. Apelación del «no culpable»; 3.7. Responsabilidad civil del «no culpable».

I. EL MODELO DE JURADO PROPUESTO EN EL PROYECTO DE LEY

Ante la necesaria reinstauración del jurado por mandato del art. 125 CE un importante sector doctrinal, en el que hay adversarios y partidarios del jurado, se ha venido pronunciando, casi unánimemente¹, en favor de un jurado mixto². En esencia, la razón es que, siendo imposible

1. Vid., p.e., MARTÍN OSTOS, J.: *Jurado y Escabinado (participación popular en la Administración de Justicia)*, Madrid, 1990, p. 28, 29. GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El futuro jurado español*, en *Justicia* 91, n.º 1, p. 93. FAIRÉN, V., con SERRA, M. y otros en *El Jurado*, Universidad de Alicante, 1983, passim. GIMENO, V.: *El Jurado*, en *Constitución y Proceso*, Madrid, 1988, pp. 50 y ss. PEDRAZ, E.: *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, p. 77 con citas de PISANELLI, GAROFALO, FERRI, etc. (p. 72), etc.

2. No me parece apropiado utilizar el término «escabinato» o «escabinado» para designar un jurado compuesto sólo por legos en derecho, por ciudadanos llamados por sorteo que, después de asistir al juicio oral, se reúnen con el magistrado o magistrados, deliberan y votan la sentencia, estableciendo los hechos, el delito, sus circunstancias y la pena. Aunque mixto, porque en ese momento final se compone de legos y de profesionales, sigue siendo un jurado y no un escabinato.

El escabino, figura creada, al parecer, por Carlomagno (GRASSO, G.: *Giuria e Corte d'Assise*, Torino, 1974), era en la Alta Edad Media un funcionario revestido de autoridad para dictar sentencia y asesorar al Conde o al Rey durante el juicio. Su cargo era vitalicio. Los escabinos se elegían en base a criterios económicos —propietarios— o intelectuales —conocedores del derecho—. Tiempo después, la sentencia, aunque firmada por los escabinos, era formalmente proclamada por un Magistrado. Cuando en el s. X se organiza la jurisdicción feudal, el escabino se convierte en un juez profesional (ob. cit., pp. 69 a 87).

En la Francia de la Baja Edad Media y en la Edad Moderna el escabinato —*echevinage*— era una jurisdicción municipal distinta de los jurados, continuadora de la instaurada por Carlomagno (ESMENIN: *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIème. siècle jusqu'à nos jours*, Paris, 1882, pp. 15 y 16). El escabino era pues, antes de la Revolución, un magistrado municipal. También en los Países Bajos recibía el nombre de escabino el adjunto al Burgo-maestre. En Francia fueron suprimidos en 1789 (*Nouveau Larousse Universel*, 1958. T. I, voz *echevinage*).

Según DAWSON (*A History of Lay Judges*), citado por KALVEN, H. y ZEISEL, H. en *The American jury*, 1986 (reimpresión), p. 3, nota 1, los *schöffen* (escabinos), se conservaron en el Centro, Este y Norte de Europa, mientras que el jurado se extendió a Europa Occidental a través de Francia, llegando incluso hasta Rusia en 1864. También para STEIN, P. los *schöffen* eran miembros respetables de la comunidad, seleccionados por sus conocimientos de derecho consuetudinario, asegurando así la continuidad en su aplicación, si bien no eran profesionales, pues dedicaban la mayor parte del tiempo a sus otras ocupaciones (*Legal Institutions*, London, 1984, p. 24).

Ha sido el derecho germánico el que ha utilizado el término *schöffengericht* para designar a un Tribunal «parecido» al jurado mixto. En el art. 42 StPo se establece que los escabinos serán nombrados por cuatro años y que «cada escabino titular sorteado será llamado a doce audiencias diarias (art. 42.2 StPo); serán dos por tribunal y administrarán justicia junto con un Magistrado, o dos, si se estima necesario (art. 29 StPo) (GÓMEZ COLOMER, J. L.: *El proceso penal alemán: Introducción y normas básicas*. Bar-

la división entre hechos y derecho en el momento de dictar sentencia, de calificar o subsumir determinadas conductas en un tipo delictivo, de calibrar la antijuridicidad y la culpabilidad, las formas de participación o los grados de ejecución, etc., es mucho más coherente con nuestro sistema jurídico el que los jueces, técnicos en derecho, a quienes correspondía hasta ahora «interpretar» jurídicamente los hechos y también valorar debidamente las pruebas, pudieran colaborar con los ciudadanos legos miembros del jurado en estos mismos cometidos que, por otra parte, seguirán correspondiendo exclusivamente a los jueces técnicos en la inmensa mayoría de procesos penales que no se celebrarán ante jurado.

La valoración de la prueba, su admisibilidad y las reglas para su práctica son cuestiones aun de mayor enjundia, pues se vuelve a importar un jurado puro, sin experiencia ninguna para el juicio oral, en un sistema como el nuestro que, contrariamente al anglosajón, carece de un cuerpo de derecho probatorio de capital importancia —*law of evidence*— pacientemente elaborado a lo largo de los años en aquellos países para tratar de evitar a los jurados «puros» algunas de las más frecuentes malas interpretaciones de la prueba y el acceso al juicio de pruebas poco fiables. Se ignoran aquí o a veces se prohíben por nuestro derecho las

celona, 1985, p. 454 y ss.). También PRIETO CASTRO, L. (*Aspectos procesales de la Ley del Jurado*, en Jornadas conmemorativas del centenario de la ley del jurado, Madrid, 1988, p. 23), dice que los escabinos, a diferencia de los jurados eran, en derecho alemán, jueces con cargo no funcional, «elegidos en razón de sus conocimientos en materias concretas» y descarta que el escabinato pueda tener cabida dentro del término jurado, utilizado por el art. 125 CE. «Jurado» —dicen ROXIN, C., ARTZ, G. y TIEDEMANN, K. en *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Trad. por ARROYO ZAPATERO, L. y GÓMEZ COLOMER, J. L.— «se llamaba anteriormente a los jueces honorarios en un tribunal de jurado. Hoy son llamados, al igual que el resto de los asesores honorarios en los tribunales penales, escabinos».

El Consejo General del poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de ley del jurado que comentamos, de fecha 13 de abril 1994, parece compartir el mismo criterio sustentado en los diversos países de nuestra área lingüística cuando en el Cap. II (Introducción, p. 8) dice: «Debe admitirse sin embargo que la evolución del uso normal en toda Europa del concepto de jurado o equivalentes para hacer referencia al *jurado mixto* otorga al concepto un contenido institucional que permite considerarlo incluido dentro del abanico de posibilidades que ofrece el art. 125 CE».

Así pues, si en las lenguas romances se ha conservado el término romano —*jury*, *giuria* o *jurado*— para designar al jurado mixto francés, italiano o portugués (art. 365 del C. Pr. Portugués), en el que a diferencia del escabino medieval o del *schöffe* alemán, el ciudadano es llamado como juez ocasional o «juez por un día» (*Le Monde*, 16.06.1992), no hay razón para adoptar en castellano una terminología extravagante que, además, no corresponde a la institución que pretende definir, pues p.e. en Francia a nadie se le ocurriría llamar *echevinage* al *jury* que, junto con los Magistrados, dicta las sentencias penales de los delitos graves.

técnicas especiales de interrogatorio a los testigos para valorar mejor su credibilidad y sacar el mayor partido posible de la contradicción. Ciertamente que este derecho probatorio también rige en los países anglosajones cuando el juicio se celebra sin Jurado, sólo ante el Magistrado, pero entonces con mucho menos rigor, pues se confía en la experiencia de los jueces profesionales para suplirlo³.

Todas estas técnicas y normas no son tan necesarias en los países continentales sin jurado o con jurado mixto, pues se suplen con la experiencia del juez que, además, hasta hace poco, fallaba⁴ teniendo especialmente en cuenta lo actuado en la instrucción. Por otro lado, cuando hay jurado mixto, el Magistrado también asesora sobre las pruebas y la interpretación jurídica de los hechos. Claro que en ese caso puede comprometerse la independencia de los jueces legos frente a los jueces técnicos⁵, pero aparte de que el mayor o menor empeño que pongan aquéllos en el ejercicio del cargo estará en relación con su nivel de educación cívica⁶, no parece razonable objetar a que reciban el asesoramiento adecuado durante la deliberación del veredicto-sentencia que comprende los hechos, la calificación y la pena.

Además de razones de técnica jurídica —como p.e. la motivación de las sentencias—⁷ los principios políticos, sociológicos o filosófi-

3. SCAPARONE, M.: *Common Law e processo penale*, Milano, 1974, p. 108.

4. Y lo sigue haciendo aún en algunos países, p.e. en Francia, en donde la convicción del tribunal puede obtenerse tanto de los elementos obtenidos en las diligencias o en la instrucción como de los producidos en el debate. STEFANI, LEVASSEUR y BOULOC: *Procédure Pénale*, París, 1987, p. 881.

5. FAIRÉN, V.: *La figura del juez*, en *Temas de Ordenamiento Procesal*, Madrid, 1969, t. I, p. 474 y ss.

6. En una entrevista realizada por *Le Monde* del 16 de junio de 1992, bajo el título de *Magistrats d'un jour*, los ciudadanos franceses ex-jurados entrevistados manifestaron que «no hubiesen tolerado que el Presidente les dictara el veredicto», admitiendo algunos haber estado influenciados por los Magistrados, más o menos, según la personalidad de cada uno, pero que, en último término, su propio voto era el que contaba (p. 13).

7. Un alegato en favor del jurado mixto es el de que «es una de las formas, evolucionada, del jurado, mediante la cual se facilita la salvaguardia del derecho vigente, desde luego con mayor corrección y eficacia que el jurado. Mediante la deliberación conjunta de escabinos (sic.) y magistrados se suprime la utópica exigencia de separar hechos y derecho, culpabilidad y pena; se cumple el precepto fundamental del art. 120.3 CE de motivar, fáctica y jurídicamente, las sentencias; se posibilita —como medio de garantía de publicidad— la adecuación de la justicia a la realidad social y políticamente reconocida a la que ha de responder; la intervención de los escabinos facilitaría la lucha contra el esoterismo procesal y, en general, contra el críptico lenguaje jurídico, haciendo más comprensible al justiciable el sentido y significado de las sentencias y el camino para llegar a su pronunciamiento; se disminuyen los elevados costes que el jurado clási-

cos⁸ dividen a la doctrina entre partidarios y adversarios del jurado, como sucede también en los países anglosajones, aun cuando allí los juicios con jurado se hayan reducido a proporciones ínfimas⁹.

co connota, tanto en tiempo (y precisamente la celeridad de la justicia es una de las exigencias sociales unánimemente reconocidas), como en dinero, etc.» PEDRAZ, E.: *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. Madrid, 1990, pp. 77 y 78. En el mismo sentido MARTÍN OSTOS: *Jurado (...)*, ob. cit., p. 28 y 29: «Admitida la necesidad de una oportuna participación popular en la Administración de Justicia y establecida desde distinto tiempo (...) el jurado constituyó en su momento una verdadera revolución. Paulatinamente se han ido detectando una serie de desventajas que han movido a la reconsideración de esta institución. De este modo aparece una *figura evolucionada* cual es el Escabinato (sic.), aún cuando en determinados supuestos el Jurado mantenga su primitiva denominación». También FAIRÉN: «Soy opuesto al tipo de tribunales de jueces legos, por toda una larga serie de razones, expuestas ya en mis monografías (...) y de entrar en este juego, que diputo peligroso, volvería por la vía de los escabinatos (sic.), que desde hace un siglo o menos han desplazado a los jurados ahora llamados 'puros' en toda una serie de países: en Alemania (1924), en Francia (1941-1944-1948), Italia (1951), Suiza (1939), Portugal (1975) (...)», en *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Jurado de 11 de marzo de 1994*, en la *Revista de Derecho Procesal*, 1994, n.º 2, p. 436.

8. Un resumen de estas ideas puede verse en GIMENO, V.: *El Jurado*, en *Constitución y Proceso*, Madrid, 1988, p. 15 y ss. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.: *La participación popular en la Administración de Justicia*, Madrid, 1992, p. 70 a 119. Un alegato antijuradista, fundamentado en razones jurídicas y sociológicas, en PEDRAZ, E.: *El jurado como vía de participación popular*, en *La Ley* de 29 abril 1994, n.º 3.509.

9. En EE.UU. menos de un 10%, según datos aportados por KALVEN & ZEISEL, de los que resultaba (después de la 2.ª guerra mundial) que de los delitos *perseguidos por el Fiscal*, sólo una cuarta parte iban a juicio (pueden resolverse antes por el *plea bargaining*) y de los delitos graves —felonies— sólo el 7% terminaban en juicio ante jurado. En EE.UU. los delitos menos graves son juzgados ante un solo magistrado, sin intervención del jurado e incluso los delitos graves cuyo juicio ante jurado está garantizado por la 6.ª Enmienda, pueden juzgarse sin jurado si así lo solicita el imputado y consienten el fiscal y el magistrado —que es lo que sucede en la inmensa mayoría de casos— pues se entiende que si el imputado puede declararse culpable —*guilty plea*—, *con mayor razón puede renunciar al juicio con jurado* (ob. cit., pp. 14 a 24). En Inglaterra las estadísticas ofrecen un 93% de *guilty pleas* en los tribunales sin jurado (*Magistrate's courts*) y hasta un 75% en los tribunales de jurado, por lo que la proporción de juicios con jurado en el total de causas penales es también ínfimo y, en todo, caso, menor del 10%. (Vid. PEDRAZ, E.: *El jurado como vía (...)*, ob. cit., p. 1; BARONA, S.: *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, 1994, p. 53; COTTERRELL, R.: *The Sociology of Law*; STEIN, P.: *Legal Institutions*, ob. cit., p. 63.

Por otro lado, las críticas al sistema de jurado empezaron hace ya muchos años. En 1924 se publicó un artículo en EE.UU., nada menos que en el *American Bar Association Journal* en el que, entre otras cosas, se decía: «Hace ya demasiado tiempo que se ha dejado que un caduco y estéril sistema de jurado siguiera agarrado al cuello de la Nación mientras se iba hundiendo bajo el apabullante diluvio del descrédito de aquellos a quienes debía servir. Hace ya demasiado tiempo que se ha tolerado que la ignorancia se instalara confortablemente en los estrados de la Administración de Justicia donde es tan necesario el conocimiento. Hace ya demasiado tiempo que se sigue oyendo el eco de aquel lamento shakespeariano: *la justicia ha huído hacia los brutos y las bestias, y los hom-*

No es mi propósito entrar a analizar, y menos a discutir, los argumentos en pro o en contra del jurado. Basta considerar que en España el jurado —puro o mixto— es un mandato constitucional. La participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia a través del jurado no se configura simplemente como un derecho formal, sino como garantía del sistema constitucional y es considerada por algunos consustancial con la democracia. Cada jurado —dice DEVLIN—¹⁰, es «un pequeño parlamento; jurado y parlamentarismo tienen análoga significación. El uno no puede sobrevivir sin el otro. El primer objetivo de un tirano llegado al Whitehall —prosigue— sería someter totalmente el Parlamento a su voluntad y, el siguiente paso, suprimir o reducir las funciones del jurado a la mínima expresión, porque ningún tirano podría permitirse el lujo de dejar que la libertad de alguno de sus súbditos estuviera en manos de doce de sus conciudadanos. Por ello —termina— el juicio ante jurado es más que un instrumento de justicia, más que una columna de la Constitución; es la luz que nos permite ver que la libertad sigue viva».

Ahora bien, si queremos reinstaurar un jurado puro hemos de ser conscientes del cambio que introducimos en el método de declaración del derecho y de la **coexistencia de dos sistemas jurídicos distintos**¹¹, según se confíe al jurado o al Tribunal esta declaración y, en fin, de que no podemos importar una institución ajena a nuestro sistema procesal —como lo fue también el jurado de 1888— *sin incorporar al mismo tiempo los demás instrumentos procesales* complementarios para garantizar mínimamente su fiabilidad y eficacia.

bres han perdido la razón» (en inglés en el original, citado por KALVEN, H. y ZEISEL, H.: *The American (...)*, ob. cit., p. 5).

10. DEVLIN, P.: *Trial by jury*, London, 1956, p. 164.

11. Así lo reconoce incluso la doctrina norteamericana: «El juicio ante el juez y el juicio con jurado resultan ser, no sólo dos modos distintos de interpretación, sino también dos sistemas jurídicos diferentes» KALVEN & ZEISEL: *The American (...)*, ob. cit., p. 10.

II. LA INCIDENCIA DEL JURADO PURO EN LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS

1. *Hechos y derecho*

A pesar de haber sido un tema polémico en otro tiempo¹² creo que, hoy en día, no se puede negar la mutua implicación de hechos y derecho en el momento de legislar o de dictar sentencia. No sólo el derecho, sino también los hechos han de ser interpretados. «Todos los hechos son juicios» —dice STEIN—¹³. Las máximas de experiencia son las que nos ayudan a determinar su existencia y también su alcance y significado¹⁴. La interpretación de los hechos constitutivos del tipo delictivo no depende solamente de la lógica. Cuando un jurado inglés decide que meter el brazo por la ventana para apropiarse de algo equivale a «entrar» en casa ajena, está interpretando un hecho constitutivo. Es, además, frecuente, que el jurado inglés tenga que interpretar conceptos tales como «lesiones graves», «ejercicio del comercio», «conducta injuriosa o vejatoria», etc.

12. Vid. p.e. MARTÍN OSTOS, J.: *Jurado (...)*, ob. cit., p. 11 y ss., con referencia a las opiniones de PACHECO, ESCRICHE, GARCÍA C. NÚÑEZ, SILVA MELERO, GIMENO, etc.

13. Y añade: «Los hechos se le presentan al juez como juicios; pero los juicios son siempre el resultado de una conclusión que, aunque en el mejor de los casos se produzca incoscientemente, nunca puede faltar del todo» STEIN, F.: *El conocimiento privado del juez*, trad. por A. DE LA OLIVA, Madrid, 1990, pp. 12 y 13.

14. Máximas de experiencia que son «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos» (ob. cit., p. 22). Con respecto a *la prueba* para fijar los hechos, «la teoría general sustituía —añade— la experiencia individual y la opinión del juez por ciertas experiencias promedio sobre el valor de los medios de prueba y si bien el derecho vigente ha ampliado sustancialmente el campo de discrecionalidad judicial (...) *el valor interno de aquellas reglas, injustamente calumniadas en el movimiento de reforma*, se ha cuidado, sin embargo, de que aun sin coacción sigan aplicándose. Han alcanzado el carácter de máximas de experiencia de oro» (ob. cit., p. 32 y 33).

También cuando se trata de determinar el significado o alcance de hechos que son «cosas, conceptos o conductas» es preciso el juicio crítico y la aplicación de las máximas de experiencia. «La ley que, p.e., usa el concepto de 'ferrocarril' o de 'reproducción mecánica', descansa en la observación de las realidades de su tiempo. No obstante, al juez se le presentan realidades nuevas (...) habrá otros mil casos en que *surgirá la duda en torno a la pertenencia del fenómeno a la realidad de la categoría expresada por la ley o el contrato*. Y entonces no basta *comprender la ley e interpretar acertadamente el texto* del contrato, sino que es preciso analizar con la sonda de la experiencia un segundo punto de referencia, a saber, *la circunstancia de la vida*, y se debe investigar su estructura y separar lo esencial de lo casual» (ob. cit., p. 42).

Si bien estas cuestiones suelen definirse como «hechos», cuando se deja que las resuelva un tribunal o un jurado se le está confiando que declare, no sólo lo que sucedió, sino «las consecuencias jurídicas» de lo que sucedió¹⁵. Otros ejemplos de como el jurado anglosajón «modula» el derecho a través de interpretar hechos o conductas son, p.e., determinar el alcance del «acoso sexual» o la «indecencia»¹⁶.

Quizá sería teóricamente posible aislar el hecho de su consecuencia jurídica si el jurado ignorase los cargos que se imputan al acusado, pero en ese caso, dice la doctrina, el sistema sería muy poco atractivo, pues de hecho al jurado se le exige algo más que una mera declaración de hechos. Lord Mansfield dijo que mediante un veredicto general se confiaba al jurado el poder de combinar hechos y derecho, siguiendo los prejuicios de sus pasiones e inclinaciones. Y la razón para darles tal poder de interpretación jurídica no se basa en sus mejores aciertos técnico-jurídicos ni en su mayor habilidad para descubrir la verdad, sino en que el jurado tiene potestad para fallar el caso atendiendo a *consideraciones extra-jurídicas* puesto que es necesario obtener la confianza de la sociedad en los veredictos y en el propio proceso penal. Porque, en último término —dice DEVLIN— los valores sociales de moral y justicia que rigen en una comunidad son los que *deciden sobre la culpabilidad o inocencia de las personas*¹⁷.

La ciencia alemana del derecho Penal —decía GOLDSCHMIDT— «se ha ocupado recientemente de los elementos llamados normativos del tipo legal, a saber, aquellos que no pueden comprobarse sin una valoración especial, sobre todo, *sin una valoración jurídica*, y ha llegado al resultado de que, en realidad, *todas las características del tipo representan conceptos valorativos*, en último lugar, *jurídicos*, contruidos teleológicamente». Por otro lado —concluye— «se justifica que, justamente en el proceso penal, se deje a cargo de los jurados la contestación de la pre-

15. ZUCKERMAN, A. A. S.: *The principles of criminal evidence*, Oxford, 1989, pp. 24 y 26.

16. Que según la Cámara de los Lores es «aquella conducta que la gente *honesta* considera *afrentosa* para la *modestia* sexual de una mujer» (ob. cit., p. 30). La definición del alto Tribunal inglés comporta, como puede apreciarse fácilmente, la necesidad de otras tres definiciones, por lo menos.

17. Citas de ZUCKERMAN, A. A. S.: *The principles (...)*, ob. cit., pp. 29 a 33. «Podemos concluir —termina diciendo— que en nuestro sistema de justicia penal la determinación de los hechos y la interpretación del derecho están tan íntimamente entretreídos que a veces es muy difícil discernir dónde terminan aquéllos y dónde empiezan la moral y el derecho» (ob. cit., p. 33).

gunta entera de la culpabilidad, abarcando las preguntas del hecho y derecho porque, primeramente, estas preguntas son *inseparables*»¹⁸.

A análogas conclusiones llegan en la doctrina alemana, MITTERMAIER RADBRUCH, ROXIN, etc.¹⁹.

En el derecho anglosajón está generalmente admitido que no pueden separarse del todo los hechos del derecho en la actividad de juzgar. Qui-

18. GOLDSCHMIDT, J.: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, p. 83. Dice también: «En efecto, la disolución de las características del tipo en hechos sin matiz jurídico plantea dificultades insuperables. Pues, o las características son tan sencillas que no pueden sustituirse por otros conceptos —recuérdense características como *matar, padre (...)* cosa *mueble*— o los conceptos por los cuales se substituyen no son sinónimos (...). Por esto, la práctica inglesa ha *abandonado desde hace mucho el principio de que los jurados son jueces del hecho y los magistrados de la ley*. El veredicto inglés concierne a la culpabilidad (...). *Problemas (...)*, ob. cit., p. 83.

19. «Los jurados debían decidir la cuestión de culpabilidad, más para esto *se requería conocimiento de los conceptos jurídicos* de los cuales se compone la cuestión de culpabilidad; y la breve ilustración que daba el presidente de la Sala de Justicia no bastaba para proporcionar tal conocimiento al jurado imperito en Derecho, y como al jurado le faltaba la brújula del conocimiento conceptual, se dejaba guiar sin resistencia por su *íntima convicción*, por su buen corazón o por su indignación moral; negaba a veces, p.e., la premeditación de un homicidio sólo porque quería evitar una sentencia de muerte. Y así como, en realidad, el jurado *extendía su consideración al problema del Derecho*, esto es, a la cuestión penal, así también el tribunal se veía forzado a *meterse en la cuestión de hecho*, en la punibilidad. Para medir la pena tenía que formarse una idea de la culpabilidad, y es posible que esta idea fuera completamente distinta de la que abrigaba el jurado al dar su respuesta afirmativa; porque los jueces ya no podían pensar con el alma del jurado, sino con la propia y aun a veces no querían colocarse en el punto de vista de éste; así, p.e., cuando habiendo dado el jurado un veredicto de homicidio, el Tribunal creía que en realidad se trataba de un asesinato, expresaba esta convicción imponiendo la pena más grave prevista para el homicidio». RADBRUCH, G.: *Introducción a la ciencia del derecho*. Trad. L. RECASENS SICHES, Madrid, 1930, pp. 167 y 167.

MITTERMAIER había ya señalado que en el jurado romano «tampoco estaban de modo terminante separados los puntos de hecho y de derecho, comprendiéndose unos y otros en las acostumbradas fórmulas *absolvo, condemno*» (*Tratado de la prueba en materia criminal*, Madrid, 1929, p. 18). Más adelante, añade: «Esta pretendida separación de los puntos de hecho y derecho, esta *división de jurado y jueces (...)* es muchas veces *ilusoria*; porque la mayor parte de las llamadas cuestiones de hecho, sometidas al jurado, no contienen otra cosa que puntos de derecho, porque sólo la ley puede determinar los caracteres materiales de la falsedad jurídica, del robo con escalamiento y de la tentativa punible, y cuando el juez ordinario y versado en derecho necesita apelar a toda su inteligencia, a todas sus luces especiales, a todos sus conocimientos prácticos, para poder resolver tales cuestiones del modo más acertado, ¿podrá hacerlo un simple jurado, ignorante de la ciencia de las leyes, no teniendo otra ayuda que su inexperiencia?». *Tratado (...)*, ob. cit., p. 83.

Y así, «la desaparición del clásico tribunal de jurados, que había aparecido en el s. XIX en Europa como garantía de la libertad de los ciudadanos, se produjo en Alemania por medio de un reglamento de urgencia en 1924». ROXIN, ARTZ y TIEDEMAN: *Introducción (...)*, ob. cit., p. 162.

zá por ello las circunstancias que pueden agravar o atenuar la pena se dejan para después del veredicto, y las determina sólo el juez en un incidente posterior, en el que cabe practicar pruebas, admitir antecedentes documentados de la conducta del acusado e incluso testigos de referencia, puesto que ahora ya no hay jurado²⁰. Y quizá también por la misma razón, si bien se confía al jurado el determinar el significado ordinario de las palabras, los juicios de valor y las cuestiones de grado o intensidad, el juez, al final, puede dar instrucciones al jurado que ejercen una considerable influencia. No hay motivo —dicen CROSS y WILKINS— para que el juez no manifieste sus razones y *su opinión sobre cuestiones de hecho al jurado en los términos más contundentes*²¹, como quizá ni siquiera se atrevan a hacer los Magistrados franceses que se reúnen con el jurado.

Este tratamiento inseparable de determinados hechos con relevancia para integrar los elementos del tipo penal, las circunstancias que inciden en la antijuridicidad (estado de necesidad legítima defensa, ejercicio de deber o cargo, obediencia debida) o la culpabilidad (imputabilidad, responsabilidad por dolo, culpa o error) hace que cuando tales «hechos» se someten al jurado no pueda salvaguardarse el «principio de legalidad» en el sentido en que lo venimos entendiendo, distinto de la *rule of law* del derecho anglosajón. El sistema de jurado —dice COTTERRELL—²² es ciertamente contradictorio con la meticulosa observancia de las normas jurídicas y es el jurado, como es sabido, quien *hace su propia ley*. Y ello hasta tal punto que, si es preciso, se convierte en enajenado mental al ciudadano que, por un sentido del honor perfectamente compartido por el jurado, produce la muerte de otra persona. Así, refiere ROSCOE POUND, fueron tantos los veredictos de absolución debidos a esta «ley no escrita» que a principios de este siglo MARK TWAIN, en una famosa *boutade*, llegó a decir: «cometimos un error al convertirlo en delito, pues no es el asesinato lo que amenaza nuestra sociedad, sino la *enajenación mental*»²³.

20. HAMPTON, C.: *Criminal Procedure*. London, 1982, p. 249.

21. CROSS, R. y WILKINS, N.: *An outline of the law of evidence*, London, 1980, p. 23 a 25. «El sentido o significado de las palabras corrientes no es una cuestión de derecho, sólo si del contexto aparece que el término se utiliza en un sentido inusual, en cuyo caso el juez debe explicar su significado al jurado». ANDREWS, J. A. y HIRST, M.: *Criminal Evidence*, London, 1922, p. 18.

22. *The Sociology* (...), citando a SEAGLE, BALDWIN y MC. CONVILLE, ob. cit., p. 161.

23. ROSCOE POUND: *Criminal Justice in America*, Harvard, 1945, p. 127 (en inglés el original).

Más recientemente también se ha puesto de relieve en el famoso estudio americano de KALVEN y ZEISEL —que sin embargo se declaran admiradores del jurado—²⁴, la crítica de que sus miembros no son respetuosos con la ley, ya porque no la comprenden, ya porque no les gusta, y así sólo cabe concebir una Administración de Justicia *desigual y contradictoria*, y contribuir en mayor medida al gobierno de los hombres que al imperio de la ley. Pero esa misma flexibilidad del jurado —apostillan los autores del estudio— es también la cualidad que más se ensalza por sus defensores. El jurado —dicen éstos— es un instrumento interesante para asegurar el gobierno del espíritu de la ley, más que el de su letra²⁵.

Así, por ejemplo, retomando el hilo de la enajenación mental, los citados autores relatan como en algún caso el jurado declara ésta eximente cuando en opinión del juez hubiese procedido considerar la legítima defensa incompleta, o en otros supuestos estima la existencia de trastorno mental transitorio para evitar una condena más grave²⁶, como en un caso de asesinato por envenenamiento en que el reo tenía antecedentes de patología psiquiátrica y el jurado, acogiéndose a la opción que le brindaba el juez, pronunció un veredicto de simple homicidio por haber dejado el acusado, negligentemente, cianuro potásico en la casa²⁷. En otras ocasiones —trastorno mental por embriaguez— el jurado condena por un delito menos grave para aminorar la pena, lo mismo cuando después del delito el acusado había reparado el daño o restituido lo robado²⁸. Y, desde luego, también se dan veredictos de absolución por disconformidad del jurado con la ley penal²⁹. En resumen, según los citados autores, la función del jurado no se circunscribe a averiguar los hechos, sino a juzgar según la equidad, a legislar, aunque sea en los «intersticios» del ordenamiento jurídico. En dos terceras partes de los veredictos que, según los jueces, no eran conformes a derecho, la causa no fue tanto por una diferente fijación de los hechos (las normas sobre prueba rigen tanto para el juez como para los jurados) cuanto por una aplicación distinta de la escala de valores o por apreciar valores que estaban fuera de las normas³⁰.

24. «Whether or not one comes to admire the jury system as much as we have (...)». *The American* (...), ob. cit., p. 499.

25. KALVEN & ZEISEL: *The American* (...), ob. cit., pp. 8 y 9.

26. KALVEN & ZEISEL: *The American* (...), ob. cit., pp. 330 y 331.

27. KALVEN & ZEISEL: *The American* (...), ob. cit., pp. 331 y 332.

28. KALVEN & ZEISEL: *The American* (...), ob. cit., pp. 334 y 336.

29. KALVEN & ZEISEL: *The American* (...), ob. cit., pp. 341 a 347.

30. «Because it gives recognition to values which fall outside the official rules». KALVEN & ZEISEL, ob. cit., pp. 494 y 495.

Este es el panorama que presenta el jurado en los países anglosajones respecto a la fijación de los hechos y determinación —¿creación?— del derecho. Pero son países del *common law*, sin excesivas codificaciones casuísticas³¹, en donde el derecho se sigue encontrando en el precedente³², en la jurisprudencia.

¿Cómo ha de encajar este jurado en un sistema continental de hipertrofia legislativa y jurisprudencia unificadora, que se extiende, naturalmente, a la interpretación de los «hechos» que componen la legítima defensa, la enajenación mental, los elementos de los tipos delictivos, etc.? No es lícito —dice RADBRUCH— comparar el derecho penal inglés con el continental sin tomar también en consideración *el proceso penal inglés*. Lo que al jurista continental le parece un atraso del derecho penal inglés es la base donde se apoyan muchos de los valores de su procedimiento penal: el sistema de jurado, la teoría legal de la prueba —*law of evidence*— el derecho de los juristas —*judge made law*—. **Un derecho que ha de ser aplicado por un jurado ha de renunciar conveniente-**

31. Ni siquiera las leyes —dice GRAY— son derecho, sino sólo fuentes de derecho, puesto que su sentido y efectos se determinan sólo cuando se tienen en cuenta por los tribunales al administrar justicia. Son las sentencias las que constituyen por sí mismas el derecho. GRAY, J. C.: *The nature and sources of the law*, 1963, p. 125, en cita de COTTERRELL, *The Sociology (...)*, ob. cit., p. 205. De ahí que HOLMES, definiera el derecho, como «la profecía de lo que decidirán los tribunales» (*The path of the law*, 1987, cit. por COTTERRELL, ob. cit., p. 205).

Para proteger la creación del derecho de la arbitrariedad no basta —dice RADBRUCH— transferir el poder legislativo al Parlamento, sino que la verdadera base de la autonomía del derecho en Inglaterra, del Estado de Derecho inglés, se halla en la Magistratura. Sólo en el derecho de los juristas, en el *common law*, se hallan debidamente garantizados la autonomía del derecho, la subordinación al derecho de los poderes públicos y el Estado de derecho. *Der Geist des englischen Rechts*, Ed. traducida al italiano por A. BARRATTA con el título *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, 1962, p. 25.

32. Por ello, dicen KALVEN & ZEISEL «el hecho de que el jurado esté relevado de la servidumbre del precedente, pudiendo modular el derecho sin romperlo, no es la menor de sus ventajas». *The American (...)*, ob. cit., p. 498.

Cierto que el Parlamento —dice RADBRUCH con respecto a Inglaterra— suele a veces producir alguna sistematización unitaria de determinadas partes del derecho a través de las llamadas *Consolidation Acts*, sin embargo, no hubo aun, hasta ahora, ningún intento serio de abarcar en una sola codificación todo el campo del derecho civil o penal. *Lo spirito (...)*, ob. cit., p. 28. En su opinión, el método del *case law non vuole essere un metodo di produzione creativa del diritto movente dall'idea del diritto, ma vuole essere un ritrovamento della massima di decisione a partire dalla natura dei fatti. Perciò il pensiero giuridico inglese è assai più vicino alla realtà di quanto non lo sia il pensiero giuridico occidentale. Il giudice inglese è assai più interessato al dato di fatto che è alla base della sentenza di quanto non lo sia il giudice tedesco*. *Lo spirito (...)*, ob. cit., p. 34.

mente a ciertas sutilezas que sólo con dificultad podrían entenderse por un juez popular desconocedor de la doctrina³³.

2. *Las pruebas ante el tribunal del jurado (law of evidence)*

Es sabido que el derecho probatorio anglosajón es la parte más voluminosa y elaborada³⁴ de su derecho procesal. Fue el equivalente de la teoría legal de la prueba de los países continentales y se fue desarrollando empíricamente a través del *common law*³⁵ como un cuerpo de normas destinadas a regular, en especial, la **admisibilidad y la práctica** de las pruebas ante el **Jurado**, con el fin de facilitarle su correcto entendimiento y acertado veredicto. Como decía MITTERMAIER «en Inglaterra el sistema vigente es preferible y conforme a la esencia de las cosas»³⁶. Así pues la presencia del jurado «puro» anglosajón ha sido **determinante** para la formación histórica del *law of evidence*³⁷ si bien las mismas normas rigen también, aunque con menor rigor, en los juicios sin jurado, pues en el fondo no son más que una elaboración lógica y empírica de los principios que han de gobernar la admisión, práctica y valoración de las pruebas presentadas a juicio³⁸.

33. RADBRUCH: *Lo spirito (...)*, ob. cit., p. 54.

34. MITTERMAIER: *Tratado (...)*, ob. cit., p. 88.

35. El legislativo ha intervenido en algunas ocasiones, p.e. en U.K. con la *Criminal procedure Act 1865*, *Criminal Justice Act 1967*, *Civil Evidence Act, 1968*, *Police and Criminal Evidence Act 1984*, etc. En EE.UU., p.e., con las *Federal Rules of Evidence, 1975*.

36. «A decir verdad —prosigue— no se hallan en la ley esas reglas tan frecuentes en la legislación alemana; pero aparte de los textos legales, existe la *common-law (...)* que encierra un cuerpo de preceptos jurídicos bastante claros y fielmente observados por los tribunales. La *common-law (...)*, la parte más preciosa acaso de la legislación inglesa, que el pueblo conoce a fondo, cuya religiosa observancia exige ante todo y que va perfeccionando diariamente merced a las investigaciones de la ciencia y a la práctica judicial, encierra una **verdadera teoría de la prueba**, análoga en el fondo de las ideas a la usada en Alemania, conteniendo un cuerpo de reglas especiales —*rules*— sobre los puntos más importantes». Ob. cit., pp. 88 y 89.

37. DENTI, V.: *Estudios de Derecho Probatorio*, Trad. S. SENTÍS MELENDO y T. A. BANHAF, Buenos Aires, 1974, pp. 86 y 87.

38. GIULIANI: *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, en Riv. Trim. Dir. e proc. civ. 1962, pp. 652 y ss. y en *Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, en The Jurid. Rev. 1962, pp. 216 y ss., cit. por DENTI en *Estudios de (...)*, ob. cit., p. 87, nota 13. Vid. también, STEIN, P.: *Legal Institutions*, ob. cit., p. 47. Dice ZUCKERMAN: «sería un error suponer que si los juicios penales se celebrasen sólo ante el Juez sobrarían las normas de derecho probatorio (...), no sería fácil proteger al Juez de las pruebas que por su escasa fiabilidad han de ser rechazadas».

No es posible en este breve comentario hacer siquiera un resumen del derecho probatorio anglosajón al uso en juicios con jurado. Es claro, sin embargo, que de aprobarse el Proyecto de Ley comentado será necesario ir incorporando aquellas reglas que la experiencia propia y el derecho comparado revelan como indispensables para dotar al Jurado de unas mínimas garantías de acierto en el veredicto, contribuyendo así a su credibilidad y legitimación³⁹. No basta que unos cuantos hombres y mujeres elegidos al azar desempeñen la función de jurados con interés y buena fe si carecen de los instrumentos técnicos indispensables para aumentar las posibilidades de acierto, de justicia, al tener que decidir sobre la suerte de un conciudadano. La prueba testifical es, con mucho, la más importante para la labor del Jurado. Se requiere, por tanto, escoger a los verdaderos testigos y descartar a los que son simples «testigos de otros testigos» cuando los primeros pueden ser oídos; permitir que el interrogatorio de las partes sea lo bastante crítico para que de sus respuestas puedan hacerse una composición de los hechos y de la credibilidad de los que los narran —*as to merit* y *as to credit*— y, desde luego, dotar al Magistrado-presidente de los instrumentos adecuados para facilitar la labor del Jurado, entre ellos, poder exigir eficazmente la comparecencia y declaración de los testigos⁴⁰ y tener los medios eficaces de prevención y castigo del falso testimonio⁴¹.

The Principles (...), ob. cit., p. 15. También SCAPARONE trae a colación una sentencia del pasado siglo que, con relación al Jurado, decía: La particular composición que el órgano jurisdiccional presenta en nuestras Salas de Justicia está en el origen de nueve décimas partes de las normas de exclusión de las pruebas del *law of evidence*» (R. v. *Inhabitants of Bedfordshire, 1855*), en ob. cit., p. 107, nota 19.

39. «Este es generalmente el espíritu de los procedimientos escocés e inglés; pero este último, como es sabido, se deriva casi en su totalidad de la *common-law*, la cual contiene un gran número de reglas sobre la prueba testimonial, reglas que muy pocos ignoran, que los jurados conservan en su memoria y practican tan religiosamente como si el legislador las hubiera escrito». MITTERMAIER: *Tratado (...)*, ob. cit., p. 224.

40. La incomparecencia injustificada del testigo es, en Inglaterra, castigada por el propio Tribunal, como desobediencia, con privación de libertad de hasta tres meses o multa. Además, si existe base para pensar que el testigo no va a comparecer el día del juicio, el Presidente puede acordar su arresto cautelar. *Criminal procedure Act 1965*, art. 3 y 4.

41. El falso testimonio dado en causa criminal se castiga en Inglaterra con privación de libertad hasta dos años. *Magistrates' Courts Act 1990*, art. 106 y 107. En nuestro derecho, a pesar de estar también tipificado el delito de falso testimonio, MUÑOZ SABATÉ ponía de relieve hace ya casi treinta años (con citas de RODRÍGUEZ DEVESA, PRIETO CASTRO, COLOMBO, etc.) la improcedencia del criterio de los tribunales que venía limitando inexplicablemente la persecución de los delitos de falso testimonio, situación que aun perdura. *Técnica Probatoria*, Barcelona, 1967, p. 280 y nota 21.

Veamos, sin embargo, cuáles son los grandes principios del derecho probatorio anglosajón para los juicios con Jurado:

2.1. La admisibilidad de las pruebas

Las pruebas han de ser relevantes, pertinentes y admisibles. La relevancia, se dice, es una cuestión de lógica; la admisibilidad, es jurídica, aunque, naturalmente, basada en la lógica y la experiencia. Existe una serie de reglas llamadas de *extrinsic policy* —motivos extrínsecos a la prueba misma y a su valor—⁴² que imponen su inadmisibilidad; *exclusionary rules*. Otro grupo de normas están basadas en motivos intrínsecos a la prueba en sí misma considerada y son llamadas de *intrinsic policy*⁴³.

Las primeras, las *exclusionary rules of extrinsic policy*, comprenden los supuestos de personas dispensadas o exentas de declarar por obligación de guardar secreto o por su relación con el imputado o, en fin, reglas de inadmisibilidad de pruebas ilícitas basadas en la necesidad de disuadir a la policía o a las partes de ciertos abusos⁴⁴. Básicamente en este grupo figuran las pruebas obtenidas ilegalmente y los llamados *privileges* o exenciones de declarar⁴⁵. Son normas que obedecen a intereses

42. ZUCKERMAN, A. A. S.: *The principles (...)*, ob. cit., p. 47 a 53. ANDREWS & HIRST: *On criminal (...)*, pp. 10 y 11. CROSS & WILKINS: *An Outline (...)*, ob. cit., p. 220 y ss.

43. SCAPARONE: *Common-law (...)*, ob. cit., p. 106.

44. SCAPARONE: *Common-law (...)*, ob. cit., p. 109.

45. En Inglaterra, tales privilegios pueden ser renunciados y también puede admitirse la prueba obtenida ilícitamente cuando los intereses de la justicia lo demandan. Vid. CROSS & WILKINS: *An Outline (...)*, p. 226 a 233; ANDREWS & HIRST: *On Evidence*, ob. cit., p. 361 y ss. Sin embargo, la prueba ilícita puede excluirse ya sea para «compensar» al imputado de la lesión jurídica que se le ha infringido, ya sea para «disuadir» a la policía de seguir empleando tales métodos. El art. 78 de la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 dice: «Exclusión de la prueba ilícita: (1) El Tribunal, sea cual fuere el proceso, puede declarar inadmisibile cualquier prueba que la acusación haya propuesto practicar si, dadas las circunstancias, incluidas las de la forma de obtener la prueba, resulta que la admisión de la misma tendría un efecto negativo en la regularidad del procedimiento, lo que impediría la declaración de pertinencia (...).» También en Canadá, Vid. *Constitution Act 1982*.

En los Estados Unidos, el art. V, regla 501 de las *Federal Rules of Evidence* de 1 de junio 1975 manda seguir las normas del *common-law*, si bien la jurisprudencia excluye la prueba ilícita. Ya en 1886 se puso en duda la utilización legítima de pruebas ilícitamente obtenidas por la acusación (*Boyd v. United States*) y se aplicó la exclusión, por primera vez en *Weeks v. U.S., 1914*. Los Magistrados BRANDEIS y HOLMES —en *Olms-teed v. U.S., 1928*— motivaron la exclusión por un «imperativo de integridad de la Ju-

distintos a los de la Administración de Justicia, por lo que, aparte de poder renunciarse las exenciones o *privileges*, el Juez ha de advertir al testigo del imputado que quiera usar del privilegio de no declarar por deber de guardar secreto que su negativa priva a aquél del debido proceso. Si, por el contrario, se condena al acusado sin oír al testigo, la sentencia puede ser anulada⁴⁶. También si la policía se niega a dar el nombre del testigo-confidente para que sea citado por el Tribunal, el Juez puede declarar la inadmisibilidad de la acción penal⁴⁷. Cuando el imputado se vale del derecho a no declarar contra sí mismo, ni la acusación ni la defensa pueden lícitamente insinuar consecuencia alguna de su silencio⁴⁸.

Por el contrario, las reglas de inadmisibilidad por motivos intrínsecos —*exclusionary rules of intrinsic policy*— se basan en la escasa eficacia persuasiva de algunas pruebas o su poca fuerza probatoria o, en fin, el peligro que presentan de ser erróneamente valoradas por el Juez, especialmente, por el Jurado, por lo que, en determinados casos extremos, es preferible excluirlas *tout court* del material a considerar⁴⁹. No ha de olvidarse —dice SCAPARONE— que estas reglas de inadmisibilidad, hoy en día, han de ser aplicadas, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, aun cuando el proceso se siga ante un Tribunal sin Jurado. En tales

risdicción», pues «un juez digno de tal nombre no puede, en el momento de condenar al autor de un delito, basarse, por una parte, en la ley para condenarlo y, por otra, en la prueba de cargo obtenida en contra de la ley». En la actualidad la exclusión opera en cuatro direcciones: a) exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas (inmediatas) y de las descubiertas a partir de aquellas (mediatas o «frutos del árbol prohibido», en *Silverthorne Lumber v. U.S., 1920* y *Nardone v. U.S., 1939*) b) la regla se extiende no sólo a los procesos federales sino también a los internos de los Estados de la Unión; c) A partir de 1949 —*Wolf v. Colombo*— se estima que esta norma forma parte del derecho constitucional al debido proceso de la Enmienda XIV y d) la norma se aplica no sólo a los registros ilegales, sino también a las demás diligencias de investigación. Vid. SCAPARONE: ob. cit. pp. 154 a 26. PASTOR BORGONÓN: *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, en *Justicia* 1986, pp. 337 a 368; ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, 1989, pp. 76 a 89. VERGER: *Motivos razonables y suficientes de las medidas restrictivas de derechos fundamentales*, en *Revista Jurídica Galega*, n.º 5 de 1993, pp. 264 y 265.

46. En los Estados Unidos el T.S. así lo hizo en el caso *Jencks v. United States* 1957, citado por SCAPARONE: ob. cit., p. 141.

47. En *Roviaro v. United States* 1957, cit. de SCAPARONE, ob. cit., p. 142.

48. «En el momento de decidir el caso el Juez o el jurado podrán, desde luego, interpretar como mejor entiendan el hecho de que el imputado haya preferido no dar su propia versión de los hechos. Pero consentir que de ello se sugiera por alguna de las partes una ilación desfavorable para el imputado sería pagar un precio demasiado alto por un derecho reconocido en la V Enmienda» *Griffin v. California, 1965*, cit. por SCAPARONE: ob. cit., p. 144-145.

49. SCAPARONE: ob. cit., p. 107.

casos, su aplicación suele ser menos «rigurosa», como también lo es, incluso ante el Jurado, cuando se trata de admitir pruebas de la «defensa», pues ahí juega, de hecho, la consideración de que el *law of evidence* ha de ceder ante la «lealtad» debida al imputado y que, de ser inocente, ha de poder ponerse de manifiesto en cualquier caso⁵⁰.

Como ya advertía MITTERMAIER, «la *common law* encierra una verdadera teoría de la prueba, análoga en el fondo de las ideas a la usada en Alemania, conteniendo un cuerpo de reglas especiales (rules) sobre los puntos más importantes»⁵¹.

La primera regla de inadmisibilidad por motivos intrínsecos —y la más importante— es la **prohibición del testimonio de referencia escrito u oral**; la llamada *hearsay rule*. Se formula diciendo, «es inadmisibile para probar el hecho declarado toda manifestación distinta de la prestada por una persona cuando declara ante el Tribunal durante el juicio oral», puesto que, testimonio de referencia —*hearsay*— «es toda declaración (oral, escrita o de otro modo reproducida) distinta de la que presta el testigo cuando declara ante el tribunal en el juicio oral, si tiene por objeto probar el hecho declarado»⁵².

Obviamente, testimonio de referencia es también la **declaración escrita o de otro modo representada** que se aporta al proceso, no ya para probar su existencia, cuanto, especialmente, para probar el hecho en ella declarado⁵³, y ello con independencia de las **excepciones** justificadas por la doctrina y la jurisprudencia a las que aludiremos después⁵⁴.

50. SCAPARONE: ob. cit., p. 108.

51. «1. Así es que —prosigue— determinan los medios de prueba de que no puede hacerse uso: los testigos que no pueden ser oídos (...). 2. Organizan el empleo de los diversos medios de prueba, y dicen, por ejemplo, cómo deben ser interrogados los testigos (...).» Ob. cit., p. 89.

52. *The rule against hearsay has already been formulated as follows: «A statement other than one made by a person while giving oral evidence in the proceedings is inadmissible as evidence of any fact stated». A hearsay statement may be defined as «a statement other than one made by a person while giving oral evidence in the proceedings tendered as evidence of any fact stated». CROSS & WILKINS: ob. cit., p. 15. La definición de las Federal Rules of Evidence de los Estados Unidos es casi análoga (art. VIII, n.º 801.c). El n.º 802 formula la regla de inadmisibilidad en estos términos: *Hearsay is not admissible except as provided by these rules or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority or by Act of Congress*».*

The word hearsay —dicen ANDREWS & HIRST— *is commonly used to describe the situation where a witness relates to the Court what has said out of Court by another person and the trier of fact is invited to believe what is assested in that statement*. Ob. cit., p. 7.

53. CROSS & WILKINS: ob. cit., p. 125.

54. Los documentos pueden ser una alternativa al testigo de referencia —dicen

Las razones de la prohibición son, primero, la de que el primer declarante o autor del documento no puede ser sometido a *cross examination*, es decir, al interrogatorio cruzado, en presencia del Jurado; a la **contradicción**, como derecho fundamental del imputado a interrogar a los testigos de cargo. La VI Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos proclama el derecho del imputado a una confrontación con los testigos de cargo y si éstos no comparecen —su testimonio es referido por otra persona o por documentos— se priva al imputado de un derecho constitucional⁵⁵ que forma parte del «debido proceso» y, al estar esta cláusula comprendida en la XIV Enmienda, es un derecho exigible en todos los Estados de la Unión⁵⁶.

Esta, como todas las demás garantías que se refieren al proceso, no es sólo un derecho «formal» a la contradicción sino que, obedeciendo a razones concretas de eficacia, y en aras a la verdad y a la Justicia, se estructura en la forma más adecuada que una larga tradición anglosajona acuña en la llamada *cross examination*. Se trata de un «test» de credibilidad al que el imputado tiene derecho a someter al testigo de cargo —y no sólo el imputado, sino también la acusación al testigo de descargo— pues puede haber percibido mal los hechos, o haberlos relatado de manera incompleta o defectuosa o, incluso, haber mentido y, además, el testigo de referencia puede haber interpretado mal al testigo directo⁵⁷. Así, cuando éste comparece personalmente a declarar, la parte adversa puede *ponerlo en evidencia ante el Jurado y demostrar sus defectos de percepción, memoria o fiabilidad*⁵⁸. A mayor abundamiento, la admisión de

ANDREWS & HIRST— y a veces caen de lleno en la prohibición del *hearsay*, pues se trata de declaraciones hechas fuera de la presencia del Tribunal y si el Jurado es invitado a creer en la verdad de lo que se dice en una carta, un registro o un diario personal, etc., se infringe la regla de inadmisibilidad del testimonio de referencia (ob. cit., p. 7). Incluso signos pueden ser testimonios de referencia. Dice el art. VII, n.º 801 a. de las Federal Rules of Evidence norteamericanas que *A statement is (1) an oral or written assertion or (2) non verbal conduct of a person if it is intended by him as an assertion.*

55. ZUCKERMAN: ob. cit., p. 181.

56. SCAPARONE: ob. cit., p. 125, con cita de varias sentencias del T.S. norteamericano.

57. ZUCKERMAN: ob. cit., pp. 180 y 181.

58. Ya decía Lord Mansfield en *The Berkeley peerage case (1811)* que en Escocia y en el Continente los jueces decidían tanto sobre los hechos como en lo relativo al derecho y por ello no consideraban peligrosa la intervención del testigo de referencia, pues en el momento de fallar el caso conocían bien los límites de su valor probatorio. Pero en Inglaterra —añade— donde el juicio sobre los hechos está reservado al jurado, el testimonio de referencia está excluido, pues nadie puede prever los efectos que podría tener en el fuero interno de los miembros del jurado (cit. de SCAPARONE, ob. cit., pp. 124, nota 52).

testigos de referencia se relaciona con las «habladurías» de personas que «no quieren dar la cara» y se conculca el derecho del imputado a que el testigo declare públicamente y cara a cara, según otorga la Constitución Norteamericana.

También el Convenio Europeo de Derechos Humanos proclama en su art. 6.3.d. el derecho de todo acusado a *interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él*, y lo mismo el art. 14.3.e. del Pacto Internacional de derechos cívicos y políticos de 1966. Parece evidente que en aplicación de ambos textos, que forman parte de nuestro derecho interno (96.1. CE) y con una interpretación del art. 24 CE, de acuerdo con los mismos (art. 10.2 CE), no sería posible basar una condena penal sólo en testimonios de referencia, es decir, sin que los testigos directos puedan ser interrogados en el juicio oral, salvo las excepciones que tanto el derecho anglosajón como nuestra jurisprudencia recogen. En resumen, el testigo de referencia ha de ser, salvo excepciones, proscrito del proceso penal y ser considerado en otro caso como prueba ilícita y, por tanto, nula⁵⁹.

En Inglaterra, estas excepciones han recibido un tratamiento excesivamente casuístico, según reconoce la doctrina moderna, y una aplicación muchas veces mecánica⁶⁰. Con carácter general destacan como excepciones al testimonio de referencia el consentimiento de la parte a quien pueda perjudicar y la circunstancia de que el testigo directo, que haya declarado ante la policía o en la instrucción, esté impedido de comparecer o amenazado por la parte a quien perjudica su testimonio⁶¹.

59. ASECIO MELLADO: *Prueba prohibida (...)*, ob. cit., pp. 86 y 87.

60. Algunas de ellas son: a) admisiones o confesión de hechos por el imputado que le son perjudiciales (art. 10 de la *Criminal Justice Act 1967*); b) documentos o certificados emitidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo que constatan determinados hechos (nacimiento, defunción, estado civil, etc.); c) La confesión del imputado sobre el hecho delictivo prestada en la instrucción, siempre que sea plenamente voluntaria (sin miedo, coacción, amenaza o influencia de autoridad (art. 76 *Police and Criminal Evidence Act 1984*); d) en delitos contra la vida, la manifestación efectuada por la víctima sabiéndose en trance de morir; e) las declaraciones escritas efectuadas en cumplimiento de un deber por personas ya fallecidas; f) las *res gestae* o manifestaciones espontáneas de las personas que, de alguna forma se vieron envueltas en los hechos delictivos, efectuadas en aquel momento y sin posible connivencia o preconstitución, etc. (Vid. CROSS & WILKINS: ob. cit., pp. 144 a 186; ZUCKERMAN: ob. cit., pp. 202 a 207).

61. Art. 23 *Criminal Justice Act 1988*. Sin embargo, en los EE.UU., si la declaración anterior se prestó ante la policía no puede reproducirse ni aportarse al juicio porque la defensa o contraparte no tuvo oportunidad de interrogar al testigo en aquel momento. Sí, en cambio, puede aportarse la declaración testifical prestada en la instrucción judicial por haberse practicado con contradicción. SCAPARONE: ob. cit., pp. 128 y 129. También en España el Tribunal Supremo se ha pronunciado en alguna ocasión sobre este extremo,

En los Estados Unidos las *Federal Rules of Evidence* recogen más de 24 excepciones⁶² y una cláusula abierta a la admisión de la prueba de referencia si, a juicio del Presidente del Tribunal, es de mayor valor probatorio que cualquier otra prueba que pudiera proponer la parte (no hay mejor prueba al alcance de la parte) y su admisión sirve mejor los intereses de la justicia. No obstante, el proponente de la prueba en cuestión habrá tenido que ponerla en conocimiento de la contraparte con la antelación suficiente para que pueda presentar la correspondiente contraprueba o prueba de lo contrario, incluyendo en dicha información el nombre y dirección del testigo⁶³.

Otra de las excepciones, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, es la de admitir la confesión anterior del imputado cuando en el juicio oral la niega y se declara no culpable⁶⁴, así como aportar la anterior declaración de cualquier testigo, en ese caso a los únicos efectos de probar la credibilidad o no credibilidad del mismo, si es puesta en duda por la adversa o si se trata de un testigo de la parte adversa, respectivamente⁶⁵.

La relativa abundancia de estas excepciones, su casuística y su aplicación excesivamente mecánica hacen que la doctrina anglosajona, sin quitarle importancia al principio esencial de la inadmisibilidad del testimonio de referencia, propugnen una cláusula abierta a la discreción del Presidente del Tribunal que respete estos principios generales: a) admitir

admitiendo como prueba las declaraciones de testigos no comparecidos por miedo o amenazas del imputado. Vid. STS 17 marzo 1988 (R.A. 2.033) y doctrina citada por VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, ob. cit., pp. 292 y ss.

62. Art. VIII, n.º 802.

63. *Federal Rules of Evidence 1975*, art. VIII, n.º 804.5.

64. CROSS & WILKINS: ob. cit., p. 159 y ss. y art. 76 de la *Police and Criminal Evidence Act 1984*. También, SCAPARONE: ob. cit., p. 125 y ss. En tal caso, la acusación puede llamar al oficial de policía que recibió la confesión para tomarle declaración e interrogarle sobre la confesión, o bien puede traer su texto y leerlo. Ob. cit., p. 127. Recientemente en España la jurisprudencia «parece admitir la posibilidad de contrastar las declaraciones prestadas en el juicio con las efectuadas en sede policial (...) STC 217/89, de 21 de diciembre» en cita de VEGAS: ob. cit., p. 255 y ss. y STS de 31 oct. 1990 (R. A. 8.423) que establece que «a la declaración prestada ante la policía con los requisitos exigidos por la Constitución y las Leyes Procesales se le concede eficacia en orden a la posibilidad que tiene el Juzgado o Tribunal de instancia de tenerla en cuenta (...) ya no puede ofrecer duda la posibilidad que tiene el Tribunal o Juzgado de instancia para fijar el contenido del hecho probado en base a una apreciación conjunta de las declaraciones del juicio oral prestadas por los propios acusados en relación con las manifestaciones hechas por ellos mismos en momentos anteriores, sirviendo a tal efecto incluso las realizadas ante la Policía (...)», en VEGAS: ob. cit., pp. 257 y 258.

65. ZUCKERMAN: ob. cit., p. 90, 91 y 97. SCAPARONE: ob. cit., pp. 122 a 128.

sólo el testimonio de referencia cuando tenga suficiente valor probatorio; b) que no pueda ser traído a declarar el testigo directo de cuya declaración se trate y c) que, si se admite, se notifique con antelación suficiente a las demás partes para que puedan preparar sus pruebas o contrapruebas⁶⁶. La parte acusadora que quisiera aportar un testimonio de referencia habría de convencer al Tribunal —dice ZUCKERMAN— que con ello no se produciría injusticia alguna al imputado ni se le causaría indefensión. Por el contrario, si el testimonio de referencia es propuesto por el acusado, el principio general habría de ser el de la admisibilidad, para no perjudicar la prueba de su posible inocencia⁶⁷.

Con independencia de estas normas relativas al testimonio de referencia, existen otras en estrecha conexión con el sistema de Jurado. Así, la acusación no puede presentar pruebas tendentes a revelar los antecedentes penales —*previous convictions*— o la mala conducta del imputado —*bad character*— pues de nada sirve para averiguar si cometió o no el delito del que se le acusa⁶⁸. Además, naturalmente, tendrían una excesiva influencia en el ánimo del Jurado y podrían incluso causar indefensión al acusado que, ignorando qué tipo de conducta le van a achacar no podría haber preparado su defensa⁶⁹. También hay alguna excepción a estas reglas; así, p.e. si ya está probado el hecho principal, pueden aportarse pruebas de conducta para favorecer el acusado demostrando que obró sin consciencia plena, o sin dolo ni culpa⁷⁰. lo mismo que el imputado puede siempre probar su buena conducta anterior pues «quien siempre tuvo una conducta irreprochable debe poder acreditarlo sobre todo cuando tiene la desgracia de verse acusado en un proceso penal»⁷¹ si bien, en tal caso, la acusación está autorizada a probar lo contrario.

La existencia de éstas y otras muchas normas sobre prueba, necesarias en el juicio por Jurado siempre que estén dotadas de una razonable flexibilidad, exige que las propias partes puedan controlar su aplicación durante el juicio oral, presentando objeciones⁷² a la indebida admisibilidad de las pruebas o de las preguntas; que tales objeciones sean

66. ZUCKERMAN: ob. cit., p. 217 y SCAPARONE: ob. cit., p. 109.

67. ZUCKERMAN: ob. cit., p. 215 a 221.

68. SCAPARONE: ob. cit., p. 132. CROSS & WILKINS: ob. cit., p. 267 a 275. ZUCKERMAN: ob. cit., p. 222 a 281.

69. SCAPARONE: ob. cit., p. 135.

70. SCAPARONE: ob. cit., p. 135.

71. SCAPARONE: ob. cit., p. 135.

72. HAMPTON: ob. cit., p. 212. LILLY, G.: *An Introduction to the Law of Evidence*, St. Paul. Minn. USA, 1987, p. 472 y ss.

tratadas como un tema incidental⁷³ y fuera de la presencia del Jurado⁷⁴ y, en fin, poder apelar la sentencia cuando el veredicto de culpabilidad haya estado influenciado por pruebas indebidamente admitidas que pudieron inducir a error al Jurado⁷⁵.

2.2. Práctica de la prueba testifical

Después de lo dicho sobre la prohibición de admitir testimonios de referencia, escritos u orales, resulta evidente que la prueba testifical —incluido el testimonio del propio imputado— es la más importante en el juicio penal⁷⁶. Por ello habrá que lamentar, como dice MUÑOZ SABATÉ, que nuestras normas procesales ignoren la psicología, la lógica y hasta la taquigrafía (...). Resulta en verdad insólito hallar en cualquiera de las espléndidas monografías que la doctrina jurídica dedica (...) un capítulo o epígrafe destinado específicamente a la prueba de los hechos que constituyen la carnadura de la institución»⁷⁷. De ahí la necesidad, mayor aun en un juicio ante Jurado, de contar con los instrumentos adecuados para que los jurados puedan calibrar la credibilidad de los testigos, para «comprobar los instrumentos de la comprobación»⁷⁸ y de ahí también la necesidad de acudir al derecho comparado, ya que en derecho continental el testigo resultó siempre «hipovaluado» mientras es la prueba básica en derecho anglosajón⁷⁹.

73. ANDREWS & HIRST: ob. cit., pp. 29 a 34.

74. El art. I, n.º 103 y 104 de las *Federal rules of Evidence* norteamericanas dice que en los juicios con jurado se evitará que éste tenga conocimiento de las pruebas inadmisibles ofrecidas por las partes, por lo que dichas cuestiones se tratarán sin la presencia del Jurado.

75. HAMPTON: ob. cit., p. 305 y 306 y *Criminal Appeal Act 1968*, art. 2.

76. Los principales medios de prueba en derecho anglosajón son: los testigos; el testimonio de referencia cuando sea admisible; los documentos y las piezas de convicción. CROSS & WILKINS: ob. cit., p. 1 a 16. «Persona, documento y cosa —dice MUÑOZ SABATÉ— forman así la típica trílogía instrumental aun no superada hasta el presente». *Técnica* (...), ob. cit., p. 138 y 255. Y, más adelante: «Lo curioso, sin embargo, es que, como decía BONNIER, aun estando esta prueba (testifical) muy lejos de ser infalible, su uso resulta indispensable sobre todo en materia criminal, donde no existe propiamente otro medio de prueba de describir la verdad buscada». Ob. cit., p. 270.

77. Ob. cit., p. 21 y 22.

78. Ob. cit., p. 256.

79. Ob. cit., p. 271. Y añade: «sin oralidad, sin intermediación, sin concentración, sin *cross-examination*, sin taquigrafía, sin una fuerte represión penal al perjurio y cerrado por completo nuestro sistema al uso forense de las modernas técnicas (...) aun nos parecen de una heroicidad e ingenuidad dignas de elogio todos aquellos intentos de construcción de una fórmula heurística con base exclusivamente a la prueba testifical» (p. 271-272).

El valor probatorio de los testigos depende de cuatro factores: la buena percepción-interpretación de los hechos sobre los que declara; la memoria, la veracidad y la capacidad de expresarse bien y hacerse comprender⁸⁰. Al propio tiempo, hay que impedir que el testigo de cargo refiera hechos que no haya percibido por sí mismo —aunque no se le pregunte por ellos— evitando así el testimonio de referencia involuntario y sustrayendo al imputado su derecho de interrogar al testigo directo. Hay que evitar que la parte que presente al testigo y lo interroge en primer lugar pueda «ayudarle» a exponer una determinada versión de los hechos mediante preguntas sugestivas⁸¹, pero hay que facilitar al mismo tiempo que la contraparte pueda formular ese tipo de preguntas para poner en prueba su credibilidad y el justo valor de su testimonio.

Para ello el derecho anglosajón cuenta con determinados mecanismos y precauciones que se refieren principalmente a:

2.2.1. La *examination-in-chief* o *direct examination* que es el interrogatorio del testigo que hace la parte que lo presenta. En tal caso están absolutamente prohibidas las preguntas sugestivas⁸², no sólo la contestación, sino la pregunta misma, que deontológicamente la parte no debe formular. También está excluido que el testigo cuente el relato de los hechos de un tirón, no sólo porque puede haberse preconstituido, sino porque no hay forma de evitar que se introduzcan «referencias» de otros testigos que no declaran. Por ello se sigue la técnica de las preguntas y respuestas *escuetas*⁸³. Ello permite, además, poder **objetar o protestar** a la pregunta o repregunta sugestiva o capciosa o a la contestación, por implicar referencia. Tampoco la parte que presenta al testigo puede referirse ni probar que el testigo ya declaró antes en el mismo sentido para, con ello, realzar su credibilidad ante el Jurado⁸⁴, pues se supone que si la parte lo presenta es porque sabe que dice la verdad. Sólo si esta verdad es puesta en duda por la otra parte se le permite, en ese caso, aportar sus anteriores declaraciones «concordantes» con su actual testimonio.

80. ZUCKERMAN: ob. cit., p. 247.

81. P.e. ¿Es cierto que el imputado le quitó el dinero del bolso? en lugar de la pregunta no sugestiva de ¿qué hizo entonces el imputado?

82. SCAPARONE: ob. cit., p. 113.

83. SCAPARONE: ob. cit., p. 110. «La disciplina de la *direct examination* —dice este autor— se halla profundamente influenciada por la consideración de que el testigo ha sido ya interrogado previamente por la parte que lo presenta en algún contacto previo; de ahí que le haya llamado a declarar; es decir, se supone que el testigo siente cierta «simpatía» por la parte para quien declara, e incluso podría haberse concertado con ella sobre su declaración», ob. cit., p. 110.

84. ZUCKERMAN: ob. cit., p. 87.

En fin, si el testigo no sólo contesta desfavorablemente a la parte que lo presenta, sino que se convierte en «hostil»⁸⁵; es decir, en notoriamente partidario de la versión contraria, podrá pedirse la venia del Tribunal para utilizar con él la técnica de la *cross-examination* e intentar demostrar su poca credibilidad.

2.2.2. Interrogatorio cruzado o *cross examination*⁸⁶. Según la doctrina anglosajona se trata de hacer decir al testigo aquello que pretende esconder o que no está dispuesto a confesar; de averiguar si se contradice o pierde su falso aplomo; de ver si surgen motivos de duda sobre su fiabilidad u honestidad y, en general, de desvalorizar la declaración que acaba de hacer⁸⁷. Es por ello que tanto son pertinentes las preguntas referidas a los hechos enjuiciados como las que tratan de criticar su percepción, memoria, veracidad o buena fe⁸⁸, pues su **valor probatorio está sólo en función de su credibilidad** real o teórica⁸⁹. Ello permite, desde luego, formular preguntas sugestivas, poner al testigo en evidencia si su anterior declaración fue distinta y, si la niega, aportarla como prueba⁹⁰, así como proponer pruebas sobre su poca fiabilidad o credibilidad, percepción, memoria, etc.⁹¹. Puede exigírsele, ahora sí, una narración continuada de los hechos que antes ya relató contestando las escuetas preguntas de la otra parte y ello con el fin de determinar si incurre en contradicciones⁹², e incluso hacerle preguntas capciosas —*misleading questions*—. SCAPARONE dice que si prescindimos de consideraciones político-constitucionales de más amplio espectro, es la *cross examination*, más que el propio sistema de Jurado, **la gran contribución del common law** a la mejora de los métodos forenses para el descubrimiento de la verdad. La fe en la eficacia de este método, prosigue, es tal, que el derecho del imputado a utilizarlo frente a los testigos de la acusación for-

85. SCAPARONE: ob. cit., p. 114.

86. «Contra-interrogatorio» lo llama MUÑOZ SABATÉ. «Tiene una función eminentemente crítica; con él se persigue, no sólo la adquisición de nuevas noticias sino además y de modo primordial, investigar el grado de sinceridad y veracidad del testimonio anteriormente rendido (...) requiere ser responsivo y además permite, y a veces incluso exige, preguntas sugestivas». Ob. cit., p. 288.

87. ZUCKERMAN: ob. cit., p. 93.

88. *As to facts y as to credit*, ZUCKERMAN: ob. cit., p. 94. SCAPARONE: ob. cit., p. 115.

89. ZUCKERMAN, p. 95.

90. ZUCKERMAN, p. 97.

91. ZUCKERMAN, p. 98 y 99. SCAPARONE: ob. cit., p. 115.

92. SCAPARONE: ob. cit., p. 118.

ma parte en Inglaterra del *fair trial* y en los Estados Unidos de la VI y XIV Enmiendas a la Constitución.

2.2.3. La *re-examination* es el nuevo examen del testigo por la parte que lo presentó, una vez sometido a la *cross-examination* por la parte contraria y tiene por finalidad recomponer, si es posible, la credibilidad del testigo permitiéndole de nuevo contestar a las preguntas que se le formulen y que, como en el primer interrogatorio, no podrán ser sugestivas, capciosas, ni implicar testimonios de referencia, etc.⁹³.

2.2.4. Cabe un nuevo examen *in rebuttal* de algún testigo una vez concluidas las pruebas. Puede ser importante para alguna de las partes volver a llamar a un testigo después de concluidas las pruebas, ya sea porque olvidó hacerle alguna pregunta de importancia, ya sea porque han aparecido elementos nuevos, imprevisibles por la parte que lo interrogó, sobre los cuales es preciso examinarle. En cualquier caso se precisa la autorización del Presidente, que más bien se concede restrictivamente. También puede el Juez, de oficio, volver a llamar a algún testigo que ya haya declarado, aunque en este caso no puede ser sometido a interrogatorio cruzado por las partes, a las que, sin embargo, se les autorizan las preguntas aclaratorias que deseen formularle⁹⁴.

2.3. Resumen final e instrucciones sobre las pruebas

En el resumen final —*summing up*— el Juez puede, en Inglaterra, ejercer una notable influencia sobre el Jurado en materia de prueba. Explica en qué consiste la «carga de la prueba», sobre quién recae y cuál es el **criterio** que ha de seguir para considerar probados los hechos⁹⁵; que en caso de culpabilidad no ha de quedar ninguna «duda razonable» en favor de la inocencia del acusado⁹⁶ y, en cambio, si se trata de hechos que le favorecen (extintivos, impeditivos, excluyentes), bastará que la prueba revele ser más probable su existencia que su inexistencia⁹⁷.

93. SCAPARONE: ob. cit., p. 121.

94. CROSS & WILKINS: ob. cit., p. 96 y 96.

95. ANDREWS & HIRST: ob. cit., p. 53.

96. ZUCKERMAN: ob. cit., p. 123 y ss., en donde se explica el método que consiste en ir eliminando todas las dudas «razonables» que se presenten en favor de la inocencia del acusado.

97. P.e., cuando el acusado alega enajenación mental (ZUCKERMAN: ob. cit., p. 152). También en otros hechos excluyentes de la responsabilidad penal el Jurado «ha de

El Juez ha de indicar al jurado cuáles son las cuestiones de hecho sobre las que debe pronunciarse y puede incluir en favor del acusado cualquier circunstancia, aun cuando no la haya alegado la defensa, para que se pronuncie el Jurado⁹⁸. También le advertirá sobre las pruebas aportadas que carezcan de todo valor para demostrar la culpabilidad del acusado, como p.e. las que se practican a los únicos efectos de poner en evidencia la credibilidad de los testigos o sus propias declaraciones anteriores no ratificadas⁹⁹.

Resumirá las pruebas de ambas partes e instruirá al Jurado sobre las presunciones que puedan inferirse de los hechos base relevantes para el caso¹⁰⁰. En aquellos supuestos en que la Jurisprudencia exija que para considerar el hecho se necesite algún tipo de *corroboración*, así lo pondrá de relieve al Jurado y le advertirá del peligro que corre de declarar culpable al acusado en base únicamente a dicha prueba¹⁰¹. Esta advertencia de corroboración procede cuando se trata de una declaración inculpativa¹⁰² de un cómplice, de un niño o de la víctima de un delito sexual¹⁰³. También le advertirá de ese peligro cuando para la determinación de la culpabilidad del acusado la única prueba aportada sea la identificación o el reconocimiento visual del acusado hecho por un extraño, y le pedirá que examine cuidadosamente las circunstancias que rodearon dicho reconocimiento¹⁰⁴. Pondrá de relieve la prueba relativa a la buena conducta del acusado, pues es importante para su credibilidad¹⁰⁵.

En el resumen final el Juez no puede sugerir un veredicto de culpabilidad ni de inocencia, pero sí ha de manifestar al Jurado su propia opinión respecto a las cuestiones de hecho objeto del veredicto¹⁰⁶. DEVLIN dice que en el «sistema inglés el Juez está autorizado a comentar las

ser instruido de que el grado de prueba requerido es *menor* que cuando la carga recae en la acusación (...) ya que en aquéllos basta que el Jurado entienda que la prueba aporta mayor probabilidad de la veracidad del hecho alegado por el acusado». ANDREWS & HIRST: ob. cit., p. 91.

98. ANDREWS & HIRST: ob. cit., p. 55.

99. HAMPTON: ob. cit., p. 227.

100. «A correct statement of the inferences which the jury are entitled to draw from their particular conclusions about the primary facts» Lord CHANCELLOR en *R. v. Hancock* 1986, en ANDREWS & HIRST: ob. cit., p. 54.

101. ANDREWS & HIRST: ob. cit., p. 54.

102. HAMPTON: ob. cit., p. 227.

103. CROSS & WILKINS: ob. cit., p. 114.

104. HAMPTON: ob. cit., p. 227.

105. ANDREWS & HIRST: ob. cit., p. 54.

106. CROSS & WILKINS: ob. cit., p. 25.

pruebas y casi siempre lo hace. Puede, p.e., llamar la atención sobre los puntos que afectan a la credibilidad de algún testigo (...). Este tipo de sugerencias son generalmente adoptadas y ha sido práctica constante de los Jueces, durante más de un siglo y medio, expresarse en esos términos ante el Jurado»¹⁰⁷.

También en los Estados Unidos el Juez señala al Jurado cuáles son los hechos controvertidos y las normas aplicables al caso, las pruebas que se han practicado y las máximas de experiencia que han de tenerse en cuenta para su valoración¹⁰⁸, aunque sin referencia alguna a la necesidad o no de corroborar determinadas pruebas, como sucede en Inglaterra¹⁰⁹. En algún ordenamiento estatal —dice SCAPARONE— el Juez puede expresar su propia opinión sobre **el valor de las pruebas** y, además, **sobre la culpabilidad o inocencia** del acusado.

Será preciso también interpretar el art. 52 del Proyecto español, relativo al resumen final del Magistrado-presidente, en el sentido de que los jurados deberán descartar, no sólo las pruebas «ilícitas o nulas» —como dice el n.º 3 de dicho artículo— sino también aquellas otras que carezcan de valor probatorio por haber sido practicadas sólo para evidenciar la fiabilidad del testigo.

Ni qué decir tiene que el jurado ha de estar al margen de los «juicios paralelos» que se realicen en los medios de comunicación, por la enorme presión que representan. Es una de las razones importantes de la incomunicación durante las deliberaciones. Los Tribunales ingleses —dice DEVLIN— adoptan las medidas más drásticas para proteger al acusado, desde el principio al final del proceso, de que su caso se comente en la prensa o en cualquier otro lugar que pueda influir en el ánimo del jurado¹¹⁰. En España el Jurado necesitará igual protección y aunque el art. 54 del Proyecto de Ley hace sólo una referencia genérica a la «incomunicación», habrá de entenderse comprendidos en ella los periódicos, aparatos de radio y televisión que emitan dichos juicios paralelos.

107. DEVLIN: *The criminal prosecution in England*, 1958, p. 13.

108. SCAPARONE: ob. cit., p. 105.

109. ZUCKERMAN: ob. cit., p. 173.

110. DEVLIN: *The criminal (...)*, ob. cit., p. 117 a 119.

III. ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA EL JURADO PURO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO POSITIVO

1. *La calificación jurídica y el principio de legalidad*

También nuestra doctrina es consciente de la utópica separación entre hechos y derecho¹¹¹ y del papel que en la determinación del derecho juega el jurado, ello a pesar de la jurisprudencia inevitablemente contradictoria y casuística a la vieja ley del jurado de 1888¹¹².

FAIRÉN atribuye, precisamente, a la imposibilidad de aislar hechos puros y consecuencias fácticas y jurídicas una de las causas del triunfo del escabinato: «El jurado lego en derecho —añade— está ya trabajando sobre nociones y conceptos jurídicos. ¿Qué es para él una agravante o una atenuante o una excusa absolutoria?»¹¹³. El jurado tiene que pronunciarse sobre «conceptos jurídicos que recaen sobre hechos» —dice GIMENO—¹¹⁴. Incluso para el Tribunal Supremo es difícil separar hechos y

derecho —añade SERRA— y así, en el delito de robo con homicidio, los términos «con motivo u ocasión, ¿qué alcance tienen, qué significan con exactitud?»¹¹⁵. Por ello, en la evolución del jurado «pronto se puso de manifiesto la real imposibilidad de separar las cuestiones fácticas y jurídicas»¹¹⁶, porque en el «Derecho Penal no cabe deslindar ambos campos: hechos y derecho»¹¹⁷.

El peligro está en que, precisamente al coexistir dos sistemas distintos se produzcan también dos interpretaciones distintas de los mismos «hechos»: la interpretación jurisprudencial y la del jurado, abarcando ambas las mismas cuestiones, pero con contenidos distintos, según sea el juicio ante jurado —sin ninguna uniformidad interpretativa, sin ninguna aspiración nomofiláctica— o no. Dice PRIETO CASTRO que «La limitación de procesos en los que ha de intervenir el jurado, junto con la posibilidad de opción entre tribunal ordinario y órgano con jurados (...) podría considerarse que crean situaciones de desigualdad no admitidas por la Constitución (art. 14), no se concilian con la seguridad del juez legal (art. 24.2 Const.) y pueden originar contradicciones y disparidades en las sentencias, según se juzgue por el Tribunal llamado de Derecho o por el órgano con jurado, conspirándose contra la seguridad jurídica (art. 9.3. Const.)»¹¹⁸.

Los autores del Proyecto que se comenta parecen ser conscientes de la imposibilidad de separación entre hechos y derecho y, posiblemente, de sus consecuencias en nuestro ordenamiento. «La conformación del colegio decisor dentro del Tribunal del Jurado —dice la Exposición de

111. Vid. en nuestra doctrina, MARTÍN OSTOS: *El jurado (...)*, ob. cit., pp. 11 y ss. con citas de PACHECO, ESCRICHE, GARCÍA GONZÁLEZ, JIMÉNEZ DE ASSUA, SILVA MELERO, etc.

112. Por ejemplo, mientras la STS de 11 de enero de 1907 dice que «la palabra 'despoblado' y la frase 'abuso de confianza' se emplean en su acepción gramatical y son en este caso la expresión de un hecho y no de un concepto jurídico», se consideran «conceptos jurídicos»: «una llave falsa» (STS 24 jun. 1908) «la insuperabilidad del miedo» (STS 6 mayo 1909) «el desprecio u ofensa a la autoridad del agraviado» (STS 21 nov. 1892), «la necesidad racional del medio» (STS 3 nov. 1892), «el concepto que los versos pudieran merecer, sobre si escarnecían o no a la religión, era competencia del Tribunal de Derecho» (STS 18 ene. 1892). Vid. *Jurado*, en «Enciclopedia Jurídica Seix», t. XX, p. 542 y ss.

113. *Comentarios al Anteproyecto (...)*, ob. cit., p. 467.

114. GIMENO, V.: *El jurado (...)*, ob. cit., pp. 50 y 51. «También la propia evolución del jurado en España y Europa —añade— ha puesto de relieve el carácter cuestionable del presupuesto teórico sobre el que se asienta, consistente en atribuir a los jueces legos el conocimiento de los hechos (no en vano se les llama 'jueces del hecho') y a los magistrados de carrera la calificación jurídica (...). La reforma de 27 de julio de 1933 vuelve a beneficiar al juez lego (...) amplió el conocimiento del jurado, además del hecho principal, a 'los elementos que integran la concreta y precisa calificación del delito, a la participación de los acusados como autores, cómplices o encubridores, al estado de consumación, frustración, tentativa, conspiración o proposición', (...) no cambió en mucho la situación anterior, ya que la doctrina jurisprudencial del T.S. vuelve a caracterizarse por su casuismo. De este modo, en tanto que el alto tribunal afirma, de un lado, que el 'animus iniuriandi' (...) (STS 26 dic. 1933); así como la enajenación y el trastorno mental transitorio (S. 17 enero 1931) son cuestiones de hecho, reservadas al jurado, de otro, el mismo Tribunal establece que 'las preguntas sobre la embriaguez plena y fortuita son conceptos jurídicos que debían haberse reservado al Tribunal de Derecho' (S. 27 de febrero 1936)». *El jurado (...)*, ob. cit., pp. 50 a 52.

115. SERRA, M.: *El jurado*, ob. cit. Univ. de Alicante, p. 59.

116. PEDRAZ, E.: *Constitución (...)*, ob. cit., p. 72. Prosigue este autor con respecto a la evolución del jurado francés: «(...) como se evidenció en que los jueces honorarios debían emitir un veredicto, 'no sólo sobre la materialidad del acto, sino también sobre la culpabilidad del acusado, lo que implicaba tomar en consideración a la vez cada uno de los elementos constitutivos del delito y cada hecho justificativo o causa de inimputabilidad'. Inmediatas consecuencias de tal imposibilidad fueron, tanto los pronunciamientos de veredictos 'chocantes, contradictorios e incluso escandalosos' en alguna medida debido a la incapacidad e imposibilidad de los jurados de cumplir esa tarea (...)». Ob. cit., p. 72.

117. SILVA MELERO: *El jurado en las direcciones jurídicas contemporáneas*, RGLJ, 1965, p. 73 en cita de GIMENO: *El jurado (...)*, ob. cit., p. 52.

118. *Aspectos procesales (...)*, en Jornadas conmemorativas (...), ob. cit., p. 32. Abundando en esta línea, dice PEDRAZ que «una ley es comprensible en un contexto normativo, careciendo obviamente el jurado en todo caso de la legitimación precisa para suscitar una hermeneusis legal suficientemente concreta. Y, democráticamente, sólo cabe modificar el alcance de la ley a través del cauce de la ordenada articulación de los poderes constitucionales». *El jurado como vía de participación popular (1) (2)*, el «La Ley», 29 abril 1994, p. 2.

Motivos— requiere **una respuesta legislativa, cuyo acierta no pasa necesariamente por resolver la vieja cuestión lógica sobre la escindibilidad entre el hecho y el derecho**». «Los autores de nuestra vieja Ley de Jurado —prosigue— vinculando el origen histórico del instituto al testimonio de los vecinos como fórmula de decidir el litigio, patrocinaron para el ciudadano jurado una intervención limitada a la proclamación del hecho probado. Tal origen es discutible y, además, **no siempre es posible decidir** sobre la veracidad de una afirmación histórica, supuesto típico del delito, **sin pensar en valoraciones jurídicas**. Pero en todo caso —concluye— en la Ley, el Jurado no se limita a decidir si el hecho está o no probado, **sino que valora aspectos como son los componentes normativos** que dan lugar a la exención o no de la responsabilidad penal»¹¹⁹.

De alguna manera, también el Informe del CGPJ parece ser consciente de la problemática que supone la calificación jurídica de los hechos a cargo del jurado, cuando afirma que: «Se ha observado, finalmente, que deben corresponder también al jurado, **para conjugar los peligros de un mal entendido corporativismo y para evitar influencias y concepciones poco permeables a la evolución de las convicciones sociales, determinados delitos que evocan estándares morales y sociales** y los delitos cometidos por funcionarios públicos» (p. 19). Sin embargo, más adelante, dice el Informe: «Únicamente se advierte que la referencia a los delitos cometidos por los funcionarios públicos sin matización alguna, puede resultar excesivamente extensa, pues **alguno de ellos requieren un juicio de contenido técnico-jurídico, como, por ejemplo, la prevaricación**» (p. 19).

En el Proyecto de Ley no se resuelve, claro está, la dicotomía utópica entre hechos y derecho, por mucho que el Magistrado que presida el Tribunal se esfuerce en descartar términos «jurídicos» en la redacción de la propuesta de veredicto aunque, ciertamente, una labor bien hecha de disección del hecho justificable puede obviar alguno de estos problemas. Y, sin embargo, se trata, en definitiva, como se advierte en la Ex-

119. Y también, aunque no lo diga la Exposición de Motivos, «el grado de ejecución, participación, modificación de la responsabilidad (...) (art. 50.c. del Anteproyecto). Prosigue, más adelante, la Exposición de Motivos diciendo que «con tal escisión (entre hechos y derecho), se produciría una de las causas de mayor reproche al Tribunal de Jurado en nuestra experiencia. La difícil articulación de las cuestiones, con exclusión de los proscritos aspectos de técnica jurídica, produjo constantes debates sobre la corrección de los veredictos y sentencias».

posición de Motivos, de que «en nuestro sistema el jurado debe respetar, inexorablemente, el mandato del legislador»¹²⁰.

Choca, por lo tanto, que al jurado se le permita votar la calificación jurídica del hecho u optar entre las calificaciones alternativas (art. 50.d. del Proyecto)¹²¹. Si queremos que el jurado se sujete *inexorablemente* al mandato del legislador y si sabemos que son necesarios profundos conocimientos de Derecho Penal para calificar correctamente los hechos que, como ya dijo GÓMEZ ORBANEJA, sólo admiten *una* calificación correcta¹²² ¿por qué le damos pie al jurado para que se equivoque en las opciones o no acepte la calificación propuesta y vote «en contra»?

Dice el art. 50 del Proyecto de Ley:

«Objeto del veredicto. 1.— Concluido el juicio oral, después de producidos los informes y oídos los acusados, el Magistrado-presidente procederá a someter al Jurado por escrito el objeto del veredicto conforme a las siguientes reglas:

a) Describirá en párrafos separados y numerados los hechos alegados por las partes y que el jurado deberá declarar probados o no. No podrá incluir en un mismo párrafo hechos de los que unos sean susceptibles de tenerse por probados y otros no. Comenzará por describir los que constituyan el hecho principal de la acusación y después narrará los alegados por las defensas. Pero si la consideración simultánea de aquéllos y éstos no es posible sin contradicción, sólo incluirá una proposición. Cuando la declaración de probado de un hecho se infiera de igual declaración de otro, éste habrá de ser propuesto con la debida prioridad y separación.

b) Describirá después, siguiendo igual criterio de separación y numeración de párrafos, los hechos alegados que puedan determinar la estimación de una causa de exención de responsabilidad.

c) A continuación incluirá, en párrafos sucesivos y separados, la narración del hecho que determine el grado de ejecución, participación y modificación de la responsabilidad.

d) Finalmente, *precisará el delito* por el cual el acusado habrá de ser declarado *culpable* o *no culpable*.

e) Si fueren enjuiciados diversos delitos, efectuará la redacción anterior separada y sucesivamente por cada delito.

f) Igual hará si fueren varios los acusados.

120. E.M., p. 20.

121. Dice la E.M. que se añade al contenido del veredicto «el pronunciamiento sobre la *valoración* que el hecho merece en función de su *tipificación legal*. Para tal pronunciamiento, no estribará tanto la dificultad en una tarea de calificación técnica del hecho como *optar* entre las diversas versiones de éste».

122. «Porque a delitos distintos corresponden distintos supuestos de hecho y, por consiguiente, distintos actos de ejecución». GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Barcelona, 1951, p. 291.

g) El Magistrado-presidente a la vista del resultado de la prueba, podrá añadir hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado siempre que no impliquen una variación sustancial del hecho justiciable. Si el Magistrado-presidente entendiéndose que de la prueba deriva un hecho que implique tal variación sustancial, ordenará deducir el correspondiente tanto de culpa.

2.— Asimismo, el Magistrado-presidente someterá, en su caso, al Jurado, la aplicación de los beneficios de remisión condicional de la pena y la petición o no de indulto».

Como observa FAIRÉN, «no hay preguntas, sino más bien reglas sobre las que se vota»¹²³. Pero ello no impide que mediante la *valoración* «jurídica» del hecho se conteste votando afirmativa o negativamente al veredicto propuesto; es decir, culpable o inocente, con la particularidad que si el veredicto es de inocencia y no existen defectos formales, la sentencia es inapelable y, por consiguiente, irrecurrible en casación¹²⁴. Es posible, por tanto, que la «calificación jurídica» de los hechos, su tipificación no compartida por el Jurado, le disuada de votar por la culpabilidad. Es una forma de declarar el derecho, descalificando el tipo delictivo, quizá por haber perdido contenido incriminatorio en determinadas capas de la sociedad representadas en el Jurado y en perjuicio del principio de legalidad, tal como viene siendo entendido y, desde luego, del supuesto sometimiento *inexorable* del Jurado al Legislador.

Pero también puede «discrepar» el Jurado del hecho principal si tiene un concepto distinto del que la jurisprudencia y la doctrina han elaborado sobre determinados hechos, conductas o consecuencias jurídicas. Así, p.e., ciñéndonos a los delitos cuyo enjuiciamiento vendría atribuido al Tribunal de Jurado¹²⁵, la *deshonra* o la condición de *recién nacido*¹²⁶

123. *Comentarios (...)*, ob. cit., p. 471.

124. Puesto que el recurso de casación sólo cabe «a) contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia y b) las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en juicio oral y única instancia» (art. 847 LECRIM modificado por la Disp. Final 2.ª n.º 15 del Anteproyecto).

125. Disp. Trans. 1.ª del Anteproyecto.

126. La «desaparición» del recién nacido ha de resultar eficaz para ocultar la deshonra de la madre. El Código Penal de 1822 se refería a un plazo de 24 horas, mientras que los de 1848 y 1870, aludían a tres días. «La expresión recién nacido resulta ciertamente menos clara. Hay que atender a la aludida eficacia, al menos potencial, de la desaparición para ocultar la deshonra, habiéndose fijado por la jurisprudencia y la doctrina el criterio medio de una semana de vida». COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. S., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C.: *Derecho Penal*, Parte Especial, Valencia, 1988, p. 509.

en el infanticidio; la *alevosía*¹²⁷, el *precio, recompensa* o *promesa*¹²⁸, la *premeditación*¹²⁹ o el *ensañamiento*¹³⁰ en el asesinato, etc. O sobre los elementos de los tipos delictivos de infidelidad en la custodia de presos o documentos (arts. 362 a 366 CP), cohecho y malversación de caudales públicos (385 a 396 CP), fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios, tráfico de influencias (400 a 404 CP), etc. Y lo mismo respecto a las *eximentes, atenuantes* y *agravantes, grados de ejecución* y *formas de participación*.

Claro que los jurados habrán sido previamente instruidos, «en forma que puedan entender, de la naturaleza de los hechos sobre los que haya versado la discusión, determinando las circunstancias constitutivas del delito imputado (...) las que se refieran a las circunstancias eximentes o modificativas, (...)» etc. (art. 52.2 del Proyecto), pero, ¿si a pesar de todo el Jurado disiente de la interpretación que se le ha dado o de la severidad del castigo?

El riesgo de una discrepancia aumenta por el hecho de que en el acta que se entrega al Jurado el Secretario «hará constar (...) las peticiones de las partes que fueren denegadas» (art. 51.3 del Proyecto). Peticiones que versarán sobre inclusión de hechos o de calificaciones jurídicas distintas, de eximentes, atenuantes, etc., debatidas en la audiencia previa que se tiene con las partes antes de entregar el veredicto al Jurado (art. 51)¹³¹.

Pues bien, la negación del delito por la deslegitimación del Jurado afecta al principio de legalidad¹³². Este principio, con fundamento en la *lex scripta, lex previa* y *lex certa* trata de impedir que el juez se con-

127. En las SSTs de 7 de febrero, 25 de abril, 16 de mayo, 7 de julio y 23 de diciembre de 1985, se exige: a) el elemento normativo; b) el dinámico o instrumental, esencialmente de carácter objetivo y que radica en el *modus operandi* y, por último, aunque discutido por la doctrina, el desvalimiento de la víctima, etc.». COBO DEL ROSAL (con los autores citados en nota anterior), ob. cit., p. 519.

128. Es necesaria una relación causal que va del precio a la muerte y no al revés. Ob. cit. en nota anterior, p. 521.

129. «Meditación fría y reflexiva, tenaz subsistencia en el propósito y conocida exteriorización». STS 9 jun. 1981, cit. en ob. cit. en nota anterior, p. 522.

130. «El mal innecesario ha de consistir en un dolor, si bien no se requiere que éste haya forzosamente de ser físico». Ob. cit. nota anterior, p. 522.

131. Y que, aunque no se diga expresamente, ha de suponerse que se celebrará sin la presencia del Jurado.

132. Ya en la E.M. se dice haber adoptado una fórmula «que se acomoda más (...) a la plena vigencia y supremacía del principio de legalidad» para que el jurado no pueda «desde la irresponsabilidad, sustituir el genérico y apriorístico criterio del legislador por su concepción del caso concreto» (p. 20).

vierta en legislador (STC. 133/1987)¹³³. Así, la determinación del hecho punible forma parte del principio de legalidad proclamado en el art. 25.1.CE, pues sin él «la reserva legal carecería de sentido material»¹³⁴. La cuestión puede tener también consecuencias sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley penal. La «integración de ambos aspectos, esenciales del estado de Derecho (principio de determinación y principio de igualdad), pasa (...) por un cierto recorte de la independencia judicial, limitación que resulta jurídicamente atendible»¹³⁵. El principio de determinación exige, pues, un estricto acatamiento del juez a la determinación legal¹³⁶.

¿Cómo casa este principio en el sistema anglosajón? Sencillamente, al jurado inglés o norteamericano no se le pregunta por la calificación del delito. Esta viene ya en el *indictment* (procesamiento) o resolución equivalente¹³⁷. No es que ello no le permita también deslegitimar el tipo delictivo o la pena mediante veredictos de inocencia, pero al menos no se pronuncia expresamente sobre la calificación jurídica. Tampoco se le someten las circunstancias que pueden atenuar o agravar la pena, que se deciden, como dijimos, después del veredicto, en el *plea in mitigation*¹³⁸.

En último término, el principio de legalidad no es entendido de igual manera en los países anglosajones puesto que, no sólo la legitimación del ordenamiento jurídico penal por el jurado está perfectamente asumida y asimilada, sino que, además, es también absolutamente normal que en el *plea bargaining* la acusación, en contra del principio de legalidad, proceda a una degradación del tipo delictivo con el fin de obtener el consentimiento del imputado¹³⁹.

En el sistema continental de *civil law*, en cambio, es más fácil con-

seguir la legitimación de un determinado tipo delictivo cuando, como en Francia, tres Magistrados se reúnen en privado con el Jurado, las horas que hagan falta, les dan toda clase de explicaciones sobre el delito, las circunstancias modificativas, los grados de ejecución, etc. y deciden *juntos*, con cierta flexibilidad, la pena a imponer en caso de condena. No se trata ahora de escoger entre el *common law* y el *civil law*, sino simplemente de constatar que son distintos y de difícil coexistencia.

En el Proyecto de Ley, la sentencia condenatoria o absolutoria (ésta sólo cuando contiene defectos de forma) son susceptibles de recurso de apelación y, luego, del de casación por infracción de ley¹⁴⁰ y así, en la Disposición Final 2.ª, n.º 14, se incorpora al libro V de la LECRIM un nuevo Título Primero sobre «el recurso de apelación contra las sentencias»¹⁴¹. Sin embargo, sólo puede impugnarse por el fondo la sentencia

140. Previamente a la sentencia, el Magistrado-presidente puede *devolver* el veredicto al Jurado, por tres veces, «cuando los pronunciamientos son contradictorios, bien los relativos a los hechos declarados probados entre sí, bien el pronunciamiento de culpabilidad respecto de dicha declaración de hechos probados» (art. 61.d) y antes de que dicte nuevo veredicto el Jurado, el Magistrado-presidente «explicará detenidamente los defectos que justifican la devolución y precisará la forma en que se deben subsanar los defectos de procedimiento o los puntos sobre los que deberían emitir nuevo pronunciamiento» (art. 62).

141. El nuevo art. 846 bis. diría: «Las sentencias dictadas en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia por el Magistrado-presidente del tribunal del Jurado, serán apelables para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma». El 846 bis 3. viene redactado así: «El recurso de apelación deberá alegar como motivos alguno de los siguientes:

a) Que en el procedimiento o en la sentencia se ha incurrido en quebrantamiento de las formas y garantías procesales que causaren indefensión, si se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación. La reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la infracción de derecho fundamental constitucionalmente garantizado.

A estos efectos podrá alegarse, sin perjuicio de otros: los relacionados en los arts. 850 y 851, entendiéndose las referencias a los Magistrados de los números 5 y 6 de este último como también hechas a los jurados; la existencia de *defectos en el veredicto*, bien por parcialidad en las instrucciones dadas al Jurado o defecto en la proposición del objeto de aquél, siempre que de ello se derive indefensión, bien por concurrir *motivos de los que debieran haber dado lugar a su devolución* al Jurado y ésta no hubiera sido ordenada.

b) Que la sentencia ha incurrido en **infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica** de los hechos o en la determinación de la pena y de la responsabilidad civil.

c) Que se hubiese solicitado la disolución del Jurado por inexistencia de prueba de cargo y tal petición se hubiese desestimado indebidamente.

d) Que se hubiese acordado la disolución del Jurado y no procediese hacerlo.

e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, aten-

133. «Hemos señalado antes, dice esta sentencia, que el principio de legalidad penal garantiza, por un lado, el estricto sometimiento del juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación (sic) así como una interpretación analógica de la misma y, por otro, la seguridad del ciudadano en cuanto a la certeza de la ley penal, cuya exigencia es inherente a dicho principio».

134. GARCÍA RIVAS, N.: *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992, p. 59.

135. GARCÍA RIVAS, N.: Ob. cit., pp. 109 y 110.

136. BAUMANN, J.: *Derecho Penal*, Trad. C. A. FINZI, Buenos Aires, 1981 (reimpresión), pp. 66 a 68. En el mismo sentido, ROXIN (...): *Introducción (...)*, ob. cit., p. 34.

137. En EE.UU. el *complaint*, la *information* o el *indictment*, según el tipo de ilícito penal y el procedimiento que se haya seguido en la instrucción. SCAPARONE: *Common Law (...)*, ob. cit., p. 95.

138. HAMPTON: *Criminal (...)*, ob. cit., pp. 143 y 248.

139. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: *El Ministerio Público y el plea bargaining system en los Estados Unidos de Norteamérica*, Tesis doctoral, Valladolid, 1994, *passim*.

que impone **una condena**. La absolutoria, sólo por defectos de forma o procedimiento¹⁴²⁻¹⁴³. Contra la sentencia dictada en apelación cabe, además, el recurso de casación por *infracción de ley y quebrantamiento de forma*, según establece la redacción propuesta en el art. 847 LECRIM (Disp. Fin 2.^a, n.º 16)¹⁴⁴.

Pues bien, a los efectos del principio de legalidad, si la sentencia es condenatoria, la calificación jurídica podrá ser controlada y revisada, incluso, por el Tribunal Supremo. Pero si por estimar que la calificación propuesta en el veredicto no corresponde a los hechos probados porque el Jurado, «discrepando» de la legalidad vigente, dicta un veredicto «incongruente»; es decir, estima probados los hechos, pero no culpable al acusado «del delito de...», ¿qué tratamiento va a recibir el principio de legalidad? El Magistrado-presidente habrá de devolver el veredicto al Jurado por tres veces por el motivo d) del art. 61 (pronunciamientos contradictorios que motivan la apelación por el aptd.º a) del 846 bis 3 LECRIM) y habrá de convocarse un nuevo Jurado y acordar un nuevo juicio en el cual, si sucede lo mismo, *se dictará sentencia absolutoria* (art. 63 del Proyecto)¹⁴⁵.

didada la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la **condena** impuesta (...).

142. Por lo demás, la solución es perfectamente coherente con el sistema de jurado y de intermediación de las pruebas, como ya puso explícitamente de relieve una sentencia inglesa de 1724 declarando que «nunca se conoció el recurso de apelación contra un veredicto de absolución». El Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos firmado en N.Y. el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España sólo exige que, de acuerdo con esta doctrina tradicional, el *fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un Tribunal superior* (art. 14.5), es decir; sólo las sentencias condenatorias.

143. *There is no appeal against a jury verdict of acquitted. It was never yet known that a verdict was set aside by which the defendant was acquitted in any case whatsoever upon a criminal prosecution.* (King v. Jones —1725— cit. por ZUKERMAN: *The principles (...)*, ob. cit., p. 35). Vid. También VEGAS TORRES, J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, p. 199 y las doctrinas allí recogidas.

144. «Procede el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra: a) las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en *segunda instancia*; y b) las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en juicio oral y única instancia» (art. 847 LECRIM en la redacción propuesta).

145. Si no se devuelve el veredicto y se dicta sentencia absolutoria sin apreciar la contradicción, la solución del Anteproyecto no es tampoco satisfactoria. Al recurso del Fiscal el Tribunal Superior de Justicia «si estimase el recurso por algunos de los motivos a que se refieren las letras a) y d) del art. 846.bis. 3 *mandará devolver la causa a la Audiencia para celebración de nuevo juicio*». ¿Un nuevo juicio cuando en el anterior ya se consideraron probados los hechos inculpativos? ¿Un nuevo juicio sólo para que se emita una nueva calificación jurídica?

En resumen, el Jurado propuesto en el Proyecto de Ley es quien, en definitiva, legítima o deslegitima los tipos delictivos, tanto más cuanto que se le pide expresamente que incluya una determinada calificación jurídica en su veredicto de culpabilidad. El principio legitimador no es nuevo. Ya me he referido anteriormente a él en la experiencia norteamericana. Sin embargo allí todos los delitos graves admiten el juicio con Jurado y se asume la legitimación popular del Derecho Penal. Aquí, sólo algunos delitos se atribuyen por el legislador al conocimiento del Jurado. Existirá, por tanto, una duplicidad de sistemas o formas de entender el principio de legalidad, según se trate de delitos sometidos al Jurado o no.

2. Necesaria adaptación de la LECRIM y de la jurisprudencia a la práctica de la prueba ante el jurado

2.1. Efecto ejemplarizante

Con carácter general, en el Proyecto comentado se pretende llevar a su pureza máxima las reglas probatorias con sus correspondientes garantías constitucionales que informan nuestro proceso y que, obviamente, existían ya en los países anglosajones de jurado puro: oralidad intermediación y concentración, presunción de inocencia y proscripción de indefensión; contradicción y proceso justo, «con todas las garantías», incluidas las de los Convenios Internacionales sobre derechos humanos firmados por España.

Pero no escapa a los autores del referido Proyecto que, dado el escaso volumen de delitos que se atribuyen al Jurado¹⁴⁶ y siendo poca su

146. Arts. a) 405 a 410 CP, ambos inclusive (homicidio e infanticidio); b) arts. 362 a 366, ambos inclusive (infidelidad en la custodia de presos e infidelidad en la custodia de documentos); c) arts. 383 y 384 (limitaciones a la libertad sexual); d) arts. 385 a 396, ambos inclusive (cohecho y malversación de caudales públicos); e) arts. 400 a 404 bis (fraudes e exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios y tráfico de influencias). Disp. Trans. Segunda.

incidencia en proporción al total de procesos penales¹⁴⁷, el gran interés del modelo es el de servir de correa de transmisión de una saludable «higiene» en materia probatoria que pueda fácilmente ser adoptada, sobre todo, en la gran masa de juicios sin Jurado.

Se dice en la Exposición de Motivos, que «la institución del jurado reaparece con una renovada carga de sugerencias y matices capaces de dar sentido y proyección a la realidad social (...) que demanda un cambio urgente en los modos de administrar justicia (...) pieza decisiva de una reforma en profundidad (...) que es sentida como necesidad inaplazable por buena parte de los ciudadanos».

Para ello, en la E.M. se advierte que «el juicio oral ante el tribunal del jurado debe culminar la erradicación de esa malformación procesal mediante la práctica ante él de toda la prueba». Ello comporta «la exclusión de la presencia, incluso física, del sumario en el juicio oral», en contra del desafortunado precepto del art. 78.2 de la Ley del Jurado de 1888 que acordaba entregar a los miembros del Jurado al retirarse a deliberar, la causa «sin los escritos de calificación» a los miembros del jurado «si lo solicitan».

Se acuerda «suprimir», en la instrucción final del Magistrado a los jurados, «el resumen de la prueba practicada» (en contra de la práctica habitual en Inglaterra¹⁴⁸ y en los Estados Unidos¹⁴⁹), debido a la «gran polémica» que determinó —dice la E.M.— tal extremo en nuestra experiencia histórica. Sin embargo —prosigue— el «asesoramiento técnico no puede prescindir de la advertencia de no atendibilidad de aquellas actividades probatorias que adolezcan de defectos legales que obliguen a desecharlas».

Carecemos en el texto del Proyecto de muchos de los mecanismos estudiados, que son esenciales para que el Jurado tenga las máximas garantías de acierto, como ha revelado la experiencia de muchos años en los países anglosajones. En España no existe una experiencia juradista

147. En los Estados Unidos menos de un 10%, según datos aportados por KALVEN & ZEISEL en *The American Jury*, Chicago, 1966 (reimpresión), pp. 15 a 20. También en Inglaterra la proporción sobre el total de causas penales es, para el juicio con Jurado, inferior al 10%. Vid. PEDRAZ PENALVA, E.: *El jurado como vía de participación popular en la Administración de Justicia*, en La Ley de 29 de abril 1994, n.º 3.509; BARONA, S.: *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, 1994, p. 53; COTTERRELL, R.: *The Sociology of Law*, London, 1992, p. 160 y ss.; STEIN, P.: *Legal Institutions*, London, 1984, p. 63.

148. ANDREWS & HIRST: *On Criminal Evidence*, London, 1992, p. 53 y ss.; HAMPTON, C.: *Criminal Procedure*, London, 1982, p. 227.

149. SCAPARONE, L.: *Common Law e Processo penale*, Milano, 1974, p. 105.

comparable y será preciso hacer un gran esfuerzo doctrinal, jurisprudencial y de formación técnica para que no fracase el modelo de jurado que se ha diseñado. Por ello, muchos seguimos pensando que el jurado mixto habría sido un primer paso mucho menos arriesgado.

2.2. Preceptos relacionados con la prueba

Tienen especial relación con la prueba los siguientes preceptos:

a) el art. 34, que se refiere a los «testimonios» que expide o deduce el Juez de Instrucción cuando acuerda dictar auto de apertura del juicio oral —el *fascicolo* italiano— y que consistirán en los escritos de calificación de las partes, la documentación de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral, el propio auto de apertura. El testimonio, efectos e instrumentos del delito ocupados y demás piezas de convicción, serán inmediatamente remitidos al Tribunal competente para el enjuiciamiento. Además, dice el n.º 3 del precepto, las partes podrán pedir, en cualquier momento, los testimonios que les interese para su ulterior utilización en el juicio oral.

b) El art. 37.e.II dice que «contra la resolución que declare la pertinencia de algún medio de prueba no se admitirá recurso alguno. Si se denegare la práctica de algún medio podrá formularse por las partes la oportuna protesta a efectos de ulterior recurso».

c) Art. 42.1. «Tras el juramento o promesa, se dará comienzo a la celebración del juicio oral siguiendo lo dispuesto en los artículos 680 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

d) Art. 44. Especialidades probatorias.

«1.— Los jurados, por medio del Magistrado-presidente y previa declaración de pertinencia, podrán dirigir a testigos, peritos y acusados las preguntas que estimen conducentes a fijar y aclarar los hechos sobre los que ve se la prueba.

2.— Los jurados verán por sí los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción a que se refiere el art. 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.— Para la prueba de reconocimiento, se constituirá el tribunal, en su integridad, con los jurados, en el lugar del suceso.

4.— Las diligencias remitidas por el Juez Instructor podrán serle exhibidas en la práctica de la prueba.

5.— El Ministerio Fiscal y los defensores podrán interrogar al acusado, testigos y peritos, sobre las contradicciones que estimen existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo antes dicho en la fase de instrucción. No podrá darse lectura a dichas previas declaraciones pero se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto.

Las declaraciones anteriores no podrán constituir prueba sobre los hechos en ellas afirmados».

e) Art. 47. Disolución anticipada del Jurado.

«Una vez concluidos los informes de la acusación, la defensa puede solicitar del Magistrado-presidente o éste decidir de oficio, la *disolución del Jurado si estima que no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado*. Si fuesen varios los hechos y los acusados, la resolución precisará los hechos y personas respecto de las que no ha lugar a emitir veredicto.

En tal supuesto se dictará, dentro del tercero día, sentencia absolutoria motivada».

f) Art. 52. Instrucciones a los jurados.

«(...) 3.— Cuidará el Magistrado-presidente de no hacer alusión alguna a su opinión sobre el resultado probatorio, pero sí sobre la necesidad de que no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por aquél».

g) Disposición Adicional Segunda: Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«(...) 14. Se incorpora al Libro V un nuevo Título Primero, denominado «Del recurso de *apelación* contra las sentencias» e integrado por los siguientes artículos:

Art. 846 bis.— Las sentencias dictadas en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado serán *apelables* para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma (...)

Art. 846 bis 3.— el recurso de *apelación deberá alegar como motivos alguno de los siguientes: (...)*

e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, *atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta (...)*».

El art. 44, como vimos, contiene determinadas especialidades proba-

torias a las que habrá que volver en el apartado siguiente, pero ya desde ahora es preciso llamar la atención sobre el peligro de interpretar mal el hecho de que el Jurado vea por sí mismo los «libros, documentos y papeles» (726 LECRIM) indiscriminadamente, cuando puede tratarse de pruebas preconstituidas «pseudo-testificales» o «pseudo-periciales», sin haber sido sometidas a la contradicción necesaria para calibrar su fiabilidad. La misma observación ha de hacerse respecto a las «diligencias» remitidas por el juez de Instrucción (art. 44.4)¹⁵⁰ cuya exhibición puede ser improcedente, especialmente si no se reproducen las pruebas pertinentes.

También se requiere en el juicio por Jurado que se autorice a las partes a «protestar» ante la *admisión* de determinado medio de prueba o de determinada pregunta, cosa que ni la LECRIM ni el Proyecto de Ley (art. 27, e) autorizan. Y no sólo en la fase de proposición de prueba, sino también y sobre todo, en la práctica durante las sesiones del juicio oral. Por lo tanto, será preciso modificar los arts. 659 III, 709 I y II, 850, 1.º, 3.º y 4.º, etc. de la LECRIM, para que sea posible evitar ciertas preguntas, ciertos testigos de referencia y, por el contrario, admitir preguntas sugestivas a los testigos de la parte adversa para calibrar su credibilidad.

2.3. Testigo y testimonio de referencia

2.3.1. En general, su incorporación al proceso

Ambas denominaciones son útiles, pues con ellas se distingue a la «persona que da testimonio de una cosa» de la concreta «atestación o aseveración de una cosa»¹⁵¹; es decir, el sujeto y el objeto.

Por otra parte, aunque son claras las diferencias entre perito y testigo, a los efectos de la práctica de las pruebas y del derecho a la contradicción y al juicio justo, hemos de asimilar, en cierta medida, ambas figuras (sintomáticamente llevan en inglés la denominación común de *witness*)¹⁵² con el fin de que el Jurado pueda observar las posibles con-

150. Se trata de las «diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral» mencionadas en el art. 34.b.

151. Ambas son definiciones del Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Esp. 21 ed. Madrid, 1992.

152. En algunos casos se admite en derecho anglosajón la prueba pericial *escrita* cuando el Tribunal así lo autoriza en base a la imposibilidad de contradicción o, aun sin ella, si no puede producirse indefensión alguna al acusado. ADREWS & HIRST, ob. cit., p. 646 y *Criminal Justice Act 1988*, art. 30.

tradiciones entre peritos y apreciar también la fiabilidad de los que emitan su dictamen ante él, sometidos a las preguntas o aclaraciones que les formulen las partes, el Magistrado-presidente y el propio Jurado.

También la declaración del imputado tiene en común con la del testigo la valoración de su credibilidad¹⁵³ pues, incluso la confesión puede llevar en sí mayor o menor convicción de sinceridad y, como dice MITTERMAIER, «adquiere doble fuerza cuando su fisonomía, en el momento de hablar (...) revela la actitud y las palabras del inculcado (...) y, en fin, el Juez no la tiene por verdadera sino con esta última condición, a saber: *que le parezca que el acusado ha querido firmemente decir la verdad*»¹⁵⁴. Por lo demás su declaración o confesión, así como los dictámenes o testimonios de peritos y testigos prestados fuera de la presencia del Juez pueden haber estado sometidos a presiones más o menos perturbadoras de su sinceridad o espontaneidad.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Proyecto de Ley del Jurado que, salvo las especialidades comentadas se remite a aquella, permiten el acceso del testimonio de referencia escrito por tres vías: la del art. 714, relativa a la contradicción entre la declaración directa del testigo con la que prestó con anterioridad y que, por lo tanto, ahora es de referencia; la del art. 730 referido, en general, a las diligencias practicadas en el sumario que por «causas independientes a la voluntad de las partes no pueden ser reproducidas en el juicio oral», y el acceso a través del ya comentado art. 726.

Su carácter de testimonios de referencia en el sentido explicado por el derecho anglosajón (declaración prestada fuera del juicio oral) es indudable. Se trata de «leer» escritos; el sujeto que lee se refiere a un testimonio dado por otro sujeto, fuera de la presencia del Jurado y sin posibilidad de contradicción ante este Jurado en cuanto a aquella, su anterior declaración; la de referencia. Si se admite tal testimonio en el juicio oral es como una excepción al principio general de inadmisibilidad de testimonios referenciales de cargo (sin contradicción)¹⁵⁵ y de no admisibilidad de testimonios de referencia en general, aunque son de descargo, el rigor no ha de ser el mismo.

153. De ahí que en derecho anglosajón si el acusado desea declarar como testigo sea sometido a la *cross examination*, mientras que, si no lo desea, el Presidente puede, aun así, autorizar una declaración no sometida a las reglas de aquella cuyo contenido no tiene fuerza probatorio. HAMPTON: ob. cit., p. 220.

154. Ob. cit., p. 171 a 175.

155. Art. 6.3.d CEDH y 14.3.e PIDCP y SSTC 303/1993, 217/1989 y jurisprudencia del TEDH en ellas contenida.

2.3.2. La anterior declaración del testigo

Pues bien; en primer lugar hemos de descartar la vía del 714 LECRIM para poder condenar en base, solamente, a la anterior declaración de un testigo de cargo (testimonio de referencia, por tanto), que está en «contradicción» con la prestada en el juicio oral, por la sencilla razón de que esta última tiene muchas más posibilidades de ser valorada en cuanto a su sinceridad y credibilidad, mientras que la primera no. Ello no impide, naturalmente, que algún otro elemento de prueba practicado también en el propio juicio oral pueda corroborar la anterior declaración de referencia y convencer al Juzgador de la culpabilidad del acusado. Pero entonces el veredicto no habrá de basarse en la anterior declaración, de referencia, en contra de la que presta el testigo en el juicio oral, sino en estas otras pruebas de cargo, y este extremo habrá de ponerlo de relieve en el «resumen final» el Magistrado al Jurado. La conclusión del derecho inglés es, por tanto, la de que *no puede valorarse la anterior declaración inculpativa del testigo a los efectos de condenar al acusado, sino sólo a los efectos de valorar la credibilidad o no de su actual testimonio*. Ello se explica porque si el Jurado, por no dar el testigo explicaciones convincentes, duda de su actual declaración, con igual o mayor razón ha de dudar de la veracidad de la primera declaración pues, siendo inculpativa, el imputado no ha tenido oportunidad de defenderse de ella y de interrogar al testigo, que ahora la desmiente, ante este mismo Jurado. De poco importa, en definitiva, que pudiera hacerlo ante el Juez de Instrucción si no es aquél, sino este Tribunal, el que ha de valorar su credibilidad.

En definitiva, la solución en el derecho anglosajón es, realmente, la misma que la de nuestro art. 714 LECRIM: la declaración anterior es un testimonio de referencia que sólo sirve para valorar la *credibilidad* del testimonio posterior. Para ello el Presidente invita al testigo «a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones observe». De ahí que la interpretación «constitucional *avant la lettre*» del art. 714 LECRIM y la que se ajusta mejor a la eficacia de los medios de prueba para destruir la presunción de inocencia, asegurando al inculcado el derecho a interrogar a los **testigos de cargo**, es la de GÓMEZ ORBANEJA, expuesta en su *Derecho Procesal Penal*; la declaración escrita y leída no puede fundar una sentencia condenatoria, «sino provocar la explicación a que se refiere el párrafo 2.º del artículo citado»; proporcionar «los elementos a tener en cuenta para valorar la mayor o menor **credibilidad** de lo declarado en el juicio»¹⁵⁶. Y ello en contra de alguna sentencia del

156. GÓMEZ ORBANEJA con HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal penal*, 8.ª edición, Madrid, 1975, p. 255.

Tribunal Constitucional que permite valorar tales declaraciones como prueba de culpabilidad por el simple hecho de que su lectura las «reproduce» en el juicio oral «en condiciones de inmediatez (sic.) oralidad y publicidad»¹⁵⁷. Es, pues, una prueba valorable sólo *as to credit* y no *as to merit*, como quedó expuesto anteriormente. Por ello, hay que pensar en una incorrecta interpretación del precepto cuando en algún supuesto se ha utilizado para condenar en base «sólo» a la anterior declaración no confirmada¹⁵⁸.

En el art. 44.5 del Proyecto de Ley del jurado se adopta, en principio, la solución correcta: «Las declaraciones anteriores no podrán constituir prueba sobre los hechos en ellas afirmados». El texto se refiere a los testigos, peritos y acusados. Sin embargo, respecto a estos últimos y, en particular, a la *confesión*, creo que, como se expone más adelante, el tratamiento no debería ser el mismo.

2.3.3. La lectura de las diligencias sumariales

Respecto a la «lectura» prevista en el 730 LECRIM el primer problema que se plantea es el de considerar si sólo pueden leerse las diligencias practicadas por «el Juez de Instrucción» en el *sumario* o las que, aun practicadas por la policía, estén incorporadas al *sumario* o a las diligencias de la policía en el proceso abreviado, que el art. 789, 1.2 y 3. parece otorgar análogo valor que a las otras¹⁵⁹. La doctrina es, sin embargo, unánime, en que debido a la fuerza probatoria que se otorga a tales diligencias para fundar una sentencia condenatoria, han de haber sido practicadas con las garantías de asistencia, defensa y contradicción¹⁶⁰; ésta difícilmente practicable en las diligencias de la policía. Ello no obstante, en derecho anglosajón, como vimos antes, se permite que, incluso faltando estos presupuestos y garantías, si la diligencia de declaración ante la policía es irreproducible en el juicio oral (se han agotado infructuosamente los medios de obtener el testigo directo, por muerte, enfermedad muy grave, desaparición o secuestro del testigo por propio perju-

dicado, etc.)¹⁶¹, pueda ser, sin embargo, leída en el juicio oral y confirmada por el funcionario de policía que la recibió.

La imposibilidad de practicar la prueba es, a veces, sólo aparente, por no hacerse uso de todos los mecanismos que ofrece la ley procesal: práctica anticipada de prueba o incluso prueba anticipada en la instrucción; averiguación del nuevo paradero del testigo; el recurso, si es preciso, a la fuerza pública para asegurar su comparecencia; suspensión del juicio oral, etc.¹⁶².

Los dictámenes periciales irreproducibles son raros. Lo más frecuente es que pueda reproducirse, sino el acto del reconocimiento (por la destrucción de la materia o el objeto) sí, al menos, el *dictamen* en el juicio oral salvo, naturalmente, los excepcionales casos de infungibilidad del perito. Es, sin embargo, incorrecta, la frecuente transformación de la prueba pericial en documental, que suele introducirse ya en las diligencias previas y que, si es inculpativa, no ha de llegar a conocimiento del Jurado, salvo, claro está, las excepciones ya estudiadas para el testimonio de referencia.

2.3.4. Las anteriores declaraciones del imputado

La cuestión es, ahora, algo distinta. Existe la fuerte presunción de que nadie miente en perjuicio propio y menos para ser condenado. La anterior declaración inculpativa —confesión— del imputado goza, en principio, de un gran margen de credibilidad, sobre todo si se presta ante el Juez de Instrucción y con asistencia de Letrado, e incluso si se presta ante la Policía con la mencionada y preceptiva asistencia.

En derecho anglosajón y en el juicio ante Jurado no hay inconveniente en admitir la confesión anterior del acusado, siempre y cuando sea voluntaria y libre, es decir, sin violencia, intimidación, presión o promesa de ningún tipo¹⁶³. La alegación por la defensa de alguno de estos vicios hace recaer sobre la acusación la prueba de la voluntariedad de la confesión y, a tales efectos, es prueba pertinente, entre otras, la del testimonio del funcionario de policía que la recibió¹⁶⁴.

También nuestra doctrina más reciente admite la posibilidad de fun-

157. STC 98/1990, de 20 de junio, cit. en VEGAS, ob. cit., p. 251 y nota 247. En efecto, ¿De qué sirve su lectura si el autor de la declaración no está presente para ser interrogado?

158. Vid. VEGAS, ob. cit., p. 246 y ss. Muchas de las sentencias consultadas se limitan, sin embargo, a declarar valorable la anterior declaración a los efectos inculpativos cuando concurre con otras pruebas. El matiz no es suficiente. Tendrían que ser pruebas de «carga» y, en tal caso, no sería preciso «valorar» la anterior declaración.

159. Vid. ORTELLS: *Problemas (...)*, ob. cit., p. 7.198.

160. STC 217/1989, de 21 de diciembre y VEGAS, ob. cit., p. 270.

161. Art. 23 de la *Criminal and Justice Act 1988*. Se refiere, en general, a declaraciones escritas de personas fallecidas o que no pueden traerse delante del Tribunal.

162. Vid. VEGAS: ob. cit., p. 284 a 322.

163. CROSS & WILKINS, ob. cit., p. 159.

164. Vid. art. 76 de la *Police and Criminal Evidence Act 1984*, y ZUCKERMAN: ob. cit., p. 334 y ss.

dar la condena en la confesión prestada ante la policía con todas las garantías constitucionales y procesales, aun cuando la confesión no haya sido ratificada ante el Juez de Instrucción ni en el juicio oral y siempre que aquella primera confesión no haya sido impugnada expresamente. Es importante al respecto la STC 217/1989, de 21 de diciembre en la que se considera no vulnerada la presunción de inocencia aun cuando en el acto del juicio oral los procesados dijeron no recordar nada, pero habían antes declarado con toda claridad en la Comisaría de Policía, en presencia de abogado, «que se hallaban bastante ebrios, admitiendo (...) la participación en los hechos, imputando la agresión a otro acusado»¹⁶⁵. También la STC de 31 de octubre de 1990 admite la fuerza probatoria de unas declaraciones que se prestaron ante la Guardia Civil y no fueron ratificadas en el Juzgado ni en ningún trámite posterior¹⁶⁶. De ahí que parece excesiva la taxativa disposición del art. 44.5 del Proyecto de Ley que la *priva* en todo caso de cualquier valor probatorio de los «hechos en ella afirmados».

2.3.5. Documentos

Más que el concepto propuesto por GUASP, que asimila el documento a la pieza de convicción que puede ser transportada a la presencia del Juez¹⁶⁷, nos interesa la definición de MITTERMAIER porque destaca su naturaleza de *testimonio*, es decir, de objeto destinado a hacer constar la realidad de un hecho, de forma preconstituida e intencionada o de forma casual (p.e. una carta)¹⁶⁸, resaltando con ello su carácter de obra del hombre y de manifestación de voluntad¹⁶⁹.

Así concebido, el documento es un *testimonio de referencia* que, cuando es de cargo —con las excepciones que es preciso admitir en determinados supuestos de mejor prueba posible o de probada fiabilidad— no puede ser admitido en el proceso penal por impedir el interrogatorio del testigo directo, como ya hemos visto en páginas anteriores. Las ex-

165. Al día siguiente —prosigue la sentencia—, en el Juzgado de Instrucción, negaron su participación: «que no recordaban nada de lo ocurrido; que no se encontraban borrachos, sino un poco mareados» y, finalmente, en la vista de juicio manifestaron que «no recordaban nada de lo ocurrido, porque iban muy borrachos y la embriaguez les había durado hasta el día siguiente» (STC 217/1989).

166. Vid. también STC 80/1991, de 15 de abril y PAZ RUBIO: *La prueba en el proceso penal*, cit. en VEGAS, ob. cit., p. 256.

167. GUASP: *Derecho Procesal civil*, Madrid, 1977, t. I, p. 392 y 393.

168. MITTERMAIER: ob. cit., p. 274.

169. En el mismo sentido FENECH: *Derecho (...)*, ob. cit., t. I, p. 631.

cepciones más importantes en derecho anglosajón son los documentos públicos expedidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones¹⁷⁰, documentos-testimonio de personas fallecidas, e incluso documentos que transcriben declaraciones de testigos cuya comparecencia en el juicio oral es previsiblemente imposible, ya sea por estar en paradero desconocido o por estar retenidas por la parte a quien podría perjudicar su testimonio¹⁷¹.

Ahora bien; es preciso destacar que el documento puede entrar a formar parte de las pruebas en el juicio oral por la vía del 726 LECRIM o, en el Proyecto de Ley del Jurado, por la vía de los arts. 34.2 y 3, 44.2 y 44.4, es decir, como «pieza de convicción», y también como «prueba documental aportada por las partes en el plenario»¹⁷² lo que, sin embargo, no le quita su carácter de testimonio escrito¹⁷³ que, si no es personalmente reproducido por su autor en el juicio oral, conserva su carácter de testimonio de referencia y, en tal caso, como ya se dijo, no debe ser valorado por el Jurado en perjuicio del acusado.

En conclusión, es preciso convenir que testimonio de referencia lo es siempre el que se da *por escrito*. En principio ha de ser rechazado salvo que sea imposible traer a juicio al testigo directo y aun en tal caso, no siempre es admisible para fundar una condena. **Es también doctrina del TEDH que se vulnera el art. 6.3.d. del Convenio cuando se sustituye la declaración del testigo en el juicio por la documentación de declaraciones prestadas en las diligencias policiales o en la instrucción**¹⁷⁴.

En fin, tampoco es admisible el perito —*expert witness*— de referencia, es decir, la aportación de informes periciales, cuando la prueba puede practicarse en el juicio oral, con contradicción e interrogatorio al perito, por las mismas razones que en derecho anglosajón se esgrimen

170. Certificaciones sobre el estado civil de las personas, propiedad, etc., sin que podamos confundirlos con la protocolización ante funcionario público, p.e. Notario, de determinadas manifestaciones del testigo.

171. ANDREWS & HIRST, ob. cit., p. 511 y ss.

172. FENECH: *Derecho procesal (...)*, ob. cit., t. I, p. 639. La aportación normal del documento es, sin embargo, la que se hace en el sumario (Arts. 622.1, 626.1, 654, 726, etc.). En el art. 656 el legislador olvida mencionar los «documentos» en las pruebas que las partes proponen en los escritos de calificación. Sobre este tema vid. también VEGA: ob. cit., p. 385.

173. «Pseudo-testimonio», dice MUÑOZ SABATÉ, ob. cit., p. 318.

174. LÓPEZ ORTEGA: *La prueba de testigos en la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos; problemas que suscitan en relación con el derecho a un proceso equitativo*, en *La prueba en el proceso penal*, en Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ 1992, p. 385 y ss. Vid. VEGAS: ob. cit., p. 242, nota 237.

para los testigos, a pesar de la jurisprudencia permisiva que recoge VEGAS¹⁷⁵. De ahí el peligro de que se introduzcan testimonios y peritajes de referencia gracias al art. 44 del Anteproyecto, que permite exhibir al Jurado «las diligencias suministradas por el Juez Instructor» o los «testimonios que las partes pueden pedir para su utilización en el juicio oral» (las del art. 34).

En el Informe del CGPJ, p.e. ya se señala la necesidad de adoptar eficaces medidas de salvaguarda de los miembros del Jurado «tendientes a evitar que accedan al juicio elementos que puedan crear un *prejuicio* en torno al acusado (...); asegurar que el Jurado resuelva por sí mismo, sin más datos ni elementos que la prueba practicada ante él y, en tercer lugar, los dirigidos a evitar la influencia de terceras personas sobre sus miembros»¹⁷⁶. También, en algún momento, al referirse el Informe a la debida primacía del juicio oral, se hace alusión al *testigo de referencia* y a su *proscripción* como fundamento de una sentencia condenatoria.

En esta materia, partimos de una Ley de Enjuiciamiento Criminal que nada objeta al testigo de referencia. Todo testigo está obligado a declarar «lo que supiere sobre lo que fuera preguntado» (707 LECRIM), incluso si sus fuentes de información son indirectas, sólo que en tal caso expresará la razón de su dicho y, si **fuere de referencia**, precisará el origen de la noticia» (710 LECRIM).

La jurisprudencia reciente —y la ya mencionada doctrina del TEDH— entra de lleno en el problema y trata de «dar respuesta» al mismo, determinando «en qué medida la declaración testifical indirecta o de referencia que sustrae la del testigo directo no imposibilitado de acudir (...) infringe la presunción de inocencia». La STC 303/1993, de 25 de octubre confirma la doctrina de que «la prueba testifical indirecta (aunque esta vez se refiere al testimonio oral) nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial (STC. 217/1989)» y alude a la doctrina del TEDH (SS. Barberá Meseguer y Jabardo c. España 6 dic. 1988; Delta c. Francia 19 dic. 1990; Isgro c. Italia 19 feb. 1991; Asch c. Austria 26 abril 1991; Windisch c. Austria 27 sept. 1990; Kostovski c. Holanda 20 nov. 1989 y Lüdi c. Suiza 15 jun. 1992) según la cual «la sustitución del testigo di-

175. Ob. cit., pp. 339 y 340.

176. Informe (...) ob. cit., p. 40. Más adelante se examina el concreto problema de la influencia de los medios de comunicación sobre el Jurado, la solución norteamericana y las diversas medidas legislativas que deberían adoptarse (pp. 41 a 43).

recto por el indirecto, sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral» es «contraria a lo dispuesto en el art. 6 CEDH por cuanto, de un lado, priva al tribunal sentenciador de **su derecho a formarse un juicio sobre la veracidad, o de credibilidad del testimonio** (...) y, de otro, y sobre todo, vulnera lo dispuesto en el art. 6.1 y 3.d. del CEDH que **consagra el derecho que al acusado asiste de interrogar a los testigos de cargo**, de cuyos términos resulta la obligación de conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar al testimonio de cargo e interrogar a su autor (...) doctrina que (...) resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 de la CE» (STC 303/1993, de 25 de octubre).

2.4. La práctica de la prueba testifical en nuestro ordenamiento

La necesidad de adaptar la LECRIM al interrogatorio cruzado —*cross examination*— es también evidente. No es adecuado que el testigo de cargo narre «sin interrupción» los hechos (436.3 LECRIM), sino que es mejor el sistema de preguntas y respuestas breves y escuetas para evitar que refiera, incluso involuntariamente, testimonios no personales, que haya preconstituido el relato y, sobre todo, para permitir que la parte adversa pueda objetar a la «pregunta no formulada», o formulada implícitamente, que sea impertinente, vedada por el art. 439 LECRIM, pues lo que realmente es impertinente no es la pregunta, sino la respuesta.

Por el contrario, los arts. 439 y 709 habrían de permitir preguntas sugestivas en el interrogatorio cruzado de la contraparte, así como, en este caso, el relato continuado, útil para poner en evidencia las contradicciones del testigo y su escasa credibilidad, en contra de una antigua jurisprudencia proscribía este tipo de interrogatorio y consideraba «bien denegada la pregunta encaminada a acreditar la fuerza probatorio de un testigo, extremo que la Ley deja a la apreciación discrecional del Tribunal (STS 3 feb. 1897) o la que no admitía «repreguntas» que no fuesen debidas a contestaciones de otras que le hubiese formulado el que presentaba el testigo (708 I LECRIM y STS 7 oct. 1885)¹⁷⁷. Tanto dicha praxis como la jurisprudencia —dice MUÑOZ SABATÉ— no han comprendido todavía este aspecto crítico de la repregunta, limitándose a considerarla como un complemento de la noticia»¹⁷⁸.

177. Vid. FENECH: *Derecho Procesal penal*, ob. cit., t. 1, p. 688.

178. Ob. cit., p. 289.

Como ya se estudió más arriba, es sobre todo indispensable que en el juicio ante Jurado se permita la **objeción o protesta** contra las preguntas que se estimen impertinentes, con el correspondiente recurso de apelación y casación, en su caso, contra la sentencia condenatoria. Ha de poder utilizarse la amonestación o la sanción, si es preciso, cuando a propósito se formulen tales preguntas con el único objeto de que las oiga el Jurado. Tendrá que poder debatirse con el Presidente, cuando surja el incidente, la admisibilidad de alguna prueba sin la presencia del Jurado. Estos y otros ejemplos del *law of evidence* inglés —decía MITTERMAIER— «indican el **verdadero sistema** que se debe seguir y los preceptos que deben imponerse a los jurados. Quisiéramos —concluye— que la Ley Criminal arreglara en tiempo y lugar la *admisibilidad de los diversos medios de prueba*, así como la **manera de administrarlos**; que determinara los casos de **admisibilidad de testigos** y que comprendiera **instrucciones precisas que pudieran guiar la apreciación que deben hacer los jurados del mayor o menor crédito** debido a los medios aducidos en la causa¹⁷⁹; instrucciones en fin, del todo análogas a la doctrina de los criminalistas ingleses»¹⁸⁰.

3. Algunas cuestiones puntuales del Proyecto de Ley del jurado

El Proyecto comentado merecería también un análisis de diversos extremos o «novedades» que nada o poco tienen que ver con el Jurado. No es éste, sin embargo, mi propósito, sino sólo llamar la atención sobre alguna cuestión puntual del articulado en la que se ha deslizado alguna omisión, error o confusión que puede ser subsanada en el debate parlamentario.

3.1. Variación sustancial e indefensión

Entre las funciones del Jurado el art. 5 del Proyecto incluye la de poder añadir en el veredicto «hechos que no impliquen variación sustancial». El art. 50.1.g. también permite al Magistrado-presidente, una vez

179. Como decía el Resumen de Memorias de los Fiscales sobre la Ley del Jurado de 1888, publicada por R.O. de 12 de julio 1899, «los jurados juzgan y aprecian los hechos por meras impresiones externas, físicas o morales (...) y sin aptitud bastante para motivar las diferencias de la prueba».

180. Ob. cit., p. 90.

terminado el juicio oral, incluir en la propuesta de veredicto hechos o calificaciones jurídicas *favorables* al acusado, siempre que «no impliquen variación sustancial del hecho justiciable» y, en fin, el art. 57.3 vuelve a mencionar que el Jurado podrá proponer alternativas fácticas siempre que no supongan una alteración sustancial ni determinen una *agravación* de la responsabilidad del imputado por la acusación».

La sentencia del Magistrado viene vinculada por la calificación propuesta y votada en el veredicto (E.M., p. 24) y por el grado de ejecución, forma de participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (art. 50.c.), con lo que el problema de una posible tercera tesis en base al art. 733 LECRIM ha de plantearse como propuesta alternativa en el veredicto. Sin embargo, la inclusión de una tesis basada en una supuesta «variación no sustancial» **del hecho justiciable** (tanto por el Magistrado, como por las partes o por el propio Jurado) que puede comportar una distinta calificación puede también ser causa de indefensión. Que la nueva calificación pueda ser «más favorable» al acusado no implica que no pueda producirle **indefensión**, cuando no se trate de una simple *degradación del tipo*¹⁸¹, pues el acusado también ha de poder defenderse de una calificación menos grave, de unos hechos menos graves, si se quiere, de los que también puede resultar inocente. Por ello, el criterio básico que garantiza el juicio justo no es tanto el de la mayor o menor variación del relato fáctico cuanto el de la proscripción de la **indefensión** (art. 24.1 CE y STC. 104/1986)¹⁸². Sería preciso, pues, añadir que tal variación no sustancial del hecho o de la calificación menos grave *no ha de producir indefensión*.

181. El funcionario acusado de haber solicitado presentes para ejecutar un acto injusto y delictivo relativo al ejercicio de su cargo (386 CP, castigado con prisión menor y multa del tanto al triplo del valor de lo recibido) y luego se modifica la calificación, acusándole sólo de haber «admitido» regalos en consideración a su oficio (art. 390 CP, castigado con suspensión y multa de 100.000 a 500.000 ptas.) puede encontrarse en *indefensión* si no se le ofrece la oportunidad de defenderse de este nuevo tipo, que aunque sea menos grave y atente contra el mismo bien jurídico, no es una simple *degradación del tipo*. En efecto, primero probó que «no había solicitado» regalo alguno y ahora puede ser necesario probar que «no admitió» regalo alguno que el presente no le fue entregado «en consideración a su oficio». El acusado de «concertarse con los interesados» en contrataciones públicas (art. 400 CP) que luego es acusado sólo de «interesarse» en tales contrataciones tampoco queda cubierto con su primera defensa si se limitó a probar la falta de concierto. El Tribunal Constitucional confirma esta doctrina cuando dice que el acusado «ha de tener ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo del delito señalado en la sentencia» SSTC 105/1983, de 25 de noviembre; 104/1987, de 17 de julio; 134/1986, de 29 de octubre; 17/1988, de 16 de febrero, etc. Vid. también SANTORO, A.: *Imputazione*, en *Novissimo digesto italiano*, t. VIII, p. 464.

182. Vid. también FAIRÉN, V.: *Comentarios (...)*, ob. cit., p. 447 y 472.

3.2. Comprobación o ponderación de la imputación

El art. 24 del Anteproyecto relativo a la «incoación del procedimiento ante el tribunal del Jurado» contiene una modificación del régimen general de la notificación de la imputación que puede mermar los derechos de defensa, tal y como quedaron perfectamente diseñados en la Ley 53/1978, de 4 de diciembre que modificó sustancialmente el art. 118 LECRIM¹⁸³. Es una modificación aparentemente nimia, de matiz, pero con una equívoca redacción que puede traer consecuencias no queridas.

Mientras el 118.2 LECRIM dice que «la admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas será puesta *inmediatamente* en conocimiento de los presuntos inculpados», el art. 24 que comentamos dice: «Cuando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querrela y tan pronto como de cualquier actuación procesal resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, previa *comprobación de su verosimilitud*, procederá el Juez de Instrucción a dictar resolución de incoación del procedimiento para el juicio ante el tribunal del Jurado (...)». En la Exposición de Motivos se justifica el cambio diciendo que «la formulación de denuncia o querrela o la existencia de una actuación procesal en curso de la que se derive la atribución de un hecho delictivo a persona determinada, ha de ser objeto de una *imprescindible valoración circunstanciada* por el juez para decidir *sobre el seguimiento de la causa penal*»¹⁸⁴. En el mismo sentido, el Informe del CGPJ se refiere, en general, a la «incoación del proceso» cuando en la p. 45 y 46 alude a la imputación y dice: «Sólo una imputación *judicialmente controlada* debería determinar, no ya la *apertura del procedimiento*, sino el inmediato traslado a que se hace referencia en el artículo siguiente», es decir, la notificación de la imputación.

Conviene pues aclarar con una redacción distinta lo de la *previa comprobación de su verosimilitud* (art. 24), en el sentido de que no se

183. Vid. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI: *La Ley 53/1978, de 4 de diciembre y la instrucción sumaria penal*, en *Derecho y Proceso*, Estudios jurídicos en honor del prof. A. Martínez Bernal, Murcia, 1980, p. 289, *passim*.

184. E.M. p. 12. Y, prosigue: «Tal decisión no podrá demorarse arbitrariamente, debiendo sancionarse, conforme a aquella doctrina, como nulas e ilícitas, las investigaciones verificadas sin esta previa comunicación, cuando corresponda». El art. 24 del Anteproyecto se está refiriendo, pues, a la imputación que inicia el proceso penal.

trata de realizar investigación ninguna porque, en verdad, la «verosimilitud» no se «comprueba», sino que a lo más se examina, pondera¹⁸⁵, o analiza. Lo que se «comprueba» son los hechos, la realidad de la imputación y esto es, precisamente, lo que no hay que hacer antes de notificarla al imputado. Basta con que la denuncia no sea *manifestamente falsa* (269 LECRIM) para que el Juez o funcionario procesa inmediatamente a *la comprobación del hecho denunciado*, con lo que ya se inicia la instrucción y preciso es, por tanto, notificar la imputación (118 LECRIM). Precisamente el Tribunal Constitucional prohíbe cualquier investigación, «comprobación», para inquirir sobre la imputación antes de haber sido notificada, pues dice que el art. 118 reconoció «la nueva categoría de imputado a toda persona a quien se atribuya, **más o menos fundadamente**, un acto punible» y a tal persona «**hay que garantizarle el acceso al proceso (...) pues esta omisión tiene incidencia sobre otros derechos fundamentales porque si el imputado hubiese tenido conocimiento de la admisión a trámite de la denuncia y de la incoación del procedimiento penal (...) podría haber ejercitado su derecho de defensa (...)** es claro, pues, que se ha producido la **indefensión alegada**». (STC. 19 abril 1993).

3.3. Cuestiones previas

En el art. 36: «Planteamiento de cuestiones previas», se permite que las partes personadas ante el tribunal del jurado puedan, entre otras cuestiones, pedir la «exclusión del algún hecho sobre el que se hubiere abierto el juicio oral si se denuncia que no estaba incluido en los escritos de acusación». Ahora bien; es posible que los escritos de acusación. Ahora bien; es posible que los escritos de acusación contengan algún hecho por el que no se haya siquiera formulado la imputación y que, a pesar de haberse puesto de relieve el defecto en el propio escrito de defensa, el juez de Instrucción lo incluya en el auto de apertura del juicio oral (art. 33) obviamente, habría de ser posible poner de relieve este extremo como «cuestión previa» ante el Tribunal del Jurado e incluirla en el art. 36 si bien, por otro lado, estaría siempre implícita en el apartado

185. «Tan pronto como el Juez de Instrucción haya efectuado una *provisional ponderación* (...) deberá considerarle imputado», dice la STC 186/1990, de 15 de noviembre. Vid. mi monografía *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994, pp. 47 y ss.

b) del mencionado artículo que permite la alegación de cualquier «vulneración de derecho fundamental».

De igual modo convendría incluir como cuestión previa la «nulidad de actuaciones» o de algún acto en particular, a fin de que pueda subsanarse (arts. 11.3, y 238 a 243 LOPJ) antes del juicio oral, pues así lo ha venido reconociendo una ya antigua doctrina del Tribunal Supremo, al considerar la nulidad como «un posible artículo de previo pronunciamiento» (STS 13 marzo 1968) y poder «solicitar a las Audiencias la nulidad de actuaciones (...) deducido en el plazo y con los trámites establecidos en los arts. 667 y stes.» (STS 2 octubre 1979)¹⁸⁶.

3.4. Auto de hechos justiciables

En el auto de hechos justiciables del art. 37 que dicta el Magistrado que ha de presidir el tribunal del Jurado una vez resueltas las cuestiones previas se expondrán (aptd.º d) «en párrafos separados los hechos que configuren el grado de consumación del delito y el de participación del acusado, así como la posible estimación de la exención, agravación o atenuación de la responsabilidad criminal». En ningún momento se impone ni requiere una «provisional» calificación del hecho justiciable, como tampoco se hace en el auto que previamente dicta el Juez de Instrucción mandando abrir el juicio oral. Claro que ya está la calificación de las partes, pero si el Magistrado-presidente ha de decidir y determinar los grados de ejecución, las formas de participación y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal es preciso, en todo caso, que las refiera a un tipo delictivo en concreto, pues aquellas están en función de éste. No se puede decir que un delito resulta «frustrado» si no decimos de qué delito se trata.

Por lo demás, la inclusión en el auto de apertura del juicio oral de una somera y provisional calificación jurídica —que también se manifiesta al notificar la imputación— es prácticamente unánime en el derecho comparado (en Alemania, art. 207 StPO; en Francia, 214 a 349 CPP; en Italia, 429 CPP; en Gran Bretaña, el Indictment Act y las Indictmen Rules, etc.)¹⁸⁷.

186. Vid. ALVAREZ DE LINERA Y URÍA, C.: *La nulidad de actuaciones en el proceso penal*, Oviedo, 1981, passim y mi monografía *La nulidad de actuaciones*, Barcelona, 1987, pp. 174 y 175.

187. VERGER GRAU, J.: *La defensa (...)*, ob. cit., p. 83.

3.5. Juramento y criterio de valoración de la prueba

En el art. 41 se contempla el juramento que se exige a los jurados para desempeñar recta y fielmente el cargo. En la fórmula que se utiliza no se hace ninguna referencia al grado de certeza o de convicción que se les exige para emitir un veredicto de culpabilidad en contra de la presunción de inocencia. Se les pide que examinen «sin odio ni afecto las pruebas» y que resuelvan «con imparcialidad»¹⁸⁸. Pero tratándose de ciudadanos llamados, normalmente por vez primera, a desempeñar un cargo de tal responsabilidad y del que desconocen casi todo, con la dificultad inherente de determinar los hechos probados, tarea difícil incluso para un juez de carrera¹⁸⁹, ¿cómo no se en el apartado tercero del veredicto hará la declaración de que encuentra al acusado *no culpable* del delito de (...) ¹⁹⁰ (art. 59.c.)¹⁹¹. Sin embargo, tal veredicto comporta, según el art. 65 «la inmediata puesta en libertad» del acusado cuando, por el contrario, puede tratarse de una eximente de enajenación mental que obligue al internamiento (art. 8.1.II CP).

Asimismo, el art. 846 bis 3 LECRIM, según el Anteproyecto, autoriza el recurso de apelación cuando la sentencia «hubiere vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el proceso, carece de toda base razonable la *condena* impuesta». Sin embargo, cuando el veredicto es de no culpabilidad por eximente la sentencia es *absolutoria*. ¿Ha de privársele al procesado absuelto pero declarado autor de los hechos el derecho a apelar por indebida vulneración de la presunción de inocencia? De ahí que, en derecho anglosajón, en tal supuesto el veredicto es de *guilty but insane*, culpable pero con enajenación mental. Si, por el contrario, el veredicto fuese de *not guilty* no cabría recurso de apelación por el fondo.

3.7. Responsabilidad civil del «no culpable»

En el art. 66 se dice que cuando el veredicto fuese de culpabilidad se concederá la palabra a las partes para que informen sobre la pena,

188. Se reproduce la fórmula del art. 58 de la Ley de 1888.

189. JOLOWICZ: *Droit Anglais*, Paris, 1986, p. 555; HAMPTON, C.: *Criminal (...)*, ob. cit., p. 226; ZUCKERMAN, A. A. S.: *The principles (...)*, ob. cit., p. 122 y ss.

190. Véase ya la Memoria de la Fiscalía del T.S. de 15 de septiembre de 1894.

191. También el Informe del CGPJ (p. 52, letra J) entiende que «la sentencia será condenatoria cuando el veredicto sea de culpabilidad (art. 66)».

medidas de seguridad y sobre la responsabilidad civil. Pero ¿y cuando el veredicto sea de no culpabilidad por eximente? P.e. las de los n.º 1, 2, 3, 7 y 10 del art. 8 CP, supuestos todos en que el Juez o Tribunal «que dicte sentencia absolutoria (...) procederá a declarar las responsabilidades civiles correspondientes (...) siempre que las acciones civiles hayan sido ejercidas conjuntamente con las penales» (art. 20 VIII CP). Y, sin embargo, el art. 6.II del Proyecto —función del Magistrado-presidente— circunscribe el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil a los casos de *condena*, es decir, al «*penado*».

Estas y otras muchas cuestiones son, ciertamente, mejorables. Quizá en el trámite parlamentario de enmiendas se puedan —a toda prisa— solventar y corregir algunos defectos. Ello no obstante, una ley como la del Jurado hubiese merecido una amplia participación de los sectores implicados directamente en su aspecto doctrinal —la Universidad— y en su aplicación práctica —la Magistratura y la Abogacía—. Ahora bien, el último destinatario de la Ley será, en cualquier caso, la sociedad y el que se encuentre acusado ante un Tribunal de Jurado. Esperemos que los derechos de ambos estarán salvaguardados debidamente en el nuevo proceso que se diseña; proceso que, como instrumento de mayor o menor calidad y precisión, condicionará también, en gran medida, la calidad de la justicia; en este caso, la justicia del veredicto.

GARANTIA DE DEFENSA DEL DEMANDADO AUSENTE EN PROCESOS CON ELEMENTOS EXTRANJEROS Y EN EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE RESOLUCIONES JUDICIALES

ALEX CAROCCA PÉREZ
Becario del Instituto de Cooperación Iberoamericana
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

SUMARIO:

Introducción. — I. Nociones generales sobre la garantía de defensa. — II. Garantía de defensa del demandado ausente en el Convenio de Bruselas: 1. En materia de competencia judicial internacional: 1.1. Obligación del juez de controlar de oficio su competencia: 1.1.1. Origen de la norma; 1.1.2. Importancia del mecanismo de atribución de competencia del Convenio; 1.1.3. Momento en que debe realizarse; 1.1.4. Diferencia entre el control de oficio de la competencia y la aplicación de oficio del Convenio; 1.1.5. Presupuesto para que opere este control: a) Demandado domiciliado en la Comunidad; b) Demandado no domiciliado. 1.2. Obligación del juez de suspender el juicio hasta que se le acredite que el demandado ha sido debidamente emplazado: 1.2.1. Origen y modificación de la disposición; 1.2.2. Contenido de esta garantía; 1.2.3. Transitoriedad de la norma. 2. En materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales: 2.1. Origen e importancia del art. 27 n.º 2; 2.2. Relaciones entre los arts. 20 y 27 n.º 2: 2.2.1. Independencia en cuanto a la forma en que deben realizarse ambos controles; 2.2.2. Uniformidad en cuanto al contenido de controles. 3. Contenido de la garantía de defensa del demandado ausente en el Convenio de Bruselas: notificación regular y con tiempo suficiente: 3.1. Distingo entre la notificación regular y el tiempo suficiente; 3.2. Notificación hecha regulamente; 3.3. Notificación hecha con tiempo suficiente; 3.4. Prohibición de revisar el

fondo de la sentencia. — III. Garantía de defensa del demandado ausente en el ordenamiento autónomo español: 1. En las normas sobre competencia judicial internacional: 1.1. Aplicación de las reglas generales establecidas por el Derecho Procesal español; 1.2. Posibilidades de que el juez español pueda controlar de oficio su competencia en caso de imparecencia del demandado. 2. En las normas sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales: 2.1. La incomparecencia del demandado como causal de no reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras; 2.2. Evolución de la jurisprudencia sobre reconocimiento en España de las sentencias extranjeras dictadas en rebeldía: 2.2.1. *Exequatur* a los laudos arbitrales; 2.2.2. *Exequatur* a las sentencias de separación y divorcio; 2.2.3. A sentencias de contenido económico. 2.3. Jurisprudencia constitucional sobre la sentencia extranjera dictada en rebeldía. — IV. Conclusiones. — Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Se ha apuntado que entre las principales características del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre Competencia Judicial y Ejecución de Resoluciones Judiciales (en adelante el Convenio de Bruselas o El Convenio), se encuentra la preocupación por el respeto de la garantía de defensa en juicio o derecho de defensa¹.

La más importante disposición en la cual se plasma tal protección es el artículo 20 del Convenio.

Sin embargo, este precepto es estudiado fundamentalmente, en conjunto con el art. 19, a propósito del control de oficio de la competencia judicial internacional².

Por esta misma razón, normalmente no se hace mayor incapié en que el objetivo esencial del precepto es garantizar la defensa del demandado rebelde, utilizando como uno de los medios para lograr esa finalidad, el control de oficio de su competencia por el propio juez comunita-

rio. Pero de hecho no se trata del único medio que utiliza esta disposición, ni por cierto el propio Convenio, para perseguir esa protección.

Desde luego, el citado artículo 20, se encuentra en íntima relación con otro del mismo Convenio de Bruselas, cuál es su art. 27 n.º 2, que protege el derecho de defensa del demandado ausente en el reconocimiento (aplicable también a la ejecución) de sentencias extranjeras emanadas de otro Estado contratante. Es tan estrecha la relación entre ambas disposiciones, que se ha llegado a elaborar por el T.J.C.E. una jurisprudencia común para los dos preceptos.

En definitiva, ambas normas, más algunas otras de menor importancia (arts. 34, 40 n.º 2 y 46 n.º 2), constituyen lo que podríamos denominar el sistema de protección de la garantía de defensa del demandado no compareciente en el Convenio de Bruselas, que opera tanto en las normas sobre competencia judicial internacional como en el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, con un sentido y alcance que por las razones expuestas consideramos interesante establecer, en lo que constituye el objetivo central de este trabajo.

Para completar este estudio desde el punto de vista del Derecho español, consideramos también la situación de protección de la garantía de defensa del demandado ausente, en los procesos a los cuales no se aplica el Convenio de Bruselas. Es decir, aquellos regulados por las normas del derecho autónomo español, en estos mismos supuestos, o sea, tanto en la determinación de la competencia judicial internacional como en el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

I. NOCIONES GENERALES SOBRE LA GARANTÍA DE DEFENSA EN JUICIO

Con carácter previo, debemos señalar que desde un punto de vista general, por garantía de defensa en juicio o derecho de defensa, entendemos la «garantía de la intervención de las partes en el proceso». En efecto, se trata de la garantía, reconocida a nivel constitucional, consistente en la «potestad de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción»³. Como garantía, que así preferimos llamarla en lugar de derecho para significar que están para exigir su observancia y para poner

1. Vid., por ejemplo, PLUYETTE, G., *La Convention de Bruxelles et les droits de la défense (Propos sur la libre circulation des jugements dans l'Europe communautaire)*, en *op. col.* Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, Paris, 1991, pp. 427 y ss.

2. Así ocurre con los manuales más al uso en España de Derecho Internacional Privado, por ejemplo, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., «Curso de Derecho Internacional Privado», Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 301 y ss.; MARÍN LÓPEZ, A., «Derecho Internacional Privado», 6.ª Edición, Granada, 1992, t. I, p. 114; etc. y, con artículos especializados sobre el Convenio de Bruselas, tales como, IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y DESANTES REAL, M., «La Quinta Libertad Comunitaria: Competencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en la Comunidad Europea», en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, *op. col.* dirigida por García de Enterría, Ed. Civitas, 1986, t. III, pp. 711 a 752; ESPINAR VICENTE, J. M., «Competencia Judicial y Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia civil y mercantil en el ámbito de la Comunidad Europea», en libro homenaje al Prof. Díez de Velasco, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 882 y ss.; etc.

3. S.T.C. 89/1986, 1 de julio.

el acento en su grado de cumplimiento, forma parte del debido proceso y sin su concurrencia ningún juicio resulta válido⁴.

En general, en el ámbito del Derecho procesal internacional se acepta que la garantía de defensa comprende, a lo menos, la facultad o potestad del demandado de conocer la demanda que se ha formulado en su contra y el otorgamiento de un plazo o término suficiente para que pueda manifestar lo que estime conveniente.

Por tanto, el cumplimiento de estas dos condiciones en los procesos con elementos extranjeros, otorga la medida del respeto de la garantía de defensa del demandado no compareciente y nuestra tarea consistirá en determinar hasta donde concurren cada uno de estos requisitos en los diferentes ámbitos del Derecho Procesal internacional español, conformado tanto por normas de origen convencional como de fuente autónoma.

II. GARANTÍA DE DEFENSA DEL DEMANDADO AUSENTE EN EL CONVENIO DE BRUSELAS

1. *En materia de competencia judicial internacional*

Para entrar de lleno a la normativa del Convenio de Bruselas, nos corresponde estudiar en primer lugar la protección que se concede al demandado ausente en la operatoria de las normas sobre competencia procesal internacional contenidas en el Convenio de Bruselas.

En este caso, hay dos mecanismos distintos, el primero de los cuales es el control de oficio de la competencia judicial internacional y el segundo la suspensión del procedimiento, que aparecen contemplados respectivamente en los párrafos 1 y 2 del art. 20 del Convenio y que, por ende, deben analizarse por separado.

1.1. Obligación del juez de controlar de oficio su competencia

Tal cual hemos adelantado, la más conocida de las reglas del Convenio de Bruselas sobre esta materia, es la contenida en el párrafo pri-

4. RAMOS MÉNDEZ, F., «El sistema procesal español», Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 70. Sobre el debido proceso y su relación con el derecho de defensa, entre otros, BANDRÉS SÁNCHEZ CRUZAT, J. M., «Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional», Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992, pp. 461 y ss.

mero de su art. 20, que aparece obligando al juez a declararse de oficio incompetente, concurriendo las circunstancias que veremos, si el demandado no ha comparecido.

1.1.1. Origen de la norma

Se ha establecido que este precepto fue tomado del art. 37 del Código de Procedimiento Civil italiano, que dispone que «el juez debe, de oficio, comprobar su competencia cuando el demandado es extranjero y no comparece»⁵.

La intención de los redactores era equiparar en el Convenio la mayor protección que ofrece el ordenamiento procesal de Alemania al demandado que tiene que ser emplazado en el extranjero, en comparación al resto de los ordenamientos de los países originarios de la Comunidad Europea (Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda), que no otorgan protección especial al demandado en ese supuesto.

En efecto, en Alemania en este caso, se solicita la prueba de que se ha mandado la cédula de emplazamiento al extranjero, mientras que en los otros no se investiga tal hecho, por lo que resulta mucho más fácil que se produzca su condena en rebeldía⁶.

En definitiva, el origen de la disposición revela claramente que su finalidad es proteger al demandado que debe ser emplazado en otro Estado, tratando de evitar desde un primer momento, que esta circunstancia pueda prestarse a abusos en la determinación del tribunal competente.

1.1.2. Importancia en el mecanismo de atribución de competencia del Convenio

Dentro del mecanismo de determinación del tribunal competente conforme al Convenio, la importancia de este control de oficio en el supuesto del demandado no compareciente, es evitar que su ausencia equivalga a sumisión tácita.

Es decir, en virtud de esta norma se hace efectiva la afirmación de que la no comparecencia del demandado en el Convenio de Bruselas no

5. BORRÁS RODRÍGUEZ, ALEGRÍA, «La sentencia dictada en rebeldía: notificación y *exequatur* en el Convenio de Bruselas», en Revista de las Instituciones Europeas, volumen 18, n.º 1, enero-abril 1991, p. 45.

6. BORRÁS, op. cit., p. 45 y ss.

significa automáticamente sumisión tácita, como tendría que acontecer si la disposición no existiera⁷.

Pero, por otro lado, hay que advertir que tampoco la aplicación de esta disposición puede ser interpretada en el sentido que la sumisión tácita pierda su carácter de factor prevaleciente, por ejemplo, ante la sumisión expresa, como factor de atribución de competencia, conforme a los criterios establecidos por la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁸.

1.1.3. Momento en que debe realizarse

Teniendo presente lo expuesto, la verificación de la competencia de oficio por el juez, no puede realizarse inmediatamente después de la presentación de la demanda, como acontece en el art. 19 tratándose de competencias exclusivas de otro Estado parte en el Convenio.

Por el contrario, determinado que el supuesto previsto en el art. 20 no opera en el caso de sumisión tácita, «la declaración de incompetencia ha de realizarse en un momento procesal posterior, para dejar abierta la posibilidad de dicha sumisión tácita y operar únicamente cuando dicha sumisión ya no sea factible y, en tal caso, nos encontraremos en el supuesto de incomparecencia sin competencia del Tribunal que conoce»⁹.

1.1.4. Diferencia entre el control de oficio de la competencia y la aplicación de oficio del Convenio

Se ha puesto de relieve que no debe confundirse el control de oficio de su competencia judicial internacional que debe realizar el juez comunitario y la aplicación de oficio del Convenio de Bruselas¹⁰.

En efecto, en el primer supuesto se trata de la aplicación de disposiciones concretas del Convenio que han ordenado expresamente una actuación de oficio por el juez comunitario en determinados casos, entre

7. ESPINAR VICENTE, J. M., «Competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en el ámbito de la Comunidad Europea», en la obra colectiva, «Hacia un nuevo orden internacional. Libro Homenaje al prof. Díez de Velasco», Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 883.

8. Estos criterios han sido establecidos especialmente en la sentencia recaída en el caso «*Elefanten*», de 24 de junio de 1981, *Recueil* 1981, pág. 1.671. Además, vid. GOTHOT y HOLLEAUX, «La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968» (Trad. Isabel Pan M.), Ed. La Ley, Madrid, 1985, p. 120 y ss.

9. FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 302.

10. DESANTES REAL, M., «La competencia judicial en la Comunidad Europea», Bosch, Barcelona, 1986, p. 72 y GOTHOT y HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 129 y ss.

los cuales se encuentran los artículos 19 y 20, pero a los que se puede agregar algún otro, tal como el art. 21 que ordena al juez dejar de conocer de oficio en caso de litispendencia¹¹.

Pero, además, se contempla la aplicación de oficio del propio Convenio, pues a pesar de algunas reticencias iniciales, actualmente no se discute su carácter imperativo, superando incluso las dificultades que contra su clásica discrecionalidad supone para los tribunales que aplican el *Common Law*. De hecho, se ha entendido que su aplicación de oficio es una de las condiciones indispensables para lograr la aplicación uniforme y eficaz del Convenio¹².

En consecuencia, «tan pronto como se haya planteado el problema de competencia y dependa del Convenio, el juez debe aplicarlo de oficio, aún cuando ninguna de las partes haya pensado prevalerse de él. Poco importa a este respecto que el asunto esté o no sujeto al artículo 16 y que el demandado haya o no comparecido»¹³.

1.1.5. Presupuesto para que opere el control de oficio

Para abordar de lleno al estudio al contenido de la garantía de defensa para el demandado ausente que contiene el art. 20.1 del Convenio de Bruselas, hay que distinguir si este demandado rebelde tiene o no domicilio en la Comunidad¹⁴.

a) Demandado domiciliado en la Comunidad

Este es el supuesto al cual se refiere el art. 20.1 y en el que obliga al juez a actuar de oficio («*Cuando el demandado domiciliado en un Estado contratante fuere emplazado por un tribunal de otro Estado contratante y no compareciere...*»).

Es decir, nos encontramos ante otra de las normas del Convenio, cuya aplicación depende del domicilio comunitario de una de las partes, en este caso del demandado.

Lo cierto es que la importancia del domicilio comunitario en el

11. DESANTES REAL, M., *op. cit.*, p. 72 y GOTHOT y HOLLEAUX, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

12. DESANTES, *op. cit.*, p. 70.

13. GOTHOT y HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 130.

14. Recordemos que si ha comparecido, y cree hallarse ante un tribunal incompetente, el demandado tiene dos posibilidades: defenderse sobre el fondo, es decir, no alegar la incompetencia, caso en el cual se produce la sumisión tácita (art. 18 del Convenio); o, alegar la incompetencia en la forma y momento procesal que establezca la *lex fori*, obligando al juez a pronunciarse sobre su competencia.

Convenio de Bruselas es manifiesta, pues constituye una regla de competencia que prevalece sobre cualquiera otra. Incluso se ha advertido que la introducción del domicilio como criterio de atribución de competencia judicial internacional en lugar de la nacionalidad que utilizaban los Tratados clásicos, es uno de las características más importantes del Convenio de Bruselas¹⁵.

Esto explicaría que el control de oficio se ordene sólo respecto del demandado domiciliado en la Comunidad.

La disposición exige además que el demandado sea emplazado en otro Estado contratante. Es decir, si es notificado en el mismo Estado, simplemente el control en estos términos no opera, aplicándose íntegramente la *lex fori*.

b) Demandado no domiciliado en la Comunidad

En cambio, si el demandado ausente no tiene domicilio comunitario, el Convenio no prescribe el control de oficio de su competencia por el propio tribunal. Vale decir, este medio de protección de su derecho de defensa, en los términos del Convenio, no se extiende en favor del demandado por el mero hecho de no tener domicilio en un Estado de la Comunidad.

Cabe hacer presente que en este caso desde el punto de vista del juez, la norma se constituye en una limitación, pues aunque se considere incompetente, conforme al Convenio, no podría declararlo de oficio. Paradójicamente, y de acuerdo a lo que hemos establecido en el párrafo precedente, lo que puede determinar de oficio, es si se aplica o no el Convenio, pero determinado que así es, si el demandado está domiciliado en un país no contratante, y aunque al juez le parezca clara su incompetencia, no puede declararla de propia iniciativa.

Esta situación nos permite conocer el aspecto más negativo del Convenio de Bruselas, cuál es la introducción de factores de discriminación para las personas no domiciliadas en la Comunidad, que generalmente serán extranjeros, pero que también pueden ser nacionales de un propio Estado contratante.

Estos factores de discriminación, comienzan por el hecho de hacer aplicable el Convenio a demandados no domiciliados en la Comunidad. Es decir, cualquier persona, en cualquier país, puede verse arrastrada a

15. DESANTES, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

un juicio ante un tribunal de un Estado contratante, al que se le aplicarán las reglas que estamos comentando.

Luego, hay que tener presente que se ha establecido que para que opere la sumisión tácita, conforme al art. 18, no es necesario que el demandado y ni siquiera el demandante, estén domiciliados en la Comunidad, tratándose de materias a las cuales sea aplicable el Convenio de Bruselas¹⁶⁻¹⁷.

La consecuencia de que al demandado domiciliado en un Estado no contratante, no se le aplique el art. 20.1 del Convenio es que entonces entran a regir las reglas generales de la *lex fori*. Por tanto, nos podemos encontrar con que, si la normativa nacional no obliga al juez a efectuar de oficio el control de su competencia (como según muchos acontece, por ejemplo, en España)¹⁸, la rebeldía implicará sumisión tácita. Es decir, bastará con que el demandado no conteste la demanda para que se entienda que ese tribunal es competente.

Lo peor de todo, es que hay que recordar que al no estar domiciliado en un Estado contratante, a este demandado se le aplican todas las reglas de competencia exorbitantes que aparecen enumeradas en el art. 4 del Convenio¹⁹. Por si fuera poco, conforme al mismo art. 4.2 cualquier persona no domiciliada en un Estado de la Comunidad puede invocar dichas competencias exorbitantes contra el no domiciliado.

En resumen, el Convenio de Bruselas, permite y contempla expresamente situaciones en las que la garantía de defensa del demandado no domiciliado en un Estado contratante, pueda ser gravemente afectada. Así, puede ocurrir que a esta persona, por este sólo hecho, se le pueda demanda extendiendo la competencia en virtud de un foro exorbitante y sin que exista obligación del juez de comprobar de oficio su competencia, se admita todavía que su no comparecencia equivale a sumisión tácita. La discriminación en comparación al demandado domiciliado en la Comunidad es evidente²⁰.

16. GOTHOT y HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 121; DESANTES, *op. cit.*, pp. 183 y ss.

17. A diferencia de lo que ocurre con el art. 17 respecto de la sumisión expresa, en que se exige que al menos una de las partes esté domiciliada en la Comunidad. DESANTES, *op. cit.*, pp. 199 y ss.; GOTHOT y HOLLEAUX, *op. cit.*, pp. 100 y ss.

18. Vid. *infra* III.1.2.

19. Vid. IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en la C.E.E. y en Derecho Español», Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, pp. 74 y ss.

20. Vid. entre otros, DESANTES, *op. cit.*, pp. 194 y ss. y especialmente pp. 362 y ss., en la que recoge la visión negativa que del Convenio se ven obligados a adoptar los países no Comunitarios por estas discriminaciones y que han sido morigeradas respecto a

La pregunta que surge es si esta discriminación no será contraria a los derechos fundamentales que la misma Comunidad ha establecido en el «Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», del 4 de noviembre de 1950. A pesar de que hasta el momento la cuestión no se ha planteado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pensamos que hay bases razonables para sostener que se pueden producir, en general, vulneraciones al debido proceso (art. 6.1), a la garantía de la defensa en juicio (art. 6.3 b y c) y especialmente a la garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos (art. 14, que dispone que «el goce de los derechos y libertades reconocidos... ha de ser asegurado sin distinción alguna»)²¹.

1.2. Obligación del juez de suspender el juicio hasta que se le acredite que el demandado ha sido debidamente emplazado

Además del control de oficio de su competencia, el art. 20 del Convenio de Bruselas, contempla otro medio de protección de la defensa del demandado no compareciente, que entra a operar una vez que se ha superado el primer control, vale decir, que el tribunal de oficio ha examinado su competencia y la ha hallado conforme.

En efecto, el párrafo 2.º, se ocupa entonces del problema de la regularidad de la notificación de este demandado ausente, siempre en el evento de que esté domiciliado en un país contratante²².

En concreto, esta norma establece la obligación del juez de paralizar el procedimiento en ese momento, siempre que concurren las circunstancias que pasaremos a examinar.

los demás países europeos con la conclusión del Convenio de Lugano. En relación del resto de las naciones, subsiste la situación que ha llevado a autores extranjeros, especialmente norteamericanos, a calificarlo como «fuente de toda suerte de conflictos, ejemplo del más refinado *forum shopping*, atentado contra el más elemental principio de cortesía internacional», según nos cuenta el mismo autor. Por cierto, que es un problema que responde a la prevalencia de los intereses de los países miembros de la Comunidad, pero ¿por qué no era posible esperar un gesto de justicia material de las naciones que están a la cabeza de la civilización occidental y que han sido cuna y ejemplo del respeto a los derechos humanos?

21. La misma pregunta se hace DESANTES, *op. cit.*, p. 196, añadiendo que resulta dudoso que estas discriminaciones «puedan justificarse en el tantas veces mentado objetivo de protección de las personas domiciliadas en la Comunidad».

22. Art. 20.2: «Este tribunal estará obligado a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir la cédula de emplazamiento o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin».

1.2.1. Origen y modificación de que fue objeto la disposición

En su momento, al igual como aconteció con la norma del art. 20.1, este precepto fue establecido porque entre los países miembros originales del Convenio, en Alemania, tratándose de un demandado domiciliado en el extranjero se solicita la prueba de que se ha mandado la cédula de emplazamiento.

En cambio, esta comprobación no se exige en el resto de los países signatarios del Convenio, siendo más fácil que se produzca la condena en rebeldía. Más aún, la característica de estos Estados es situar en sus propios Ordenamientos procesales, las formalidades del acto judicial cuyo destinatario reside en el extranjero²³.

En definitiva, se optó por establecer la suspensión del procedimiento en el caso de que el demandado esté domiciliado en otro Estado comunitario, hasta comprobar la regularidad y oportunidad del emplazamiento, pero sin impedir que finalmente el juez pueda arribar a dictar sentencia.

En el Tratado de Adhesión de 1978, se agregó a la expresión «cédula de emplazamiento», la de «o documento equivalente».

Esta adición fue necesaria, tal como se explica en el Informe SCHLOSSER, porque en el Reino Unido e Irlanda para los casos de acciones ante sus tribunales, los demandados extranjeros que deben ser notificados en el extranjero, «no reciben el original de la cédula de emplazamiento, sino únicamente el aviso de la existencia de la providencia del tribunal relativa a su cédula de emplazamiento»²⁴.

La idea que subyace en esta modificación, que se extendió también a otras disposiciones del mismo Convenio, entre ellas el art. 27 n.º 2, es la de que en todo caso se deben entregar al notificado los documentos necesarios «para que se respete el derecho a ser oído»²⁵.

1.2.2. Contenido de esta garantía

La obligación del juez, como ya se ha reiterado, es la de suspender el procedimiento, hasta que se le acredite que la notificación al demandado se ha llevado a efecto correctamente.

Por cierto, la disposición se aplica exclusivamente en el evento de que se trate de un demandado domiciliado en la Comunidad, por lo que

23. BORRÁS, A., *op. cit.*, pp. 45 y ss.

24. BORRÁS, A., *op. cit.*, p. 44.

25. Informe SCHLOSSER, versión castellana publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 1989, de 28 de julio de 1990.

se repite la discriminación respecto al no domiciliado que resaltábamos al estudiar el párrafo primero de este mismo art. 20 del Convenio, mereciéndonos las mismas críticas, que damos por reproducidas²⁶.

Sin embargo, las diferencias entre ambas disposiciones son evidentes. En el primer caso, se trata propiamente de una norma de competencia procesal internacional, obligando al juez a declinarla, aunque no comparezca el demandado, si su competencia no deriva de un criterio distinto al de la sumisión tácita. En cambio, en el párrafo segundo, ya no se trata de una norma de atribución de competencia, sino de una garantía en favor del mismo demandado ausente, que obliga al juez a cerciorarse de que efectivamente se ha llevado a efecto el emplazamiento. Sólo después que el tribunal tenga la certeza de que ha sido así, podría llegar a adoptar la decisión de declararse incompetente.

A pesar de que la redacción de este pasaje del art. 20 no es todo lo claro que cabría exigir, al estar íntimamente relacionado con el art. 27 n.º 2 y a propósito de esta disposición, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, según veremos en detalle más adelante, ha establecido que para que el emplazamiento se entienda bien practicado, deben concurrir dos requisitos copulativos: notificación regular y tiempo suficiente para defenderse. Basta que se omita uno de ellos para que se entienda infringida esta garantía del demandado²⁷.

1.2.3. Transitoriedad de la norma

A pesar de su importancia, el precepto contenido en el comentado párrafo 2 del art. 20 del Convenio estaba destinado a ser sustituido por el art. 15 del Convenio de La Haya, de 15 de noviembre de 1965, sobre notificación y traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil²⁸, al momento de producirse la

26. Vid. *supra* II, 1.5.b).

27. Así lo ha establecido el T.J.C.E., en mayor o menor medida a lo menos en las sentencias recaídas en los siguientes casos, todos a propósito del art. 27 n.º 2 del Convenio, donde los trataremos con mayor detalle: «*Klomps*», de 16 de junio de 1981, *Recueil* 1981, pp. 1.593 y ss.; «*Pendy Plastic*», de 15 de julio de 1982, *Recueil* 1982, pp. 2.723 y ss.; «*Debaecker*», de 11 de junio de 1985, *Recueil* 1985, pp. 1.779 y ss.; «*Lancray S. A.*», de 3 de julio de 1990, *Recueil* 1990, pp. 2.725 y ss.; «*Minalmet*», de 12 de noviembre de 1992, *Recueil* 1992, pp. 5.661 y ss. Vid. *infra* II.3.

28. Publicado en el B.O.E. el 25 de agosto de 1987 (corrección de errores, B.O.E. de 13 de abril de 1989), dice lo siguiente: «Art. 15. Cuando un escrito de demanda o un documento equivalente haya sido remitido al extranjero a efectos de notificación o traslado, según las disposiciones del presente Convenio, y el demandado no comparece, el Juez aguardará para proveer el tiempo que sea preciso hasta que establezca que:

entrada en vigor de este último Convenio entre todos los Estados miembros del de Bruselas.

Esta solución fue adoptada para evitar los inconvenientes que habrían podido derivarse de una duplicidad de Tratados sobre una misma materia. En particular, sobre este tema la Conferencia de La Haya ha venido elaborando Convenciones desde el siglo pasado (el primer Convenio es de 14 de noviembre de 1896, sustituido por el de 17 de julio de 1905 y éste a su vez por el de 1 de marzo de 1954 (B.O.E. de 13 de diciembre de 1961), reemplazado por el actual de 1965), cada vez más perfeccionados y con una amplia cobertura internacional.

Así, en el Informe JENARD, se reconoce expresamente que los mecanismos contemplados en el Convenio de La Haya, permiten satisfacer simultáneamente las exigencias de rapidez y seguridad, que requieren actualmente los emplazamientos en el extranjero.

Las principales ventajas en favor de la garantía de defensa del demandado que pueden anotarse en favor de este Convenio de La Haya de 1965, derivan del hecho de que está estructurado en base a que cada Estado contratante debe designar una autoridad central, que debe recibir las peticiones de notificación o traslado y darles curso (art. 2); sin perjuicio de permitir también la intervención de funcionarios ministeriales o judi-

a) El documento ha sido notificado o se ha dado traslado del mismo según las formas prescritas por la legislación del Estado requerido para la notificación o traslado de los documentos otorgados en este país y que están destinados a las personas que se encuentran en su territorio, o bien

b) Que el documento ha sido efectivamente entregado al demandado o a su residencia, según otro procedimiento previsto por el presente Convenio, y que, en cualquiera de estos casos, sea notificación o traslado, sea entrega, la misma ha tenido lugar en tiempo oportuno para que el demandado haya podido defenderse.

Cada Estado contratante tiene la facultad de declarar que sus jueces, no obstante las disposiciones del párrafo primero, podrán proveer a pesar de no haberse recibido comunicación alguna acreditativa, bien de la notificación o traslado, bien de la entrega, si se dan los siguientes requisitos:

a) El documento ha sido remitido según alguno de los modos previstos en el presente Convenio;

b) Ha transcurrido, desde la fecha de envío del documento, un plazo que el Juez apreciará en cada caso particular y que será, al menos, de seis meses, y

c) No obstante las diligencias oportunas ante las autoridades competentes del Estado requerido, no ha podido obtener certificación alguna.

El presente artículo no impide que, en caso de urgencia, el Juez ordene cualesquiera medidas provisionales o cautelares».

Cabe agregar que en relación a este Convenio, España formuló la declaración prevista en esta disposición, en el sentido de que sus jueces «podrán proveer a pesar de no haber recibido notificación alguna acreditativa de la notificación o de la remisión de documentos si se dan los requisitos previstos en el art. 15, párrafo 2».

ciales u otras personas competentes del Estado de destino (art. 10 apartados b y c); e, incluso, de remisión por vía postal (art. 10, letra a) o intervención de funcionario consular (art. 9). Es decir, se contempla una amplia gama de posibilidades de actuación, sin perjuicio de las reservas que hayan podido ir formulando los Estados adherentes.

Por contra, nos parece que uno de los mayores inconvenientes jurídicos que presenta la inserción de estos tratados no comunitarios en la operatoria de un Convenio comunitario, es la posibilidad de que puedan ser interpretados de igual modo y al mismo título que los Convenios comunitarios por el T.J.C.E.

El problema le ha sido planteado de alguna manera al propio T.J.C.E., pero no ha sido resuelto directamente por éste. Así, en el caso «*Lancray*» la Comisión en su Informe, decía que era aplicable el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, lo que con muchas dudas fue ratificado por el Abogado General Jacobs (con un «parece ser»), pero sin que finalmente el Tribunal en su resolución haya hecho mención alguna a la procedencia o no de la aplicación de esta Convención²⁹. En cambio, en el caso «*Pendy Plastic*», se pronunció expresamente sobre el contenido del art. 15 del Convenio de La Haya, fundándose en que se trataría de una «estipulación combinada» con el art. 20, párrafo 3 del Convenio de Bruselas, sin que explique los fundamentos de esta poco ortodoxa calificación jurídica³⁰.

2. En materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales

Tal cual venimos advirtiendo, el estudio del tema de la protección del derecho de defensa del demandado no compareciente en el marco del Convenio de Bruselas, no puede ser abordado sin tener en cuenta al mismo tiempo que sus disposiciones sobre competencia judicial internacional, las que se refieren al reconocimiento y ejecución de resoluciones ju-

29. *Recueil* 1990, pp. 2.731-2.733 y 2.739.

30. BORRÁS, A., *op. cit.*, p. 55, comentado la sentencia recaída en el caso «*Lancray*», hace hincapié en que «no es función del Tribunal (de Justicia de las Comunidades Europeas) manifestarse sobre este convenio, puesto que no es un convenio complementario entre los Estados miembros de la Comunidad. Sin embargo, en la respuesta a la segunda cuestión en la parte dispositiva de la sentencia se comprende incluido en el derecho interno de los respectivos Estados». Resulta curioso entonces el giro que se produciría, al haberse aceptado regular una materia en un Tratado comunitario, pero remitiéndose a otro Tratado no comunitario, cuyo contenido, finalmente, deberá ser considerado Derecho interno.

diciales³¹. Entre estas últimas, la esencial es la norma contenida en el art. 27 n.º 2 del Convenio.

2.1. Origen e importancia del artículo 27 n.º 2

Es sabido que conforme al mandato expreso formulado en el artículo 220 del Tratado de Roma³², el objeto directo de la celebración del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, fue la regulación del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras entre los países miembros de la Comunidad, a fin de conseguir la libre circulación de resoluciones judiciales entre los Estados miembros; la que se ha venido en denominar la quinta libertad comunitaria³³.

Sin embargo, posteriormente se advirtió que para lograr ese objetivo, era imprescindible reglamentar al mismo tiempo la competencia de los tribunales de los Estados contratantes ante litigios con elementos extranjeros y de allí el contenido sobre ambas materias de que se ha dotado al Convenio de Bruselas.

La consecuencia más importante que deriva de esta perspectiva comunitaria con la cual se afrontó la elaboración del Convenio, es que el reconocimiento de una decisión judicial de otro Estado contratante se impone de manera automática en cualesquiera de los restantes Estados miembros (art. 26.1). En definitiva, alcanza eficacia de *cosa juzgada* en todo el territorio comunitario, desde el día que se dictó³⁴.

Por ende, en el Convenio de Bruselas, no se enumeran, como acontece en general en los Tratados bilaterales y en la regulación procesal interna de cada Estado, «los requisitos para la concesión del *exequatur*,

31. Así lo reconoce la propia jurisprudencia del T.J.C.E.: «el conjunto de las disposiciones del convenio, tanto las del título II, relativas a la competencia, como las del título III, relativas al reconocimiento y a la ejecución, expresan la intención de velar porque en el marco de sus objetivos, los procedimientos que conducen a la adopción de decisiones judiciales se desarrollen en el respeto de los derechos de la defensa» (Asunto *Danilauler*, sentencia 21 de mayo de 1980, *Recueil* 1980, p. 1.569).

32. Art. 220, párrafo 4, los Estados deberán entablar entre sí, si fuera necesario, «negociaciones con el fin de garantizar a sus súbditos... la simplificación de las formalidades a que se hallan subordinados el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales, así como de las sentencias arbitrales». *Vid.* DESANTES REAL, M., «España ante la regulación uniforme de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales en la Comunidad Europea», en *La Ley*, 1983-2, p. 1.261, esp. nota 1.

33. IGLESIAS, J. L. y DESANTES, M., «*La Quinta...*», *op. cit.*, pp. 711 y ss.

34. IGLESIAS, J. L. y DESANTES, M., *op. cit.*, p. 732.

sino las causas justificativas de la denegación del reconocimiento o del *exequatur*. Es decir, no se enumeran las condiciones positivas porque se considera que la regla general es la ejecución y sólo si concurren excepciones generales es posible denegarlo»³⁵.

Tales causas excepcionales de denegación del reconocimiento o ejecución, están enumeradas taxativamente en los artículos 27 y 28 del Convenio.

Entre éstas se encuentra precisamente la que ahora nos interesa, contenida en el art. 27 n.º 2, cuya actual redacción es la siguiente:

«Art. 27. Las resoluciones no se reconocerán:

(...)

2. Cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado o notificado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse».

La importancia de la disposición es manifiesta, en cuanto se dirige a impedir el reconocimiento y la ejecución de resoluciones producto de procesos en los cuales no se haya respetado la garantía de defensa del demandado tenido por rebelde.

Por ello, un autor tan importante como G.A.L. DROZ, ha resaltado la trascendencia del precepto, diciendo que se trata de una disposición que «moraliza» las relaciones entre los países comunitarios³⁶.

En cambio, hay autores españoles que han considerado «excesivo e incluso contrario a la filosofía del Convenio, inspirado en la confianza en los Jueces de los Estados miembros y en particular del juez de origen, que en el estadio del reconocimiento o la ejecución, la violación de los derechos de la defensa pueda ser de nuevo invocada cuando en el proceso de origen se dieron todas las garantías necesarias»³⁷.

Estas últimas expresiones, por equívocas, son demostrativas de la necesidad de extenderse acerca de la verdadera relación que existe entre los artículos 20 y 27 n.º 2 del Convenio.

35. BORRÁS, A., *op. cit.*, p. 40.

36. Según cita que recoge BORRÁS, A., *op. cit.*, p. 41.

37. IGLESIAS, J. L. y DESANTES, M., *op. cit.*, p. 734.

2.2. Relaciones entre los artículos 20 y 27 n.º 2 del Convenio de Bruselas

Ambas disposiciones ordenan un control de oficio por el juez comunitario de la regularidad del emplazamiento, caracterizado como de respeto de su garantía de defensa para el demandado no compareciente, pero si bien en cuanto a su contenido ambos controles son idénticos, en la forma de llevarse a efecto operan de manera muy disímil, según pasamos a examinar.

2.2.1. Independencia en cuanto a la forma en que deben realizarse ambos controles

Decimos que ambos controles son formalmente independientes porque se llevan a efecto por jueces distintos, el del art. 20 por el juez del Estado de origen y el del art. 27 n.º 2 por el juez del Estado requerido, y en momentos procesales diferentes, el primero en los inicios del proceso y el segundo al momento del reconocimiento y ejecución de la sentencia que ha puesto fin al proceso en que se produjo la rebeldía.

En todo caso, normalmente bastará con el primer control, el que se realiza conforme al art. 20.2, para detectar las irregularidades en los procedimientos judiciales que se lleven a efecto en la Comunidad y por eso ya en el informe JENARD, se advierte que conforme al sistema diseñado en el Convenio, la norma del art. 27 n.º 2, sólo tendría que funcionar en casos excepcionales³⁸.

Empero, existiendo varios supuestos en los cuales el control conforme al art. 20.1 no procede, comenzando por el caso de que el demandado no esté domiciliado en la Comunidad, y además como el art. 20.2 sólo permite la suspensión del procedimiento, pero no impide que finalmente se puede llegar a dictar sentencia, la existencia del art. 27 n.º 2 se encuentra plenamente justificada.

Lo cierto es que «el art. 27 n.º 2, realiza una sanción indirecta a la regla común procesal del segundo apartado del art. 20. Pero no se limita a esto, puesto que la letra del texto prescribe el control del emplazamiento sin tener en cuenta el domicilio del demandado, mientras que el art. 20, apartado 2, sólo protege al demandado domiciliado en la Comunidad y emplazado en otro país ajeno a ésta... Es evidente que el art. 27, 2.º debería de haber sido redactado de otra manera si hubiese sido con-

38. Informe JENARD, versión castellana, DOCE C 1989, de 28 de julio de 1990, p. 161.

cebido dentro de una relación rigurosamente simétrica con el artículo 20, apartado 2»³⁹.

Importante resulta saber lo que sucede cuando el demandado no compareciente estuviere domiciliado en un Estado contratante y fuere emplazado en ese mismo país, que es una hipótesis que no contempla el art. 20.2 ¿Podrá controlarse entonces, conforme al art. 27 n.º 2 en el momento del reconocimiento y ejecución de la sentencia, si el demandado fue debidamente emplazado y con tiempo suficiente? Ciertamente nos parece que sí, por tratarse de controles independientes. Además, no supone ningún privilegio para el domiciliado en la Comunidad, emplazado en el Estado de su propio domicilio, que se verifique la regularidad de la notificación en el momento del reconocimiento y ejecución, que pudo no haberse hecho antes, por ejemplo, porque la *lex fori* no la contemplaba⁴⁰.

De lo dicho se desprende que el art. 27 n.º 2, es efectivamente una norma mucho más amplia que la del art. 20 y que incluso escapa al principal reparo que ésta nos merecía, puesto que protege a todos los demandados indebidamente emplazados, tanto a los domiciliados dentro como a los domiciliados fuera de la Comunidad.

La existencia de este doble control es clara y así lo reconoció expresamente el T.J.C.E. en su sentencia de 15 de julio de 1982, recaída en el caso denominado «*Pendy Plastic*», en la cual determinó que no obstante que el juez del Estado de origen había dado por establecido de oficio, de conformidad tanto al art. 20.2 como al art. 15 del Convenio de La Haya de 1965, que el demandado ausente había sido correctamente notificado y emplazado, el juez del Estado requerido (aquél ante quien se solicita el reconocimiento y ejecución), podía volver a revisar la regularidad de esa notificación y denegar el reconocimiento o ejecución por haber sido dictada en rebeldía, sin haberse entregado al demandado la cédula de emplazamiento en forma regular y con tiempo suficiente para defenderse. Más aún, añadió explícitamente que este segundo control en los términos del art. 27 n.º 2, no implicaba un control de fondo sobre la sentencia⁴¹.

Empero, contra esta interpretación favorable al doble control, se han alzado autores afirmando que sería contraria al espíritu del Convenio de

39. GOTHOT y HOLLEAUX, «La Convención de Bruselas...», *cit.*, p. 165.

40. En contra GOTHOT y HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 165, por considerar que en ese caso el art. 27 n.º 2, «aportaría entonces al demandado ausente una mayor protección que... carece de justificación».

41. *Recueil* 1982, pp. 2.723 y ss., especialmente Motivos núms. 13 y 14, p. 2.736.

Bruselas, que desea que el juez requerido confíe en el juez de origen y de ahí la prohibición de revisión de fondo de las sentencias contenida en los artículos 29 y 34 del Convenio⁴².

La dificultad se produciría en el caso de que el tribunal del Estado de origen, ejerciendo su control por mandato del art. 20, lo hiciera conforme a su propio Derecho, incluyendo sus Tratados internacionales, y, posteriormente el tribunal del Estado requerido, ahora obedeciendo al art. 27 n.º 2, aplicara sus propias normas. En ese caso, si se llegare a solicitar la ejecución de la decisión resultante en varios Estados, podría arribarse en cada uno a soluciones divergentes. Sin embargo, este peligro desaparece si el control en ambos casos se ejerce de acuerdo al ordenamiento del Estado de origen de la sentencia, como lo contempló ya JENARD en su Informe y se confirmó en la sentencia recaída en el caso «*Klomps*»⁴³.

En suma, la jurisprudencia del T.J.C.E. ha confirmado conforme se desprende claramente del tenor literal de las disposiciones respectivas, que los contemplados en los arts. 20.3 y 27.2, son controles formalmente independientes, aunque deben ser idénticos en cuanto a su contenido, por las razones que pasamos a ver *in extenso* a continuación.

2.2.2. Uniformidad en cuanto al contenido de ambos controles

Como hemos adelantado, para mantener la uniformidad en el seno de la Comunidad, es evidente que la garantía de defensa que se ofrece al demandado ausente tendrá que ser la misma en la determinación de la competencia judicial internacional y en el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales. Es decir, deben utilizarse iguales parámetros en uno y otro momento para estimar que se ha respetado su garantía de defensa y demostrar que en definitiva, el demandado permanece rebelde por su propia voluntad⁴⁴.

De partida ya hemos establecido que el derecho aplicable en este

42. FOCSEANU, en *Revue du Marché Commun*, núm. 284, febrero, 1985, pp. 111-113, citado por BORRÁS, A., *op. cit.*, p. 53.

43. *Recueil* 1982, pp. 1.593 y ss. Vid. *infra* II.3.

44. Es decir, en los términos que suelen utilizarse en la doctrina española a partir de REMIRO BROTONS, A., «Ejecución de sentencias extranjeras en España», Ed. Tecnos, Madrid, 1974, pp. 212 y ss., que se trate de un «rebelde a la fuerza», que en rigor, es aquel cuya garantía de defensa no se ha respetado. En cambio, los llamados «rebeldes por convicción» y «por conveniencia», no merecen esta protección porque por definición han sido debidamente emplazados.

control, es el del Estado en el cual se ha tramitado el juicio en rebeldía, o sea, el del Estado de origen de la sentencia. En ningún caso podría aplicarse la normativa del Estado ante el que se pide la ejecución o reconocimiento, por las razones ya analizadas.

Pero además esta normativa estará integrada por los Tratados de que sean parte los Estados contratantes, tanto bilaterales como multilaterales.

Entre estos últimos se encuentra el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales, cuyo artículo 15 ha venido a reemplazar al propio art. 20.2 del Convenio de Bruselas.

Los bilaterales pueden ser muchísimos y de hecho los hay celebrados por España con otros Estados comunitarios, tales como con Francia, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas, de 28 de mayo de 1969 (BOE, 14-III-1970); con Italia, sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de 22 de mayo de 1973 (BOE, 15-XI-1977); con Alemania, sobre reconocimiento y ejecución y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, de 14 de noviembre de 1983 (BOE, 16-II-1988, corrección de errores, BOE, 23-VI-1990)⁴⁵.

En todo caso, constituyendo este tema el núcleo del presente trabajo, pasamos a analizarlo latamente en párrafo separado.

3. Contenido de la garantía de defensa del demandado ausente en el Convenio de Bruselas: notificación regular y con tiempo suficiente

3.1. Distingo entre la notificación regular y el tiempo suficiente para defenderse

Al entrar de lleno al tema del contenido de la garantía de defensa en favor del demandado ausente, es cuando se aprecia propiamente la relación de unidad que existe entre los arts. 20 y 27 n.º 2, pues el sustrato de ambos preceptos ha sido establecido en común, especialmente por la

45. Vid. textos completos en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Derecho Internacional Privado Español. Textos y materiales», vol. I. Derecho Judicial Internacional, 2.ª Edición, Univ. Complutense de Madrid, Madrid, 1992, pp. 464 y ss.

jurisprudencia, tanto por la proveniente de los tribunales nacionales de los Estados miembros, como por la del T.J.C.E. Es decir, existe una única interpretación respecto a qué garantizan ambos preceptos, que es precisamente lo que nos resta por establecer.

El primer problema que se plantea es si tales disposiciones contienen dos causas distintas por las cuales puede producirse indefensión o si, por el contrario, existe una causa única formada por dos elementos, que serían que la notificación haya sido efectuada regularmente y que, además, haya sido hecha concediendo un tiempo suficiente para que el demandado pueda formular sus alegaciones.

A primera vista, literalmente el art. 20 sólo parece garantizar que la notificación se haya hecho con tiempo útil para poder defenderse, pues obliga al tribunal a suspender el procedimiento mientras no se acredite que «... el demandado ha podido recibir la cédula de emplazamiento o documento equivalente **con tiempo suficiente para defenderse...**».

En cambio, de la letra del art. 27 n.º 2, parece desprenderse claramente que se trata de dos requisitos distintos, que deben concurrir en forma copulativa, pues se pone en el supuesto que no se hubiera entregado «... la cédula de emplazamiento o documento equivalente, **de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse;**».

Además, contribuye a producir la duda acerca de si efectivamente deben concurrir las dos circunstancias o si bastará con que la notificación haya sido oportuna, la impresión que tienen algunos de que en este último caso desaparecería la indefensión, ya que enterado el demandado con tiempo suficiente de la existencia del juicio, está en sus manos superar los eventuales defectos formales del acto y concurrir a defenderse, pues de lo contrario —piensan los mismos— se le estaría sobreprotegiendo⁴⁶.

Sin embargo, ya en el Informe JENARD, se deja en claro que «cuando el demandado ha sido condenado en rebeldía en el extranjero, el convenio le garantiza una doble protección. Es preciso, primero, que el acto haya sido notificado regularmente... Y en segundo lugar, incluso cuando la notificación ha sido regular, podrá rechazarse el reconocimiento si el juez ante el que se pide el reconocimiento considera que el acto no ha sido transmitido en tiempo útil al demandado para que pueda asegurar su defensa»⁴⁷. Es decir, se trata de dos requisitos distintos, siendo la garan-

46. Esta postura es sostenida por el Gobierno francés en su Informe evacuado en el caso «Lancray», *Recueil* 1990, p. 2.731.

47. Informe JENARD, *cit.*, p. 161.

tía de defensa la que obliga a notificar regularmente y con tiempo suficiente para presentar sus alegaciones.

Al disponerlo así, los redactores del Convenio procuraron evitar la incertidumbre que podría producirse aceptando como bastante la notificación con tiempo suficiente, pues podría provocarse intencionadamente una notificación irregular pero oportuna, sorprendiendo al demandado que no sabría a qué atenerse y obtener que el juicio pudiera tramitarse en su rebeldía⁴⁸.

A mayor abundamiento, el art. 15 del Convenio de La Haya de 1965 no da pie a ninguna duda de que se trata de dos requisitos diferentes, que deben concurrir conjuntamente.

A la fecha, el problema le ha sido planteado a lo menos en tres oportunidades al T.J.C.E., dando origen a interesantes sentencias que corroboran esta interpretación de que se trata de elementos separados aunque copulativos.

Así, en el caso «*Klomps*» (sentencia de 16 de junio de 1981)⁴⁹, a este respecto se decidió que «aún cuando un tribunal del Estado de origen ha decidido, en un procedimiento contradictorio separado, que el emplazamiento o la notificación han sido **regulares**, el art. 27 n.º 2, exige que el juez requerido examine, no obstante, la cuestión de saber si este emplazamiento o notificación ha sido hecha con **tiempo suficiente** para que el demandado pudiera defenderse»⁵⁰.

48. Peligro advertido por el T.J.C.E.: «si lo único importante fuese el conocimiento con tiempo suficiente, los demandantes se verían tentados a no seguir los cauces prescritos para una notificación regular, cuyos requisitos han sido, además, considerablemente reducidos por convenios internacionales. Esto crearía una considerable inseguridad en cuanto a si los documentos habían sido notificados o no, impidiendo por tanto la aplicación uniforme de las disposiciones del Convenio. Por último, el demandado no podría saber con certeza si se había iniciado un procedimiento que pudiese dar lugar a una condena y si era necesario, por tanto, preparar su defensa, situación que es asimismo contraria a los objetivos del Convenio», Motivo 20, sentencia caso «*Lancray*», *Recueil* 1990, p. 2.748.

49. *Recueil* 1981, pp. 1.593 y ss., en la cual se resolvió que «1) La noción de «cédula de emplazamiento», comprende un acto, tal como la orden de pagar (*Zahlungsbefehl*) del derecho alemán, donde la notificación permite al demandante, de acuerdo al derecho de la jurisdicción de origen, obtener, en caso de rebeldía del demandado, una decisión susceptible de ser reconocida y ejecutada según las disposiciones del Convenio. 2) Una decisión, tal como la autorización de ejecución (*Vollstreckungsbefehl*) del derecho alemán, que es consecuencia de la notificación de la orden de pagar y que es la ejecutoria según la Convención, no entra dentro de la noción de «cédula de emplazamiento».

50. Es cierto, que en su Decisión 4.ª, de esta misma sentencia del caso «*Klomps*», el Tribunal también declaró que «Para apreciar si el demandado ha podido defenderse

Posteriormente en el caso «*Debaecker*» (sentencia de 11 de junio de 1985), se resolvió que «el juez requerido, cuando examina si la notificación ha sido con **tiempo suficiente**, puede igualmente tener en cuenta los hechos y circunstancias excepcionales producidos después de la **notificación regular**», reconociendo implícita pero claramente que son elementos diferenciados⁵¹.

El más explícito de todos los fallos del T.J.C.E. sobre la existencia de este doble requisito, es el recaído en el caso «*Lancray*», en el cual se decide que el art. 27 n.º 2 del Convenio de Bruselas, debe «interpretarse en el sentido de que una resolución dictada en rebeldía no debe ser reconocida en el caso de que la cédula de emplazamiento o documento equivalente se haya notificado de forma **irregular** al demandado en rebeldía, aunque con **tiempo suficiente** para que pueda defenderse»⁵².

Finalmente, nos queda por examinar concretamente qué se entiende por notificación con tiempo suficiente y por notificación regular y, especialmente, conforme a qué normativa o criterio se determinará si la notificación ha sido oportuna y/o regular.

según el art. 27 n.º 2, el juez requerido debe únicamente tener en cuenta el plazo, en el que puede contestar (*Widerspruch*) en derecho alemán, que el demandado dispone para evitar que sea afectado por una resolución en rebeldía que sea ejecutoria según la Convención», que podría llamar la atención porque sólo alude al plazo y no a la regularidad, pero la verdad es que se está refiriendo a otro problema, que veremos poco más adelante, que es el de la extensión de las facultades del juez requerido y no pretende decir que, en general, baste con controlar el tiempo suficiente para entender garantizada la defensa del demandado.

51. *Recueil* 1985, pp. 1.779 y ss. En este caso, destaca especialmente la calidad y profundidad del estudio efectuado por el Abogado General M. Pieter Verloven Van Themaat sobre el contenido y vinculaciones entre los artículos 20 y 27 n.º 2 del Convenio de Bruselas.

52. *Recueil* 1990, p. 2.751. Antes, en el Motivo 14, había dicho que «el apartado 2 del artículo 27 establece dos requisitos, uno de los cuales referente a la regularidad de la notificación... mientras que el otro, referente al tiempo necesario para que el demandado pueda defenderse...», concluyendo que «la regularidad de la notificación y la obligación de notificar el documento con tiempo suficiente constituyen garantías distintas y acumulativas para el demandado en rebeldía. Por consiguiente, la falta de una de estas dos garantías basta para que se deniegue el reconocimiento a una resolución extranjera» (Motivo 18), sin que pueda admitirse lo que sostienen algunos de que «la regularidad de la notificación es únicamente un indicio, refutable, de que la notificación se ha efectuado con tiempo suficiente, y la inobservancia del requisito referente al plazo constituye el único motivo válido de denegación» (Motivo 19), porque, «por una parte, esta interpretación es difícilmente conciliable con el texto de la disposición de que se trata y con la jurisprudencia citada. Por otra parte, puede privar totalmente de sentido al requisito de una notificación regular» (Motivo 20).

3.2. Notificación hecha regularmente

Por notificación regular se entiende aquella que se realiza cumpliendo con todas las formalidades que prescribe la ley bajo cuyo mandato se efectúa.

Es decir, regular será aquella notificación que carece de vicios, según el examen que puedan efectuar tanto el juez ante el que se tramita el juicio en el cual el demandado notificado en otro Estado contratante no ha comparecido (art. 20), como aquel ante quien se requiere el reconocimiento o la ejecución de la misma sentencia (art. 27 n.º 2).

La mayor dificultad, según hemos adelantado, consiste en determinar conforme a qué normas jurídicas, de qué Estado, deberá llevarse a efecto ese control de la regularidad de la notificación.

Se ha advertido que «el adverbio ‘regularmente’ empleado por el art. 27, 2.º debe interpretarse como un reenvío a las reglas estatales y convencionales sobre el emplazamiento de un demandado en el extranjero (eventualmente en su propio país); no tiene pues sustancia propia. El control de la regularidad es un examen de la conformidad de la comunicación o de la notificación con las reglas del país de origen, con la ley interna de este país y con los convenios internacionales que ha concluido en materia de transmisión de los actos»⁵³.

Ya hemos adelantado, que si bien el doble control de la regularidad de la notificación, ha encontrado resistencia en algunos autores, se ha terminado por aceptar, siempre que sea efectuado conforme a unas mismas normas jurídicas. Estas no pueden ser otras que las del Estado de origen de la sentencia.

Así lo ha confirmado con contundencia el T.J.C.E., en los casos «*Klomps*», en cuya sentencia se afirma que «el artículo 27, n.º 2, posee dos condiciones, una, la concerniente a la regularidad de la notificación, comporta una decisión de fondo según la legislación y los convenios en materia de emplazamiento y notificación que haya celebrado el Estado de origen» (Motivo 15) y «dentro del sentido del art. 27, n.º 2, el domicilio del demandado puede ser decisivo para la apreciación de la regularidad del emplazamiento o de la notificación, pero esta cuestión debe, de todas maneras, ser resuelta en aplicación del derecho interno del Estado de origen y de las convenciones pertinentes» (Motivo 23)⁵⁴ y en el caso «*Lancray*», en el cual se dejó dicho que «el apartado 2 del artículo 27

establece dos requisitos, uno de los cuales, referente a la regularidad de la notificación, implica una decisión basada en la legislación del Estado de origen y en los convenios que vinculan a éste en materia de notificación» (Motivo 14)⁵⁵.

Intimamente vinculada con la cuestión del derecho aplicable al emplazamiento, aparece la de determinar si descubierta la existencia de un vicio en la notificación (el ejemplo que más frecuentemente se cita es el de la falta de traducción), puede ser subsanado⁵⁶.

Este problema le fue planteado al T.J.C.E., en el caso «*Lancray*», en cuanto se pretendía determinar si «el apartado 2 del artículo 27 del Convenio debe interpretarse en el sentido de que permite al Juez del Estado requerido subsanar, aplicando su legislación nacional, un defecto de notificación». La respuesta del Tribunal fue que no conteniendo el art. 27 n.º 2 ninguna norma sobre el problema de si puede subsanarse un defecto en la notificación, la cuestión debe resolverse con base en las normas aplicables en materia de notificación de las resoluciones judiciales extranjeras (Motivos 23 y 24), concluyendo que «Dado que las normas aplicables a la notificación de la cédula de emplazamiento forman parte del proceso seguido ante el Juez de origen, la cuestión de la regularidad de dicha notificación sólo podrá encontrar respuesta en el Derecho aplicable ante el juez de origen, incluyendo, dado el caso, los Convenios internacionales en la materia. Por consiguiente, la cuestión de la posible subsanación de los defectos de notificación se rige por ese Derecho» (Motivos 29 y 30)⁵⁷.

3.3. Notificación hecha con tiempo suficiente

El segundo de los requisitos para que se entienda válidamente emplazado un demandado rebelde en el Convenio de Bruselas, es que haya

55. *Recueil* 1990, p. 2.747.

56. GOTHOT y HOLLEAUX, *op. cit.*, pp. 168-169.

57. *Recueil* 1990, pp. 2.749-2.750. Recordemos que el vicio denunciado consistía en que la cédula de emplazamiento, redactada en francés y notificada en Alemania, no iba acompañada de una traducción al alemán, pretendiendo el gobierno francés que el plazo suficiente con que fue practicada la notificación, le habría permitido al demandado hacer que se tradujera. Además, se alegaba que el demandado aceptó voluntariamente la recepción de la cédula, con lo que entraba a regir el párrafo 2 del artículo 15 del Convenio de La Haya, que dispone que la irregularidad puede subsanarse por la aceptación voluntaria del documento por el destinatario.

53. GOTHOT y HOLLEAUX, «La Convención...», *cit.*, p. 167.

54. *Recueil* 1981, p. 1.607.

dispuesto de un plazo suficiente para preparar y presentar sus alegaciones.

Establecido en un caso concreto que el emplazamiento ha sido regular, es decir, efectuado de manera que el demandado haya podido tomar efectivamente conocimiento de la demanda dirigida en su contra, aún cabe examinar si ha dispuesto de un plazo para defenderse y si la duración de ese plazo ha sido bastante.

¿Conforme a qué normas se deberá determinar si ese plazo ha sido suficiente?

De acuerdo a la jurisprudencia del T.J.C.E., no serán ni las normas del juez del Estado de origen de la sentencia ni tampoco las del Estado requerido.

Simplemente, ha resuelto que se trata de una cuestión de hecho, que debe ser decidida por el tribunal según las circunstancias particulares de cada caso. Así lo dijo expresamente en el fallo recaído en el caso «*Klomps*»; la condición para el reconocimiento «concerniente al tiempo suficiente para poder defenderse, implica apreciaciones de naturaleza fáctica» (Motivo 15), reiterando más adelante que «La cuestión de saber si la notificación ha sido hecha con tiempo suficiente comporta, como se ha indicado, apreciaciones de hecho»⁵⁸. Incluso, esta decisión fue recogida textualmente en una posterior sentencia⁵⁹.

Otra cuestión que se plantea referente a este plazo, es la de saber desde cuándo se debe empezar a contar para efectuar la estimación de si es o no suficiente. Obviamente siempre el demandado podrá alegar que no dispuso del tiempo que requería, pero al tomar una decisión al respecto deberán también tenerse en cuenta los intereses del demandante, para evitar incurrir en una sobreprotección del demandado y como consecuencia terminar por causar perjuicios al actor⁶⁰.

A pesar de todos los mecanismos de notificación y los resguardos para su funcionamiento que han ido estableciendo las legislaciones internas y los Convenios internacionales (incluyendo el de La Haya de 15 de noviembre de 1965), no siempre se consigue hacer llegar la información real al demandado, por lo que debe operarse sobre la base de una especie de presunción de que éste ha tomado conocimiento del acto al haberse cumplido todas las formalidades prescritas por la ley. Por esa razón, el T.J.C.E., ha resuelto «el art. 27 n.º 2, no exige la prueba de que el

58. *Recueil* 1981, pp. 1.607 y 1.610.

59. Caso «*Lancray*» (Motivo 14), *Recueil* 1990, p. 2.747.

60. GOTHOT y HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 168.

demandado haya tenido efectivamente conocimiento de la cédula de emplazamiento... y el juez requerido, generalmente, está habilitado para estimar que, a continuación de una comunicación o notificación hecha regularmente, el demandado puede empezar a actuar en defensa de sus intereses desde el momento en que el acto haya sido comunicado o notificado, en su domicilio o en otro lugar»⁶¹.

En otras palabras, «el demandado sólo podrá alegar su ignorancia en torno al procedimiento si las circunstancias particulares le han impedido adoptar estas disposiciones o han hecho ineficaces las que había adoptado. Y será él quien tenga que probarlo»⁶².

Específicamente en lo que hace al reconocimiento o ejecución, «por regla general, el juez requerido puede limitarse a examinar si el plazo, a contar desde la fecha en que la comunicación o la notificación se haya efectuado regularmente, ha dejado al demandante un tiempo suficiente para su defensa; no obstante, le corresponde apreciar si en un caso concreto, existen circunstancias excepcionales tales, que la comunicación o la notificación, a pesar de ser regular, no ha bastado sin embargo para abrir tal plazo»⁶³.

Estas circunstancias excepcionales pueden ser cualesquiera. Constituyen ejemplos significativos las que se han ido presentando en los diversos casos que han llegado al T.J.C.E., y que han dado origen a las sentencias que venimos citando⁶⁴. Así, tenemos el caso de la persona que tiene varios domicilios; persona hospitalizada por un accidente; persona que ha cambiado su domicilio; etc.

4.4. Prohibición de revisar el fondo de la sentencia

Habiéndose establecido definitivamente el doble control del cumplimiento de las garantías de defensa en el marco del Convenio de Bruselas, que consiste en la regularidad de la notificación y el plazo suficiente para defenderse, resta por saber en qué términos debe llevarse a cabo este segundo control del juez requerido.

Recordemos que para poder efectuarlo, el art. 46 n.º 2, dispone que

61. Sentencia caso «*Klomps*» (Motivo 19), *Recueil* 1990, p. 1.608.

62. GOTHOT y HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 169.

63. *Idem*, Decisión 6.º, p. 1.612.

64. En su Informe evacuado en el caso «*Danilauer*», el Abogado General VERLOVEN VAN THEMAAT, en una nota enumera más de 15 circunstancias excepcionales que habrían sido indicadas por la Comisión. *Recueil* 1984, p. 1.787.

«la parte que invocare el reconocimiento o instare la ejecución de una resolución deberá presentar... 2. Si se tratare de una resolución dictada en rebeldía, el original o una copia auténtica del documento que acreditar la entrega o notificación de la demanda o de documento equivalente a la parte declarada en rebeldía». Si no presenta tales documentos junto a la solicitud inicial —conforme al art. 48— el tribunal podrá fijarle un plazo para su presentación, aceptar documentos equivalentes o dispensar de ellos si se considerare suficientemente informado.

La pregunta que surge entonces es saber hasta qué punto el juez requerido está obligado por las apreciaciones sobre la regularidad de la notificación y el plazo suficiente efectuadas por el juez del Estado de origen.

La respuesta ya está dada. Ambos controles son totalmente independientes, no quedando el juez requerido obligado de manera alguna por lo resuelto por el juez del Estado de origen, según hemos explicado latamente⁶⁵.

Pero entonces surge la inquietud, que se ha puesto de manifiesto desde los inicios de la aplicación del Convenio, de que este control de las garantías del demandado ausente pueda llevar «al juez del reconocimiento a ejercer una función parecida a una revisión»⁶⁶.

Este peligro podría ser particularmente grave para la operatoria del Convenio de Bruselas porque su principal motivación, según hemos explicado, es el de conseguir el reconocimiento automático de las decisiones judiciales, contra el cual atenta directamente cualquier control o revisión de fondo sobre el contenido de la sentencia. De hecho, un control de esta naturaleza aparece prohibido enfáticamente en los arts. 29 y 34 párrafo tercero: «La resolución extranjera en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo».

Sin embargo, por todo lo que hemos venido exponiendo a lo largo de este trabajo, nos parece evidente que realmente este peligro no existe, aunque el control por el juez del Estado requerido deba ser totalmente independiente del que haya llevado a cabo el de origen de la sentencia.

En efecto, al haberse determinado claramente que entre los arts. 20.3 y 27.2 existe una identidad total de contenido, que a su vez se ha objetivado en dos cuestiones bien diferenciadas; la regularidad de la notificación y el plazo suficiente, se ha conseguido reducir considerablemente la posible discrecionalidad de ambos jueces.

65. Vid. *supra* II. 2.2.1.

66. GOTHOT y HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 170 y citas que aparecen a continuación.

Luego, yendo más al fondo, la jurisprudencia del T.J.C.E. ha establecido en forma más o menos precisa, en qué consiste y qué se entiende por notificación regular; además de establecer que dicha apreciación se ha de efectuar siempre conforme al derecho del Estado en que se ha llevado a efecto la notificación, consiguiendo también evitar cualquier anarquía en ese sentido.

A su vez, respecto a cómo se debe apreciar si el tiempo ha sido suficiente para defenderse, aunque dejando a los juzgadores un margen de discrecionalidad algo mayor, el T.J.C.E. ha determinado que se trata de una cuestión de hecho, que debe decidirse en cada caso por el juez respectivo.

Así entendido el mecanismo destinado a garantizar el respeto a la defensa en juicio por parte del demandado ausente, el Tribunal ha podido decir, que «El objetivo del art. 27 de la Convención exige en consecuencia que el juez del Estado requerido proceda al examen prescrito en el párrafo segundo de esta estipulación, no obstante la decisión tomada por el juez del Estado de origen sobre la base del artículo 20, párrafos 2 y 3. Este control tiene un solo límite recogido en el artículo 34, párrafo 3, de la Convención en términos del cual en ningún caso la decisión extranjera puede ser objeto de una revisión de fondo»⁶⁷.

Pero, por último, lo que jamás puede olvidarse es lo que el mismo T.J.C.E., también ha dicho; «aunque el objetivo del Convenio es, tal como se desprende de su Preámbulo, 'asegurar la simplificación de las formalidades a las cuales está subordinada el reconocimiento y ejecución recíproca de las decisiones judiciales', este objetivo no puede ser alcanzado... debilitando, de cualquier forma que sea, los derechos de defensa»⁶⁸.

III. GARANTÍA DE DEFENSA DEL DEMANDADO AUSENTE EN EL ORDENAMIENTO AUTÓNOMO ESPAÑOL

Estudiada la garantía de defensa del demandado no compareciente en el Convenio de Bruselas, se hace necesario acometer el tratamiento de la misma garantía en los casos en que no se aplican los preceptos del Convenio, es decir, en las llamadas normas de derecho procesal internacional de fuente autónoma, para contrastarlas con las de origen conven-

67. Sentencia en caso «*Pendy Plastic*», *Recueil* 1982, p. 2.736.

68. Sentencia en caso «*Debaecker*» (Motivo 10), *Recueil* 1985, p. 1.796.

cional como las del referido Tratado. De todos modos, aunque con menor importancia cualitativa, haremos breves referencias en este punto a otras normas convencionales.

Siguiendo el esquema preestablecido, en primer lugar indagaremos sobre la existencia de garantías en favor del demandado no compareciente en las normas sobre competencia procesal internacional y, luego, en las referentes al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.

1. En las normas sobre competencia judicial internacional

1.1. Aplicación de las reglas generales establecidas en el Derecho procesal español

Careciendo España de un cuerpo normativo orgánico sobre competencia procesal internacional, no existe en el Derecho autónomo una norma semejante al art. 20 del Convenio de Bruselas, que aborde específicamente la garantía de defensa del demandado rebelde a quien ha debido notificarse en el extranjero, en procesos de tráfico externo.

En consecuencia, a este demandado se le aplicarán las reglas generales sobre regularidad del emplazamiento establecidos en el Derecho español para cualquier persona.

Esta afirmación requiere una explicación previa, pues tratándose de un proceso situado en España, la notificación en el extranjero de un demandado, constituye un supuesto de integración a un proceso español de actos realizados en el extranjero⁶⁹.

Estos actos procesales extranjeros, caracterizados porque se llevan a efecto fuera de las fronteras de España, se regulan en cuanto a su realización por la ley extranjera, conforme al principio «*locus regim actum*». Este principio, en cuanto a la forma que deben revestir los actos procesales, aparece recogido explícitamente en el art. 8.2 del Código Civil.

Si sólo llegáramos hasta aquí, a primera vista parecería difícil de comprender lo dicho, puesto que si se trata que un acto de emplazamiento regido por una ley extranjera, no se ve cómo el demandado podría te-

ner la misma protección que la ley y la Constitución española acuerdan para los resultados de esos actos cuando son efectuados íntegramente en España.

Pero acontece que si bien la forma de estos actos realizados en el extranjero se rige por la ley extranjera, en cambio, incorporados al proceso español su eficacia se rige por la ley procesal española. Con razón se ha advertido que si bien «el legislador español (consecuentemente el juez) no puede entrar en la declaración de legalidad o ilegalidad de los actos procesales extranjeros, sí que puede con independencia de esa legalidad otorgar efectos procesales en el proceso español a estos actos; en el primer caso, la legalidad o ilegalidad dependerá de los criterios legales de la Ley Procesal extranjera; en el segundo caso, la eficacia del acto procesal extranjero dependerá de los criterios legales de la Ley Procesal española»⁷⁰.

Pues bien, estos criterios legales de carácter general en España sobre regularidad en el emplazamiento se encuentran fundamentalmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 525 y sgtes.). Sin embargo, es sabido que actualmente esos preceptos no pueden ser comprendidos sin tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en este caso ha sido dictada a partir del artículo 24 de la Constitución. En efecto, desde un primer momento el intérprete constitucional ha ido resaltando que la debida citación o emplazamiento, deben concurrir para asegurar la tutela judicial efectiva y su omisión produce indefensión, elaborando una abundante y conocida jurisprudencia al respecto, que no podremos examinar en su totalidad en este trabajo⁷¹.

70. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 79.

71. Así por ejemplo, S.T.C. 78/1992, 25 de mayo, «Se ha afirmado en relación con ello que es elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24,1) no sólo el acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses. Como también que el principio de contradicción en cualquiera de sus instancias es exigencia imprescindible del derecho al proceso con las garantías debidas (art. 24,2), para cuya observancia adquiere una singular relevancia constitucional el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos por la Ley. De manera que sólo la incomparecencia en el proceso o en el recurso debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia, podría justificar, en principio, una resolución *inaudita parte*. Por ello la citación, en la medida en que hace posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones representa un instrumento ineludible para que la observancia de las garantías constitucionales del proceso resulte asegurada por el órgano judicial (SS.T.C. 114/1986, 112/1987, 22/1989 y 109/1989, entre otras)». Para un resumen de esta jurisprudencia, vid., entre otros, GONZÁLEZ PÉREZ, J., «El derecho a la tutela jurisdiccional», Ed. Civitas, 2.ª edición, Madrid, 1989, pp. 152 y ss.

69. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Derecho Procesal Civil Internacional (Ordenamiento Español)», Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pp. 77 y ss.

En todo caso, debemos advertir que el Tribunal Constitucional al reconocer la importancia fundamental del emplazamiento, ha dicho que el proceso no puede constituirse válidamente en la ignorancia del demandado, ya que atentaría contra los principios de audiencia y contradicción, amparados por el citado art. 24. Precisamente ha puesto de manifiesto que el emplazamiento es el medio a través del cual se da cumplimiento a la garantía constitucional de la tutela efectiva: «El emplazamiento personal... para llamar al proceso a los que... están legitimados como demandados... es una regla que este Tribunal ha inferido del art. 24.1 de la Constitución... es una notificación y, a la vez, una intimación para que... pueda, conociendo la existencia del proceso, disponer la defensa de sus derechos y, por tanto, hacer posible la tutela efectiva» (STC 29 marzo 1985)⁷².

Sin embargo, lo más importante es que el Tribunal Constitucional ha señalado que en esta materia no basta con el mero cumplimiento ritual de las formalidades procesales, sino que más allá, ha dicho que «el art. 24.1 contiene un mandato implícito al legislador y al intérprete dirigido a promover la defensa mediante la correspondiente contradicción, de modo que el emplazamiento personal no puede reducirse a una mera formalidad» (S.T.C. de 31 marzo 1987), recalando que «La tutela judicial efectiva... impone a la jurisdicción el deber específico de adoptar más allá del cumplimiento ritual de las formalidades legales todas las cautelas y garantías que resulten razonablemente adecuadas al aseguramiento de que esa finalidad de conocimiento personal no se incumpla» (S.T.C. de 25 marzo 1987).

Estos mismos principios son los que deberán ser aplicados al emplazamiento del demandado en el extranjero, en un proceso seguido en España. Y, en consecuencia, cuando este demandado no ha comparecido y ha sido condenado en rebeldía, podrá usar de los mismos medios y recursos de que dispone el domiciliado en España, para exigir su cumplimiento.

Así podrá incluso utilizar en su momento el recurso de audiencia al litigante rebelde, contemplado en los arts. 773 y sgtes. de la LEC ¿cuál sería entonces la particularidad? Que se tratará de un presunto emplazamiento realizado en el extranjero y regido por esa ley, que sin embargo, no fue suficiente para producir efectos válidos en el desarrollado y garantista sistema procesal español.

72. En el mismo sentido SSTC de 14 marzo 1984; 26 noviembre 1985; 25 marzo 1987; etc.

1.2. Posibilidades de que el juez español pueda controlar de oficio su competencia en caso de incomparecencia del demandado

La pregunta que surge es si en los procesos con elementos extranjeros tramitados en España no amparados por el Convenio de Bruselas, puede aplicarse un mecanismo de control de la competencia procesal internacional, semejante al que contiene el art. 20.1 del Convenio.

Por cierto, esta pregunta a su vez conlleva la de determinar si la no comparecencia del demandado implica la sumisión tácita del litigio a los tribunales españoles.

La respuesta a ambas interrogantes depende de la posición que se asuma respecto a la posibilidad de los tribunales españoles de controlar de oficio su competencia procesal internacional.

Sabido es que la determinación de la capacidad de los tribunales españoles para controlar de oficio su competencia procesal internacional es un problema de gran complejidad, al no existir norma expresa que lo solucione en el Derecho autónomo español y cuya solución produce grandes discrepancias entre los autores.

Recordemos que existen al menos tres posturas tradicionales al respecto: la de quienes niegan totalmente la admisión de dicho control de oficio⁷³; la de los que admiten el control en ciertos supuestos de litigios que no presentan contacto alguno con el foro español⁷⁴; y, admisión en todo caso del control de oficio como presupuesto previo para entender de la *litis*⁷⁵.

Pues bien, partiendo desde el punto de vista que nos interesa de la garantía de defensa del demandado ausente, no parece que la postura de quienes niegan totalmente la posibilidad de control de oficio de la competencia procesal internacional del tribunal, sea compatible con el contenido de que aparece dotada dicha garantía de defensa por el Tribunal Constitucional. En efecto, la falta de control equivale a reconocer en forma implícita la existencia de una norma de atribución de competencia a los tribunales españoles cuando el demandado no comparece. Es decir, se admitiría con carácter general que la no comparecencia del demandado

73. Por ejemplo, BARDAJÍ GÓMEZ, L., «Sobre el control de oficio de la Competencia Judicial Internacional de los tribunales españoles», en *La Ley*, 1987-2, pp. 945 a 950.

74. Entre otros, ALVAREZ GONZÁLEZ, S., «Control de oficio de la competencia judicial internacional», en *R.C.E.A.*, vol. IV, 1987, pp. 87 y ss.

75. Con carácter general, para una completa y acertada exposición de todas las posiciones, vid. FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pág. 336 y ss.

equivale a sumisión tácita, que es el efecto que evita la norma del art. 20.1 del Convenio de Bruselas.

Decimos que no sería compatible con el contenido de la garantía de defensa del art. 24 de la Constitución, por cuanto obligaría al demandado a tener que comparecer siempre a impugnar la competencia procesal internacional del juez español, aunque el litigio carezca absolutamente de conexión con el Estado español. Vale decir, se le estaría reconociendo al actor el poder exclusivo de fijar la competencia de los tribunales españoles por su mera voluntad, lo que a nuestro parecer produce indefensión para el demandado.

Por otro lado, también se ha advertido que el art. 117.3 de la Constitución española, exige una atribución legal para el ejercicio de la jurisdicción, precepto que es complementado por los arts. 9.1 y 21 de las L.O.P.J., que prohíben el ejercicio de la función jurisdiccional que no ha sido conferida expresamente por la ley. Más aún, la interpretación del T.C. ha sido precisamente que cualquier atribución de competencia debe tener su origen en la ley (reserva de ley), quedando descartadas las atribuciones arbitrarias o implícitas⁷⁶.

Otra importantísima consideración práctica es que actualmente en el juicio de menor cuantía, a la sazón el juicio ordinario en el Derecho procesal español, como es sabido, el art. 693 n.º 3, obliga al juez de oficio en la comparecencia previa o preparatoria a «salvar la falta de algún presupuesto o requisito del proceso». Entre éstos se puede encontrar evidentemente la incompetencia procesal internacional, la que por tanto, conforme a este mandato puede y debe ser declarada de oficio por el juez.

En resumen, desde el punto de vista de la garantía de la defensa en juicio, que ha sido desarrollada hasta sus más altas cotas por el T.C. español lo mismo que por el Derecho comunitario europeo, no es admisible que ante la incomparecencia del demandado el tribunal no pueda controlar su competencia, allanándose pasivamente a conocer del más inconexo litigio por el sólo hecho de haberle sido planteado por el actor. Por el contrario, así como tal posibilidad no se admite en el Derecho comunitario y de allí la norma del art. 20 del Convenio de Bruselas, tampoco puede ser aceptada en el Derecho autónomo, según se desprende de claras normas Constitucionales y legales, en interpretación que cuenta

76. ARENAS GARCÍA, R., «La litispendencia internacional. El art. 21 del Convenio de Bruselas y el control de la competencia del Tribunal de origen», en Noticias C.E.E., n.º 91/92, pp. 103 y ss.

con respaldo del propio T.C., debiendo el juez español rechazar juicios que no guarden conexión alguna con España, en términos que su conocimiento pueda producir indefensión para el demandado, que es el punto de vista que nos interesa.

Por otra parte, hay que señalar que la extensión de la garantía de defensa en los términos que hemos explicado, hace innecesaria la existencia de una norma que ordene la suspensión del procedimiento, hasta que se compruebe que el demandado ha recibido efectivamente copia de la demanda o que se ha hecho todo lo necesario para que así acontezca, al modo del art. 20.2 del Convenio de Bruselas.

En efecto, conforme a las disposiciones constitucionales que prohíben la indefensión (art. 24.1 C.E.) y consagran la garantía de la defensa en juicio (art. 24.2), es evidente que no podría siquiera proseguir adelante un juicio en el cual no se haya acreditado que el demandado ha sido debidamente emplazado y ha contado con tiempo suficiente para defenderse, en este caso en el extranjero, pero igual como habría acontecido si hubiera tenido que ser notificado en España.

2. *En las normas sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales*

Estudiado el problema de la garantía de defensa del demandado domiciliado en el extranjero y que no comparece, en un juicio seguido en España, nos corresponde abordar ahora la protección que se brinda al demandado rebelde cuando se trata de un juicio seguido en el extranjero y cuya sentencia se pretende que tenga valor en España.

Esto nos introduce en el problema del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras. Como es sabido, la regla general es que se admite que tales decisiones extranjeras puedan tener eficacia en España, siempre y cuando concurren determinados requisitos, no sólo en la resolución misma sino también el proceso en el cual se ha dictado.

La concurrencia de tales requisitos deberá ser establecida a través de un determinado procedimiento judicial de reconocimiento, que se tramita ante un tribunal también preestablecido y que se denomina «*exequatur*»⁷⁷.

Determinar de qué manera se ha protegido el derecho de defensa del demandado no compareciente en un proceso seguido en el extranjero,

77. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 100 y ss.

al momento de solicitar a través del *exequatur* el reconocimiento en España de su sentencia, resulta particularmente interesante, por cuanto históricamente esta situación ha sido objeto de mucha controversia, ya que, como es sabido, durante largo tiempo ese control fue utilizado como pretexto para impedir el reconocimiento de toda sentencia extranjera, por el sólo hecho de no haber comparecido el demandado.

2.1. La incomparecencia del demandado como causal de no reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras

Constituyendo la regla general la eficacia de la sentencia extranjera, previo *exequatur*, el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil enumera los requisitos que deberá cumplir para que pueda ser reconocida en España. Dice que podrá ser reconocida, entre otros extremos, siempre que «2.ª. *Que no haya sido dictada en rebeldía*».

Literalmente la disposición dice que no podría ser reconocida una sentencia foránea por el solo hecho de no haber comparecido el demandado al juicio extranjero, sin que importe la causa por la que se produjo tal rebeldía. Una interpretación de ese tenor, prevaleció, como nos enseñan todos los autores, durante cerca de un siglo, desde la entrada en vigor de la L.E.C. hasta aproximadamente el año 1981, en que comenzó un lento proceso que culminaría hacia el año 1986, de progresivo avance hacia una interpretación equilibrada de tal causal de denegación de *exequatur*⁷⁸.

La prevalencia de esa interpretación rígida del precepto durante todo ese tiempo en España, condujo a que «la rebeldía voluntaria de un demandado, aun debidamente convocado ante un Tribunal extranjero, fue su mejor arma defensiva contra cualquier ataque proviniente del exterior. Poco importaba que ello equivaliera a dejar en manos del demandado la suerte del proceso y el cumplimiento de sus obligaciones, independientemente de que tuviera conocimiento tempestivo del proceso y se le diera ocasión de defenderse»⁷⁹.

Sin embargo, poco a poco el extraordinario y creciente desarrollo del tráfico jurídico internacional, fue haciendo dicha situación insostenible. Ya hacia la década de los años 70, se comenzó a sostener por la

78. Vid. RAMOS MÉNDEZ, F., «Adiós a la rebeldía táctica», en JUSTICIA 1987, n.º 1, pp. 103 y ss.

79. RAMOS MÉNDEZ, «Adiós a la rebeldía...», *cit.*, p. 103.

doctrina que no podían aplicarse las mismas normas a cualquier rebelde y que debía distinguirse entre distintas categorías de rebeldía. Así, REMIRO BROTONS, elaboró una diferenciación entre **rebeldes a la fuerza**, que son aquellos que efectivamente no han sido notificados o emplazados legal y regularmente; **rebeldes por convicción**, que son aquellos que no comparecen ante el tribunal extranjero porque lo consideran incompetente para conocer del litigio conforme a las normas sobre competencia judicial internacional; y, **rebeldes por conveniencia**, también llamados **rebeldes tácticos o estratégicos**, que son aquellos que no acuden ante el tribunal extranjero, a pesar de haber sido debidamente emplazados, porque se saben deudores, para evitar la condena y confiando exclusivamente en que la sentencia en rebeldía no podrá ser ejecutada en España⁸⁰.

Finalmente esta distinción acabaría siendo aceptada incluso por el Tribunal Supremo, según podremos ver al reseñar la evolución seguida por su jurisprudencia, que ha avanzado hasta otorgar reconocimiento a la sentencia extranjera, no obstante haber sido dictada en rebeldía del demandado, cuando se ha respetado debidamente su garantía de defensa⁸¹.

En efecto, actualmente el control del reconocimiento de las sentencias extranjeras, ha evolucionado desde la exigencia de no haber sido otorgada en rebeldía, al debido respeto del derecho de defensa del demandado. Incluso podría decirse que las normas establecidas en varios tratados bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales fueron pioneras en este cambio. Así tenemos que el requisito para el reconocimiento de que haya existido un debido emplazamiento o notificación regular y con tiempo suficiente al demandado, aparece en los artículos 4.3º del Convenio entre España y Francia; 14.3º del Convenio entre España e Italia; 19 c) del Convenio entre España y Brasil; y, 5.2º del Convenio entre España y Alemania⁸².

Pero, además, como hemos dicho, ha sido fundamental la importancia de la jurisprudencia, incluyendo la del propio Tribunal Constitucional referente a la sentencia extranjera dictada en rebeldía, para reconducir a sus justos términos la protección que se brinda al demandado ausente cuando se solicita el reconocimiento de la sentencia dictada en su contra, todo lo cual pasamos a ver a continuación.

80. REMIRO BROTONS, A., «Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Ed. Tecnos, Madrid, 1974, pp. 212 y ss.*

81. FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 677 y ss.

82. Vid. *supra* II.2.2.2., especialmente nota 45.

2.2. Evolución de la jurisprudencia sobre reconocimiento en España de las sentencias extranjeras dictadas en rebeldía

Se ha puesto de relieve que para derribar la frontera proteccionista levantada frente a la sentencia extranjera dictada en rebeldía y arribar a su pleno reconocimiento en España, particularmente cuando la ausencia del demandado se debe a su mera voluntad («rebelde por conveniencia»), han debido concurrir una serie de circunstancias para hacer posible una verdadera evolución jurisprudencial, cuyos hitos más relevantes fueron los siguientes:

2.2.1. *Exequatur* a los laudos arbitrales

Ratificado por España en el año 1977, el «Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras» hecho de Nueva York el 10 de junio de 1958, cuando se demandó el reconocimiento de las primeras sentencias arbitrales y se opuso a su *exequatur* la rebeldía estratégica, el T.S. fue contundente para rechazarla.

Así, en Auto de 11 de febrero de 1981, manifiesta que estando visto «que en el presente caso se hicieron puntualmente todas las notificaciones indicadas como está acreditado fehacientemente, lo que impide pensar que el oponente no pudo hacer valer sus medios de defensa, como tampoco puede estar en condiciones de hacer el alegato, cuando su incomparecencia no tiene otro fundamento que la unilateral y antijurídica voluntad de negarse al cumplimiento de los compromisos contraídos y a reconocer la jurisdicción que libre y espontáneamente aceptó, con un desprecio inadmisibles de los más elementales principios del tráfico jurídico internacional».

Tal como nos explica RAMOS MÉNDEZ, estas resoluciones fueron eufóricamente saludadas por todos los sectores a la época en que fueron dictadas, por la ruptura que suponían con el régimen jurisprudencial anterior, a pesar de que al fin y al cabo, no hacían sino aplicar un Convenio suscrito por España⁸³. Finalmente esta doctrina se impuso sin reservas y desde entonces la rebeldía en los laudos arbitrales extranjeros permanece reducida a sus justos términos como causal de denegación de su reconocimiento en España; sólo podrá operar cuando efectivamente se ha producido porque no se haya respetado la garantía de defensa del demandado, en los términos que aparecen definidos en el mismo Convenio de Nueva York.

83. «Adiós a la...», *cit.*, p. 104.

2.2.2. *Exequatur* a las sentencias de separación y divorcio

Por otro lado, aunque por la misma época, la ley 30/1981, de 7 de julio, en su artículo 9.2 introdujo el *exequatur* de las sentencias extranjeras sobre separación, nulidad y divorcio, como requisito para tomar constancia de ellas en el Registro Civil en que apareciera inscrito el matrimonio y el nacimiento de los hijos. Esta situación produjo una avalancha de solicitudes que, según el mismo autor tuvo el mérito de «desmitificar el procedimiento de *exequatur*»⁸⁴, con el beneficioso efecto de ir ampliando poco a poco el número de las sentencias extranjeras reconocidas, a pesar de haber sido dictadas en rebeldía.

En primer lugar, el Tribunal Supremo dejó de considerarla como causal de denegación del *exequatur*, cuando era el propio cónyuge no compareciente o «rebelde», el que lo solicitaba. Así, por ejemplo, aparece de la resolución dictada en el Auto del T.S. de 16 de febrero de 1984, en que resolvió que:

«Aún habiendo sido dictada la mencionada sentencia de divorcio a instancia de la precitada doña N., determinante de juicio en que fue decretada situación de rebeldía de don A., la circunstancia de que sea éste precisamente quien se apoya en la tan citada sentencia para solicitar su ejecución, aquella situación de rebeldía pierde su efecto propio, al desaparecer la finalidad amparadora de derechos que pudieren provenir de ese estado procesal en el que el tan aludido juicio se produjo, y así lo tiene ya reconocido esta Sala en Autos de 4 de febrero de 1907 y 10 de septiembre de 1982».

Obligado a seguir esta misma línea, finalmente el T.S. otorga el *exequatur* a una sentencia de divorcio, en la que el demandado a pesar de haber sido debidamente notificado, había optado por no comparecer. Es decir, se trataba de un caso de rebeldía típica y que por primera vez desde la vigencia de la L.E.C., no se admite como causal de denegación del reconocimiento en España de una sentencia extranjera.

Se trata de un Auto del T.S. de fecha 23 de enero de 1985, en el que se dijo lo siguiente:

«La demandada fue citada para comparecencia en el juicio correspondiente sin que lo efectuase, por lo que si bien su situación procesal es de rebeldía propiamente dicha, sin embargo no debe reconocerse

84. RAMOS MÉNDEZ, «Adiós a la...», *cit.*, p. 104.

como tal, habiendo sido debidamente emplazada según consta en lo actuado, en cuanto que en otro caso bastaría que una incomparecencia arbitraria del demandado haría imposible el *exequatur*, de seguirse una interpretación rigurosa del artículo 954, 2.ª circunstancia, criterio que adoptó una interpretación flexible del requisito de la rebeldía del demandado como obstativo del *exequatur*».

Siempre en esta misma materia, pero demostrando claramente la evolución jurisprudencial que reseñamos, también se otorgó el reconocimiento a una sentencia en rebeldía pero en cuyo juicio se designó a la demandada un defensor de oficio: «la falta de emplazamiento personal a que la rebeldía es reconducible, aparece suplida por la circunstancia de habersele designado a la demandada un defensor de oficio con el que se entendieron las diligencias, amén de estar justificado en principio que la mujer demandada se hallaba casada, años después de la ejecutoria» (Auto T.S. 1 de junio de 1983).

2.2.3. A sentencias extranjeras de contenido económico

A pesar del gran avance que implicaba la reconducción a sus justos límites de la rebeldía como obstáculo para el reconocimiento de sentencias extranjeras, quedaba pendiente todavía la situación de las sentencias «normales», de contenido económico.

Por fin, un Auto del T.S. de 25 de febrero de 1985, vino a otorgar por primera vez el *exequatur* a una sentencia extranjera dictada en rebeldía de la demandada, una sociedad española contra la cual se interesaba el requerimiento.

Se trataba de una sentencia pronunciada por un Tribunal de los EE.UU., en la que se condenaba a la entidad española a pagar una indemnización por responsabilidad extracontractual.

En el Auto admitiendo el reconocimiento, el T.S. reconoce que «la inaplicación del *exequatur* a los casos en que la resolución a ejecutar se haya dictado en rebeldía, tiene en todos los países un sólido argumento, la protección de sus nacionales conforme a los principios de la Justicia frente a las consecuencias que puedan resultar de una indefensión producida, bien por la falta o defecto en su citación, bien por su emplazamiento ante un Tribunal que considera incompetente». Es decir, se da el paso decisivo de reconducir la causal de la rebeldía para la denegación del reconocimiento (art. 954 n.º 2 LEC), a la falta de respeto de la garantía de defensa del demandado, traducido en la práctica de una notifi-

cación regular y que dé origen a una efectiva vigencia del principio de contradicción, según la más moderna orientación de la doctrina y jurisprudencia internacional⁸⁵.

Pero más aún, muchos años después de haber sido enunciada por REMIRO BROTONS, el T.S. admitió la distinción entre las diversas clases de rebeldía, formulada por este autor, diciendo que correctamente considerada como causal de denegación del *exequatur*, «la doctrina internacionalista venga distinguiendo tres clases o categorías de 'rebeldía' a las que denomina: rebeldía por convicción, que es la surgida por la no presentación ante el Tribunal que se considera incompetente; rebeldía a la fuerza, provocada por la falta de citación o el no haberlo sido en tiempo oportuno; y la denominada rebeldía por conveniencia, propia de quienes no obstante haber sido citados o emplazados en forma y conociendo la existencia de la litis, no acuden a la llamada del Tribunal extranjero»⁸⁶.

Pues bien, en este caso se había constatado la debida notificación del demandado, por lo que el T.S. califica la rebeldía del demandado, como perteneciente a esta última clase, y constatando que en materia de arbitraje, se ha llegado a «estimar que la rebeldía como causal denegatoria sólo puede admitirse cuando la parte no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o no haya podido hacer valer sus medios de defensa, esto es, en la llamada 'rebeldía a la fuerza'... tesis que aplicada al presente caso da lugar a que, como tal situación ha sido provocada por el declarado rebelde, no pueda ser causa de denegación del *exequatur*, en cuanto ella supondría un auténtico *fraudem legis*».

En vista de la trascendencia del cambio jurisprudencial que implicaba la nueva interpretación del Tribunal Supremo del art. 954 n.º 2 de la L.E.C., la parte afectada no se dio por satisfecha y recurrió de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando, en lo esencial, que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva y a no quedar en la indefensión, sosteniendo precisamente que no había comparecido ante el tribunal extranjero por considerarlo incompetente, es decir, que se autocalificaba de «rebelde por convicción» y no de «rebelde por conveniencia» como lo consideró el T.S.

Por sentencia de fecha de 15 de abril de 1986, el T.C. rechazó este recurso de amparo, por considerar que no se produjo indefensión del recurrente, ya que había sido debidamente notificado y su no comparecen-

85. FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, «Curso...», *cit.*, pp. 676 y ss.

86. Vid. *supra* III.2.1.

cia fue debida única y exclusivamente a su propia omisión. Más aún, con carácter general, acoge como válido el argumento del Tribunal Supremo de que «la rebeldía como posible causa para denegar el *exequatur* sólo puede admitirse cuando la parte no haya sido debidamente notificada del procedimiento seguido contra ella o no haya podido hacer valer sus medios de defensa» (Fundamento Jurídico 5.º).

Desde entonces se ha pasado a un sistema en que prácticamente nunca una sentencia extranjera dictada en rebeldía podía obtener el *exequatur*, a uno en el que lo obtiene siempre. Y en el que paradójicamente los requisitos para el reconocimiento por el sistema general y supletorio del art. 954, son menores que los de los demás sistemas. Particularmente lo son respecto al sistema instaurado por el Convenio de Bruselas, ya que tratándose de una sentencia dictada en rebeldía existe un estricto control que hemos analizado latamente, mientras que por ahora, éste aparece muy atenuado en la legislación autónoma española.

2.3. Jurisprudencia constitucional sobre la sentencia extranjera dictada en rebeldía

Además de lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha formulado a nivel de principios, la base de lo que deberá ser la nueva doctrina del Derecho español, en orden al reconocimiento y validez de resoluciones extranjeras: «Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicos garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros» (S.T.C. 15 de abril de 1986, F.J. Cuarto).

Esta postura inicial se ha traducido en que la jurisprudencia del T.C. y también la del T.S., han reconducido la exigencia del art. 954 n.º 2⁸⁷, al respeto a las garantías de la tutela judicial efectiva, que consagra el art. 24 de la Constitución. En consecuencia, ante una sentencia dictada en rebeldía, lo que se hace es constatar de que el demandado haya teni-

87. Es evidente que el art. 954 n.º 2, ha pasado a ser inconstitucional, como ha advertido RAMOS MÉNDEZ, F., «Adiós a la...», *cit.*, p. 123, siendo sorprendente que el T.C. no lo haya declarado así hasta el momento.

do efectivamente la posibilidad de personarse y defenderse, para lo cual habrá debido ser emplazado debidamente, sin que en ningún caso haya podido producirse indefensión y supuesto que el tribunal extranjero haya sido competente.

En todo caso, el T.C. ha dicho siempre que la determinación de si concurren los requisitos para el otorgamiento del *exequatur* es materia de legalidad ordinaria, salvo que se hayan violado derechos fundamentales, reconociendo que «en una relación de tráfico jurídico externo no se puede pretender que jueguen exacta y rigurosamente todos los requisitos existentes en nuestro ordenamiento; y no es a este Tribunal a quien compete valorar, con respecto a la ejecución de una sentencia extranjera, cuáles de entre esos requisitos son esenciales» (S.T.C. 15 de abril 1986, F.J. Cuarto).

Así, el T.C. ha resuelto la procedencia de denegar el *exequatur* a una sentencia dictada por un tribunal suizo, en que el demandado alegó no haber sido regularmente notificado porque los documentos que estaban redactados en alemán no habían sido traducidos. Siendo recurrente de amparo el actor, el tribunal estableció que no se conculcaba su derecho a obtener la tutela judicial efectiva, pues la negativa del T.S. a otorgar el *exequatur* había sido fundada⁸⁸.

Otra importante decisión contiene la S.T.C. de 23 de febrero de 1983, conforme a la cual una sentencia extranjera en la que no se ha respetado la garantía de defensa en juicio del demandado, de acuerdo a los términos en que la asegura el art. 24 de la Constitución, no puede ser homologada en España⁸⁹.

Sin embargo, a pesar de todas estas consideraciones que de buena fe, persiguen impedir el reconocimiento de resoluciones en cuya dictación no se hayan respetado las garantías de la tutela judicial efectiva y de defensa, no se debe perder de vista —como también ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional— que tampoco el *exequatur*, puede traducirse en una «interiorización» o «nostrificación» de la resolución extranjera, ni mucho menos recaer sobre los fundamentos jurídicos de la misma⁹⁰.

88. S.T.C. de fecha 24 de octubre de 1984, que al admitir que la falta de traducción de los documentos acompañados a la demanda impiden considerar regular el emplazamiento, se adelantó al T.J.C.E., que básicamente resolvió lo mismo en el caso «Lancray». Vid. supra II.3.2, *cit.* nota 57.

89. Vid. comentario de la sentencia hecho por DESANTES REAL, M., en R.E.D.I., vol. XLI (1989), 2, pp. 625 y ss.

90. S.T.C. de 17 de junio de 1991, F.J. Cuarto.

IV. CONCLUSIONES

1. En el Convenio de Bruselas sobre Competencia Judicial y ejecución de resoluciones judiciales, se contemplan normas especiales destinadas a proteger la garantía de defensa del demandado que no comparece. Al respecto los dos preceptos más importantes son el art. 20, en el ámbito de la competencia judicial internacional, y el art. 27 n.º 2, en el del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

2. El art. 20 del Convenio, contiene dos mecanismos totalmente distintos para lograr esta finalidad protectora. En el párrafo primero, se obliga al juez comunitario a controlar de oficio su competencia judicial internacional cuando el demandado notificado en otro Estado contratante no ha comparecido, siempre que esté domiciliado en la Comunidad. De este modo, consigue evitar que la incomparecencia del demandado sea suficiente para prorrogar tácitamente su competencia.

Sin embargo, al restringir la aplicación de este mecanismo sólo a los juicios en que el demandado esté domiciliado en la Comunidad, introduce un incomprensible factor de discriminación para con el demandado no domiciliado, que puede ser incluso un nacional de un Estado contratante, lo que se ve agravado por la posibilidad de que a estos últimos se le apliquen las competencias exorbitantes de los Estados miembros.

Se produce así una situación grave, que afecta derechos fundamentales del demandado no domiciliado en la Comunidad, tales como los de igualdad ante la ley y la justicia, y, en lo que aquí más interesa, de la garantía de defensa, al dejar en manos del demandante la posibilidad de prorrogar tácitamente la competencia del tribunal comunitario a una materia sin mayor conexión con el tribunal del foro, si la legislación autónoma no permite su control de oficio por el juez.

3. El segundo mecanismo de protección contenido en el citado art. 20, aparece en su párrafo segundo, sustituido por el art. 15 del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, y en su virtud se obliga al juez comunitario a suspender el juicio hasta que se le acredite que el demandado ha sido regularmente notificado y con tiempo suficiente para defenderse.

4. Por su parte, el art. 27 n.º 2 del Convenio de Bruselas, al impedir el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras en que no se ha respetado la garantía de defensa, tiene el gran valor de convertirse en una segunda oportunidad de control de la regularidad y oportunidad

del emplazamiento, sin que en este caso aparezca abierta la discriminación respecto al no domiciliado.

5. El T.J.C.E. ha entendido que los controles de regularidad y oportunidad del emplazamiento, conforme a los arts. 20 y 27 n.º 2 del Convenio de Bruselas, aunque se deban efectuar en momentos procesales y por jueces diferentes, tienen idéntico contenido. Por tanto, ha elaborado una jurisprudencia común para ambos, que debe ser estudiada en forma conjunta para entender el alcance y grado de protección de la garantía de defensa del demandado ausente en este Convenio.

6. En lo que respecta al Derecho autónomo español, no existe una norma similar al art. 20 del Convenio, que se preocupe especialmente del derecho de defensa del demandado no compareciente. Pero, en cambio, al demandado en un proceso de tráfico externo y que deba ser emplazado en el extranjero, se le aplicarán todas las normas procesales generales sobre regularidad del emplazamiento, que con la jurisprudencia del T.C. elaborada a partir del art. 24 de la Constitución sobre la tutela judicial efectiva y la prohibición de la indefensión, ha alcanzado un gran desarrollo. Es decir, el demandado no compareciente tiene suficientemente asegurado su derecho de defensa en cualquier proceso con elementos extranjeros que se tramite en España.

Lo que no está claro, es si el juez de oficio puede controlar su competencia procesal internacional, en términos de evitar que la no comparecencia del demandado equivalga a su sumisión tácita. Sin embargo, desde la perspectiva de la garantía de defensa del demandado, y en los términos en que ha sido entendida a partir del art. 24 de la Constitución, no parece posible admitir una postura que obligue siempre al demandado a tener que comparecer para requerir la declaración de incompetencia del tribunal español en procesos que no guarden ninguna conexión con España, por lo que nos inclinamos porque en estos casos el juez pueda de oficio declararse incompetente.

7. En cuanto al reconocimiento, el art. 954 n.º 2 de la L.E.C., contiene como causal de denegación del *exequatur*, en el régimen general, la circunstancia de que la sentencia extranjera haya sido dictada en rebeldía. Al no diferenciar la causa por la que pudo haberse producido tal rebeldía, posibilitó que bastara al demandado domiciliado en España con no comparecer para conseguir que jamás una sentencia condenatoria extranjera pudiera ser ejecutada aquí, anómala situación que se mantuvo durante casi un siglo.

Sin embargo, a partir de la Constitución de 1978 y coincidiendo con una mayor apertura al tráfico jurídico internacional, se fue produciendo una lenta evolución jurisprudencial, que terminó por reconducir a sus justos términos la prohibición contenida en el art. 954 n.º 2 (cuyo texto ha pasado a ser inconstitucional), de modo que actualmente se acepta que no se debe otorgar el *exequatur* a la sentencia extranjera dictada en rebeldía, sólo cuando en su dictación efectivamente no se haya respetado la garantía de defensa del demandado.

BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA JUNCOS, *Extensión y límites de la jurisdicción internacional de los Juzgados y Tribunales en el orden civil. Regulación en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Convenio de Bruselas*, La Ley, n.º 1.677, 27 de marzo de 1987.
- ACOSTA ESTÉVEZ, J., *Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en el ordenamiento positivo español en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, Ed. PPU, Barcelona, 1987.
- ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, *Derecho Procesal*, 3.ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- ALVAREZ GONZÁLEZ, S., *Control de oficio de la competencia judicial internacional*, Rev. Corte Española de Arbitraje, Vol. IV, 1987, p. 64.
- AMORES CONRADI, M., *La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: Art. 22 LOPJ*, REDI, vol. XLI, 1989, pp. 113 a 156.
- ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Diferencias y semejanzas del «exequatur» en la regulación del Convenio de Bruselas y la L.E.C., con especial referencia al estudio de la técnica de la Astreinte*, R.G.L.J., 1984, II, pp. 571 y ss.
- ARENAS GARCÍA, R., *La litispendencia internacional. El art. 21 del Convenio de Bruselas y el control de la competencia del juez de origen*, en Noticias C.E.E., n.º 91/92, págs. 103 y sgtes.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992.
- BARDAJÍ GÓMEZ, L., *Sobre el control de oficio de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles*, La Ley, n.º 1.696, 24 de abril de 1987.
- BORRÁS, ALEGRÍA, *La sentencia dictada en rebeldía: notificación y exequatur en el Convenio de Bruselas*, Rev. de Instituciones Europeas, 1991, pp. 39-85.
- BROCARD, G., *Les juges et les droits de la défense*, en Estudios Offererts a Pierre Bellet, Litec, París, 1991.
- CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- CALVO CARAVACA-ESPINAR VICENTE, *El control de la competencia judicial internacional del Tribunal de origen en la sentencia*, La Ley, 1983, 4, pp. 1.125-1.141.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil Internacional (Ordenamiento español)*, Ed. Edersa, Madrid, 1981.
- *La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil (arts. 21 y 22 LOPJ)*, Justicia, 1985, pp. 775-796.
- DESANTES REAL, M., *España ante la regulación uniforme de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de sentencias en la CEE*, La Ley, n.º 691, 3 de junio de 1983.
- *La competencia judicial internacional en la Comunidad Europea*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986.
- DROZ, G. A. L.: *Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 sept. 1968*, Paris, Enc. Dalloz, Dr. Int., 1973.
- ESPINAR VICENTE, J. M., *Derecho Procesal Civil Internacional*, Ed. La Ley, Madrid, 1988.
- *Competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en el ámbito de la Comunidad Europea*, Hacia un nuevo orden económico internacional, Libro Homenaje al Prof. Díez de Velasco, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 865 a 898.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.-SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.-FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Derecho Internacional Privado Español. Textos y materiales*. Vol. I, Derecho Judicial Internacional, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2.º Edición, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., *Extensión y límites de la jurisdicción española. Análisis sistemático del art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, J. M. Bosch Editor S. A., Barcelona, 1992.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2.ª Edición, Ed. Civitas, Madrid, 1989.
- GOTHOT, P.-HOLLAUX, D., *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, Trad. Pan Montojo, Ed. La Ley, Madrid, 1985.

- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La incompetencia de jurisdicción*, en Estudios de Derecho Procesal, Pamplona, 1974, pp. 135 y ss.
- IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales en la CEE y en Derecho español*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977.
- IGLESIAS BUHIGUES, J. L.-DESANTES REAL, M., *La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea*, en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, op. col., Ed. Civitas, Madrid, 1986, t. III, pp. 711 a 752.
- MARÍN LÓPEZ, A., *Derecho Internacional Privado Español*, 6.ª edición, Granada, 1992.
- MARTÍN OSTOS, *De la competencia y de los conflictos de jurisdicción*, en Comentarios a la Reforma Urgente de la LEC, op. col., Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 131 ss.
- MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho Jurisdiccional*, 3.ª edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993, t. I, pp. 309 a 320.
- PLUYETTE, G., *Convention de Bruxelles et les droits de la défense*, en *Estudes offertes a Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, 5.ª edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, t. I.
- *Adiós a la rebeldía táctica*, Justicia, 1987, I, pp. 103 a 124.
- *Ejecución en España de sentencias extranjeras de divorcio*, Justicia, 1984, pp. 519 a 525.
- *El Sistema Procesal Español*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.
- REMIRO BROTONS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del T.S.*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974.

DESPACHO ORDINARIO

LOS TRIBUNALES HAN DICHO

JOAN PICÓ I JUNOY
FRANCISCO MÁLAGA DIEGUEZ

EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y SU LIMITACIÓN MEDIANTE INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

ATS 18 de junio de 1992 (R. A. 6.102).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Una de las ideas fundamentales que es procedente destacar en la cabecera de las reflexiones jurídicas de esta resolución es que la verdad material o verdad histórica que, en principio, se pretende obtener en el proceso penal, frente a otro tipo de procesos que aceptan la verdad formal o aparential, sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidos en el Ordenamiento jurídico. Ello puede constituir una expresión tan elemental como innecesaria pero, aca-

so, resulte de importancia ponerla de relieve en este momento por lo que más adelante se dirá. No se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo aquello que es compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales, así la dignidad, la intimidad, etc., dentro de los parámetros fijados en la Ley.

También hay que recordar que uno de los presupuestos fundamentales de nuestro Estado de Derecho, democrático y social, establecido en la Constitución, es el del respeto a la dignidad e intimidad de la persona humana, esencialmente libre, como base de la convivencia. Por ello existe o debe

existir un obligado correlato, una proporcionalidad, entre el reconocimiento de la plenitud de estos derechos y las intromisiones en la vida privada de la persona que, en principio, son ilegítimas. Con toda evidencia estas intromisiones pueden ser, en ocasiones, conformes a Derecho, pero para ello han de tener una inequívoca legitimidad de origen, de desarrollo y, por último y en su caso, de presencia efectiva y real en el juicio oral. En este sentido y dentro del capítulo de restricciones cabe incluir las intervenciones corporales, la entrada y registro de un domicilio y las escuchas telefónicas, entre otras medidas. Sólo la Ley y la decisión judicial expresa y motivada, salvo supuestos excepcionales (ver art. 55.2 de la Constitución Española), pueden invertir el signo del principio general.

Las excepciones a este principio traen causa directa e inmediata en la Constitución, y han de venir, por consiguiente, establecidas en la Ley. Han de llevarse a cabo a través del Juez, y han de responder a dos exigencias, sólo aparentemente formales, también tásicas, una, la motivación de la medida y otra la existencia de proporcionalidad, inherente al valor justicia, entre la medida misma y su finalidad, lo que supone graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos traumáticos social e individualmente considerados y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes. En este sentido, de acuerdo con una interpretación teleológica del Sistema, aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal no lo diga ex-

presamente, como hacen otros Ordenamientos, hay que tener en cuenta que sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica y sólo por el tiempo indispensable, dentro del ámbito espacial que se considere necesario, llevada a cabo por personas capacitadas técnicamente y obligadas a guardar la correspondiente reserva y dentro, a su vez, del procedimiento legalmente establecido, en los términos que luego se dirán. Y esto sólo lo puede llevar a cabo, en principio, un Juez.

Obviamente, y acaso no sea impropio traerlo a colación por el clima que ha rodeado este proceso, las garantías que nuestro Estado de Derecho tiene establecidas, tanto a través de nuestra Constitución como del resto del Ordenamiento jurídico, así como de los Instrumentos internacionales correspondientes, son de aplicación a cualquier persona, sea la que fuera su condición, y en cualquier momento, como lo ponen de relieve las miles de sentencias dictadas por todos los Juzgados y Tribunales y en la correspondiente proporción por esta Sala Penal del Tribunal Supremo, a diario, en las que se dictan resoluciones absolutorias respecto a presuntos delitos de la más variada índole por error de hecho en la apreciación de la prueba o se declaran nulas determinadas pruebas por no ajustarse en su originación y desarrollo a las exigencias correspondientes, o bien se aplica al principio constitucional de presunción de inocencia en aquellos supuestos, incluyendo casos de mucha o poca importancia y en relación con todo tipo de personas, cualquiera que sean sus cir-

cunstancias, si se constata, como acaba de decirse, que no hay prueba de cargo advenida correctamente al proceso o que, habiéndose incorporado al mismo una cierta actividad probatoria, ésta es nula de pleno derecho.

La mirada hacia atrás, ejercicio eficaz de progreso social en cuanto permite constatar la realidad de hoy, no vale, en cambio, para no autoexigir el mejoramiento, en este caso, cualitativo del sistema. El ordenamiento procesal penal avanza indiscutiblemente por el sendero de nuestra Constitución y del resto de las normas que conforman aquél y a ella ajustado, así como a los instrumentos internacionales a los que España se ha adherido. El recuerdo de experiencias pasadas ha de ser un estímulo para tratar de deshacer las cosas mal hechas y tratar de hacerlas cada vez mejor.

Si esta resolución es excepcionalmente amplia se debe precisamente a que los planteamientos de las partes, han sido complejos y extensos y desvuelto, tanto a nivel de defensas como de acusaciones, la del Ministerio Fiscal y las populares, a una altura técnica y también humana, cada uno desde su respectiva y respetable perspectiva, excepcional.

Segundo: Hay que tener en cuenta a este respecto y en este orden de cosas, que en las situaciones que ahora se contemplan está en juego uno de los derechos constitucionales más importantes, como ya se dijo: el derecho a la intimidad en uno de sus componentes más interesantes. Por ello, esta resolución ha de ser extensa y, a veces, hasta repetitiva para dejar expresa constancia de todos los

problemas que las partes han sometido a la consideración de la Sala y de las reflexiones técnico-jurídicas y soluciones que ésta toma. Los derechos fundamentales, y el derecho a la intimidad lo es, son derechos de mayor valor (STC 66/1985). La intimidad es, probablemente, el último y más importante reducto, en el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad de la persona humana, de las mujeres y de los hombres todos.

Si en él se introducen quiebras sin la suficiente justificación, puede romperse el equilibrio y la cimentación en el que se sustenta el edificio social en cuanto sostenedor, a su vez, del Ordenamiento, que nace y vive para defender a la persona.

El tema tiene una especial trascendencia y por ello ha de serle prestada una muy cuidadosa atención. Esta Sala se ha ocupado del tema en algunas ocasiones, así la S. 5-2-1988, en la de 21-2-1991 con cita de las de 5 febrero acabada de indicar, 17-4-1989, 12-2-1990 y en la de 16-1-1992. A ellas íntegramente nos remitimos. El Tribunal Constitucional en S. 27-6-1988 afirmó que no cabe duda de que las cintas magnetofónicas constituyen medios de prueba documental, siendo problema distinto el de si en cada caso concreto constituyen o no actividad probatoria de cargo (ver también Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 noviembre).

La Ley Orgánica 4/1988, de 25 mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dio nueva redacción al art. 579 de la misma. En el ap. 2 se establece que: «Asimismo el Juez podrá acordar, en

resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa», y en el ap. 3 se dice: «De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos». Como se ve, el legislador no establece limitaciones en razón a la naturaleza de los posibles delitos o a las penas asociadas. Ello obliga a una mayor reflexión aunque no es por este camino tan específico por el que se pueden hacer objeciones a las decisiones judiciales objeto de nuestra resolución, atendida la gravedad de unos y otros hechos; en cambio, si, en orden de la no existencia de indicios en el sentido al que enseguida se hará referencia, de apreciación judicial del soporte, más allá de la pura sospecha judicial, de los hechos delictivos.

La excesiva indeterminación y amplitud de la normativa acabada de citar han sido puestas de relieve con autoridad y argumentos muy poderosos por una parte importante de la doctrina científica. También ha sido destacada su tardía regulación, puesto que la Constitución Española había entrado en vigor casi diez años antes de la reforma del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalándose

igualmente graves defectos en el contenido. Cualquiera que sea la interpretación que haya de darse a las diferencias existentes entre los núms. 2 y 3 anteriormente transcritos —en orden al procedimiento en que se acuerda, con auto de procesamiento o sin él (art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por razón del momento procesal en que la medida se adopta o por sus propios contenidos, en relación a las palabras «intervención» y «observación» (Ver Sentencia del Tribunal Constitucional de 16-12-1987)—, lo que no ofrece duda es que resulta indispensable que existan indicios, lo que no puede equivaler jamás a sospechas o conjeturas (Sentencia del Tribunal Constitucional 174 y 175 de 17-12-1985), es decir, aunque la Ley no lo diga expresamente, ha de exigirse racionalidad de la noticia, probabilidad de su existencia, etc.

La palabra indicio utilizada en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (uno de los elementos —clave— para su correcta interpretación) supone existencia de una primera plataforma en la investigación criminal (algo distinto a cuanto significa prueba inducida como fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido).

Los indicios racionales de criminalidad, y a ello equivale la palabra «indicio» del art. 579, son indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada,

es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación a través de la interceptación telefónica. Y el Juez, dentro por supuesto del secreto, debe exteriorizar cuál es el indicio o los indicios porque, si no lo hace, si aquéllos permanecen en el arcano de su intimidad, de nada valdría la exigencia legal de su existencia que ha de producirse antes de la decisión —es causa de la misma—, y no después. Ello quiere decir que sólo el Juez, pero no a su libre albedrío, sino siempre de acuerdo con la Ley y conforme a sus principios, es el único que puede acordar una intervención telefónica.

No es ni puede ser, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato o de algunos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad. Y, de alguna manera, ha de existir una investigación penal en curso, incluido el supuesto de que esta se abra, sobre la existencia de tales indicios, precisamente con la intervención telefónica, inmediatamente después de la incoación. Sólo cabe la intervención/observación telefónica abierto un proceso penal y dentro de él.

Sin llegar a mantener la carencia de cobertura, en sede de legalidad ordinaria, atendida la insuficiencia del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que luego se hará una más extensa referencia, respecto de las autorizaciones judiciales para la interceptación de las conversaciones telefónicas, hay que

manifestar que dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente, es obligado llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida, utilizando la vía analógica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la detención de la correspondencia privada y otros supuestos semejantes, así, por ejemplo, el art. 586 de la misma, resultando, por tanto, imprescindible que la resolución que acuerde la intervención/observación se motive, se determine su objeto, número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas/observadas, quiénes hayan de llevarlas a cabo y cómo, períodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución y, especialmente, la determinación y concreción, hasta donde sea posible, de la acción penal a la que se refiere para aplicar rigurosamente el principio de proporcionalidad. Sólo los delitos graves pueden tolerar esta ingerencia y únicamente en períodos de tiempo razonables, que el Juez debe valorar y motivar adecuadamente, exigencias que han de extenderse al «fax» y a las demás técnicas de transmisión de análoga significación.

Todo ello dentro de diligencias judiciales aunque, con toda obviedad, deban declararse las actuaciones secretas para evitar su inutilidad.

Si no existe un catálogo cerrado de delitos, el Juez debe proceder a una interpretación restrictiva, de acuerdo con los mandatos y principios constitucionales (Cfr. Casos Kruslin y Huving del TEDH que

luego se citarán) con obligada entrega de las cintas originales, y no de copias, al Juez. La intervención/observación ha de venir establecida para un determinado delito o varios y, en la medida en que se descubran otros, sólo el Juez habrá de decidir si son o no conexos, si procede extender la intervención/observación y lo demás que corresponda en Derecho.

En cambio, la forma que adopten las diligencias no afectará a la corrección de la intervención/observación si en su efectividad responden a la exigencia de un cauce procesal adecuado para su control. No hay, por consiguiente, que ajustarse a un formalismo estéril. La expresión «causa» ha de entenderse en un sentido amplio: lo que importa es su contenido, no su nombre.

Nuestra sabia y centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la entrada y registro en un lugar cerrado, establece, por otra parte, unos principios que, sin duda, tienen vocación generalizadora: no se ordenará el registro de libros y papeles de contabilidad del procesado o de otra persona sino cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 573). Al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos, si no interesan a la instrucción (art. 552). Uno y otro preceptos, el ya citado de interven-

ción de correspondencia y éste, no modificados por la Ley 10/1992, de 30 abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, se citan para demostrar la sensibilidad de nuestra vieja Ley que está en sintonía perfecta con la que expresa hoy de manera terminante e inequívoca nuestra Constitución. Las garantías de nuestra vieja Ley Procesal Penal no pueden verse disminuidas, más de un siglo después, respecto de las mismas instituciones o de otras de análoga significación.

Tercero: No caben tampoco, por consiguiente, las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo. Ahora bien, aunque no exista una imputación formal contra persona determinada (Cfr. otra vez el art. 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), cabe, sin duda, la interceptación siempre que se cumplan los requisitos que la propia Ley establece, interpretados de acuerdo con la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico. Sólo el Juez, como ya se ha dicho, salvo supuestos excepcionales, previstos expresamente por la Constitución o la Ley, puede acordarla y su decisión ha de fundarse en indicios constatables en la causa, que pueden ser, obviamente, los que le facilite la policía, ampliados o no según lo estime el Juez, y otros, y en todo caso, por él valorados en los términos ya examinados, sin que tampoco pueda ofrecer duda respecto del teléfono, que puede ser el del que corresponda como titular a la persona procesada, o contra la que existan indicios graves de criminalidad, o también en relación con el que, más o menos habitualmente, lo utilice.

Cuarto: Ante la insuficiencia de nuestro Ordenamiento respecto al problema que estamos examinando y teniendo en cuenta lo dispuesto en nuestra Constitución, cuyos preceptos más adelante se citarán, se hace procedente de manera complementaria a fin de dibujar su exacto perfil, examinar, en primer lugar, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (ratificado por Instrumento de 26-9-1979, desde cuya fecha está entre nosotros en vigor) cuyo art. 8 consagra, dentro de una consideración al más alto rango, el derecho a la intimidad. En él la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, conforman la intimidad de las personas en sus distintas y plurales manifestaciones. Reconocido el derecho, el ap. 2 de dicho artículo lo defiende contra todo ataque al decir: «No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho» y, seguidamente, sin solución de continuidad, establece una serie de excepciones que han de ser interpretadas restrictivamente por tratarse de limitaciones a un derecho fundamental.

Dos límites, en este orden de cosas, fija el Convenio: la ingerencia ha de estar prevista por la Ley y ha de constituir una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, etc., o para la prevención del delito.

Todo nuestro Ordenamiento, pese a que puede ofrecer determinadas lagunas, responde, sin ningún género de dudas, a estos principios. En este orden de cosas son buena expresión, entre otros, el art. 192 bis del Código Penal que incorpora como hechos típicos penalmente, la interceptación de las co-

municaciones telefónicas o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido (supuesto penal que, obviamente, no es el caso que nos ocupa), el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375) sobre efectos de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales y la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala, todas ellas expresiones categóricas de cuanto venimos diciendo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH), cuya jurisprudencia interpretando el Convenio ofrece un especialísimo rango, de acuerdo con los arts. 10 y 96 de la Constitución Española, ha examinado también el tema del derecho a la intimidad en bastantes ocasiones, en varias de ellas con referencia a las intervenciones telefónicas. Así, en el Caso Golder, S. 21-2-1975; Caso Silver, S. 25-3-1983; Caso Capbell y Fell, S. 28-6-1984; Caso Boyle y Rice, S. 27-4-1988; Caso Schönenberger y Durmaz, S. 20-6-1988; Caso McCallum, S. 30-8-1990; Caso Huvig, S. 24-4-1990, y el Caso Kruslin, S. 24-4-1990, sin olvidar los Casos Klass, S. 6-9-1978 o el Caso Malone, S. 2-8-1984. En todas ellas, se ofrece una línea inequívoca de defensa rigurosa del derecho a la intimidad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15-10-1982 habló, refiriéndose a la moral como límite, pero la declaración hay que entender que es generalizable, de la necesidad de rodearse de las correspondientes garantías para evitar limitaciones injustificadas en los

derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central en el sistema jurídico (Ver art. 10 de la Constitución). Otra Sentencia, ésta muy reciente, de 14 febrero de este año, dice: La intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable ni concebible siquiera la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la Norma Fundamental (art. 10.1).

Volviendo a las escuchas telefónicas, aunque el citado art. 8 del Convenio Europeo no alude a ellas, su inclusión en él no planteó problemas especiales al TEDH. Así, en el Caso Klass y en el Caso Malone, porque en las comunicaciones telefónicas se incluyen los conceptos de vida privada y de correspondencia. No podía ser de otra manera. También en el Caso Huving y en el Caso Kruslin: las escuchas y otras formas de intervención de las conversaciones telefónicas representan un atentado grave respecto de la vida privada y de la correspondencia. Deben, por tanto, basarse en una Ley que ofrezca una precisión especial. La exigencia de reglas claras y detalladas de esta materia parece, por consiguiente, indispensable. Si éstas no existen, no puede ofrecer duda que el sistema que, en cada caso, haya de aplicarse habrá de ser interpretado de la manera más acorde con la defensa del derecho fundamental.

Acaso, dentro de las invasiones al derecho a la reserva de nuestras vidas, la interceptación telefónica sea una de las ingerencias más graves a la intimidad de la perso-

na. La entrada y registro de un domicilio también lo es, pero en la correspondiente diligencia está o puede estar presente el interesado. En la interceptación de la correspondencia, en razón a la esencia misma de la intervención, no. Y a través del teléfono, libre toda sospecha, se pueden decir cosas que afecten muy gravemente, en el terreno de la intimidad, a la persona cuya conversación se interviene. Por ello no cabe duda de que el legislador que reformó el art. 579, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no ha pretendido en las interceptaciones telefónicas rebajar el nivel de garantías establecido en la intervención de la correspondencia.

De ahí la vigencia inexcusable del principio de proporcionalidad que habrá de conformar, siempre e incondicionadamente, el perfil de la ingerencia en la materia que venimos examinando y que ha de resolver esta resolución. En este sentido, se llegó a decir, con especial autoridad, que el art. 18.3 de la Constitución, que permite la restricción del derecho mediante una resolución judicial, era normativamente insuficiente por sí mismo y que exigía un desarrollo legislativo habilitante para el legítimo levantamiento del secreto de las comunicaciones. Ello demuestra, al menos, la delicadeza del problema. La proporcionalidad, como criterio complementario pero indisolublemente unido al valor justicia, como ya se ha dicho, supone, en el tema que está en debate, que exista un correlato entre la medida, su duración y su extensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social.

Nadie niega en España, se ha dicho por la doctrina científica, la imposibilidad constitucional y legal de la valoración de las pruebas obtenidas con infracción de derechos fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 de la Constitución) y con el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como no toda infracción de las normas procesales reguladoras de la obtención y práctica de pruebas puede conducir a esa imposibilidad, hay que concluir que sólo cabe afirmar que existe prueba «prohibida» cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales. En este sentido, debe resolverse el problema a través de la llamada ponderación de intereses involucrados que, en otras ocasiones, han utilizado el TEDH, el Tribunal Constitucional y esta Sala para decidirse, en relación con situaciones de conflicto, entre dos derechos fundamentales en liza, en este caso el derecho del Estado a investigar, enjuiciar y castigar, en su caso, los comportamientos constitutivos de infracción penal y el derecho de los particulares a la reserva de su intimidad. En definitiva, será el principio de proporcionalidad quien haya de facilitar la solución correcta.

Hasta tal punto esto es así que el art. 8 del Convenio, ya citado, se refiere a las medidas de intervención, en general, estableciendo que las mismas han de ser, además, necesarias en una sociedad democrática porque, en principio, el poder de vigilar en secreto a los

ciudadanos no es tolerable, según el Convenio, más que en la medida necesaria para la salvaguarda de las mismas instituciones democráticas (Caso Klass, ya citado). Necesario significa que se corresponda con una exigencia social imperiosa, y proporcionada a la finalidad legítima perseguida con la ingerencia.

El TEDH exige también, para admitir la ingerencia de la Autoridad pública, un control en el momento de ordenarse, en su desarrollo y en su cese. Más adelante se verán las consecuencias de ello.

Veamos ahora con más detalle el problema de la proporcionalidad, que se constituye en un criterio rector unido indisolublemente a la justicia. Esta proporcionalidad, como ya se ha indicado con anterioridad, se proyecta en muchas direcciones: gravedad del hecho, viabilidad de la medida, intereses afectados, etc. Y también trascendencia del hecho, dato que en este supuesto se daba porque, a la consideración de una presunta organización de tráfico de drogas, uno de los delitos de más acusada gravedad, siguió otro, también presunto, respecto de un cohecho, que sin duda es otra de las figuras penales más capaces de socavar, aunque sin duda el Estado de Derecho democrático y social tiene fuerza para superar estas situaciones, los cimientos sociales. No es ésta, pues, en abstracto, sí en concreto, la razón de la censura, sino la forma de adoptarse el acuerdo y su efectiva realización y control. No es proporcional lo que se dice que lo es, sino realmente lo que se ofrece como equilibrado y armónico.

Respecto de la motivación, sig-

nifica la exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión judicial. Es decir, la exigencia de motivación se satisface cuando, implícita o explícitamente, se puede conocer el razonamiento, esto es, el conjunto de reflexiones que condujeron al Juez a tomar la decisión que tomó, incluidos los supuestos de conceptos jurídicos indeterminados.

Por otra parte, el hecho de que en muchas ocasiones las decisiones no estén motivadas en los términos que son exigibles y que ahora se expresan, no puede ser un factor determinante de aceptación de la situación práctica más o menos generalizada, si ello fuera así, sino estímulo para su perfeccionamiento.

También en la motivación actúa, a su vez, la proporcionalidad. A mayor trascendencia de la decisión, mayor exigencia, si cabe, respecto de la motivación. Y como el interesado no conoce la medida a la que nos venimos refiriendo y no la puede impugnar, ello es obvio porque conociéndola sería absolutamente ineficaz, el control ha de ser más riguroso que en aquellos supuestos en los que se puede recurrir la actividad de los Agentes de la Autoridad o de la propia Autoridad ordenante al tiempo de realizarse, en cuanto a la medida en sí o a su ejecución. El control, por consiguiente, ha de ser real, y su ejercicio ha de realizarse por personas independientes de la Autoridad que desarrolla la vigilancia, o intervención/observación telefónica y siempre bajo la dirección del Juez. En definitiva, e insistiendo en lo ya mencionado, es preciso que este tipo de ingerencias se

constituyan en práctica excepcional, sometida de manera efectiva a control judicial, sin que sea, por tanto, correcto extender autorizaciones prácticamente en blanco, siendo preciso, por el contrario, una motivación razonable, lo que no quiere decir, desde luego, exhaustiva, que habrá de mantenerse en secreto mientras la investigación se realiza.

La motivación de la resolución es, pues, decisivamente importante. No cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos porque en tales circunstancias el principio de proporcionalidad, que afecta al derecho procesal y al sustantivo, jamás podría ser exteriorizado y, por consiguiente tenido en cuenta por el Juez. Sólo conociendo, al menos en sus líneas generales, la infracción que se trata de descubrir puede el Juez decidir sobre la procedencia o no de la intervención telefónica que se le pide. Únicamente los delitos graves pueden legitimar medidas de tan extraordinaria gravedad. Otra cosa es que el Juez, en uso de las facultades que la Ley le atribuye, hubiera valorado defectuosamente el principio de proporcionalidad, lo que no significa, como ya se ha indicado, censura o crítica de su actuación más allá de lo que supone la decisión de un Tribunal superior reexaminando el tema mismo objeto de impugnación, como ninguna censura supone, salvando las distancias, la revocación de una sentencia en vía de apelación o su casación en el trámite correspondiente. Las revisiones que hacen los Tribunales respecto de decisio-

nes de otros, situados en el orden jurisdiccional orgánico, en otro plano, son de naturaleza técnica.

Quinto: En resumen, el Estado de Derecho se caracteriza precisamente porque todas las relaciones con relieve jurídico se han de ajustar ineludiblemente a un principio de legalidad que tiene una amplísima significación. El Derecho, lo ha dicho esta Sala en otras ocasiones, es equilibrio y armonía o racionalidad y proporcionalidad. De ahí la prohibición de todo exceso, que objetivamente se produjo en las actuaciones practicadas en los Juzgados de Instrucción núms. 14 y 2 de Valencia.

El proceso penal constituye, precisamente, el instrumento indispensable para la realización de la justicia penal por la vía de la legalidad. En el procedimiento de esta naturaleza, el ciudadano, la persona, en general, está sometida o puede estarlo a restricciones de la más variada índole: privación de libertad, ingerencias en su vida privada, embargos, etc. El papel del Derecho radica en que estas restricciones, sin duda necesarias en determinadas ocasiones respondan siempre e inexcusablemente a un principio de justicia, de proporcionalidad y de seguridad jurídica. En nuestra Constitución, se ha dicho muy autorizadamente, al lado de la legitimación formal (necesaria) se exige también una legitimación material o sustancial (Cfr. art. 1 de la misma). La Ley es precisamente la garantía de todos; ella ha de fijar los límites y las fronteras en el ejercicio de los correspondientes derechos y todos, Jueces y justiciables, hemos de someternos a sus principios y mandatos.

Si al Juez se le pide una intervención telefónica por el Ministerio Fiscal, por la policía o por otro cauce distinto, ha de hacer inmediatamente un juicio de valor, si quiera sea provisional o sencillo, sobre la naturaleza penal de los hechos cuyo descubrimiento se pretende, el perfil de los cuales debe serle conocido para utilizar precisamente el principio de proporcionalidad (de ahí la exigencia legal del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal citado de que haya «indicios», requisito esencial y común de los párrs. 2 y 3 de dicho artículo), debiendo, desde ese momento, iniciar aquellas actuaciones que, de acuerdo con la Ley, procedan, fijándose un límite esencial: sólo cabe la intervención para descubrir delitos graves, no en general, sino en función de las circunstancias concretas concurrentes, es decir, excluyéndose los delitos que no lo son, y obviamente, las faltas. Por otra parte, sólo cabe la intervención telefónica cuando no existan otros caminos o vías eficaces menos gravosas para llegar a su descubrimiento y que la intervención sea, en cambio, un procedimiento hábil, en principio, para conseguirlo, y todo ello a través de un auto motivado, lo que está en el centro de la exigencia, que no quiere decir, como ya se anticipó, exhaustividad en la motivación, no necesaria ni acaso posible ni conveniente en muchos casos. Tampoco, por supuesto, la pura formalidad o exteriorización de motivación con expresiones estereotipadas o prácticamente impresas. La exigencia de motivación, ya lo haya dicho la Sala insistentemente, no es una expresión formal,

nada lo es en la Constitución, sino la consecuencia de un imperativo inherente a la naturaleza misma de aquellas resoluciones judiciales que adoptan la envoltura de autos o sentencias, que no son ni pueden ser actos de voluntad, sino actos razonados y razonables de un Juez o Tribunal (Ver arts. 141 y 142, de una parte, y 794 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de otra, y básicamente, el art. 120.3 de la Constitución). No es sólo el aspecto pedagógico que con la motivación se alcanza, lo que ya sería importante: que los destinatarios de la resolución conozcan la razón de la decisión, sino también permitir su impugnación en los términos que en cada caso procedan. Si se observa con un mínimo de detenimiento el juego de los motivos de casación por quebrantamiento de forma, se constata que muchos de ellos están dirigidos, precisamente, a conseguir esta finalidad: su eficaz impugnación, si ha lugar a ello; así la exigencia de claridad, de precisión, la llamada predeterminación del fallo, la incongruencia omisiva, etc. Esta idea y las demás ya expuestas con carácter general son íntegramente trasladables al tema objeto de esta resolución.

De esta manera, el Juez debe controlar de forma muy precisa el desarrollo de la autorización concedida, en el sentido de ordenar que se entreguen, tan pronto como sea posible, en el Juzgado, los soportes originales físicos en los que consten las conversaciones intervenidas o las observaciones hechas (en el caso en que se considere que intervención y observación son dos su-

puestos diferenciables, lo que, en este momento, no interesa dados los términos de lo que se va a decir), en la forma que en cada caso se estime procedente para tomar las correspondientes decisiones y poder realizar, con carácter exclusivo y excluyente, de manera inmediata, la selección de las conversaciones intervenidas y grabadas, desechando aquellas que no afecten al objeto de la investigación, siempre con la vigencia del principio de inmediación y, siendo posible, de contradicción y la obligada presencia del Secretario judicial.

Sexto: Respecto al problema de la divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, por una u otra razón, la Sentencia del TEDH de 24-4-1990 (Caso Kruslin) contempla una situación consistente en una escucha telefónica ordenada por el Juez de Instrucción, en Francia, en el marco de un proceso distinto, y se dice: Las escuchas, aunque fueron efectuadas sobre una determinada línea, condujeron a la policía judicial a interceptar y grabar varias conversaciones del demandante, una de ellas iniciadora de la apertura de diligencias en su contra. Las escuchas constituían, por tanto, se señala, una ingerencia de la Autoridad pública en el ejercicio del derecho del interesado al respeto de su correspondencia y de su vida privada (Ver, también, Sentencias Caso Klass y otros, de 8-9-1978, y Caso Malone, de 2-8-1984). Tal ingerencia, concluye, viola el art. 8 del Convenio en el caso de que «prevista por la Ley» persiga uno o varios de los objetivos legítimos señalados en el párr.

2 y, además, sea necesaria en una sociedad democrática para conseguirla, y estas exigencias, cuando no se dan, suponen la violación del Convenio.

No ofrece duda que el cumplimiento de esta exigencia no debe comportar en la práctica excesivas dificultades. Basta con que, en el supuesto de comprobar la Policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación, a través de interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente.

Los derechos fundamentales tienen un incuestionable poder de expansión. Ni el legislador ni la jurisprudencia pueden contribuir a hacerles perder su esencialidad. Antes, al contrario, ha de contribuirse a la plenitud de su vigencia.

Séptimo: También es importante, para resolver los problemas que se someten a la consideración de este Tribunal, examinar aquellos temas o circunstancias que, de una u otra manera, han sido puestas de relieve por las Defensas en el ejercicio legítimo y siempre respetable de la protección de sus respectivos defendidos ante esta Sala y dar la respuesta que se considera procedente en Derecho, teniendo también en cuenta lo manifestado por el Ministerio Fiscal y las acusaciones en el mismo y respetado derecho de defensa de sus respectivas posiciones.

En primer lugar, respecto al momento procesal en el que la pretensión de declaración de nulidad de

la prueba de intervención telefónica o de intervenciones telefónicas ha de ser resuelta. En este sentido hay que remitirse íntegramente al Auto dictado por el Magistrado Instructor el 24-7-1990, absolutamente ajustado a la Ley, culminando así una actividad instructora que hay que elogiar por ser ello de justicia, en cuanto a su precisión, equilibrio y razonabilidad. Tomándolo del Auto referido, procede destacar la finalidad esencialmente preparatoria del juicio oral que corresponde a las diligencias previas, así como su carácter elemental, sumario y de celeridad legalmente exigido (Ver art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Es la propia Ley la que sitúa la cuestión en una determinada fase al prescribir en el art. 793.2 «El juicio oral comenzará con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente, a instancia de parte —acaso también de oficio—, el Juez o Tribunal abrirá el turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, etc...».

Lo que ha pretendido la Ley en este procedimiento abreviado, establecido conforme a la Ley Orgánica 7/1988, de 28 diciembre (RCL 1988, 2605), ha sido la celeridad y la concentración. En el juicio oral del mismo se incluye una especie de audiencia preliminar, tomado de los sistemas procesales más próximos a nuestra cultura jurídica, que responde a los principios de concentración y oralidad y que pretende acumular en dicho debate previo una serie de cuestiones que en

el proceso ordinario daban lugar a incidencias sucesivas que dilataban el proceso (Ver art. 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Circular núm. 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, en relación con el procedimiento abreviado). Que en la práctica, a veces por el número de asuntos pendientes de señalamiento, en muchas ocasiones incluso causas con preso preferentes, y en otros, como en este caso, también por la complejidad de la prueba solicitada, admitida toda para dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 de la Constitución), no se puedan resolver los asuntos con la celeridad deseada, es otro tema.

Lo segundo que hay que señalar, en este mismo orden de cosas, es que las irregularidades procesales producidas son debidas en parte a la insuficiencia legislativa en este campo, como ya se ha puesto de relieve, y por la apariencia de gravedad que en un primer momento ofrecían sin el suficiente apoyo las noticias que al Juez facilitaba la policía con la finalidad, sin duda perseguida por ésta, de descubrir una importante red de narcotráfico, una de las manifestaciones más graves de la delincuencia organizada con el terrorismo.

Se produjeron, pues, irregularidades que ya se han puesto de relieve y que han de determinar la nulidad de la prueba obtenida de esta manera. No hubo, en cambio, a juicio de esta Sala, infracción inequívoca de las normas de «reparto» y, en el peor de los casos, si éstas se hubieran producido, podrían tener una explicable causa en los cambios operados como consecuencia de la entrada en vigor de

la ley de Planta y Demarcación Judicial, con independencia de los efectos, desde la perspectiva que ahora nos interesa, que tal irregularidad pudiera tener en la determinación del Juzgado de Guardia competente para conocer de las actuaciones, de manera definitiva o en un primer momento a título de medida cautelar. Pero en todo caso, declarada la nulidad, el tema carece de interés práctico.

En lo concerniente a la persona aforada, el art. 2 de la Ley de 9-2-1912, sobre competencia para conocer de las causas contra Senadores o Diputados, establece que si, incoado un sumario por un Juez de Instrucción..., apareciesen indicios de responsabilidad contra algún Senador o Diputado, tan pronto como fuesen practicadas las medidas necesarias para evitar la ocultación del delito..., se remitirán las diligencias, en el plazo más breve posible, al Tribunal Supremo. El art. 71.2.3 de la Constitución dispone que en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La instrucción y enjuiciamiento de las causas corresponde, por consiguiente, a dicha Sala. Como consecuencia del mandato constitucional se desarrolla esta competencia en el art. 57.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo actuar como instructor un Magistrado de dicha Sala, conforme a un turno preestablecido, de acuerdo con la Ley Orgánica 7/1988, ap. 2, que no podrá formar parte de la Sala juzgadora. Por consiguiente, el Juez de Instrucción ha de limitarse, en estos casos, a practicar las medidas indispensables para evitar la ocultación del

delito porque respecto de todas las demás debe ya adoptarlas, si ha lugar a ello, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Y hay que entender que de las indispensables habrá de dar cuenta a dicha Sala tan pronto como se conozca la condición de aforado del presunto imputado, teniendo en cuenta el alto valor y significación que tienen los aforamientos en general, especialmente el de aquellas personas que representan de manera directa e inmediata al Pueblo que las elige, aunque el principio que acaba de señalarse tiene, como acaba de decirse, proyección general. No se trata de privilegio alguno, sino de garantías que la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico establecen en razón a las circunstancias concurrentes, en defensa de la Sociedad y de las Instituciones. El retraso que se produjo en acordar tal remisión, en ningún caso tiene ya interés en reconsiderarse con mayor extensión, dada la decisión tomada en el sentido de declarar la nulidad de las pruebas. Pero en último extremo, no representa la vulneración denunciada porque no hay datos objetivos en las actuaciones que permitan asegurar que el Juez tuvo conocimiento anterior de la condición de Diputado de una de las personas acusadas.

Las Defensas invocan otras anomalías. Así, las detenciones y prisiones decretadas por el citado Juez de Instrucción. El art. 17 de la Constitución exterioriza, en este orden de cosas, otra inquietud esencial en nuestro Ordenamiento: «Nadie puede ser privado de libertad sino con observancia de lo establecido de este artículo y en los

casos y en la forma previstos en la Ley». Aunque, ciertamente, la legislación ordinaria (Cfr. arts. 492 y 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) reconoce a los Jueces un amplio margen de discrecionalidad en esta materia, también en ella ha de regir inexorablemente el principio de proporcionalidad de tal manera que, el hecho que indiciariamente se dibuja como posible y más que como posible como probable, la personalidad del inculpa-do (Cfr. art. 61.4 del Código Penal) y las demás circunstancias concurrentes, han de formar parte del elenco de datos que el Juez habrá de tener en cuenta para decidir; y, valorando la importancia de los delitos de cohecho, porque la ética es uno de los presupuestos más esenciales de la convivencia y de ella han de ser ejemplo cuantos ejercen cargos de autoridad en el amplísimo espectro de posibilidades, problema común a todos los Ordenamientos de nuestro entorno cultural y político, lo cierto es que, sin entrar, por supuesto en el fondo del asunto, las penas asociadas y las circunstancias objetivas y subjetivas ofrecían unos caracteres todavía muy imprecisos que pudieron corresponderse con las medidas que, en su momento, se adoptaron, y otro tanto hay que señalar respecto de las comunicaciones, aunque el art. 508 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiera de manera bastante genérica a «si en la causa hubiere u ofreciere méritos para ello», lo que, a su vez, se relaciona con la designación de Abogado, de acuerdo con el art. 527 de la citada Ley procesal Penal. Pero, en todo caso, como el tema que ha de debatirse y resol-

verse es el de la validez o nulidad de la prueba de interceptación telefónica, resulta improcedente por parte de la Sala valorar en detalle determinadas actuaciones que no afectan ya directamente al objeto mismo de la pretensión principal de todas las Defensas, decretada, como lo va a ser, la nulidad de la prueba de interceptación telefónica de la que aquéllas traen causa.

Aún así, procede hacer algunas mínimas observaciones respecto de las detenciones, incomunicaciones y asistencia letrada, siendo obligado establecer los principios generales que más adelante habrán de tomarse en consideración respecto de los hechos acaecidos en este procedimiento.

La intervención de Abogado no sólo es un derecho fundamental del acusado, sino también, por encima de tal derecho, un presupuesto indispensable e imprescindible en determinados momentos y circunstancias del procedimiento penal (Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 5-7-1982), lo que conduce a que hayan de ser los Jueces y Tribunales, precisamente y en último extremo quienes velen por su efectividad.

La presencia del Abogado aparece así como una exigencia respecto a la asistencia efectiva y real de los acusados (Sentencias del TEDH de 9-10-1979 y 5-4-1983).

Este principio tiene validez general en todos los procesos (Ver art. 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado de la Ley Orgánica 7/1988 y los arts. 118 y concordantes para la teoría general). La exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

auténtica pieza maestra de nuestro sistema jurídico procesal, pone de relieve que el carácter individualista del derecho se ostenta en el sistema acusatorio en el cual se encarna el respeto a la personalidad del hombre y a la libertad de conciencia.

El art. 440.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece el principio general según el cual, salvo que la ley disponga otra cosa, las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores entre los Procuradores y Abogados que reúnan los requisitos exigidos por las leyes. Por consiguiente, la facultad reconocida al inculcado a lo largo del procedimiento de designar libremente Abogado de su elección sólo admite la excepción prevista en el art. 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto al detenido o preso incomunicado, en cuyo caso el Abogado es designado de oficio, lo que no se estima contrario a la Constitución (Sentencias del Tribunal Constitucional 60/1988, de 8 abril y 196/1987). Con ello se pretende conciliar libertad del inculcado a la elección de Abogado con eficacia de la investigación, pero ello ha de conducir, atendiendo a los valores fundamentales que están en juego, a dar, salvo supuestos de excepción, atendidos los principios constitucionales y la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional, preferencia a la libertad y, suprimida ésta, a la no incomunicación y, por consiguiente, a reducir hasta el límite de lo que puede entenderse plenamente justificado la citada incomunicación. Pero no se puede decir, visto el tenor literal del precepto,

que hubiera vulneración de la norma, aunque también aquí sería aplicable, como acabamos de decir, el principio de proporcionalidad para realizar así un ajuste adecuado con los Instrumentos Internacionales suscritos por España (Ver Sentencia del Tribunal Constitucional de 11-12-1987). Con una interpretación limitativamente correctora de las normas de incomunicación puede adecuarse ésta a la Constitución y a los Instrumentos Internacionales citados (Cfr. arts. 2 y 25.2 de la Constitución).

Respecto de la detención y prisión provisional, deberá, desde luego, practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso, dice el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añadiendo, y ello es muy importante, en su persona, reputación y patrimonio. Como es bien sabido, uno de los problemas más importantes de la prisión provisional es el efecto estigmatizante que puede producir en quien la sufre, siendo, como es todavía, beneficiario de la presunción de inocencia proclamada en el art. 24 de la Constitución, de ahí la referencia que a este extremo hace el art. 17 de nuestra Ley Fundamental. Por otra parte, el art. 6.3.c del Convenio Europeo dice: «Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y si no tiene medios para pagarlo, podrá ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio». Otra cosa son las medidas que puedan tomarse para preservar los intereses legítimos que subyacen en la limitación. Lo que en este caso pudo faltar fue, en último tér-

mino, la proporcionalidad. Todo el precepto está construido sobre una preocupación de garantía de sus derechos al detenido o preso, así el derecho a designar Abogado y solicitar su presencia para que asista a diligencias policiales y judiciales de declaración... y si el detenido o preso no designa Abogado, sólo en este caso se procederá a su designación de oficio.

La incomunicación de los detenidos o presos sólo podrá durar el tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento (art. 506 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). También en este caso está presente en la Ley Procesal una idea esencial: la excepcionalidad de la medida y, por consiguiente, la menor duración posible cuando la misma sea inexcusable.

Aunque resulte significativamente repetitivo, hay que indicar que la idea de proporcionalidad, es decir, de cumplimiento del principio de correlación entre la medida y la situación, ha de estar constantemente presente en el proceso penal y nunca será excesiva la insistencia en este sentido.

Atendida la decisión que esta Sala adopta no parece necesario profundizar más en el tema, que no se obvia, para dar así respuesta, aunque sea muy general, a los problemas que han sido sometidos a su consideración.

En orden a la no ratificación de los autos de prisión, rige el art. 785, octavo a), en el procedimiento abreviado y, por consiguiente, no es precisa dicha ratificación. La actuación del Juez fue, pues, correcta en este punto.

Por último, hay que señalar que la nulidad de la prueba, a la que se volverá a hacer referencia, ha de proyectarse sobre una actividad probatoria en concreto o sobre varias actividades también especificadas, pero no cabe duda de que, cuando a la irregularidad grave determinante de nulidad se unen o acompañan otras, aunque ofrezcan menor relieve, como en este supuesto acontece, la inoperatividad de la prueba alcanza todavía una mayor dimensión. En definitiva, las garantías que en nuestro sistema procesal penal se establecen y que traen causa muy directa de la Constitución, pueden ofrecerse a la consideración del intérprete bajo una abrazadera común, es decir, en relación con la proscripción de toda indefensión. Prácticamente todas las instituciones garantistas del justiciable, que también lo son de la sociedad, porque potencialmente cualquier persona puede alcanzar la condición de imputado, representan un sistema coherente y armónico tendente a evitar a toda costa la indefensión. Y en este sentido hay que enlazar con lo que se dijo anteriormente. Sólo unas vías son habederas para el descubrimiento de la verdad real y, además, hay que decir que no cabe hablar de pruebas lícitas que procedan de una prueba ilícita (teoría del árbol envenenado, tan insistentemente recordada por la doctrina científica; ver Sentencia de esta Sala de 29-3-1990). Se puede tratar, por consiguiente, en estos casos, de una prueba obtenida en forma lícita pero que se ha llegado a ella gracias a conocimientos conseguidos de forma ilícita. Otra solución haría absolutamente estéril el pronun-

ciamiento de nulidad de una prueba porque de ella serían ya obtenibles otros resultados contrarios al inculpado. Por eso es tan importante, cuando se da una prueba ilícita, establecer las fronteras de la prohibición inexorable de obtener de ella consecuencias por la vía indirecta, tratando de evitar, al mismo tiempo, por una parte, la impunidad sólo porque se produjo una nulidad cuando ésta puede ser perfectamente aislada y, de otra, la total ineficacia de la declaración si de ella pueden obtenerse fehacencias que, de otra manera, no se hubiesen conseguido, lo cual supone la validez únicamente de aquellas que se obtienen con completa independencia de la prueba ilícita. En definitiva, como señala la doctrina científica, lo procedente es aplicar la regla general que proclama la inadmisibilidad e inaprovechabilidad de la prueba ilegalmente obtenida, como en este caso se hace.

Octavo: Para una mayor comprensión del problema, es procedente estudiar cómo se desarrollaron los acontecimientos. Sólo así se alcanza el más completo conocimiento del tema.

La evolución cronológica de las actuaciones judiciales, a los efectos que aquí interesan, es, en efecto y en resumen, la siguiente:

1) El día 28-11-1989, el Jefe Superior de Policía se dirige al Magistrado Juez núm. 14 de Valencia interesando la intervención y escucha del teléfono 351.36.18, cuyo titular es don Rafael P.A., porque desde él «contactan y se citan individuos pertenecientes a una organización de tráfico de cocaína». El mismo día se dicta Auto en el que se dice (sin duda se trata

de una pura fórmula de estilo) que «por tener fundadas sospechas que el mismo (no se sabe quien, el paréntesis corresponde a la resolución de esta Sala) es cómplice o autor de una organización de traficantes de cocaína...». Se decreta dicha intervención por período no superior a 30 días a contar del de la fecha y, transcurrido dicho término, se daría cuenta al Juzgado del resultado de la intervención efectuada.

2) El 28 del siguiente mes, es decir, diciembre, la policía se dirige nuevamente al citado Juzgado por oficio y en él se dice «como continuación a las investigaciones que se están llevando a cabo sobre un grupo dedicado al tráfico de cocaína, se le participa que actualmente se está a la espera de que uno de los complicados regrese de Sudamérica, lugar donde ha viajado para concretar los detalles relativos a una importación de cocaína que están intentando efectuar. Por todo ello y como el usuario del teléfono 351.36.18 es parte del grupo que pretende introducir la cocaína en España, se estima conveniente el continuar la intervención y escucha». En el oficio hay una nota manuscrita que dice: «Contesta que no se puede conceder porque en esta fecha ha desaparecido como Juzgado de Instrucción y convertido en Juzgado de lo Penal núm. 3».

3) El mismo día 28, la policía se dirige con otro oficio al Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción núm. 2 (en manuscrito se dice «en funciones de guardia, el día 29») y sin hacer ningún tipo de referencias (lo que, sin duda, era absolutamente inexcusable hacer) a las anteriores vicisitudes, esto es, a

la intervención telefónica ya decretada, y sin dar cuenta de lo obtenido con la interceptación que venía grabándose, se pone de relieve otra vez que se están produciendo contactos con individuos pertenecientes a una organización internacional de traficantes de cocaína. A continuación, el Juez dicta el Auto de 29 del citado mes de diciembre, en un impreso en el que sólo se han intercalado las expresiones (desde luego insuficientes) «tráfico de drogas», «BJP», «Estupefacientes», «30 días», accediendo a lo interesado por la policía. En cambio, en el escrito que la policía dirige a la Compañía Telefónica el mismo día 29 de diciembre sí se hace referencia a que se trataba de una prórroga, que fue el dato ocultado al Órgano Judicial.

Con estos antecedentes ya se pueden obtener algunas conclusiones, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, en términos siempre de irregularidades objetivas. No hubo, desde luego, contrastables orillamientos patológicos de la competencia ni posicionamientos que hicieran incurrir en parcialidades subjetivas al Juez, que actuó como estimó correcto hacerlo, aunque, en este caso, como otras veces sucede, los Tribunales Superiores modifican las resoluciones de aquéllos cuyas decisiones son objeto de revisión. No hay ningún síntoma claro de vulneración de la institución del Juez legal, es decir, del Juez predeterminado por la Ley, aunque sí indudables y graves irregularidades que coadyuvan a un entendimiento total del problema, en los términos ya expuestos, y a la decisión que aquí se toma. En realidad, como también enseguida

se destacará, se ha estado investigando durante bastante tiempo un delito de cohecho cometido por determinadas personas, bajo el amparo inequívoco de una autorización judicial para descubrir uno o varios delitos de narcotráfico que nada tenían que ver con aquél. Además, el segundo Juez, cuando concede la autorización para intervenir el teléfono, desconoce, al menos «formalmente», hay que declararlo así, que se trata de una prórroga de intervención, supuesto distinto de una primera intervención, porque es de presumir que la autoridad judicial concederá o no la prórroga en función de lo descubierto hasta ese momento y de las circunstancias que la policía le comunique, es decir, cuando el 28-12-1989 la Brigada de Policía Judicial (Estupefactos) solicita permiso para la escucha telefónica, no hay referencia alguna, según ya se ha dicho y repetido, a una prolongación de la ya solicitada y obtenida, sino a una intervención «ex novo», y como también se ha señalado, es muy distinto, en principio, que se conceda una intervención telefónica que una primera, segunda o sucesivas prórrogas, pues según avanza el tiempo, como en una especie de progresión geométrica, el gravamen para el intervenido se acentúa y las posibilidades de captar mensajes o conversaciones íntimas y ajenas a la investigación criminal se hacen más patentes. El Juez habrá de sopesar las razones que existan para autorizarlas o no autorizarlas, en cuya decisión el principio de proporcionalidad jugará con distintas tonalidades e intensidades pues, como ya se ha dicho, el correlato intervención telefónica-naturaleza

de la infracción-gravamen para el intervenido, cambia de perspectivas en función de las circunstancias concurrentes.

Por otra parte, tan pronto aparecen en las conversaciones expresiones que hacen pensar en un delito distinto al de tráfico de drogas, debió ponerse inmediatamente tal dato en conocimiento del Juez porque con tal «novación» del objeto de la autorización hubiera tenido que considerar su decisión, cualquiera que hubiera sido su signo, y otro tanto hay que decir respecto del momento en que aparece en la «pantalla» de las conversaciones un Diputado, en el que el Juez debió enviar las actuaciones a esta Sala, según ya se adelantó, sin perjuicio de reconocer que dicho Juez sólo pretendió, sin duda y nada hay que haga más fiable otra versión, ultimar la investigación dando una interpretación extensiva, aunque desde luego no exacta, a la Ley de 9-2-1912. Se constata un deseo de indagar y de ultimar el desarrollo de la investigación, sin ninguna otra connotación.

4) Es el 14 de enero cuando se hace entrega de dos cintas y desde ese momento el Juez conoce o pudo y debió conocer ya el giro de las investigaciones y es el 29 de enero cuando se resuelve sobre una petición de prórroga para seguir investigando sobre narcotráfico cuando ya es conocida la nueva y presunta realidad de uno o varios delitos de cohecho. Reiteramos, por consiguiente, las consideraciones ya anotadas en los apartados anteriores.

5) El 25-1-1990, cuando el Juzgado núm. 2 dicta Auto de incoación de Diligencias Previas, se

redacta sin ningún tipo de precisiones. Hay que entender que factores ajenos a la voluntad de quienes intervenían, pudieron contribuir a una situación procesal no correcta y en parte a unas intervenciones defectuosamente desarrolladas. Pero ello no es obstáculo a su nulidad.

Esta situación, que, desde luego, no contribuyeron a originar los imputados, y las circunstancias adversas, ya citadas, determinaron unas vulneraciones e irregularidades graves y notorias. Así, como ya hemos recordado y ahora lo repetimos para buscar la cohesión a la argumentación que se está llevando a cabo en este Auto, el 29-1-1990, la Brigada de Policía Judicial oficial al Juzgado de Instrucción y, después de los días transcurridos y de la falta de las adecuadas daciones de cuenta al Juez, se le participa que se está a la espera de culminar la importación de una considerable cantidad de cocaína, por lo que se estima conveniente el continuar con dicha intervención y escucha telefónica, y el mismo día, sin más motivación, se concede la prórroga, como ya se vio, referida a la comisión de un delito contra la salud pública en que pudiera estar implicado Rafael P.M., hermano de Salvador. La prórroga se concede por 60 días. Cuando la nueva y aparente o presunta realidad respecto de los hechos era ya sobradamente conocida.

6) El día 5 febrero, se solicita autorización para intervenir el teléfono 369.83.92 de Francisco Javier D.R. con el fin de continuar la investigación de los hechos que nos ocupan y en averiguación de posibles hechos delictivos. En esta

misma fecha se concede la intervención solicitada y el 13 del mismo mes se solicita y acuerda el cese de la misma, sin explicaciones.

7) El 5 febrero, Inspectores de Policía entregan en el Juzgado cierta documentación y la transcripción mecanográfica de las cintas núms. 2 y 3. Posteriormente, los días 22 marzo, 6 abril y 10 del mismo mes, la Brigada de Policía Judicial hace entrega de las cintas magnetofónicas 4, 5, 6 y 7 así como de sus transcripciones mecanográficas. El día 26 marzo se dicta Auto de intervención telefónica de Rafael P. con referencia a la comisión de un delito contra la salud pública en que se pudiera estar implicado el mismo.

8) El día 26 marzo se pide otra vez prórroga de la intervención telefónica y de nuevo vuelve a insistirse en el tema del narcotráfico que en aquellos momentos está, eso por lo menos parece deducirse de todo lo actuado, superado desde el punto de vista que ahora nos interesa, dado el giro que han tomado precisamente las conversaciones telefónicas en el sentido ya indicado.

El 10 abril, mediante Auto, se acuerda dejar sin efecto la prórroga de la intervención autorizada el 26 marzo y se ordena su levantamiento. El 12 del mismo mes se hace constar una conversación telefónica del Juez con el Inspector Jefe de la Brigada de Policía Judicial en la que se pone de manifiesto que la investigación relativa a un posible delito contra la salud pública, en la que aparece presuntamente implicado Rafael P., sigue su curso en conexión con otras personas sobre las

que se siguen actuaciones en otros juzgados.

Como se ve, se está dando, volvemos a decir que en términos objetivos, un mantenimiento de medidas respecto a situaciones no existentes porque, al alterarse de manera notoria, desde el punto de su exteriorización formal, el contenido de la investigación, se altera o puede alterarse, al menos, el posible signo de la decisión judicial y la temporalidad de la intervención que cesa finalmente el 12 abril. El principio de legalidad tiene un ámbito de extensión amplísimo. Todas las instituciones han de sujetarse a él, más todavía si cabe, en el Derecho penal, en contra del reo o del presunto inculpado. También, por supuesto, en materia de intervenciones telefónicas. Ya hemos dejado constancia de los principios en que se inspira nuestra Constitución y las Convenciones Internacionales en esta materia.

Otras varias anomalías se ponen de relieve por parte de las Defensas que, después de lo indicado, quedan ya si interés desde la perspectiva de esta resolución y de las pretensiones articuladas ante esta Sala.

Además de referirse a la prueba ilícitamente obtenida y a la no motivación de los correspondientes autos concediendo o autorizando las intervenciones telefónicas solicitadas por la policía, se destaca, y con ello entramos en otro de los temas para tratar de dar respuesta a todos los problemas planteados, la no incoación de diligencias judiciales en el momento mismo de la autorización para la interceptación de las conversaciones telefónicas, la disociación entre titular del telé-

fono y la persona «sospechosa», la tardía comparecencia ante la Autoridad Judicial de los Agentes de Policía el 19 enero, desde el 28 noviembre en que se solicitó del Juzgado de Instrucción núm. 14 de los de Valencia la intervención, la irregular autorización «verbal» del Juez para seguir interviniendo el teléfono cuando ya se conoce la disociación entre el delito aparentemente investigado y el que se ofrece como real desde el punto de vista de la investigación y, por consiguiente, la utilización indebida de la llamada autorización verbal frente a lo que debió ser un auto, es decir, una resolución motivada. Muchas de las cuestiones han sido tratadas; a ellas nos remitimos.

En relación al acuerdo verbal, no puede ser tachado de incorrecto porque no se trataba de una nueva intervención, innecesaria, sino de la pura expresión formal, oral, de lo que se recibía y del mantenimiento de lo ya acordado.

También se pone de relieve, y ahora se recuerda la alegación para configurar el cuadro sobre el que este proceso se ha desarrollado, que los días 13 febrero y 22 marzo se recabaron informes a distintas entidades bancarias sobre el estado de las cuentas corrientes de Salvador P.M., cuando la prórroga concedida por el Juzgado de Instrucción núm. 2 no autorizaba más que a intervenir las comunicaciones de Rafael, hermano de Salvador. Es sólo en la segunda prórroga, se dice, cuando se hace referencia a la posible implicación de otro hermano. Todo ello es consecuencia de las irregularidades ya puestas de relieve.

En este sentido se insiste en la significación de la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la Constitución Española que sólo puede ser destruida por prueba que haya llegado con las debidas garantías al proceso. A lo dicho por las partes hay que añadir que es el juicio oral donde la prueba alcanza su verdadera significación porque él es el centro del proceso mismo y donde el sistema de garantías cobra especial relevancia, teniendo en cuenta que nada llega probado a dicho acto de juicio oral; en definitiva, como señala la doctrina científica, las garantías han de hacerse realidad en sede de obtención de los elementos que permiten la reconstrucción de los hechos y su introducción en el proceso (Sentencias del Tribunal Constitucional 114/1984, 21-5-1986, 24-9-1986 y 9-4-1987). Pero ello supera el ámbito de esta resolución.

Respecto a la competencia, es lo cierto, como ya se dijo, que la alteración de la estructura orgánica de los Juzgados contribuyó a determinadas irregularidades, como suele suceder con todo cambio, pero ello no puede hacernos desconocer la entidad y significación de las mismas. La transcripción mecanográfica de la cinta magnetofónica núm. 1, producto de la referida intervención telefónica, se entregó por la Brigada de Policía Judicial de Valencia al Juzgado de Instrucción núm. 2 de dicha capital el 29 enero, es decir, dos meses después de dictado el primero de los Autos que autorizaban la correspondiente interceptación.

Las circunstancias anteriormente expuestas, unidas a las que ahora

se citan, conducen a la conclusión de que las pruebas obtenidas a través de las intervenciones telefónicas, como ya se anticipó, fueron radicalmente nulas. Las resoluciones que las acordaron carecieron de verdadera motivación, los contenidos o finalidades de la intervención se desviaron en el curso de los acontecimientos, pese a lo cual no se produjo un conocimiento en tiempo oportuno del Juez de Instrucción y hubo en estas circunstancias evidente desproporción entre las medidas, en plural, tomadas, y las finalidades que, en un orden racional de las cosas, pudieran obtenerse de las citadas medidas que han de ser excepcionales y proporcionales al fin.

Noveno: El sistema normativo, al que enseguida haremos referencia, conduce, por consiguiente, a la declaración de nulidad de la prueba obtenida por medio de las intervenciones telefónicas que se llevaron a cabo con vulneración del derecho fundamental proclamado en el art. 18.3 de la Constitución, en relación con los arts. 24.2 y 117.3 de la misma Ley Fundamental, con todas las consecuencias inherentes a tal declaración, así el que no haya lugar a la práctica de prueba solicitada consistente en la audición de las cintas magnetofónicas soporte de las conversaciones intervenidas, ni a la práctica de la prueba pericial propuesta, que carece ya de objeto. Tampoco podrán practicarse los otros medios de prueba que sean consecuencia de las referidas conversaciones, pues sólo así se produce el efecto querido por la Ley cuando de nulidades radicales se trata, cabiendo sólo, por tanto, respecto de las acusacio-

nes, utilizar pruebas, si estiman que disponen de ellas, distintas de aquellas que se declaran nulas, sin que, obviamente y por tanto, puedan tampoco servir como apoyo de sus pretensión, directa o indirectamente, las pruebas cuya nulidad radical se declara (arts. 11.1, 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Otro de los efectos de esta declaración será la destrucción inmediata de todas las cintas y de sus transcripciones mecanográficas, en presencia, si lo desean, de las partes y con intervención, por supuesto, del Secretario Judicial que dará fe de su destrucción, quedando mientras tanto bajo su custodia.

Aunque no es posible una «restitutio in integrum», en el sentido amplio de la expresión, es procedente tomar tales decisiones para evitar, en la medida de lo posible, los efectos nocivos y no queridos por la Ley de las pruebas declaradas nulas. El secreto de las comunicaciones tiene un carácter formal en el sentido de predicarse de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no al objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (Ver Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 noviembre). Tal secreto fue desconocido en estas actuaciones. Por otra parte, la autorización judicial, como ya se dijo, no fue típica en el sentido de señalar, como debió, las características de la intervención, lo que supone falta de especificidad, es decir, carencia de fijar el diseño aunque provisional del delito en cada momento y de sus partícipes, sobre todo cuando el teléfono intervenido no pertene-

cía a la persona sobre la que recaían las sospechas y sobre todo, hay que insistir en ello, en no fijar de manera concreta el cambio sustancial que se produjo, bien pronto, en el curso de las investigaciones, pasando de referirse a un grupo de narcotraficantes de cocaína, al parecer en una operación de importación significativa, a un delito de cohecho, cuya gravedad y características, al menos a los efectos de la intervención, sólo el Juez podía y debía determinar.

En todo caso, no procede decretar el sobreseimiento libre ni el archivo como se ha pedido, porque la exclusión de la prueba de interceptación telefónica que se declara nula no significa, sin más, carencia de prueba o vacío total probatorio. Si existe o no otra prueba será algo a decidir, desde las respectivas posiciones por las acusaciones y, en definitiva, en el trámite procesal adecuado, por esta Sala.

En estas circunstancias sólo resta dar cuenta con brevedad del sistema normativo que la Sala ha tenido en cuenta a la hora de tomar la decisión que, adelantada ya, se concreta en la parte dispositiva de esta resolución en los términos adecuados y precisos.

Décimo: Las normas que conforman el sistema general respecto de la interceptación de conversaciones telefónicas en garantía de los derechos fundamentales de las personas, es éste en sus líneas más importantes:

1) Los arts. 9.3, 10.1 y 2, 14, 18.3, 24.1 y 2, 55.2 y 96.1 de la Constitución.

2) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamenta-

les, de 4-11-1950, especialmente el art. 8, ratificado por España en Instrumento de 26-9-1979.

3) La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10-12-1948, especialmente el art. 12.

4) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16-12-1966.

5) El art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los preceptos concordantes en cuanto todos ellos, incluida la Exposición de Motivos, sirven de pauta para su adecuada interpretación.

6) Los arts. 11.1, 238 y 240 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

7) El art. 6.3 del Código Civil.

8) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de esta Sala Penal del Tribunal Supremo.

Undécimo: Respecto de la prueba propuesta en el acto de la vista por la Acusación particular que ejercita «La Unitat del Poble Valencià», no ha lugar a su práctica. Toda ella, tanto en la solicitud de aportación a estas actuaciones de un Editorial del periódico «El País», como a la declaración del Excmo. Sr. Ministro don José B. y otras personas en concepto de testigos, en relación con una presunta convocatoria de grupos u organizaciones políticas, viene referida de manera muy genérica a un problema de determinadas conversaciones, sin que, por consiguiente, pueda tener interés ni incidencia alguna en este procedimiento, en el que se juzgan actuaciones muy concretas y específicas de las personas acusadas, a las que no hubo

tampoco precisa referencia en la citada petición.

En resumen, las vulneraciones que determinan la nulidad de la prueba de intervención telefónica y sus consecuencias, son éstas:

I. VULNERACIONES

1) No exteriorización de indicios. Falta de motivación efectiva.— La no exteriorización, formando parte de la motivación de los correspondientes Autos (tanto del dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 14, después convertido en Juzgado Penal, como de los que lo fueron por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Valencia), de los indicios existentes, a juicio del Juez, que pudieran justificar una medida tan especialmente restrictiva de Derechos Fundamentales, como lo es la interceptación telefónica, sin que la simple sospecha policial, que se ofrece, en principio, como cobertura de la resolución judicial, pueda ser suficiente.

2) Ausencia de control.— La carencia, prácticamente total, de cualquier tipo de control judicial respecto a la realización efectiva de la intervención del teléfono afectado, a través, por ejemplo, de un examen de las conversaciones grabadas en períodos razonables para comprobar la progresión de la investigación, en este caso policial, y siempre bajo la vigencia inexcusable del principio de proporcionalidad cuya existencia sólo se puede constatar a través, precisamente, de la motivación, decidiendo la necesidad o no, en los términos expuestos, de continuar sucesivamente, a través de prórrogas, la

intervención/observación que ha de tener también un límite razonable en el tiempo, siguiendo los principios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3) Periodicidad del control. Efectos.— Una vez grabadas en las correspondientes cintas las conversaciones, el Juez debe proceder periódicamente, en los términos que prudencialmente fije, en función de las circunstancias concurrentes, a su examen en presencia del Secretario Judicial y decidir, oídas que hayan sido las voces transcritas, lo procedente, ordenando la continuación o no de la intervención y fijando, en su caso, las oportunas pautas de comportamiento para quienes hayan de ejecutar la medida.

Si ordena el cese de la medida, deberá ponerse en conocimiento de la persona o personas afectadas la operación llevada a cabo (y, en este supuesto, el titular del teléfono, de profesión médico, como ya se indicó, podía tener o tenía un interés legítimo relevante en la reserva de las comunicaciones, dada su actividad profesional), para que desde ese momento ejercite las acciones, si lo desea, que puedan corresponderle. Nada de esto se hizo.

Sólo en casos excepcionales podrá mantenerse el secreto hasta ultimar la investigación y no frustrar el interés legítimo que con ella se persigue (Ver Sentencia del TEDH de 6-9-1978, Caso Klass), aunque con el inexcusable límite temporal del fin de la misma investigación, porque en un proceso penal nada puede permanecer en secreto cuando llega el momento esencial del enjuiciamiento en el correspondiente juicio oral al que, además, nada

llega probado. No hay razones para considerar que en el caso enjuiciado fuera necesario.

4) Disociación entre autorización e investigación.— Como consecuencia de cuanto queda dicho en anteriores fundamentos jurídicos, hubo vulneración del derecho a la intimidad y, más sencillamente aún, al secreto de las comunicaciones, en general, y de las telefónicas, en particular, además de lo ya manifestado, es decir, una nueva vulneración cuando en el desarrollo de la interceptación, inicialmente acordada, aparece como posible un delito o unos posibles nuevos delitos, en cuyo momento, distanciada la investigación, en este supuesto concreto respecto del tráfico de drogas, y aproximada, en cambio, en relación con otro de cohecho o, en general, de determinadas corrupciones, la Policía debió, de manera inmediata, sin solución de continuidad, ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción autorizante/ordenador de la interceptación a los efectos consiguientes, entre ellos el de examinar su propia competencia y la exigencia de proporcionalidad, pues en otro caso la autorización, de hecho, se transforma en una especie de prospección del comportamiento genérico de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo que no es aceptable. No son correctas las autorizaciones genéricas, ni tampoco, sin la nueva y expresa autorización del Juez, es correcto mantener la intervención/observación cuando se descubre que el nuevo y presunto delito que se dibuja por la telefonía es independiente del que fue objeto de la inicial autorización. Tales situaciones,

si no son controlables y controladas de manera directa por el Juez, provocan o pueden provocar el completo desconocimiento del principio de proporcionalidad, que no se sabrá nunca si existe o no. Se autoriza, por ejemplo, respecto a un posible asesinato y se continúa en relación con un robo. Da lo mismo la naturaleza de las respectivas infracciones, lo decisivo es que el Juez las valore individualmente.

5) Entregas de copias, no de originales.— También hay vulneración por no ajustarse la medida a una interpretación, de acuerdo con la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico, respecto al art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El hecho de que las cintas entregadas al Juzgado no sean las originales, sino copias, y, a su vez, éstas representen una selección verificada por la Policía sin control judicial alguno, es una grave violación del sistema. Actuando así, el Juez no puede captar con plenitud de conocimiento el significado del conjunto de las conversaciones, muchas veces en relación de interdependencia. Y no cabe argumentar que al Juez no le resultará posible oír horas y horas de conversación porque ello supondría abandonar el resto de sus importantes tareas judiciales, y no lo es porque se trata de que el Juez, asesorado, si lo estima oportuno, de los expertos y en presencia del Secretario Judicial, en cuanto dador en exclusiva de la fe pública en el ámbito judicial, seleccione, en la forma que estime oportuna, lo que interesa a la investigación por él ordenada y mantenga el resto bajo la custodia de dicho Secre-

tario, impidiendo cualquier conocimiento no deseado ni deseable de aquellas conversaciones ajenas al propósito de la interceptación y haga cesar de manera inmediata dicha intervención cuando no interese a los fines legítimos de la averiguación de un delito grave, cuya gravedad ha de ser siempre proporcional a la invasión de la intimidad, en principio intolerable, de las vidas privadas. Otra cosa distinta, que nadie pretende, es que el Juez haya de estar en observación continua y permanente, lo que, con toda obviedad, no sería posible.

6) Constatación de la proporcionalidad. No la hubo.— Sobre estas coordenadas hay que observar la proporción y la desproporción existente entre las medidas cautelares adoptadas y la finalidad perseguida. En este caso, uno y otro delito, el tráfico de drogas y el cohecho, objeto inicial el primero de la investigación, apareciendo después, todo bajo presunciones (no puede olvidarse jamás el principio constitucional) el segundo, eran graves y de trascendencia social evidente. Pero no se puede decir frente a ningún delito: todo está permitido. El Juez, garante esencial de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, debe examinar cada infracción con las circunstancias que la acompañan y decidir, valorando si los objetivos legítimos de la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, condena, merecen en ese concreto supuesto el sacrificio de otro bien jurídico, especialmente valioso como es la dignidad, la intimidad y la libertad de la persona, como esta Sala viene fijando en sus resoluciones en orden a la defensa

siempre y para todos de estos valores esenciales. Y el Juez de Instrucción de Valencia desconoció, hasta muy adelantadas las tomas de las conversaciones, el giro de las mismas y, por consiguiente, el correlato pudo no existir y, desde luego, no pudo exteriorizarse.

7) Determinación de la medida y sus límites.— Se entienda o no que la observación telefónica es una intervención atenuada respecto de la intervención (el que puede lo más puede lo menos y todo Juez, en vista de las circunstancias, puede ordenar un control reducido del teléfono a base de conocer sólo las llamadas que se realizan desde un teléfono o a ese mismo teléfono), debe la autoridad judicial precisar en qué habrá de consistir la medida, procurando que su realización se lleve a cabo con el mínimo de gravamen para la persona afectada, evitando, en la medida de lo posible, la ingerencia respecto de aquellas otras personas no sometidas a intervención (en el caso que nos ocupa, el titular, padre del afectado, era médico).

II. CONSECUENCIAS

1.— Todo ello conduce a la declaración de nulidad de las pruebas y, como tal declaración arrastra la nulidad de aquellas otras que traen causa directa o indirecta de las mismas, en los términos ya establecidos en los anteriores razonamientos jurídicos, no es necesaria una exposición detallada de cada uno de los conceptos supuestos, sin duda complejos, que se han sometido a la consideración de la Sala pero subordinados a la preten-

sión principal, lo que no obsta a que se hayan hecho determinadas consideraciones generales como respuesta obligada a las solicitudes de Defensas y a las correspondientes impugnaciones de las Acusaciones, así respecto de las detenciones, a las prisiones provisionales y a las incomunicaciones.

2.— Las restricciones de los Derechos Fundamentales. Así como la Constitución tiene valor normativo, al menos en materia de derechos fundamentales cuando los reconoce, perfilando su esfera de ejercicio, no cabe decir lo mismo, vieniendo diciendo la más autorizada doctrina científica, respecto de sus posibles restricciones o fronterización, es decir, de sus contornos limitativos, dado que el texto constitucional no descende, porque no puede hacerlo, teniendo en cuenta su naturaleza de Carta Magna, a una concreta y específica regulación de los casos en que las limitaciones pueden producirse y en la forma en que hayan de llevarse a cabo.

Pues bien, en sede de intervenciones telefónicas, las limitaciones, a las que acabamos de hacer referencia, vienen establecidas, desde luego insuficientemente, en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que condiciona la legitimidad de la intervención a la presencia de estos requisitos: a) Que sea el Juez quien la acuerde. b) Que lo haga mediante una resolución motivada en los términos ya vistos, es decir, exteriorizando de manera suficiente el proceso de reflexión interna que le lleva a tomar, en correspondencia con el principio de proporcionalidad, tan excepcional y grave medida. c) Unido a lo anterior, que haya indi-

cios (referidos al hecho antecedente y al camino que ha de recorrerse para llegar a su conocimiento), es decir, probabilidad de obtener por este medio el descubrimiento o comprobación del hecho o de una circunstancia de éste, y d) Que aquél o ésta sean importantes en la causa, lo que impide, como ya se indicó, la interceptación prospectiva o en busca genérica de infracciones penales.

A su vez, todo ello ha de interpretarse dentro de la idea central de la profunda significación de los Derechos Fundamentales, cimiento del Estado de Derecho.

3.— Todo cuanto queda dicho constituye, en resumen, el resultado del examen, en términos exclusivamente jurídicos, sin ninguna otra connotación, de lo que ante este Tribunal de Justicia se ha denunciado como práctica de una prueba ilegal examinada desde el punto de vista constitucional y, por consiguiente, la solución que en iguales términos procede, desde la perspectiva procesal, básica siempre y más, si cabe, en este sector jurídico-penal en el que desarrolla su actividad esta Sala. Nada más.

Por ello, hay que insistir en que en un Estado de Derecho, como el nuestro, corresponde a los Jueces penales descubrir la verdad sólo a través de los procedimientos legal-

mente establecidos, conforme a la Constitución y en función de ella interpretados, así como de los correspondientes Instrumentos Internacionales, y no de otros medios no ajustados a la legalidad por mucho y noble que pueda ser el interés de descubrir la verdad histórica o real.

El procedimiento, la forma, la manera de actuar, el camino seguido, es siempre parte esencial del contenido, del fin alcanzado.

La forma, se ha dicho, es el tránsito de la intimidad subjetiva a la exteriorización objetiva. Por ello, el Derecho privado concede una especial significación a la forma. Prolongando esta idea al Derecho procesal, podemos decir que sólo la legitimidad de la forma en el hallazgo de la realidad jurídica-penal sustantiva justifica la misma legitimidad respecto del correspondiente contenido punitivo.

Con esta decisión esta Sala no prejuzga nada. Únicamente afirma que la prueba de intervención o captación de conversaciones telefónicas es radicalmente nula por haberse realizado con vulneración de Derechos Fundamentales y, por tanto, sobre ella, y sobre aquellas que traen causa directa o indirecta de la misma, no puede construirse una condena.

El art. 18.3 de la Constitución reconoce el derecho fundamental de toda persona al secreto de las comunicaciones. Su eventual limitación ha sido desarrollada por el legislador a través de la nueva redacción del art. 579 LECrim (LO 4/1988, de 25 de mayo). A pesar de esta reciente normativa, la doctrina no ha escatimado duras críticas para evidenciar su parquedad, ambigüedad y múltiples lagunas (RAMOS MÉNDEZ, ASENCIO MELLADO, LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, etc.).

El presente Auto, tras constatar la deficiente regulación que existe en torno a las intervenciones telefónicas, intenta colmar, en sus cerca de sesenta páginas, el gran número de cuestiones que diariamente se plantean en el foro.

Más que comentar los hechos y las múltiples irregularidades procesales que se produjeron durante la práctica de la investigación (vid. los ff.jj. 8.º y 11.º, respectivamente), efectuaremos un somero análisis del Auto al objeto de determinar los presupuestos básicos para que, en un Estado social y democrático de Derecho, puedan decretarse y ejecutarse las intervenciones telefónicas con pleno respeto a los derechos fundamentales de las personas:

1.º **Existencia de una causa penal abierta:** la intervención telefónica sólo puede tener lugar iniciado un proceso penal y dentro de él. Se prohíben las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la presunta comisión de un hecho delictivo;

2.º **Proporcionalidad:** este requisito obliga tanto al legislador como al órgano jurisdiccional a ponderar la necesidad de restringir el *ius libertatis* individual de cada persona frente al *ius puniendi* general de la sociedad, esto es, del Estado. En cualquier caso, la adopción de esta medida tan sólo puede producirse respecto a delitos graves o con gran trascendencia social, cuando no existan otras vías eficaces menos gravosas para el descubrimiento del presunto delito, y únicamente por el tiempo indispensable;

3.º **Motivación de la resolución judicial:** ello exige manifestar los indicios racionales de criminalidad (que no sospechas o conjeturas) apreciados por el Juez conforme a juicios lógicos de verosimilitud, número de teléfono a intervenir, persona cuya comunicación resulta interceptada, sujetos que deben llevarla a cabo y cómo, períodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución, y, especialmente, el razonamiento de la existencia de la proporcionalidad anteriormente indicada, así como la concreción de la acción penal a la que se dirige la investigación judicial. Sólo de este modo podrá enjuiciarse, con posterioridad, la corrección de la decisión jurisdiccional. En consecuencia, quedan proscritas definitivamente las autorizaciones con fórmulas estereotipadas o genéricas;

4.º **Control judicial periódico de la intervención telefónica:** este presupuesto comporta, en primer lugar, la exigencia de entregar al órgano jurisdiccional las cintas originales, que no copias, con transcripción literal para permitir su cotejo por el Secretario durante la investigación

sumarial, y para su reproducción, en su caso, durante el juicio oral; y en segundo lugar, la plena garantía de persecución tan sólo del concreto delito para el que se ordenó esta medida. De descubrirse, casualmente, delitos distintos de los investigados debe, inmediatamente, ponerse en conocimiento del correspondiente Juez de Instrucción, único encargado de decidir la ampliación de la resolución judicial para la averiguación de los nuevos delitos.

Cualquier infracción de estas mínimas exigencias comporta la ilicitud de las intervenciones telefónicas, y, en consecuencia, por aplicación del art. 11.1 LOPJ, la imposibilidad de utilizar las fuentes probatorias que mediante ellas hayan sido obtenidas.

La doctrina sentada en el presente Auto es clara. Esperemos que sea punto de referencia obligatorio para el *modus operandi* de los distintos Juzgados de Instrucción, al objeto de que no deban invalidarse posteriormente, por ilícitos, los elementos probatorios logrados. Afortunadamente, debemos destacar que las recientes resoluciones del Tribunal Supremo están reiterando la doctrina jurisprudencial aquí expuesta (*ad exemplum*, cfr. SSTS 27 de octubre de 1993, f.j. 4.º, Ar. 7.872; 18 de octubre de 1993, f.j. 2.º, Ar. 7.537; o la 18 de febrero de 1993, f.j. 2.º, Ar. 1.356).

JOAN PICÓ I JUNOY

UTILIZACIÓN FRAUDULENTE DE LAS NORMAS PROCESALES Y NULIDAD DE ACTUACIONES

STS 2 de diciembre de 1993 (R. A. 9.485).

540/1984, sólo por apropiación indebida, las cuales son sobreseídas provisionalmente por Auto de 3-1-1985; 2.º) «Por explícito reconocimiento, aparece la apertura en su momento en la entidad demandada de las libretas a plazo a nombre de la actora, cuyos números e importes respectivos son los siguientes: La primera, núm. ... de importe 7.950.000 ptas.; y la segunda, núm. ..., de importe 15.857.000 más 7.993.500 en pesetas convertibles» (fundamento 2.º de la sentencia de primera instancia, aceptado

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Como hechos acreditados que sirvieron de base a la sentencia recurrida, dado que los mismos no han sido impugnados aquí por la vía adecuada, son de reseñar los siguientes: 1.º) En el año 1984 se instruyen en el Juzgado de Instrucción núm. 17 de los de Barcelona las Diligencias previas núm.

por la aquí impugnada); 3.º) «Ambos depósitos están vencidos, a virtud de requerimiento fehaciente dirigido por la actora a la entidad demandada, en conformidad con la cláusula 2.ª del depósito que consta en las propias libretas (docs. núms. 4 y 5 de la demanda)» (mismo fundamento); 4.º) Los intereses pactados en relación a una de las libretas, eran del 14,75%; 5.º) Las Diligencias previas indicadas en el primero de estos datos, fueron sobreesididas provisionalmente a virtud del Auto de fecha 3-1-1985, al no haber motivos para inculpar a persona alguna de los hechos que las motivaron; 6.º) El 11-4-1985, se presenta en el Juzgado núm. 13 de los de Barcelona por doña Marianne R. la demanda iniciadora del proceso que ahora concluye contra «Bancaya», quien en su escrito de contestación opone como excepción la prejudicialidad penal con apoyo en el art. 144 LECrim, por hallarse pendiente un proceso penal, excepción que es desestimada en primera instancia; 7.º) Por Auto de 2-9-1985, dictado por el citado Juzgado de Instrucción a instancia de Bacaya, se declara la reapertura de las indicadas Diligencias previas que se convierten en el sumario de urgencia núm. 42/1986-L a virtud de Auto del mismo Juzgado de 16-6-1986; 8.º) El 25-2-1987, se dicta Auto declarando procesados en referido sumario a don Alain V. y a doña Marianne R., por cuanto los hechos que en referido auto de procesamiento se describen pueden ser constitutivos de un delito de estafa del art. 528 en relación con el 529.4.º y 7.º y otro continuado de falsedad en documentos mercantiles del art. 303 del mismo

CP; decretándose la prisión provisional de ambos procesados de no prestar fianza de 500.000 ptas.; 9.º) Mediante Auto del mismo Juzgado de 18-5-1987 y por ignorarse el paradero de los procesados, se declara concluso el sumario que es elevado a la superioridad para la aprobación de la rebeldía lo cual tiene lugar por Auto de la Sección 6.ª de la citada Audiencia Provincial de fecha 5-10-1987, archivándose el sumario hasta que fueren habidos; 10) «A su vez, la Sección 13 de la Audiencia de Barcelona que dictó la sentencia ahora impugnada, por Auto de 25-7-1987 acuerda la suspensión de las actuaciones correspondientes a este juicio hasta tanto recaiga resolución firme en el indicado sumario 48/1986-L; 11) Por Providencia de 8-3-1990, se interesa por dicha Sección del Juzgado instructor de referido sumario que dé cuenta de la situación procesal del mismo en orden al archivo provisional por rebeldía de los procesados, a lo que referida Juzgado contesta que el indicado sumario se encuentra en la misma situación de archivo provisional; 12) A virtud de Providencia de 3-4-1990, referida Sección 13 alza la suspensión de este proceso, resolución que es recurrida sin éxito en súplica por la entidad bancaria hoy recurrente; 13) Doña Marianne R., compareció el 25-9-1984 ante Notario de Barcelona provista de autorización de residencia expedida el 3-11-1983, otorgando Poder a favor de Letrado y de Procurador.

Segundo: El presente recurso se encuentra integrado por cinco motivos, todos ubicados en el núm. 5.º del art. 1.692 de la Ley Ritua-

ria Civil, en los que se contienen las siguientes alegaciones: a) En el primero, la infracción del art. 24 CE, por estimar que la sentencia impugnada al no acceder a la solicitada suspensión del procedimiento ha producido la indefensión de «Bancaya», dado que «En la presente litis tenemos que demandado y demandante son respectivamente, querellantes y procesada; y la reclamación se funda en la falsedad de la firma puesta en el documento acompañado con la demanda de núm. 22, hecho por el cual se dictó el auto de procesamiento (aparte de la estafa cometida por medio de la falsedad)»; b) En el segundo, lo denunciado es la no aplicación del art. 10.2 LOPJ, en relación con el 114 LECrim; c) A su vez, en el tercero, se imputa a la sentencia recurrida la infracción de la Jurisprudencia en lo que se refiere a las causas que permitan el ejercicio de las acciones por causas del proceso civil estando los hechos pendientes de la resolución de una cuestión penal; d) En cuanto al motivo cuarto, centra su crítica al Tribunal «a quo», en la no aplicación del art. 362 LECiv en relación con el 24 CE y 10.2 LOPJ; e) Por último, el motivo 5.º alega la infracción del art. 514 en relación con el 362 LECiv, del 24 CE, del 10.2 LOPJ y del 114 LECrim.

Tercero: Aun cuando en realidad resulta que dichas motivaciones ofrecen una inicial base estimatoria, especialmente en lo que respecta a la en ellos denunciada infracción del art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los 10.2 LOPJ, lo cierto es que la estimación del presente recurso resulta procedente, espe-

cialmente por razón de la infracción de un precepto que aun cuando no aplicado en la sentencia impugnada es esencial, puesto en relación con los citados, para producir el resultado estimatorio casacional: el art. 11.2 LOPJ, de especial acogimiento y aplicación en este caso por razón de los presupuestos fácticos descritos en el primero de estos Fundamentos en relación con los preceptos que se dicten infringidos.

Es de señalar a estos efectos, ser doctrina constante de esta Sala la de que el juzgador puede en aplicación del principio «iura novit curia» en relación con el de «da mihi factum», aplicar normas distintas e incluso no invocadas por los litigantes a los hechos establecidos por los mismos siempre que con ello no se altere la causa de pedir, cual en este caso acontece (SS. 30-10-1984, 17-4-1985, 7-10-1987, 5-2-1990 y 16-6-1993).

Cuarto: La razón de lo precedentemente expuesto se encuentra en los presupuestos descritos en el Fundamento primero de esta sentencia, a cuya vista resulta que: la demanda iniciadora del proceso que aquí concluye, en la cual aparece como actora doña Marianne R., ahora recurrida, se presenta en el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de los de Barcelona el 11-4-1985; por auto dictado en el Juzgado de Instrucción núm. 17 de los de dicha Ciudad el 25-2-1987, se declara procesados a las dos personas que se indican en el núm. 8.º de referido Fundamento, una de las cuales es precisamente dicha señora R.; el día 5-10-1987, se dicta Auto por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona,

en el que por razón de encontrarse ambos procesados en ignorado paradero se les declara en rebeldía, archivándose las actuaciones; por último, la Sala «a quo» con vista a dicho Auto de archivo levanta la suspensión del presente proceso de Resolución de 5-10-1987, celebrándose la vista suspendida y dictándose la sentencia ahora recurrida.

Quinto: Aunque resulta en verdad anómalo que pueda ser declarada en rebeldía el 5-10-1987, una persona que desde el 11-4-1985, aparece en el presente juicio como actora, y más incomprensible aún puede parecer que dicha situación se mantenga hasta el presente momento habida cuenta que doña Marianne R. sigue actuando procesalmente a través de su Abogado y Procurador, a título de actora, apelada y aquí recurrida, es lo cierto que ello tiene su razón de ser en una situación aun cuando reprochable, procesalmente posible, consistente en el hecho de beneficiarse de su derecho a nombrar Abogado y Procurador que la defienda y represente al amparo de lo dispuesto en los arts. 3, 5, 6 y 10 LECiv, hecho éste que tuvo lugar como se indica en el núm. 12 del primero de estos Fundamentos y es causa de que cual aquí acontece pueda actuar como parte en un proceso civil, encontrándose rebelde en otro penal, situación esta en la que sigue.

Estima esta Sala en relación

La LOPJ de 1985 reconoce expresamente en su art. 11 la proscripción del uso fraudulento de las normas procesales. De acuerdo al mencionado precepto, en todo procedimiento deben respetarse las reglas de la buena fe, excluyéndose cualquier tipo de petición, incidente y excepción que se formule con manifiesto abuso de derecho o entrañe fraude

con lo expuesto, que aun cuando su doctrina admita en ciertos casos que el archivo provisional de unas Diligencias Sumariales, por razón de la rebeldía de los que en ellas aparezcan procesados no sea obstáculo para que pueda seguirse el curso del proceso civil, ello no puede operar de ningún modo, cuando como aquí acontece pueda prevalerse de dicha excepción suspensiva quien precisamente ha creado la situación con su propia rebeldía, cual aquí ocurre, lo que por aplicación de lo dispuesto en el art. 11.1 y 2 LOPJ, debió dar lugar a la automática suspensión del curso de los autos tramitados en la segunda instancia hasta que dicha señora se hubiese presentado ante los Tribunales españoles, situación que se refuerza por el sintomático hecho de que el procesamiento de la misma y de don Alain V. lo fue por delitos de estafa y falsedad en documentos mercantiles, que tan íntima conexión tienen con lo que es objeto de su demanda.

De acuerdo con lo que se acaba de indicar, lo procedente es declarar la nulidad de lo actuado desde el momento comprendido en los días señalados para dictar sentencia en el art. 701-III LECiv, quedando por tanto en suspenso el plazo para dictarla hasta la terminación del procedimiento criminal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 362 de dicha Ley Procesal.

de ley o procesal; esto es, debe regirse por lo que podríamos denominar genéricamente *principio de probidad*, que se concreta en términos de Walter ZEISS, en la imposibilidad de reconocer eficacia jurídica a aquella conducta que, si bien es admisible según el ordenamiento procesal, ofende al recto sentimiento de la justicia (*El dolo procesal*, Buenos Aires, 1979, págs. 2 y 154).

En el presente caso, como seguidamente analizaremos, concurren todas las eventuales circunstancias para pensar que estamos en presencia de una de las situaciones previstas en el art. 11 LOPJ. Así, Dña. Marianne R. inició un pleito civil sobre reclamación de cantidad en virtud de unos documentos, la falsedad de los cuales se intentó poner de relieve por parte del demandado en un posterior proceso penal. En éste, después de investigarse los presuntos delitos de estafa y falsedad en documento mercantil cometidos por Dña. Marianne B., se decretó su procesamiento así como su prisión provisional. Al desconocerse el paradero de la misma, tuvo necesariamente que declararse su rebeldía y el archivo del sumario hasta tanto no fuese habida (art. 840 LECrim). A pesar de que el pleito civil fue oportunamente suspendido, al concurrir el supuesto de prejudicialidad penal recogido en el art. 360 LEC, el actor (procesado rebelde en la causa criminal) instó el alzamiento de esta situación procesal, cosa que consiguió, obteniendo finalmente una sentencia civil favorable a sus intereses. Ello fue posible debido a que nuestra Ley Rituaria permite que el proceso civil tenga lugar sin la presencia física del demandante, mediante la intervención de su procurador y abogado quienes le representan y defienden, respectivamente (arts. 3, 5, 6 y 10 LEC); así como a la existencia de cierta doctrina jurisprudencial que, ante el archivo de la causa penal, consiente excepcionalmente el levantamiento de la suspensión del proceso civil (f.j. 5.º).

Pues bien, a pesar de que el ordenamiento procesal autorice, *a priori*, la actuación llevada a cabo por la parte demandante (en el proceso civil) y procesada (en la causa criminal), resulta inadmisibles que ésta con su actitud consiga burlar la acción de la justicia penal y a su vez se vea beneficiada por la civil, máxime cuando, como acontece en el supuesto aquí planteado, el proceso penal iba dirigido a la averiguación de delitos íntimamente ligados con lo que constituía el objeto de la demanda civil. Por ello, el Tribunal *a quo* no debió, a nuestro entender, decretar el alzamiento de la suspensión de la causa civil, ya que como indica FAIRÉN GUILLÉN, el proceso nunca puede utilizarse como un instrumento para cometer fraude (*Doctrina General del Derecho Procesal*, Barcelona,

1990, pág. 37). El TS, al no poder legitimar la presente actuación fraudulenta de Dña. Marianne R., decreta la nulidad de actuaciones por infracción del art. 11.2 LOPJ, que si bien no fue invocado por el recurrente resulta de aplicación, *ex officio*, en virtud del principio *iura novit curia*, ordenando la remisión de la causa al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia de primera instancia, quedando en suspenso este proceso hasta tanto recaiga una resolución definitiva en el proceso penal.

JOAN PICÓ I JUNOY

LITISPENDENCIA ALEGADA EN UN PROCESO SUMARIO DE DESAHUCIO POR EXISTIR UN PROCESO DECLARATIVO ANTERIOR EN EL QUE SE DISCUTE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: RECHAZO POR NO EXISTIR IDENTIDAD DE CAUSAS DE PEDIR

STS 16 febrero 1994 (A. 1615).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El motivo primero, por el cauce del número 2.º del artículo 1.692, plantea que el proceso se ha tramitado por cauce inadecuado puesto que no pueden resolverse todas las cuestiones suscitadas en el pleito y contenidas en el contrato de arrendamiento por la vía del juicio sumarial de desahucio.

El motivo no puede prosperar porque la demanda se ha tramitado de conformidad con las alegaciones de la actora, que instó el desahucio por expiración del término de un contrato de arrendamiento de industria y, en consecuencia, por la vía del juicio de desahucio debió tramitarse y se tramitó, cualquiera que fuere el resultado a la hora de dictarse la sentencia. Este criterio es el reiterado por la Sala en Sentencias, entre otras, de 26 noviem-

bre 1968, 10 marzo 1971, 25 marzo 1993 y 10 junio 1993.

La Audiencia, cuya resolución se impugna en el uso de sus facultades interpretativas, acepta que el contrato de autos es un contrato de arrendamiento de industria y por ello está bien seleccionado el cauce procesal. A ello se añade que el problema de fondo suscitado es el de la duración del contrato, que evidentemente no tiene naturaleza de cuestión compleja, y que no cabe involucrar otras cuestiones para conseguir la dilación del fin del proceso y seguir poseyendo la cosa arrendada.

Segundo: El motivo segundo plantea, por el cauce del número 5.º, la infracción de los artículos 1.252.1.º y 1.281, en relación con el 1.282 y el 1.285, del Código Civil.

Respecto del primero entiende que debió apreciarse litispendencia entre el presente proceso y otro suscitado por el cauce de juicio de menor cuantía en que se pide la calificación jurídica del contrato

como contrato de arrendamiento de local de negocio; y respecto de los segundos por entender que se violan al no obtener la Sala con apoyo en ellos la conclusión de que el contrato fue un contrato de arrendamiento de local de negocio.

Prescindiendo de que el motivo involucra cuestiones de naturaleza procesal y otras de naturaleza sustantiva, como son la existencia de litispendencia y la violación de normas de interpretación, que debieron plantearse con apoyo en otros números del artículo 1.692 (en el número 3.º la litispendencia), y prescindiendo también de cuál hubiera sido la duración de un contrato firmado en 1986, se entra a conocer del motivo, y se desestima.

El motivo plantea la infracción del artículo 1.252 razonando que el precepto recoge las identidades de la cosa juzgada (cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron), que son los mismos que permiten apreciar entre dos procesos si se da o no litispendencia, que obligaría a esperar la resolución del primer litigio para evitar la contradicción entre resoluciones.

Como la teoría expuesta es la atinada, conviene analizar si en el caso de autos concurre dicha identidad, y la conclusión es la negativa, como ya razonaron las dos resoluciones de instancia. La causa de pedir es distinta; en el primer proceso la determinación a efectos puramente declarativos de la natu-

raleza del contrato, y en el presente la extinción del contrato por transcurso del tiempo de vigencia. Plantear ahora una, digamos, cuestión prejudicial civil como exigencia necesaria para decidir otro proceso civil, no puede admitirse cuando el Juez tiene suficientes elementos de juicio para determinar la naturaleza del contrato cuya extinción se reclama y que obra unido a los autos. Basta leer el documento para aventurar la conclusión de que sólo una voluntad reuente a abandonar la posesión del Hotel puede servir de apoyo al motivo.

La cuestión de la infracción de las normas de interpretación aconseja recordar que es criterio constante de esta Sala que la interpretación de los contratos corresponde a la Sala de instancia, cuyo criterio prevalece en casación salvo que sea ilógico o ilegal, lo que no sucede en el caso de autos, en que la parte se limita a obtener unas conclusiones interpretativas subjetivas y contrarias a las objetivas e imparciales obtenidas por la Audiencia, cuyo criterio nada tiene de ilógico y no viola ninguno de los artículos citados, pues es el que se corresponde al propio tenor del documento.

Tercero: Las costas se imponen al recurrente, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir, según dispone el artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En esta resolución, el TS realiza dos pronunciamientos, el primero de los cuales no resulta problemático. La actora, «HOSTOMISA, S.A.», había instado un juicio sumario de desahucio contra don José Florencio

L.M. por expiración del término de un contrato de arrendamiento de industria, considerado como tal por la propia Audiencia. Sin embargo, el demandado recurre en casación por el cauce del número 2.º del artículo 1.692, alegando que ese cauce del juicio de desahucio es inadecuado, puesto que por él se habían resuelto cuestiones que serían más bien objeto del juicio declarativo correspondiente (v. gr. la duración del contrato). El Tribunal rechaza este motivo y advierte que es criterio reiterado por la Sala que el juicio de desahucio procede siempre que se inste por expiración del término de un contrato de arrendamiento de industria, «cualquiera que fuere el resultado a la hora de dictarse la sentencia», sin que quepa «involucrar otras cuestiones para conseguir la dilación del fin del proceso y seguir poseyendo la cosa arrendada».

Más interés presenta el segundo pronunciamiento de la Sala, que responde a su vez al segundo motivo planteado por el recurrente por el cauce del antiguo número 5.º del artículo 1.692 LEC (actual número 4.º), en el que encontramos dos cuestiones distintas:

a) Por un lado, el recurrente sostenía que se habían vulnerado los artículos 1.281, 1.282 y 1.285 Cc., «al no obtener la Sala con apoyo en ellos la conclusión de que el contrato fue (...) de arrendamiento de local de negocio». El Tribunal rechaza esta alegación, en base al criterio «constante» de que la interpretación de los contratos de la Sala de instancia prevalece en casación salvo que sea ilógica o ilegal, lo cual no ocurre en este caso.

b) Por otro lado, afirmaba el recurrente «que debió apreciarse litispendencia entre el presente proceso y otro suscitado por el cauce de juicio de menor cuantía en que se pide la calificación jurídica del contrato como contrato de arrendamiento de local de negocio». El TS entra a conocer del motivo, aunque advierte que el cauce para denunciar la litispendencia en casación es el número 3.º del artículo 1.692 LEC, y lo desestima, en base a que considera que no se da la triple identidad del art. 1.252 Cc., que ha de exigirse para que exista litispendencia. En concreto, ratifica la Sala el criterio de las de instancia de que la causa de pedir es distinta: «en el primer proceso la determinación a efectos puramente declarativos de la naturaleza del contrato» y, en el segundo, «la extinción del contrato por transcurso del tiempo de vigencia», y añade un último argumento, cuando afirma que no cabe admitir una «cuestión prejudicial civil» cuando el Juez «tiene suficientes elementos de juicio para determinar la naturaleza del contrato cuya extinción se reclama y que obra unido a los autos».

Pese a la aparente claridad de la postura del Tribunal, una observación detenida del supuesto de hecho suscita dudas importantes. Es posible que la causa de pedir en ambos procesos sea diversa y que, en consecuencia, no se produzca la triple identidad exigida por la jurisprudencia para la litispendencia. No obstante, esta exigencia jurisprudencial (que no legal) ha sido quebrada por el propio TS, cuando en algunas resoluciones ha apreciado la excepción, aunque no se den las tres identidades exigidas para la cosa juzgada, en aquellos supuestos en que el pleito anterior «interfiere o prejuzga el segundo pleito» [v.gr. STS 25 noviembre 1993 (A. 9.135), entre otras].

Aclarado lo anterior, afirmar que esa «interferencia» se produce en este caso no parece descabellado. En efecto, hay que tener en cuenta que si el primer proceso (el declarativo) hubiese terminado por sentencia, la declaración que ésta hiciese acerca de la naturaleza del contrato sería cosa juzgada y vincularía al proceso sumario posterior (la solución sería diversa si fuese el proceso sumario el primero en el tiempo, puesto que la cuestión de la naturaleza del contrato siempre sería susceptible de ser discutida en un declarativo posterior). Si aceptamos que la litispendencia es una suerte de «cosa juzgada preventiva», que responde a la finalidad de paliar la inevitable duración del proceso (se trata de garantizar que el primer proceso tendrá la misma eficacia que si se hubiere iniciado y terminado el mismo día), ¿no debería producirse aquella vinculación también cuando los procesos se encuentran pendientes? De aceptarse lo anterior, el argumento de que el juez que conoce de la segunda demanda tiene elementos de juicio suficientes para determinar la naturaleza del contrato no es válido, porque, precisamente, esa determinación se halla pendiente en un proceso declarativo anterior, cuya eficacia se ve truncada de no respetarse su prioridad temporal. De cualquier modo y como en casi todas las cuestiones, se admiten sugerencias...

FRANCISCO MÁLAGA DIÉGUEZ

COMISIONES ROGATORIAS

BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE CODIGO PROCESAL PENAL PARA LA REPUBLICA DE EL SALVADOR*

JOSÉ DE LOS S. MARTÍN OSTOS
Catedrático de Derecho Procesal

PALABRAS PREVIAS

La presente obra constituye un primer borrador de lo que, con las imprescindibles aportaciones, críticas, sugerencias y correcciones de los diversos sectores jurídicos del país, tras los convenientes debates y discusiones públicas, a distintos niveles, de todos los implicados en la justicia penal, podría constituir en su día el punto de partida de un definitivo Anteproyecto de Código Procesal Penal.

Sobre la edición de las Bases, presentadas en el mes de septiembre y corregidas en octubre, se ha procurado articular un cuerpo normativo

* El mítico año 1992 lo pasé en Centroamérica, como Consultor Externo del Ministerio de Justicia salvadoreño, colaborando en el Proyecto de reforma judicial para aquel país. Entre los numerosos trabajos realizados, destaca este Borrador de anteproyecto de Código Procesal Penal, del cual me corresponde la autoría en su totalidad. Con posterioridad, han intervenido otras personas y el texto definitivo aún no ha sido aprobado por la correspondiente Asamblea Legislativa. Por ello, estimo oportuna su publicación, con objeto de difundir la primitiva redacción y para evitar posibles malentendidos en el futuro.

moderno, armónico y, por supuesto, constitucional, sin olvidar la tradición jurídica del país y su realidad político-social.

En la labor se ha contado con los meritorios trabajos de reforma parcial de la legislación procesal penal salvadoreña, elaborados por la Unidad de Apoyo Técnico para la Reforma Judicial, dependiente del Ministerio de Justicia, así como con el material resultante del encuentro científico entre miembros de esta Unidad técnica e ilustres juristas extranjeros, celebrado en San Salvador durante la primera quincena del mes de julio de este año.

Es ésta una propuesta abierta, en modo alguno intransigente, cuya flexibilidad sin duda podrá redundar en beneficio de todos.

Sólo resta, pues, manifestar el agradecimiento a la empresa CHECCHI AND COMPANY CONSULTING, INC., gracias a la cual ha sido posible realizar este trabajo, así como a la Unidad de Apoyo Técnico para la Reforma Judicial, del Ministerio de Justicia de El Salvador, en cuyo seno se ha llevado a cabo el mismo a lo largo del presente año.

San Salvador (El Salvador, C. A.),
diciembre de 1992.

ANTEPROYECTO DE CODIGO PROCESAL PENAL

EXPOSICION DE MOTIVOS

I

Existe la generalizada opinión, en la sociedad jurídica salvadoreña, de que la actual Administración de Justicia no es lo idónea que sería deseable. Por lo que se refiere a la justicia penal, gran parte de la culpa se le atribuye a los textos legales existentes, de manera especial al Código Procesal Penal.

En efecto, aunque de fecha relativamente reciente, el vigente cuerpo ritualario penal no presta satisfactoriamente el servicio que, próximos a terminar el siglo veinte, demanda una república como la nuestra.

El mencionado Código, de factura y sistemática algo deficientes, parece obedecer más a modelos jurídicos ya superados, que al reto político y social con que se enfrenta El Salvador en la presente coyuntura histórica. Así, regula determinadas instituciones (por ejemplo, las medidas cautelares personales) con arreglo a criterios que, de acuerdo con la ciencia procesal moderna y con las regulaciones de los países que podemos considerar más avanzados en el campo de la protección de los derechos humanos y del proceso garantista, no son válidos para el momento presente; además, el empleo de la ter-

minología técnica no es siempre el más acertado (por ejemplo, la confusión, en ocasiones, entre las distintas resoluciones a dictar por el órgano judicial); sin olvidar, lo que es más grave, la inclusión de instituciones caducas (por ejemplo, la consulta, que ya no existe en la mayoría de los países civilizados y mejor organizados socialmente).

Por otra parte, el Código Procesal Penal de 1973 se inspira en un sistema procesal, el inquisitivo, completamente desfasado. Según se regula en el mismo, el juez instructor es el mismo que conoce y falla, lo que hoy día se considera como una quiebra de la debida imparcialidad que debe adornar al juzgador.

Por si no fuera suficiente, se concede valor probatorio a la confesión extrajudicial, con la posibilidad (al menos, teórica) de que sea obtenida por procedimientos no ajustados a Derecho, mientras la asistencia de abogado no resulta garantizada en todos los casos.

Pero, si los derechos fundamentales del imputado no reciben el tratamiento requerido por la Constitución y por los instrumentos internacionales vigentes en el país, tampoco la víctima es merecedora de una especial protección a lo largo del proceso, siendo olvidada con frecuencia y sufriendo un desamparo evidente.

Es por lo expuesto a grandes rasgos por lo que, desde los diversos sectores jurídicos de nuestro país, se levanta un clamor de cambio para el proceso penal.

Nadie mejor que los propios profesionales del Derecho para estimar que ha llegado el momento de proceder a la aprobación de un nuevo Código Procesal Penal para la República de El Salvador.

II

El nuevo Código Procesal Penal, de cuya presentación sirve esta Exposición de Motivos, pretende responder a las exigencias planteadas por la situación jurídica del país y a las necesidades de reforma denunciadas desde los sectores relacionados con la Administración de Justicia.

Con escrupuloso respeto a la Constitución y a los instrumentos internacionales, se fundamenta en los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción e igualdad de las partes, principios todos ellos consagrados en el derecho a un proceso con todas las garantías, recogido en el artículo doce de la Magna Carta salvadoreña.

En el mismo se da un significativo paso adelante, separando definitivamente, es de esperar que de modo irreversible, el órgano encargado de la instrucción preliminar de aquel al que se le atribuyen el conocimiento y el fallo del asunto. Coincide así el presente Código con el camino emprendido por los países más democráticos y avanzados en el campo del Derecho.

Al mismo tiempo, se fortalece la importancia del juicio oral, considerando la instrucción como una mera preparación de esta fase fundamental del enjuiciamiento penal.

La simplificación del proceso declarativo, junto con el establecimiento de un solo cauce procedimental ordinario para el enjuiciamiento de los delitos y otro de las faltas, coadyuvará a facilitar el funcionamiento de la justicia penal en nuestro país.

El imputado recibe un tratamiento garantista y protector, ajeno por completo a los esquemas inquisitivos de épocas pasadas, con el previo reconocimiento de su presunción de inocencia, que habrá que destruir con las pruebas en el juicio oral, junto a una permanente asistencia y defensa de abogado, desde el primer momento de la persecución penal hasta el término de la ejecución de la sentencia de condena, en su caso.

Tampoco se olvida, como con acierto es denunciado por algunos sectores sociales en la actualidad, el papel de la víctima del delito. A tal efecto, se incorporan unas medidas de protección de ésta, que mejoran notablemente su posición procesal, corrigiendo en parte el abandono en que durante mucho tiempo ha estado sumida (entre otras, las si-

guientes: derecho a abogado de oficio, para presentar querrela; manifestación expresa, no tácita, del ejercicio de la acción civil en el proceso penal; derecho del actor civil a abogado de oficio; la víctima es parte, por imperativo legal, de modo automático; si el fiscal solicita el sobreseimiento y no hay querellantes, se le informa por si desea defender su acción; posibilidad de impugnar el sobreseimiento definitivo y la sentencia absoluta; uso de la palabra al final del juicio oral, en primera instancia y en casación).

Precisamente, en relación con lo expuesto y en aras del interés de la sociedad ante la comisión de hechos punibles, se generaliza la figura del acusador popular en los procesos por delitos perseguibles de oficio, a semejanza de otros ordenamientos jurídicos en los que la acción popular ha producido excelentes resultados, al mismo tiempo que se incrementa la participación popular en la Administración de Justicia.

Participación popular de la que es fiel exponente la institución del jurado, centenaria en nuestro proceso penal y consagrada por mandato constitucional. Al igual que está ocurriendo en la mayor parte de los países más avanzados de Europa, se ha optado por la versión evolucionada del jurado, esto es, por el escabinado, de modo que se respeta la presencia en el tribunal, para el enjuiciamiento de determinados delitos, de ciudadanos legos en Derecho, al mismo tiempo que se evitan algunos graves problemas del jurado tradicional, cual es el de la falta de motivación de la sentencia, que hoy día se interpreta como una quiebra del derecho a un proceso con todas las garantías.

Además de lo expuesto, el nuevo Código Procesal Penal se pronuncia decididamente por una sola instancia para el juzgamiento por delitos, a la par que se abre notablemente el abanico de supuestos para recurrir en casación, sin olvidar una regulación más acertada de la competencia, de los sujetos procesales, de las medidas cautelares y de la propia ejecución de la sentencia, entre otras materias.

En suma, como puede desprenderse del comentario que sigue sobre los diferentes apartados del nuevo cuerpo rituario, se ha pretendido la confección de un Código regulador del proceso penal, que verdaderamente represente un importante avance científico respecto a los Códigos existentes a lo largo de nuestra historia.

En su elaboración, se han tenido en cuenta tanto los textos, vigentes o en proyecto, procesales penales de representativos países de América (Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador y Guatemala), sin olvidar el conocido Código modelo para Iberoamérica, como de otros del continente europeo (Alemania, España, Italia y Portugal). El estudio de ellos ha servido unas veces para trasladar algunas de sus instituciones o líneas inspiradoras generales, otras para adaptarlas al medio jurídico salvadoreño y, en ocasiones, para huir de las soluciones ofrecidas e intentar la búsqueda de respuestas propias.

Como resultado, el Código que se ofrece, sin perder su vinculación fundamental con el sistema jurídico al que históricamente pertenece, contiene elementos de otras naciones que han emprendido un camino por distintos derroteros jurídicos. Podría afirmarse que estamos ante un ordenamiento procesal penal de síntesis que, en cierta manera, significa un modelo propio salvadoreño, procurando en todo momento que el cambio legislativo no sea excesivamente brusco y que nuestro medio jurídico lo pueda asimilar con el menor costo posible.

Su extensión está acorde con similares ordenamientos de distintos países aprobados recientemente, habiéndose reducido en unos doscientos preceptos en relación con el anterior Código. Se ha dividido en seis libros, a los que se dedica el comentario que sigue.

III

El Libro primero se titula «Disposiciones generales» y contiene lo que tradicionalmente se ha considerado como la parte general de los Códigos y Leyes procesales. Está dividido en siete títulos.

El Título I se dedica a los principios fundamentales que inspiran el cuerpo normativo recogido a continuación. Constantemente está presente, con frecuencia incluso de forma literal, lo dispuesto en la Constitución salvadoreña y en los instrumentos internacionales sobre aspectos básicos de la Administración de Justicia, del órgano judicial y del propio imputado. Desde las características de unidad y exclusividad de la jurisdicción, pasando por la independencia de los jueces y magistrados, gratuidad de la justicia y principio de legalidad, entre otros, hasta los derechos del imputado relativos a la presunción de inocencia, información de la acusación, defensa técnica, juicio público con todas las garantías, etcétera, son consagrados como principios fundamentales a tener en cuenta necesariamente en el funcionamiento de la justicia penal.

En el Título II se regula la jurisdicción y la competencia. Como se indicó con anterioridad, se establece una sola instancia en el proceso por delito, atribuyendo la instrucción y el enjuiciamiento a distintos órganos, lo que constituye hoy día una exigencia básica de la debida imparcialidad del juzgador.

Para la generalidad de los casos, se dispone que sea el Juez de Paz el instructor. Ello es debido, además de ocupar el primer nivel de la organización judicial, al carácter de jurista que, por imperativo constitucional, debe adornarlo.

El enjuiciamiento y fallo corresponden a los Jueces de Primera Instancia y a las Cámaras de Segunda Instancia, según que el delito en cuestión esté sancionado con una pena privativa de libertad que no supere o sea mayor, respectivamente, de tres años.

Los recursos de casación y de revisión se atribuyen a la Corte Suprema de Justicia.

Para las faltas se establece la doble instancia, aunque, lógicamente, sin ulterior recurso.

La regulación de la competencia territorial y de la conexión no presenta novedades merecedoras de especial mención.

Se distingue acertadamente entre conflictos de jurisdicción, conflictos de competencia y cuestiones de competencia, teniendo presente para su resolución lo que la Constitución prescribe respecto a la Asamblea Legislativa y a la Corte Suprema de Justicia (artículos 131.21º y 182.2º); la tramitación procedimental prevista para la declinatoria y para la inhibitoria es común.

En cuanto a la abstención y a la recusación de todo el personal oficial que interviene en el proceso, a la usual relación de causas de exclusión se añade el motivo del que incurra en alguna circunstancia, grave y razonable, que pueda afectar a la debida imparcialidad.

Los títulos siguientes están dedicados a la acción y a las partes procesales.

Acción penal y acusación es la rúbrica del Título III, dividido, a su vez, en cinco capítulos.

Comienza con la afirmación relativa a que de todo delito o falta se deriva el ejercicio de una acción penal, clara consagración del principio de legalidad por el que apuesta el Código.

Al Ministerio Fiscal se le atribuye no sólo la defensa de los intereses del Estado y de la sociedad, la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad y el velar por el desarrollo del procedimiento conforme a ley, sino que, en virtud del inciso tercero del artículo 193 de la Constitución, también le corresponde dirigir la investigación del delito, sin que ello limite, naturalmente, la autonomía del juez en la investigación de los hechos sometidos a su conocimiento. Esta expresa afirmación presupone, además de otros elementos de juicio que serán objeto del comentario al Libro segundo, que la investigación del delito por parte de la policía se realizará bajo la dirección del Ministerio Fiscal, mientras que la instrucción preliminar, o investigación judicial, corresponde exclusivamente a la autoridad judicial.

La generalización de la acción popular para todos los delitos perseguibles de oficio es, sin duda alguna, una importante novedad en nuestro ordenamiento procesal. Se parte

del carácter público de estos delitos y se fundamenta en la naturaleza democrática de la institución, alejada de toda tentación de concentrar el ejercicio de la acción pública exclusivamente en un órgano del Estado. Al mismo tiempo, se suaviza la posible sospecha en torno a la hipotética manipulación o dirección intencionada de la labor de algunos órganos de la fiscalía. Se estima que corresponde al Estado, dentro de la política social, establecer la política criminal y determinar qué delitos son perseguibles de oficio y cuáles a instancia de parte. Una vez decidido esto ¿qué razón hay para que el Ministerio Fiscal ejercite la acción penal y no lo pueda hacer un acusador popular?

Y si se permite el acusador popular, con mayor razón hay que admitir al querellante particular, víctima directa del delito, o sus herederos, a los que se reconoce también el derecho a la asistencia y defensa de abogado de oficio.

Para los delitos perseguibles a instancia de parte, se contempla la figura del acusador privado, con la novedad de que, aunque en defecto de la víctima pueden querellarse sus herederos, éstos lo harán de acuerdo a un orden excluyente.

El Título IV se refiere al imputado y a la defensa.

El imputado gozará, desde el primer momento de la persecución penal, de todos los derechos inherentes a esta condición, entre los que destaca, lógicamente, el de presunción de inocencia. Por otra parte, en correlación con la jurisdicción de menores, se fija en dieciséis años la mayoría de edad penal; cualquier posible reforma en el futuro habrá de afectar necesariamente a los textos reguladores de ambas jurisdicciones.

Hay que destacar la prohibición de que un imputado pueda ser juzgado en rebeldía. En este sentido, se exige que deba ser oído durante el juicio oral y, además, que sea apto mentalmente, por lo que tampoco podrá ser enjuiciado si carece en ese momento de la necesaria capacidad mental. En relación con lo último, se prevé el supuesto de que, por razones de urgencia o de fuerza mayor, pueda decretarse el internamiento de una persona previamente a la declaración de incapacidad mental.

En la primera comparecencia ante la policía y ante la autoridad judicial, se procederá a la identificación del imputado, contemplándose la posibilidad de que éste no colabore y autorizándose aquélla por medio de testigos, fotografías, huellas dactilares o cualquier otro medio de características similares. También, llama la atención la posibilidad de, con vista a la identificación, proceder a la extracción de sangre, o realizar otra intervención, análisis o registro corporal; si el imputado no diere su consentimiento, habrá de practicarse en cumplimiento de orden emanada del juez instructor y será llevado a cabo por un perito en la materia, del mismo sexo si afectare a su intimidad y, en todo caso, con garantía razonable de que ello no perjudicará su salud. La resolución judicial, por afectar a los derechos fundamentales de la persona, habrá de revestir la forma de auto, que será apelable en ambos efectos. La diligencia se practicará solamente a efectos de identificación y el resultado no tendrá ningún valor probatorio en el proceso, si se obtuvo sin el consentimiento expreso del imputado. En tan polémica cuestión, se ha optado por una posición intermedia, algo distante de las radicales opiniones doctrinales que han emitido algunos autores.

La declaración del imputado ante la policía, el fiscal, o el juez, es objeto de un casuístico tratamiento. Aspectos como el derecho a no declarar, la asistencia de abogado y de intérprete, la prohibición de intimidación o violencia de cualquier clase, el predominio de la oralidad, sin renunciar al auxilio de medios auxiliares, la presencia de las partes, el respeto a la dignidad del declarante, entre otros, reciben una pormenorizada regulación.

Pero, es la declaración ante la policía la que, debido a los denunciados abusos en la obtención de la confesión extrajudicial, despierta mayor interés. También, en esta cuestión se ha optado en cierta manera por una solución intermedia. En primer lugar, hay que manifestar que el plazo de detención administrativa se reduce sustancialmente; de las setenta y dos horas autorizadas por el Código Procesal Penal de 1973 se pasa a un

período máximo de detención en la policía de veinticuatro horas, sin prórroga alguna; transcurrido dicho plazo, el detenido ha de ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. En segundo lugar, la policía se limitará, durante la permanencia del imputado en sus dependencias, a la identificación del mismo. No le podrá interrogar, ni invitar a declarar, sobre la participación en el hecho punible; si manifestare voluntad de declarar sobre esto último, se le informará que inmediatamente será trasladado a presencia del juez instructor ante quien podrá hacerlo. Hasta aquí la misma solución que han adoptado algunos ordenamientos jurídicos, estimando con acierto que a la policía no le corresponde la función de interrogar, ni de recibir declaraciones sobre la participación en el hecho punible, pues la mera contemplación de tal supuesto podría abrir la puerta a posibles declaraciones bajo amenaza o intimidación. Sin embargo, hay que tener presente, también, que el imputado tiene derecho a manifestar lo que estime conveniente ante cualquier autoridad, máxime en lo relativo a la imputación que se le hace de un hecho punible, que puede tener graves consecuencias para su vida. Impedirle, de modo absoluto, que pueda hacer alguna declaración ante la policía, a pesar de su libre voluntad y en presencia de su abogado, manifestando algo, suministrando información, denunciando un mal mayor u otros posibles supuestos, no parece muy razonable, entre otros motivos porque si lo hace, en alta voz o por medio de un documento tramitado por conducto oficial, difícilmente los funcionarios de policía se podrán dar por no enterados. En virtud de ello, se ha optado por establecer que si el imputado realiza declaraciones sobre su participación en el delito, o aporta documentos o piezas de convicción en relación con el hecho punible que se le imputa, se remitirán dichos testimonios y elementos a la autoridad judicial, a los efectos que procedan. Pero, aún más, si el imputado, a pesar de la advertencia hecha por los funcionarios de policía, relativa a que será trasladado de inmediato ante el juez instructor si desea declarar sobre su participación en el hecho, manifestare, consciente y libremente, en presencia de abogado, su deseo de hacer alguna declaración, incluida la referente a su participación en el delito, aquellos se la tendrán que recibir, haciéndola constar en acta y entregando al imputado una copia de ella en forma. Eso sí, durante el acto de la declaración, los miembros de la policía se limitarán a recibirla, sin hacer ninguna pregunta ni solicitar aclaración alguna.

Tampoco la defensa del imputado ha estado en nuestro país adornada de las garantías exigidas por la Constitución y por los instrumentos internacionales aquí vigentes. La posibilidad de que una persona sometida a proceso penal fuere asistida y defendida por quien carece de la capacidad técnica requerida es una situación verdaderamente escandalosa. Por tal motivo, el problema se ha abordado directamente, con un pronunciamiento contundente, proclamando el derecho de todo imputado por delito a la asistencia y defensa de abogado, desde el primer acto de persecución penal contra él y hasta el término de la ejecución de la sentencia. Se proclama la expresa nulidad de lo actuado con violación de este derecho fundamental.

Por supuesto que, para quien carece de los recursos económicos necesarios, está prevista la designación de abogado de oficio, a cargo del Estado, en línea con los ordenamientos jurídicos más progresistas. Del mismo modo, se reconoce la posibilidad de cambio de abogado, así como el secreto de la comunicación entre éste y su defendido.

El Título V está referido a la acción civil.

El ejercicio de ésta en el proceso penal ha de manifestarse expresamente por la víctima o por sus herederos, pues, de lo contrario, se entiende que se reserva para la vía civil, a diferencia de lo que en la actualidad sucede en algunos ordenamientos jurídicos, que se pronuncian por la solución contraria. Así, no se penetra indebidamente en el ámbito de disposición de la víctima, sin que haya que interpretar su silencio como una autorización para proceder.

En línea con la debida protección a la víctima, se reconoce el derecho del actor civil a la designación de abogado de oficio, si lo solicitare.

Sobre los actos procesales trata el Título VI, que se estructura en cinco capítulos. El primero de ellos contiene las disposiciones generales; principia con la tramitación de oficio, al tratarse de un proceso de claro interés público, que no puede dejarse a la iniciativa de las partes; no se olvidan la forma de los actos, el lugar y el tiempo; el secretario judicial recibe un mejor tratamiento, destacando la imprescindible presencia de este fedatario a lo largo del procedimiento, so pena de nulidad de lo actuado.

El capítulo segundo introduce un conveniente orden dentro de las resoluciones judiciales en nuestro proceso penal. No sólo se vuelve a la clásica clasificación de providencias, autos y sentencias, en función de la importancia del acto procesal, sino que también se fijan unos plazos restringidos para su dictado, con la posibilidad de que la parte se dirija por medio de escrito de queja al juez o tribunal superior inmediato al que debió haber dictado la resolución en su día, por retardo de ésta; igualmente, podrá dirigirse al órgano de gobierno de la magistratura, denunciando la demora de un pronunciamiento judicial.

La notificación de las resoluciones es función que corresponde indubitadamente al secretario judicial, como máxima autoridad de la oficina judicial, a efectos administrativos. Se permite que pueda habilitar a un funcionario del juzgado o tribunal para la notificación de algunas, así como que, lógicamente, se utilice el correo, telégrafo u otro medio técnico de comunicación, aunque, eso sí, con constancia de la notificación y de su contenido.

Subsisten las notificaciones por edicto y a través de los medios de comunicación, en circunstancias excepcionales y para cumplir el cometido de publicación de las resoluciones. En cuanto a la forma de éstas, toda resolución judicial habrá de expresar si es o no firme y, en su caso, los recursos procedentes contra la misma, órganos ante los que pueden interponerse y plazos, para evitar la posible indefensión de las partes y lograr una tutela judicial efectiva y no meramente programática.

Hoy día, con la creciente complejidad de la organización social y el desarrollo de los medios de transporte y de comunicación, resulta más necesario aún el auxilio de los órganos judiciales entre sí y de éstos con los de los restantes poderes del Estado, a la vez que con los equivalentes de otros países. A tal efecto, a nivel nacional y para la comunicación entre juzgados y tribunales, se simplifica la cuestión estableciendo el tradicional exhorto como único medio. En cuanto a la comunicación de los órganos judiciales con los de otros poderes del mismo Estado, sea cual fuere su rango y clase, se utilizará la forma de atento oficio. De esta manera, se opta por soluciones sencillas, útiles y, al mismo tiempo, respetuosas. Por lo que se refiere a los órganos de otros países, habrá de estar a lo dispuesto en los instrumentos internacionales, en el supletorio Código de Procedimiento Civil y en el Derecho internacional de aplicación al caso.

En materia de actos procesales, la nulidad suele ser frecuentemente una fuente de problemas y contradicciones en ciertos ordenamientos procesales, incluso modernos. Para evitar esto, una vez más se ha buscado la sencillez. Se parte de la consideración, elemental por otra parte, de que los actos practicados con absoluta falta de jurisdicción, o de competencia material o funcional, o bajo violencia o intimidación grave, o sin los requisitos básicos exigidos en el Código, o que produzcan efectiva indefensión, son nulos de pleno derecho. Las partes podrán plantear la nulidad por medio de los recursos establecidos en la ley, pero, además, el juez o tribunal podrá, de oficio (lo que tampoco impide la petición previa de las partes), antes de dictar sentencia y si no procede la subsanación, una vez oídas las partes, declarar la nulidad de todo o parte de lo actuado. El criterio de la nulidad es restrictivo, en el sentido de evitarla en cascada y procurar salvar la validez de los que sean independientes del declarado nulo; el mismo criterio se utiliza respecto a la nulidad parcial; en similar dirección, previamente se tenderá a la subsanación de los actos de parte, si es posible.

Se cierra el Libro primero de este Código con el Título VII, sobre los medios de

prueba que, tradicionalmente y aún hoy día en muchos cuerpos procesales penales, han estado regulados en los libros siguientes, referidos a la instrucción o, incluso, al propio juicio oral. La razón de esta innovación se debe, en coincidencia con otros ordenamientos procesales modernos, a la consideración de que la prueba, que puede producirse tanto durante la instrucción preliminar como a lo largo del juicio oral, a su vez, dentro del proceso declarativo ordinario y de los especiales, incluso en los recursos, es una materia que debe estar regulada en la parte general del Código, válida para todo el resto del mismo y no en otro libro, como si se tratara de una institución exclusiva y específica de un determinado trámite procesal. Todo ello sin dejar de reconocer, como se hace en el Capítulo primero de los cinco en que se divide este título, que, como principio general, la prueba se practicará durante el juicio oral, con publicidad, audiencia y contradicción de las partes. Sin embargo, a continuación, se contempla el supuesto excepcional de la prueba anticipada, siempre que se respeten los antedichos principios y no se produzca indefensión.

Aunque el listado de medios de prueba es cerrado, en cuanto que sólo se regulan los tradicionales, se deja abierta la posibilidad de practicar y valorar como tales a cualquier otro que se asemeje a los contenidos en este Código.

Las partes solicitarán la práctica de diligencias probatorias, cuyo control de admisión se atribuye al juez o tribunal; sin embargo, también el órgano judicial podrá acordar, de oficio, la práctica de diligencias de esta naturaleza, siempre que se desprendan de dudas emanadas del propio debate y de las practicadas a instancia de parte.

En coincidencia con los ordenamientos procesales más avanzados en el respeto de los derechos humanos, se excluyen expresamente la prueba prohibida y la prueba ilícita, declarándose que, en el supuesto de que se practiquen y aporten al proceso, no surtirán ningún efecto, siendo nulas de pleno derecho su práctica y aportación, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir los causantes de la misma.

Otro aspecto de gran importancia en materia de prueba es el relativo a su valoración. Se pone fin a la confusión de distintos sistemas de valoración y se toma partido por las reglas de la sana crítica. Se abandona la prueba tasada, que contiene significativas muestras en el Código que se deroga, así como la valoración en conciencia, que está en estrecha relación con el sistema de jurado tradicional, de corte sajón. A lo largo del Código, se procura una armonía de las instituciones procesales, correspondiendo este sistema de valoración de la prueba a un modelo de tribunal determinado, es decir, al compuesto exclusivamente por jueces técnicos, o por éstos y por legos, pero, bajo la forma del escabinado o versión moderna y evolucionada del jurado clásico.

Para la declaración del imputado, se remite a lo establecido en el Título IV del Libro primero del Código, principalmente, más algunas disposiciones específicas contenidas en el Capítulo segundo de este Título VII.

La prueba de testigos contiene una regulación, en términos generales, similar a la usual en los Códigos de procedimiento penal, con algunas particularidades. Así, entre las exenciones del deber de declarar, no se incluyen a los familiares de la víctima cuando ésta es un menor; se estima que, entre el valor de la familia y el del menor, debe prevalecer este último y son precisamente los familiares más allegados los únicos testigos existentes del delito cometido contra un menor, a veces; cabe citar aquellas situaciones de abusos que son los que producen mayor escándalo social y, lo que es más grave, un impacto de incalculables consecuencias en el menor. Precisamente, también, cuando el testigo fuere menor de edad penal, se rodea la diligencia en cuestión de ciertas particularidades en atención al mismo (declaración fuera de la sala de audiencia, sin público ni policía, con posible presencia de psicólogo o pedagogo y utilización de medios auxiliares que la faciliten).

La relación de personas exentas del deber de declarar y exentas del deber de con-

rrir a la citación judicial, pero no de declarar, se ha procurado ajustar a límites razonables. Lo mismo se ha hecho con las incompatibilidades de los peritos.

En la práctica de estas pruebas, lo que igualmente acontece en la de reconocimiento judicial, se atiende a los principios de igualdad, audiencia y contradicción de las partes, con presencia inexcusable del fedatario judicial, que extenderá acta de todo lo actuado.

En cuanto a los documentos y demás piezas de convicción de interés para el proceso, se contempla el supuesto de obtención de copia o reproducción, en aquellos casos que, atendiendo a su valor histórico, económico, artístico, sentimental, o de otra índole, el propietario prefiera no aportarlos directamente al proceso. No se olvidan las modernas técnicas de documentación, almacenamiento y reproducción de imágenes y/o sonido.

IV

El Libro segundo se dedica a la instrucción preliminar.

Esta se confiere al juez, concretamente, al situado en el nivel inferior de la organización judicial del país; por exigencia legal, es técnico en Derecho y, dado el número existente de los juzgados de esta clase, se cubre la totalidad del territorio nacional. En realidad, nuestro Juez de Paz no se ajusta a lo que suele entenderse como justicia municipal, de conciliación y de competencia muy restringida, ejercida por personas legas en Derecho. Sería conveniente, en un futuro no muy lejano, proceder a una reestructuración general de nuestra organización judicial.

La decisión de atribuir la instrucción preliminar del proceso penal al juez, en lugar de al Ministerio Fiscal como defienden algunos autores, no ha planteado ningún problema. En primer lugar, porque así venía siendo regulado en el país desde hace siglos, influido por el llamado sistema jurídico continental, al que El Salvador pertenece desde el punto de vista jurídico. En segundo lugar, porque se ha considerado que dicha función es más propia del Poder Judicial, especialmente cuando a lo largo de la instrucción hay que ir adoptando medidas y practicando diligencias que pueden afectar a los derechos fundamentales de las personas, que exigen un control judicial. Si la instrucción se dejara en manos del fiscal, habría que establecer, a su vez, un control judicial sobre determinados actos de aquel. En tercer lugar, se respeta más la debida igualdad de las partes, aún durante esta etapa preparatoria del juicio oral, en la medida de lo posible. La instrucción atribuida al fiscal dejaría al imputado y a la defensa en una posición de desigualdad, sobre todo a los de recursos económicos escasos, que no podrían costear una investigación privada. En cuarto lugar, no debe olvidarse la naturaleza y composición del Ministerio Fiscal de nuestro país en el momento presente. Carente, a veces, de la debida cualificación técnica (algunos de sus miembros no son tan siquiera Licenciados en Derecho), con una estructura jerarquizada y sin independencia, supondría una innovación temeraria e irresponsable el concederles la tarea de llevar a cabo el conjunto de diligencias dirigidas a la averiguación de la verdad sobre un hecho punible, sus circunstancias y la autoría o participación en él, con objeto de preparar el juicio oral. En quinto lugar, no puede desconocerse la planta y organización actual de la fiscalía en El Salvador, por lo que una hipotética reforma en este sentido exigiría la dedicación de unos recursos económicos desorbitados en proporción a las necesidades nacionales; por el contrario, compárese con la implantación de los Juzgados de Paz en el territorio de la República. Por último, el sustraer la citada instrucción de la competencia de unos órganos judiciales y atribuirla al Ministerio Fiscal, implicaría una alteración de importancia en la distribución actual de funciones de los distintos órganos y poderes estatales, que tendría que encontrar justificación en convincentes razones de Estado, para explicar a la sociedad, en general, y a los sectores jurídicos, en particular, una transformación de esta envergadura.

Uno de los argumentos esgrimidos por los partidarios de la instrucción a cargo del

fiscal en nuestro país radica en el inciso tercero del reformado artículo 193 de la Constitución. A juicio del citado sector, el mandato constitucional es taxativo y corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción preliminar; sin embargo, el mencionado precepto no le atribuye ésta, sino la investigación del delito, lo que no es lo mismo, aunque sean términos parecidos e, incluso, de fácil confusión.

Distintuir investigación del delito e instrucción es cuestión difícil de realizar. Efectivamente, la doctrina, en ocasiones, las confunde y, en algunos ordenamientos jurídicos, equivalen a lo mismo. Pero, a la luz de los antecedentes legislativos de nuestro país, de la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público y de la Constitución, tanto antes de la reforma de octubre de 1991 como en la redacción posterior, la distinción es factible y la diferencia resulta evidente. Por investigación del delito, pues, se entiende la investigación llevada a cabo por la policía, bajo la dependencia funcional del fiscal, lo que en el Código se respeta, mientras que la instrucción es la actividad judicial preparatoria del juicio oral.

De acuerdo con el nuevo Código, el Ministerio Fiscal puede tener conocimiento de un hecho punible: por sí mismo, por denuncia, por conducto de la policía, o a través del juez. Por su parte, el juez instructor, es decir, el Juez de Paz, salvo en los delitos cuya instrucción esté atribuida a un tribunal colegiado, puede tener conocimiento de un hecho punible: por denuncia, querrela, conocimiento propio, o a través del fiscal.

Se ha proyectado un obligado sistema de comunicación entre juez y fiscal, entre este último y la policía y, a veces, entre juez y policía. El juez dirige la instrucción preliminar y ordena la práctica de las diligencias pertinentes, tendentes a concluirla cuanto antes y, en su caso, oídas las partes, declara la apertura del juicio oral; el fiscal, por su parte, preside la investigación policial, está constituido como parte, por imperativo legal, en el procedimiento, vela por su legalidad y solicita la práctica de diligencias, con vista a, en su momento oportuno, solicitar apertura de juicio oral y presentar escrito de acusación. Naturalmente, referido a los procesos por delitos perseguibles de oficio.

Iniciada la instrucción preliminar y hasta que se dicte el auto de apertura del juicio oral, las partes podrán oponer las excepciones de falta de jurisdicción o de competencia, falta de acción, amnistía e indulto. Tras una vista oral, la resolución estimatoria puede remitir las actuaciones al órgano competente, decretar el archivo o acordar el sobreseimiento.

Se favorece la publicidad de la instrucción para las partes. Excepcionalmente, se permite el secreto total o parcial de las actuaciones, por un plazo restringido, para todas las partes, salvo para el representante del Ministerio Público.

En cuanto a la denuncia, una vez más llama la atención la preocupación por la protección del menor, prescribiéndose que, cuando la víctima de un delito sea un menor, los familiares están obligados a la denuncia, lo que contrasta con textos legales patrios anteriores y de otros países, incluso de aquellos que representan las posiciones más progresistas dentro del Derecho procesal.

Además de rescatar el término de la querrela, tan propio de nuestro patrimonio jurídico-histórico y del entorno geográfico-cultural, se ha procurado revestirla de los menos requisitos formales posibles, facilitando su presentación por nacionales y extranjeros.

Para evitar injustificadas dilaciones, se dispone que la instrucción preliminar no podrá durar más de seis meses, con una prórroga excepcional, motivada y susceptible de recurso.

La investigación del delito e identificación de los partícipes se procura rodear de las máximas garantías en todas sus diligencias, con audiencia permanente de las partes y constante presencia del fedatario judicial.

Una de las materias que recibe un tratamiento más innovador es la referida a las medidas cautelares. En cumplimiento de la norma constitucional y de los instrumentos internacionales se ha procurado una regulación garantista y protectora de los derechos

humanos del imputado. Especialmente, la detención y la prisión provisional, tal vez, por primera vez en nuestra historia, son abordados de manera bastante detallada y con un sentido excepcional, frente a la regla general de libertad del imputado.

También el sobreseimiento es merecedor de una normativa razonable, en especial el definitivo cuando ha transcurrido un año desde que se acordó el provisional.

La conclusión de la instrucción preliminar pone término a una etapa procedimental y abre la que por la doctrina se denomina fase intermedia, previa al juicio oral.

Al término de la investigación policial y a la vista de los resultados obtenidos, el fiscal, al trasladar a la autoridad judicial las diligencias realizadas, le presentará un escrito resumen con alguna de las conclusiones siguientes: sobreseimiento (definitivo o provisional), tramitación a través de las normas de otro procedimiento o de otra jurisdicción (juicio de faltas, jurisdicción de menores o militar), solicitar del juez la práctica de diligencias (para completar la instrucción) o el dictado del auto de conclusión de la instrucción y la apertura del juicio oral.

Cuando el fiscal solicita el sobreseimiento y el juez está de acuerdo y no hay querellantes, se pone en conocimiento de la víctima, o de sus herederos, por si desean constituirse en ese momento en el proceso y ejercer la acción correspondiente, lo que es una muestra más de protección hacia la víctima. Por el contrario, cuando, en las mismas circunstancias, el juez estima improcedente el sobreseimiento, consultará al fiscal inmediato superior para que éste resuelva si procede o no mantener la acusación. Es decir, en virtud del sistema acusatorio, para que el procedimiento siga adelante, se exige que haya un acusador, sea público o privado; caso contrario, se acordará el sobreseimiento.

La solicitud de cambio de sustanciación, o de práctica de diligencias complementarias, no difiere de lo regulado al uso. Es de notar que el juez continúa la tramitación, incluso sin haber recibido el escrito resumen del fiscal, relativo a la investigación policial. Aún cuando el fiscal debe estar presente a lo largo de la instrucción, de un modo activo, además de presidir la investigación administrativa, en el supuesto hipotético de que incurra en una desidia o inactividad patente, ello no afectará a la marcha de la instrucción judicial, que continuará su curso. Ahora bien, concluida esta etapa, será imprescindible la presencia del fiscal o de los acusadores no públicos para solicitar la apertura del juicio oral y presentar escrito de acusación; sin esa actividad de la acusación, el procedimiento no podrá continuar.

V

El juicio oral, regulado en el Libro tercero del Código, representa propiamente la esencia del proceso penal. Lo anterior ha servido de mera preparación, pero, será aquí donde se produzca el enjuiciamiento, tras las alegaciones y pruebas de las partes, que culminará con la sentencia.

El juicio debe revestirse de publicidad, inmediación y concentración, en la medida de lo posible, porque representa el banco de pruebas de la justicia penal en un país. Será imprescindible la presencia del imputado y de su abogado, del fiscal y del secretario judicial, ante un tribunal competente por la materia y por el territorio. A tal efecto, se distingue según el proceso sea por delito castigado con pena de privación de libertad no superior a tres años o superior a este límite; en el primer caso, conocerá y fallará el Juez de Primera Instancia; en el segundo, por la gravedad de la infracción, la Cámara de Segunda Instancia que, aunque conserve su denominación por prescripción constitucional (tal vez, más le correspondería el título de Cámara de lo Penal), en realidad está conociendo también en primera instancia.

Se incluyen aspectos comunes a muchos ordenamientos procesales penales relativos a orden en la sala, posible utilización de medios mecánicos de reproducción, causas de

suspensión del juicio oral, etcétera, con la particularidad de que si, entre la decisión de apertura del juicio oral y el comienzo de la celebración de éste, transcurren más de seis meses, deberá sobreseerse definitivamente, en virtud del derecho de toda persona a un proceso sin dilaciones indebidas.

Cabe la posibilidad de que el acusado manifieste su conformidad con la calificación más grave de la acusación y, si también es civilmente responsable, exprese su acuerdo con la reclamación más alta. Para que surta efecto, se requiere que la pena, sea cual fuere su clase, no exceda de cinco años. En este caso, el tribunal queda vinculado por la conformidad y ha de dictar sentencia, naturalmente siempre que el hecho no carezca de tipicidad penal, ni concurra una eximente o atenuante no apreciada por las partes. Se trata, pues, de un modo de terminación del proceso, basado en la disponibilidad relativa del acusado sobre la acusación, que produce positivos resultados en algunos países y que está bien distante del consenso previo entre defensa y fiscal, también existente en otros países; aquí la manifestación de la conformidad se produce en el escrito de defensa, al comienzo del juicio oral o en la calificación definitiva, es decir, en todo caso una vez concluida la instrucción preliminar y a la vista de lo actuado, no con anterioridad.

Es en este trámite procesal donde tiene lugar fundamentalmente la prueba, adornada de todas las garantías posibles, ya que la anticipada, en su caso, practicada durante la instrucción o en la etapa intermedia, constituye una excepción.

Una de las críticas más frecuentes al proceso penal actual la representa el hecho de que las actuaciones escritas de la instrucción preliminar tienen una desmesurada trascendencia durante el desarrollo del juicio oral. Se ha intentado corregir esto, limitando su aportación sólo a los extremos de interés para el proceso que no puedan ser acreditados por otro medio. Como principio general, se prescribe que no se considerarán como reproducidas de modo automático y su contenido habrá de ser leído por el secretario.

Se reitera que el tribunal podrá, en el propio juicio oral, acordar la práctica de pruebas de oficio o a instancia de parte, con limitaciones en las primeras, para que no aporte su conocimiento privado, lo que representaría una manifestación inquisitiva, a la vez que, también, una vez más, se establece que la valoración de la prueba se hará en su conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, tanto esté el tribunal constituido por miembros técnicos en derecho y por miembros legos o jurados, como solamente por los de la primera clase.

El respeto al sistema acusatorio tiene en esta etapa procesal diversas manifestaciones. Así, en las conclusiones definitivas, casi al término del juicio oral, al contemplar la posibilidad de que los querellantes amplíen o modifiquen la acusación, el Código establece que el presidente del tribunal suspenderá la sesión y concederá un plazo prudencial para que pueda prepararse la defensa del imputado.

También, si en la vista oral aparecen nuevos hechos, que no han sido objeto de acusación, habrá que proceder a una nueva instrucción y calificación, con la salvedad de que se pueden incorporar al juicio si existen suficientes datos y todas las partes estuvieran de acuerdo.

Otra cuestión de interés la representa el hecho de que el tribunal no estimare acertada la calificación de la acusación; entonces, expondrá a las partes la conveniencia de que contemplen distinta calificación, suspenderá la sesión e, igualmente, concederá un plazo para preparación de las partes y eventual práctica de prueba. Sin esta advertencia, será nula la sentencia que condene por distinta calificación. Lo mismo acontecerá cuando, durante la deliberación de la sentencia, el tribunal se pronuncie por una calificación jurídica de los hechos que no coincide con la de las partes.

Concretamente, sobre la sentencia, cabe indicar que ha de ser congruente con las conclusiones de las partes (con excepción del supuesto comentado), no pudiéndose pronunciar sobre hechos distintos de los que han constituido el objeto procesal, aunque sí es posible la imposición de pena más grave que la solicitada por los querellantes, dentro

de la competencia del tribunal, lógicamente. Rige, pues el sistema acusatorio, estando el juez vinculado por la persona acusada y por el hecho que se le imputa e, incluso, por la calificación de la acusación (con la salvedad antedicha), pero, no por la pena solicitada.

Finalmente, se consagra la obligación inexcusable de que la sentencia esté motivada, también en lo relativo a la pretensión civil, para conocimiento del imputado y como una garantía más del proceso debido. Mala justicia penal sería la que condenara a un ciudadano sin explicarle el razonamiento lógico y jurídico seguido, basándose exclusivamente en la conciencia de los miembros del tribunal y de la que no tendrían que rendir cuentas a la sociedad. Difícilmente, también se podría fundamentar en ocasiones un recurso contra la resolución que pone fin al proceso, si no se conoce su motivación.

VI

Bajo el título de «Especialidades procedimentales», correspondiente al Libro cuarto del Código, se incluyen la organización del tribunal por jurado, el juicio de faltas y algunas especialidades propiamente dichas del proceso.

En realidad, en el presente texto procesal, no se regulan con independencia absoluta los que se podrían denominar como procesos declaratorios especiales penales, sino que más bien se trata de determinadas especialidades procedimentales incorporadas al proceso ordinario, en virtud del sujeto o de la materia. En estos casos, la norma se ciñe bastante a lo dispuesto en la Constitución (por ejemplo, en lo referente a la responsabilidad de los funcionarios públicos, en que el seguimiento durante casi todo el recorrido es literal), cuando no se aleja demasiado de lo establecido en lo anterior Código Procesal Penal (por ejemplo, la extradición).

Sin ninguna duda, la innovación más importante incorporada en este libro radica en la versión que se adopta del jurado, conocida como escabinado, en coincidencia con la legislación de las naciones más adelantadas de Europa. Aun cuando se cumple el mandato constitucional relativo al jurado, que hoy día se entiende en la doctrina procesal como las distintas formas de participación popular en la Administración de Justicia, el legislador se pronuncia a favor de su modalidad evolucionada.

También, coincidentemente con la tendencia de los ordenamientos jurídicos de otros países y en cumplimiento del precepto constitucional que prevé el jurado para los delitos que determine la ley, se restringe la participación popular en estos tribunales al conocimiento de un reducido catálogo de delitos. En este sentido, se ha procurado que los delitos sean los más proclives a la valoración social que el jurado implica, además de tener en cuenta aquellos que, bien en El Salvador, bien en otros países, suelen estar históricamente atribuidos a este tipo de tribunales.

El número de jueces legos o jurados es siempre superior al de técnicos, lo que fortalece el sentido de participación popular, a la vez que colabora a disipar las dudas en torno a las posibles influencias de los jueces profesionales sobre los que no lo son. De este modo, el Juez de Primera Instancia constituirá el tribunal con dos jurados, mientras que los magistrados de la Cámara de Segunda Instancia (dos, por mandato constitucional) lo harán con tres jurados. Ahora bien, dado el carácter técnico de algunas funciones, el presidente del tribunal y el redactor de la sentencia (aunque emita su voto en contra) serán en todo caso técnicos (lo que, obviamente, en el Juzgado de Primera Instancia, significa que ambas tareas recaerán sobre la misma persona). En la dirección de evitar hipotéticas presiones de los técnicos sobre los legos, se prescribe que estos segundos sean los primeros en votar los distintos pronunciamientos de la sentencia, comenzando por el más joven de edad. Además, los legos pueden presentar su voto reservado por escrito.

Las relaciones de personas, que por motivos privados, profesionales, o públicos, no

pueden ser llamadas a ejercer de jurado o, en su caso, pueden excusarse, no contrasta mucho con lo establecido al uso, más alguna que otra particularidad añadida.

Se prescribe la obligación del cargo, cuestión controvertida en la doctrina procesal, con remuneración. Se ha estimado que la colaboración con la justicia es un deber de carácter cívico-político, que ha de requerir de todos los ciudadanos.

Finalmente, el libro culmina con el juicio de faltas. Se mantiene la doble instancia, pero, a cambio y debido a la escasa importancia de la infracción, no se permite el acceso a la casación y revisión.

Para que se celebre vista oral, es requisito previo, en virtud del acusatorio, la solicitud del fiscal o la querrela de un acusador. En general, son aplicables, en la medida de lo posible, las disposiciones del juicio oral del proceso por delito, incluido lo relativo a la conformidad del acusado.

VII

La impugnación de las resoluciones judiciales, el Libro quinto del Código, recibe un tratamiento legal bastante sencillo, especialmente en comparación con la regulación del texto procesal anterior. Se ha tendido a cubrir todos los supuestos de impugnación con un moderado catálogo de recursos.

Como principio general, los recursos se interponen ante el juez o tribunal que dictó la resolución impugnada, con la excepción de los de queja y de revisión, que se plantean directamente ante el tribunal que los ha de resolver.

Importante novedad en el ordenamiento jurídico salvadoreño es la representada por la prohibición de la *reformatio in peius*, conforme a la cual la resolución impugnada no puede ser modificada en perjuicio del condenado, cuando éste es el único recurrente. Se consagra, así, de manera más acertada el derecho al recurso, como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva; evidentemente, si existiera el riesgo de que el condenado, siendo el único recurrente, pudiera recibir un pronunciamiento más grave que el que es objeto de su impugnación, en muchas ocasiones no ejercitaría su derecho, quedando éste, pues, cercenado.

Otra novedad es la obligación para los jueces y tribunales de advertir al recurrente de que puede subsanar los posibles defectos del recurso, naturalmente dentro del plazo dispuesto para la interposición y siempre que aquellos fueren subsanables.

La víctima del delito recibe, nuevamente, una especial atención, pudiendo impugnar el sobreseimiento definitivo y la sentencia de absolución, aunque previamente no se haya constituido en el proceso para la persecución del hecho punible.

El primer recurso que se regula es el de revocación, equivalente al de reposición o reforma en otros ordenamientos jurídicos. Procede, pues, contra todas las resoluciones interlocutorias del juez o tribunal y persigue, como su nombre indica, por parte del propio órgano que la dictó, la revocación de la providencia o auto recurridos. El procedimiento es breve y sin complicaciones; se resuelve por auto que, a su vez, es susceptible de apelación, salvo en el caso de la Corte Suprema de Justicia, por razones obvias.

El recurso de queja (la denominación es familiar en nuestro ámbito jurídico, pero, con distinto significado), cabe contra las resoluciones denegatorias de la admisión de los recursos de apelación y de casación, de ahí su nombre. El recurrente acude ante el tribunal superior inmediato del que dictó la resolución denegatoria, denunciando la infundada inadmisión del recurso y solicitando la revocación de la resolución impugnada. Se trata, pues, de un mecanismo más de protección del derecho al recurso, con el objeto de impedir rechazos improcedentes.

Al recurso de apelación hay que dedicar un comentario más detenido. Sabido es que por la doctrina científica se critica la dificultad de repetir ante la segunda instancia el

juicio oral que tuvo lugar en la primera; se argumenta, con razón, que la celebración de la vista es un fenómeno histórico de imposible repetición y que, por lo tanto, la apelación difícilmente podrá versar sobre el mismo objeto, con todas sus circunstancias inherentes, que el que produjo el primer pronunciamiento judicial. A la vez, ello pugna con el derecho a un proceso con todas las garantías, una de las cuales es, sin duda, la posibilidad de que un segundo tribunal se pronuncie sobre la misma causa penal, principio implícito en la Constitución y explícitamente reconocido en los instrumentos internacionales vigentes en el país.

En tal sentido, se ha optado por restringir la apelación para las resoluciones judiciales dictadas en primera instancia, excluidas las sentencias, y facilitar la impugnación de las últimas por medio del recurso de casación. Como principio general, se ordena que la apelación se admite sólo con efecto devolutivo, sin suspensión de la ejecución de la resolución recurrida; el Código dispondrá específicamente los casos en que cabrá en ambos efectos.

Si el tribunal lo considera necesario, se celebrará vista oral. Se ha procurado brevedad en los plazos y contra su resolución, por auto, no cabrá recurso alguno.

Tal vez, fuere el recurso de casación el que más necesitado estaba en nuestro ordenamiento procesal penal de una profunda reforma. Los supuestos tasados en que podía tener lugar, la ambigüedad, imprecisión, cuando no confusión, de algunos de ellos, la deficiente técnica procedimental, la posible condena en costas al abogado recurrente, entre otros, eran graves fallas de su regulación. Ahora, se ha intentado revestirlo de sencillez, a la par que extender su ámbito de aplicación.

Procede el recurso de casación contra las sentencias definitivas dictadas en única instancia en el proceso por delito y contra los autos de sobreseimiento definitivo. De lo afirmado se desprende que todas las resoluciones de la clase de las mencionadas, sean pronunciadas por el Juez de Primera Instancia o por la Cámara de Segunda Instancia, sin excepción, son susceptibles de casación. El procedimiento, escrito en su tramitación, culmina con vista oral. Hay que añadir que, además de la vista, que será pública y en la que se podrá conceder la palabra a la víctima y al imputado, las partes podrán entregar al tribunal un escrito con el contenido de su respectivo informe.

Pero, es en los motivos de casación donde tiene lugar la innovación más importante. Se prescribe, de forma general y con amplio contenido, que el recurso de casación en materia penal puede interponerse por infracción de ley.

Se considerará que se ha producido infracción de ley cuando se ha violado, aplicado indebidamente o interpretado erróneamente ésta, sea sustantiva o procesal, tanto la norma constitucional y los tratados internacionales como la ley secundaria.

También se considerará que se ha producido infracción de ley cuando haya habido error en la apreciación de la prueba, que se desprenda de documentos obrantes en autos que no resulten contradichos por otros medios de prueba.

Podrá interponerse directamente recurso de casación por infracción de ley procesal cuando a lo largo del procedimiento se haya producido una violación de los principios fundamentales contenidos en el Título I del Libro primero del Código. En los restantes casos, será requisito necesario para admitir el recurso que el recurrente haya reclamado previa y oportunamente la subsanación del defecto del procedimiento.

Desaparece, pues, la antigua división entre causas por infracción de ley y causas por quebrantamiento de las formas básicas del procedimiento, es decir, entre ley sustantiva y ley adjetiva, para cobijar todas ellas bajo un común denominador. La sentencia contendrá el pronunciamiento en función del motivo argumentado. Si estima el recurso por infracción de ley sustantiva, anulará la resolución impugnada y dictará una nueva. Si lo estima por infracción de ley adjetiva o procesal, anulará la resolución impugnada y ordenará que se reponga el trámite al momento de la infracción, con la particularidad de

que en la nueva sustanciación no podrán intervenir los jueces o magistrados que dictaron la resolución recurrida.

El recurso de revisión procede contra la sentencia firme dictada en proceso por delito, en general, cuando la aparición de nuevos hechos o elementos probatorios permitan la absolución del condenado o una reducción de la condena y, en particular, en los casos contemplados tradicionalmente (dos personas condenadas por el mismo delito, que sólo una pudo cometer; el condenado por la muerte de una persona que, después, se comprueba que vive; un elemento de prueba valorado como decisivo, carece de valor probatorio por falsedad, invalidez o alteración, declarado así judicialmente), más en otros dos de nueva incorporación al ordenamiento procesal patrio. El primero de estos últimos se refiere a la cuestión prejudicial no penal de la que ha conocido y fallado el juzgador de instancia penal; cuando la resolución de ésta ha facilitado el dictado de sentencia condenatoria y, posteriormente, el condenado plantea la misma cuestión ante el orden jurisdiccional correspondiente, que la resuelve de modo adverso a como lo hizo el tribunal penal, resulta evidente que se produce una disparidad entre ambos órdenes jurisdiccionales, que hay que solucionar, máxime cuando la sentencia penal de condena se basa en la decisión de una cuestión no penal. Entonces, se permite por este motivo recurrir en revisión; lo contrario significaría rodear de legalidad a un pronunciamiento judicial contra ley y mantener como justa la improcedente condena de una persona.

El segundo nuevo motivo de revisión incorporado en el Código se refiere al supuesto en que el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria estén fundados en la muerte del imputado y se demuestre que vive. Además del Ministerio Fiscal, pueden recurrir los querellantes constituidos como partes durante el proceso penal, incluida la víctima, aunque ésta no haya actuado con anterioridad para la persecución penal.

Su conocimiento está atribuido al supremo tribunal de la organización judicial, lo que se explica por ser un recurso extraordinario contra una sentencia firme, que pretende destruir los efectos de la cosa juzgada.

Tal como acontece con el recurso de casación, se celebrará vista oral, con independencia de que, además, las partes puedan presentar por escrito sus informes respectivos.

Conforme prescribe el texto constitucional, si la sentencia es absolutoria, habrá de pronunciarse sobre la indemnización al indebidamente condenado, que correrá a cargo del Estado.

VIII

El Código se cierra con el Libro sexto, que contiene un conjunto de instituciones que suelen entrar en funcionamiento, generalmente, con posterioridad a la sentencia.

La ejecución de la misma no se producirá hasta que adquiera firmeza y corresponderá al juez o tribunal que hubiere conocido del proceso en la primera y única instancia, con excepción de que se trate de la Corte Suprema de Justicia. Dicho órgano tendrá competencia en todo lo relativo a la ejecución, especialmente sobre suspensión condicional de la ejecución de la pena, rehabilitación, libertad condicional, efecto extintivo de la pena en los supuestos legales de perdón del ofendido y modificación de ella al entrar en vigencia una ley penal más benigna. Se deduce la conveniencia de incorporar a la organización judicial, en el futuro, unos jueces encargados en exclusiva de la ejecución.

En el afán de rodear del mayor número posible de garantías la justicia penal en su conjunto, se extiende la asistencia y defensa de abogado hasta el término de la ejecución de sentencia, lo que implica que, si el condenado requiere los servicios de un abogado y no lo designa libremente, se le nombrará de oficio.

En materia de costas, se ha adoptado el criterio del vencimiento, más razonable y justo que el subjetivo de la temeridad o mala fe, con la particularidad de que el tribunal

de sentencia se limita a su imposición, correspondiendo la tasación al juez o tribunal encargado de la ejecución.

Tampoco escapa a la regulación del Código el tema de la indemnización por los daños producidos por error judicial, o por deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia. Lógicamente, el mero hecho de que un tribunal revoque o anule la resolución de otro no implica, necesariamente, derecho a indemnización. Por el contrario, el daño ha de ser real y su producción ha de imputarse al deficiente funcionamiento de la justicia penal, no a la conducta del presunto perjudicado. El reconocimiento del derecho a la indemnización y su cuantificación se pueden obtener tanto de los tribunales como directamente de la propia Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia.

El último título del libro y, por tanto, del Código engloba bajo un común denominador las distintas medidas de gracia. Amnistía, indulto y conmutación son escuetamente reguladas, atendiendo en cada caso a lo ordenado en la Constitución sobre la preceptiva intervención de la Asamblea Legislativa, la Corte Suprema de Justicia y el Órgano Ejecutivo. En general, se ha trasladado la normativa del anterior Código, con ligeras modificaciones.

IX

En resumen, como puede desprenderse de esta Exposición de Motivos, se ha procedido a redactar y someter, después, a la aprobación de la Asamblea Legislativa de la República un nuevo Código procesal Penal, que persigue la actualización en esta materia del ordenamiento salvadoreño, a la luz de la moderna ciencia procesal y de nuestra tradición jurídica, teniendo siempre presente lo establecido en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes en el país.

LIBRO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

TITULO I PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Capítulo único

Art. 1.- En materia penal, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales previstos en la ley.

Art. 2.- Los jueces y magistrados, en el ejercicio de su función jurisdiccional, son independientes y sólo están sometidos a la Constitución, a los instrumentos internacionales vigentes en el país y a las leyes.

Art. 3.- Un juez no puede actuar en diversas instancias de un mismo proceso. En ningún caso, el órgano instructor podrá dictar sentencia en la misma causa.

Art. 4.- Ningún órgano de la Administración, ni autoridad, sea cual fuere su naturaleza, puede avocarse causas pendientes ni abrir juicios fenecidos.

Art. 5.- La Administración de Justicia será gratuita.

Art. 6.- Durante la etapa de investigación policial, a lo largo de la instrucción judicial, en la fase intermedia y en el juicio oral, todas las autoridades administrativas y judiciales velarán con especial celo por consignar en las actuaciones y valorar en sus decisiones tanto las circunstancias favorables como las perjudiciales para el propio imputado.

Art. 7.- Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho que se le impute y por los órganos judiciales previamente establecidos por la ley.

Sólo se impondrá pena conforme a las normas de procedimiento establecidas en la ley y en virtud de sentencia dictada por tribunal competente.

Art. 8.- Toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.

Art. 9.- Toda persona, imputada de un hecho punible, debe ser informada, de manera inmediata y comprensible, de sus derechos y del objeto de la imputación, no pudiendo ser obligada a declarar.

Art. 10.- Toda persona, imputada como autor o partícipe en un delito, tiene derecho a la asistencia y defensa técnica de un abogado desde el primer momento de persecución penal, sea cual sea la autoridad de que se trate, y hasta el fin de la ejecución de la sentencia.

Este derecho es indisponible y su violación producirá la nulidad absoluta de lo actuado a partir de la misma.

Art. 11.- Nadie puede ser privado de su libertad sin ser previamente oído y vencido en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciado dos veces por la misma causa.

Art. 12.- Los preceptos de este Código que restrinjan la libertad de la persona, o limiten sus facultades, serán interpretados restrictivamente.

En caso de duda, se estará a favor de la persona imputada.

Art. 13.- La ley procesal penal no produce efectos retroactivos.

Será aplicable en todo el país, así como en el extranjero en los límites definidos por el Código Penal, por los instrumentos internacionales vigentes en el país y por el Derecho internacional.

Art. 14.- Excepcionalmente, cuando las disposiciones del presente Código no pudieran aplicarse analógicamente, se acudirá a las normas del proceso civil en aquello que no contradiga los principios generales del proceso penal.

TITULO II ORGANO JUDICIAL

Capítulo primero Jurisdicción y competencia

SECCIÓN PRIMERA

Jurisdicción

Art. 15.- La jurisdicción penal no es prorrogable. Los jueces y tribunales del país tienen jurisdicción para conocer de todos los delitos y faltas cometidos por salvadoreños

y por extranjeros dentro del territorio nacional y de los cometidos en territorio extranjero, de acuerdo a lo establecido en el artículo trece de este Código.

Se exceptúan aquellos delitos y faltas cometidos por extranjeros que, de acuerdo con los instrumentos internacionales, gocen de inmunidad.

SECCIÓN SEGUNDA

Competencia por la materia

Art. 16.- Corresponde al Juez de Paz: la instrucción en los procesos por delitos, que no esté atribuida a tribunales colegiados, así como el conocimiento y fallo del juicio por falta en primera instancia.

Corresponde al Juez de Primera Instancia: el conocimiento del juicio oral y fallo en los procesos por delitos sancionados con pena de privación de libertad que no exceda de tres años, así como el conocimiento y fallo, en segunda instancia, del juicio por falta.

Corresponde a la Cámara de Segunda Instancia: el conocimiento y fallo en los procesos por delitos sancionados con pena de privación de libertad de más de tres años.

Corresponde a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia: el conocimiento y fallo de los recursos de casación y de revisión en los procesos por delitos, así como el conocimiento y fallo en los procesos por delitos que determine la ley.

Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, excluida la Sala de lo Penal: el conocimiento y fallo de los recursos de casación y de revisión en los procesos por delitos en que hubiera conocido la Sala de lo Penal.

Art. 17.- Los jueces y tribunales competentes para conocer de un delito o de una falta lo serán igualmente para los incidentes que surjan en el proceso, para el cumplimiento de las resoluciones de tramitación y para la ejecución de la sentencia.

Art. 18.- Se exceptúa de lo dispuesto en los dos artículos anteriores las faltas y los delitos atribuidos a la jurisdicción militar y a la jurisdicción de menores, conforme a las normas de organización y funcionamiento de éstas. No obstante, los órganos de la jurisdicción ordinaria podrán, a prevención, instruir las primeras diligencias tras la comisión de un delito atribuido al conocimiento de la jurisdicción castrense o de la jurisdicción de menores, remitiendo seguidamente las actuaciones al tribunal competente y poniendo a su disposición, si los hubiere, los detenidos y efectos intervenidos.

SECCIÓN TERCERA

Competencia territorial

Art. 19.- Será competente para conocer de un delito o de una falta, conforme a las reglas de competencia por la materia, el juez o tribunal del lugar donde se hubiere cometido el delito.

Cuando no se conociere el anterior, se aplicarán, por este orden, los fueros siguientes:

- 1.º El de la localidad o demarcación territorial donde se hubieren descubierto pruebas del delito.
- 2.º El del lugar de detención del imputado.
- 3.º El del domicilio o, en su defecto, residencia del imputado.
- 4.º El de la sede de cualquier Juzgado o Tribunal que tenga noticias del delito.

Conocido el lugar de comisión de la falta o del delito, se remitirán de inmediato al órgano competente las diligencias practicadas y, si los hubiere, se pondrán a su disposición los detenidos y efectos intervenidos.

SECCIÓN CUARTA

Conexión

Art. 20.- Son delitos conexos:

- 1.º Los imputados a una misma persona que, a juicio del tribunal, estén relacionados entre sí.
- 2.º Los imputados a dos o más personas, presuntamente cometidos en grupo y de forma simultánea, o en distintos lugares o momentos históricos, si hubiere habido previo acuerdo para ello.
- 3.º Los imputados a una o varias personas, presuntamente cometidos para lograr la impunidad de otros delitos, como medio para cometer otros, o para facilitar su ejecución.

Art. 21.- En los casos de delitos conexos perseguibles de oficio, conocerá el juez o tribunal, por el orden siguiente:

- 1.º El competente para juzgar el delito más grave.
- 2.º El competente que haya iniciado antes las actuaciones.
- 3.º El que designe la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Art. 22.- En los casos de delitos conexos perseguibles a instancia de parte, se aplicarán los criterios del artículo anterior, por el mismo orden.

Las causas por estos delitos sólo se acumularán entre ellas.

Art. 23.- No es posible la acumulación de causas que se encuentren en diversas etapas procesales.

La acumulación ha de ser solicitada por la acusación o por la defensa, no pudiendo decretarse de oficio.

La parte que se oponga podrá recurrir en apelación, contra el auto en que se acuerde la acumulación, en el plazo de tres días a partir de notificada la resolución.

Capítulo segundo

Conflictos de jurisdicción, conflictos de competencia y cuestiones de competencia

SECCIÓN PRIMERA

Conflictos de jurisdicción y conflictos de competencia

Art. 24.- Los conflictos de jurisdicción que se planteen entre los órganos judiciales penales y la Administración serán resueltos por la Asamblea Legislativa.

Art. 25.- Los conflictos de competencia que se planteen entre jueces o tribunales penales y órganos judiciales pertenecientes a distinto orden jurisdiccional serán resueltos por la Corte Suprema de Justicia. Si se tratase de un conflicto positivo, la preferencia corresponderá siempre al orden jurisdiccional penal.

SECCIÓN SEGUNDA

Cuestiones de competencia

Art. 26.- Las cuestiones de competencia que se planteen entre jueces o tribunales pertenecientes al mismo orden jurisdiccional penal serán resueltas por la Corte Suprema de Justicia.

Art. 27.- Pueden promover estas cuestiones de competencia:

- 1.º El juez instructor durante la instrucción del proceso y la etapa intermedia.
- 2.º El tribunal de sentencia durante la celebración del juicio oral.
- 3.º El Ministerio Fiscal en cualquier trámite procesal.
- 4.º Los restantes acusadores, el imputado y el actor y el responsable civil hasta el momento de presentar sus respectivos escritos de acusación o de defensa, así como en el trámite de alegar excepciones.

Art. 28.- Cualquiera de las partes podrá promover, por escrito, una cuestión de competencia por inhibitoria o por declinatoria, pero no podrá emplearlas simultánea o sucesivamente; si obrare de modo contrario, será condenado en costas.

Art. 29.- La declinatoria se planteará ante el juez o tribunal que se considera incompetente, a efectos de que cese en el conocimiento y remita las actuaciones al órgano que se considera competente.

La inhibitoria se planteará ante el juez o tribunal que se considere competente, a efectos de que estime su propia competencia y requiera al órgano que está conociendo y que se considera incompetente para que cese en su actividad y le remita todas las actuaciones.

Art. 30.- El juez o tribunal, oídas las partes, deberá, por auto, aceptar o rechazar la propuesta en el plazo máximo de tres días. Esta resolución será apelable dentro de los tres días siguientes.

Art. 31.- El juez o tribunal que, de oficio o a instancia de parte, pretenda la inhibición de otro para instruir o para conocer de un juicio oral, o que, por el contrario, lo considere con competencia para ello, se dirigirá a éste, solicitándole que admita o rechace la competencia en dicho asunto.

La petición deberá ir acompañada de testimonios del escrito de solicitud y de las alegaciones de las partes, en su caso, así como del auto dictado.

El órgano judicial requerido debe, también por auto y una vez oídas las partes, admitir o rechazar la petición en el plazo de tres días.

Art. 32.- Tanto en el supuesto de que se plantee cuestión de competencia positiva como negativa, ambos órganos deben dirigirse a la Corte Suprema de Justicia a fin de que ésta resuelva.

En espera de la decisión, que será irrecurrible y que habrá de adoptarse en el plazo máximo de diez días a partir de recibida la consulta, cada juez de instrucción continuará practicando las diligencias que considere necesarias; cuando la cuestión de competencia se plantee durante el juicio, se suspenderá éste hasta que fuere resuelta.

Inmediatamente que se reciba notificación de la resolución de la cuestión de competencia, el órgano u órganos que deban dejar de actuar remitirán al declarado competente todas las diligencias practicadas, así como pondrán a su disposición, si los hubiere, los detenidos y los efectos intervenidos.

Art. 33.- No se podrán plantear cuestiones de competencia entre órganos judiciales penales de distinto nivel jerárquico.

Art. 34.- Las diligencias practicadas por el juez instructor declarado incompetente conservarán su validez, sin perjuicio de que se ordenen otras complementarias.

Capítulo tercero

Abstención y recusación

Art. 35.- Tiene el deber de abstenerse en la instrucción, conocimiento y fallo de un proceso, y, en su defecto, puede ser recusado, el juez o magistrado que:

- 1.º Intervino dentro o fuera del proceso, como instructor o juzgador en alguna de sus fases o instancias, o fue denunciante, acusador, defensor, testigo, perito, o emitió informe técnico sobre alguna de sus cuestiones o incidencias, salvo el recurso de revocación.
- 2.º Que tuviere un interés directo o indirecto en la causa, así como amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes.
- 3.º Que incurra en alguna circunstancia, grave y razonable, que pueda afectar a la debida imparcialidad.

Art. 36.- La abstención y la recusación se plantearán por escrito. Del incidente conocerá el tribunal inmediato superior, si se tratare de órgano unipersonal, y los restantes miembros del tribunal, exceptuado el afectado, si fuese órgano colegiado.

Art. 37.- Están legitimados para plantear la recusación todos los que estuviesen constituidos como partes en el proceso.

Art. 38.- En el escrito de interposición se expondrán los motivos en que se funda, se acompañarán los documentos que se estimen oportunos y se propondrán los medios de prueba pertinentes.

Art. 39.- En la recusación, el juez afectado remitirá al órgano decisor, junto con la pieza del incidente, un escrito con pronunciamiento expreso sobre cada uno de los motivos invocados por el recusante.

Art. 40.- La abstención y la recusación podrán plantearse: durante la instrucción, hasta antes de su conclusión; en la etapa intermedia, hasta que se traslade al imputado el escrito de acusación; en el juicio oral, cuando se notifique a las partes la composición del tribunal; en los recursos, al plantearlos.

Excepcionalmente, cabe plantear la abstención y la recusación en momento distinto a los establecidos para el juicio oral y para los recursos, si el motivo surgió o fue conocido con posterioridad.

Art. 41.- Si el tribunal que ha de resolver la abstención o la recusación lo estima pertinente, se practicarán pruebas en el plazo de tres días. Posteriormente, serán oídas las partes. En los tres días siguientes, se dictará el auto decisor. Si estima la recusación, no cabe recurso alguno; si la rechaza, es apelable. En la abstención, el auto que pone término al incidente es irrecurrible.

Art. 42.- La sustanciación de este incidente no suspenderá la instrucción que, provisionalmente, será continuada por el juez que legalmente corresponda.

Las restantes etapas procesales sí se interrumpirán hasta la resolución del incidente.

Art. 43.- Como regla general, serán válidos los actos procesales realizados por el juez abstenido o recusado en la instrucción, o durante la etapa intermedia. No obstante, si alguna de las partes lo solicitare, éstos podrán ser practicados de nuevo.

Art. 44.- Los mismos motivos de abstención y de recusación son válidos para el secretario y para el personal administrativo y auxiliar del órgano judicial.

El procedimiento será similar, con la particularidad de que la resolución del incidente corresponderá al tribunal al que pertenezca el funcionario. No cabrá ulterior recurso.

Art. 45.- El juez instructor recusado, pero pendiente de la resolución del incidente, puede practicar las diligencias urgentes y graves que estime necesarias. Ello es válido, igualmente, para el secretario judicial.

Art. 46.- En el proceso por falta se planteará la recusación en el acto del juicio oral.

Art. 47.- Si la recusación fuese desestimada, el recusante será condenado en las costas del incidente.

TITULO III
ACCION PENAL Y ACUSACION

Capítulo primero

Principios generales

Art. 48.- De todo delito o falta se deriva el ejercicio de una acción penal.

Art. 49.- La intervención en el proceso penal de otros querellantes no limitará las facultades concedidas por la ley al Ministerio Fiscal para la investigación y persecución del delito.

Art. 50.- El querellante, cualquiera que sea su naturaleza, puede constituirse como acusador en el proceso hasta que el Ministerio Fiscal presente su escrito de acusación; a partir de ese momento, no será admitido.

El querellante puede retirar la querrela en todo momento del procedimiento.

Art. 51.- Cualquier parte puede oponerse a la admisión del querellante. Contra la resolución, cabe recurso de apelación.

Art. 52.- La acción penal se extingue por la muerte del presunto autor o partícipe en el hecho punible imputado.

Capítulo segundo

El Ministerio Fiscal

Art. 53.- Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los intereses del Estado y de la sociedad, así como promover de oficio, o a petición de parte, la acción de la justicia en defensa de la legalidad.

Art. 54.- El Ministerio Fiscal promoverá la acción penal en todo delito perseguible de oficio.

También la promoverá en aquellos delitos que exijan denuncia de la víctima o, en su defecto, de los herederos, una vez presentada ésta.

Art. 55.- Su actuación se apoyará en la legalidad, por lo que deberá perseguir tanto lo favorable como lo desfavorable para el imputado.

Igualmente, deberá velar porque el procedimiento se ajuste en todos sus trámites a la ley.

Art. 56.- Los miembros del Ministerio Fiscal deberán abstenerse de intervenir en un proceso y, también, podrán ser recusados, por las mismas causas y a través del mismo procedimiento que los jueces y magistrados.

El incidente lo resolverá el superior jerárquico inmediato y, si es desestimatorio, contra su resolución cabe acudir en única instancia al órgano judicial que esté conociendo de la etapa o instancia procesal de que se trate.

Art. 57.- Corresponde al Ministerio Fiscal dirigir la investigación del delito, en particular de los hechos criminales que han de someterse a la jurisdicción penal. A tal fin, bajo la dirección de la Fiscalía General de la República, funcionará un organismo de investigación del delito, en los términos que defina la ley.

Ello no limita la autonomía del juez en la investigación de los hechos sometidos a su conocimiento.

El Organismo de Investigación del Delito practicará con toda diligencia cualquier actuación que le fuere requerida por un juez para los propósitos señalados.

Capítulo tercero

El acusador popular

Art. 58.- Cualquier persona física o jurídica, de nacionalidad salvadoreña, o extranjera con domicilio en el país, podrá ejercitar la acción penal popular en toda clase de proceso por delito perseguible de oficio y en aquellos otros que exijan denuncia de la víctima o, en su defecto, de los herederos, una vez presentada ésta.

Art. 59.- Las personas jurídicas actuarán por medio de sus representantes legales, debidamente acreditados.

Art. 60.- El querellante popular deberá prestar la fianza que el juez instructor, atendiendo a su patrimonio y al posible daño causado al imputado, acuerde.

Capítulo cuarto

El acusador particular

Art. 61.- La víctima de un delito o, en su defecto, sus herederos, podrán ejercitar la acción penal en toda clase de delito perseguible de oficio.

Tienen derecho a la asistencia y defensa de abogado de oficio.

Art. 62.- La acción penal por delito o falta perseguibles de oficio no se extingue por la renuncia de la víctima.

Esta renuncia perjudicará sólo al renunciante; el procedimiento continuará en el estado en que se halle, o se iniciará nuevamente, a excitación de aquellos a quienes también correspondiere.

Capítulo quinto

El acusador privado

Art. 63.- En los delitos perseguibles a instancia de parte, la víctima o sus herederos podrán ejercer la acción penal, manteniendo la acusación contra el presunto autor o los presuntos autores.

Art. 64.- En defecto de la víctima, podrán constituirse como acusadores sus herederos, por el orden excluyente siguiente:

- 1.º El cónyuge
- 2.º Los hijos
- 3.º Los padres
- 4.º Los hermanos
- 5.º Otros familiares.

Art. 65.- En estos procesos no intervendrá el Ministerio Fiscal.

TITULO IV
EL IMPUTADO Y LA DEFENSA

Capítulo primero

El imputado

SECCIÓN PRIMERA

Concepto y situaciones

Art. 66.- Adquiere la condición de imputado aquella persona, mayor de dieciséis años, contra la que se ejercita, por cualquier autoridad, persecución penal por la presunta autoría o participación en un hecho punible.

Se considera acusado a aquel imputado contra el que se ha presentado escrito formal de acusación.

Condenado es aquel acusado que recibe en juicio penal sentencia condenatoria.

El imputado puede ejercitar, desde el primer momento de la persecución penal, todos los derechos que la Constitución y demás leyes atribuyen a tal situación. Gozará de la presunción de inocencia mientras no sea condenado por sentencia firme.

Art. 67.- Ningún imputado, con incapacidad mental o declarado rebelde, podrá ser sometido a juicio. Para ello, habrá que esperar a que recobre su aptitud mental, o sea hallado.

Art. 68.- La comprobación de la incapacidad mental de un imputado no impedirá que continúe la instrucción del proceso, especialmente en relación con otros imputados.

Ante la sospecha de posible incapacidad mental, las partes podrán solicitar, o el propio juez o tribunal acordar de oficio, la práctica de una prueba de peritos.

Si el dictamen fuese positivo, el juez de instrucción o el tribunal de juicio declarará la incapacidad, ordenando, si fuese necesario, su ingreso en el establecimiento hospitalario correspondiente. Si la incapacidad mental hubiese sobrevenido después de la presunta comisión del delito, habrá que esperar a que recobre su lucidez para reanudar el procedimiento.

Por razones de urgencia o fuerza mayor, el internamiento puede ser previo a la declaración de incapacidad mental.

Art. 69.- La resolución declarando la incapacidad mental del imputado adoptará la forma de auto y podrá ser apelada en doble efecto.

Art. 70.- El imputado que, sin justa causa, no comparezca a una citación judicial, o se fugue del establecimiento en donde esté detenido o preso, será declarado rebelde.

La declaración de rebeldía será dictada por el juez instructor, si tuviere lugar durante la instrucción o la etapa intermedia, y por el tribunal de sentencia si no compareciere a juicio oral. Al respecto, se ordenará a la policía la busca y captura del imputado rebelde.

Art. 71.- La declaración de rebeldía no interrumpirá la instrucción, pero, terminada ésta, no se proseguirá el procedimiento hasta que el imputado fuere hallado.

En ningún caso se celebrará el juicio oral en rebeldía del imputado; sí se podrá celebrar para los restantes imputados presentes.

Art. 72.- Tan pronto como fuere hallado, o se entregare, el imputado rebelde y fue-

re puesto a disposición judicial, se podrá decretar su ingreso en prisión y el proceso continuará.

Será condenado en las costas ocasionadas por la rebeldía.

Art. 73.- Si la desaparición del imputado tuviese lugar después de notificada la sentencia y durante la sustanciación del recurso de apelación o de casación, se continuará su curso y la sentencia que recaiga será firme.

SECCIÓN SEGUNDA

Identificación

Art. 74.- En la primera comparecencia ante la policía y ante la autoridad judicial, se procederá a la identificación del imputado.

Si no colaborase o diere datos falsos, se podrá identificar por medio de testigos, por técnica fotográfica, dactiloscópica u otro medio similar, incluso contra su voluntad.

Art. 75.- Si el imputado no diere su autorización expresa por escrito, no se permitirá la extracción de sangre o cualquier otra intervención, análisis o registro corporal, salvo que fuere en cumplimiento de orden del juez instructor. En este último caso, la práctica estará a cargo de un perito, del mismo sexo que el imputado, si afectase a su intimidad y con garantía de que ello no afectará a la salud del imputado.

Dicha diligencia lo será solamente a efectos de identificación y el resultado no tendrá ningún valor probatorio, si ha sido obtenido sin el consentimiento del imputado.

La resolución judicial revestirá la forma de auto y será apelable en ambos efectos.

SECCIÓN TERCERA

Declaración

Art. 76.- Antes de declarar, el imputado tiene derecho a conocer, de modo sencillo, directo y comprensible, el hecho punible de que se le acusa, así como sus principales circunstancias y consecuencias penales.

Asimismo, tiene derecho a guardar silencio, a no reconocerse culpable y a no declarar contra sí mismo.

Art. 77.- En la declaración, el imputado estará asistido necesariamente de abogado, con el que podrá consultar antes de comenzar y entrevistarse una vez terminada.

Igualmente, si fuere necesario, se le proveerá de intérprete, que será gratuito.

Art. 78.- La declaración ante la policía se limitará a la identificación del imputado. No se le podrá interrogar, ni invitar a declarar, sobre la participación en el hecho punible; si manifestare voluntad de declarar sobre ello, se le advertirá que de inmediato será trasladado a presencia del juez instructor, ante quien podrá hacerlo.

No obstante, si el imputado realizase declaraciones sobre la participación en el delito, o aportase documentos o piezas de convicción en relación con el hecho que se le imputa, se remitirán dichos testimonios y elementos a la autoridad judicial, a los efectos de la instrucción del proceso.

Además, si el imputado, a pesar de la advertencia anterior, manifestare libremente, en presencia de su abogado, su deseo de realizar alguna declaración, incluida la relativa a su participación en el delito, los funcionarios de policía se la recibirán, recogiénola en acta, de la que entregarán al imputado una copia debidamente firmada y sellada. En este caso, los miembros del órgano investigador del delito se limitarán a recibir las manifestaciones del declarante, sin hacer ninguna pregunta ni solicitar aclaración alguna.

Art. 79 .- La declaración a presencia directa del fiscal estará revestida de los mismos derechos y limitaciones que la realizada ante la policía.

Art. 80 .- La declaración ante el juez instructor y, más tarde, en el juicio oral, puede versar sobre la identificación y la participación. Los miembros del tribunal y las partes podrán interrogar libremente, por su orden, al imputado.

Se le informará de que puede señalar la práctica de los medios de prueba que estime conveniente.

Art. 81.- En la declaración que tenga lugar durante la instrucción, estarán presentes todas las partes, incluidas las civiles, salvo que el juez, oído el imputado, estime oportuna la exclusión de alguna.

Los asistentes podrán denunciar las anomalías legales que, a su juicio, se produzcan, así como solicitar su inclusión en el acta.

Art. 82.- El interrogatorio, de forma oral, será libre y directo. Las preguntas serán claras y precisas. El juez declarará impertinentes las que sean confusas o capciosas.

El imputado, que, excepcionalmente, podrá servirse de material instrumental o auxiliar en su declaración, no será conminado a responder precipitadamente y sin reflexión. A juicio del juez, podrá disponer de un tiempo prudencial, según lo requiera el caso.

Se procurará evitar el excesivo cansancio y la angustia del imputado, suspendiendo la sesión, si fuere necesario, hasta que se recupere.

Según las circunstancias del caso, el juez instructor podrá ordenar al imputado que redacte un cuerpo de escritura.

Art. 83.- El acto de declaración se celebrará con respeto a la persona del imputado. No se le exigirá juramento alguno. Las preguntas, la dependencia y el desarrollo de la sesión estarán acordes con la formalidad exigida.

El imputado declarará libre, salvo que razones de fuerza mayor aconsejen la adopción de medidas de seguridad, a juicio de la autoridad policial, fiscal o judicial que presida la declaración.

Si fuese necesario, ante el juez o fiscal, estarán presentes agentes de policía.

Art. 84.- El imputado podrá dictar al secretario el contenido de su declaración, así como leer posteriormente el acta y hacer las oportunas observaciones.

Art. 85.- Queda terminantemente prohibido el empleo de malos tratos, amenazas y torturas, físicas o psíquicas, así como la administración de productos médicos y químicos, o uso de procedimientos hipnóticos, que debiliten, alteren o anulen la voluntad, memoria y comprensión.

Las declaraciones obtenidas con infracción de lo dispuesto en el precepto anterior serán nulas, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran los funcionarios en cuestión.

Art. 86.- Ante cualquier clase de autoridad, el imputado podrá declarar lo que desee y las veces que quiera, con la sola limitación de que tenga relación con el hecho punible que se impute y no sea repetitivo ni inútil.

El juez instructor y el fiscal acordarán recibir declaración al imputado en cuantas ocasiones estimen conveniente.

Art. 87.- De toda declaración se extenderá acta por el secretario, policial o judicial, que será firmada por todos al término de la diligencia, previa su lectura por el secretario.

Se permite, además, la documentación del acto por medios técnicos de reproducción, pero, en todo caso, se extenderá acta de lo acaecido.

Art. 88.- En el supuesto de varios imputados, se procurará mantenerlos separados, impidiendo la comunicación previa a la declaración.

Cabe la posibilidad de realizar un careo entre ellos, o entre un imputado y testigos. En tal caso, el imputado tampoco podrá ser violentado, física o psíquicamente, disfrutando de absoluta libertad de expresión durante el acto y asegurándose su integridad física.

Capítulo segundo

La defensa

Art. 89.- Todo imputado de la participación en un delito tiene derecho a la asistencia y defensa de abogado desde el primer acto de persecución penal contra él, hasta el término de la ejecución de la sentencia.

En los juicios de faltas no se exigirá la intervención de abogado, siendo ésta discrecional.

Art. 90.- Este derecho es irrenunciable. Será nula toda actuación practicada con infracción de lo dispuesto en el precepto anterior, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir los funcionarios en cuestión.

Art. 91.- El imputado designará libremente a su abogado. En su defecto, las autoridades administrativas y judiciales están obligadas a proveerle de uno de oficio. A tal efecto, tan pronto como les conste que el imputado no tiene asistencia de abogado, se dirigirán a los correspondientes servicios de la Procuraduría de la República, para que, de inmediato, se le nombre un defensor.

Hasta tanto no comparezca el abogado, no se podrá proceder a tomar declaración al imputado, ni a practicar ninguna diligencia con su intervención.

Transcurridas ocho horas desde que se avisó al abogado directamente designado por el imputado y no habiendo éste comparecido, se procederá a nombrarle uno de oficio.

Art. 92.- El imputado, que ejerza la profesión de abogado, podrá defenderse a sí mismo.

Si no se dedicare profesionalmente a ello, pero ostenta la licenciatura o el doctorado en Derecho, podrá obtener, previa solicitud, la oportuna habilitación de la Corte Suprema de Justicia.

Art. 93.- Un abogado podrá defender a varios imputados en el mismo proceso penal.

Un imputado no podrá ser defendido simultáneamente por dos o más abogados.

Art. 94.- El imputado podrá revocar el nombramiento de su abogado de libre designación cuantas veces desee y sustituirlo por otro, igualmente de su nombramiento, o por uno de oficio.

Sin embargo, no se procederá a la sustitución del abogado de oficio si no alega causa grave, a juicio del tribunal que esté conociendo.

Si el tribunal estima que la defensa técnica es notoriamente deficiente, suspenderá el juicio y advertirá al imputado sobre la conveniencia de que designe a otro. Del mismo modo se obrará por defecto físico o psíquico evidente.

Art. 95.- El abogado puede renunciar a continuar defendiendo al imputado.

El tribunal concederá un plazo para proceder a la sustitución; si el imputado no lo hiciere, se designará de oficio, pudiendo, en ambos casos, concederse un nuevo plazo para que se instruya de lo actuado.

En ningún caso se permitirá la renuncia del abogado durante la celebración de una comparecencia o en el juicio oral. Si en ellos se produjese la enfermedad grave o el fallecimiento del abogado, se suspenderá el acto y se procederá a un nuevo nombramiento, con repetición del acto por una sola vez.

Art. 96.- La comunicación entre abogado e imputado será secreta. En ningún caso podrá ser interpretada ni secuestrada.

TITULO V LA ACCION CIVIL

Capítulo primero Principios generales

Art. 97.- De todo delito o falta puede nacer una acción civil, que tenga por objeto la restitución de la cosa, la reparación del daño producido y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible.

Art. 98.- El ejercicio de la acción civil en un proceso penal ha de serlo expreso, por lo que en ningún caso se entenderá ejercitada ésta por el hecho de ejercitar la acción penal. Caso contrario, se entiende que se reserva el ejercicio para su reclamación ante los tribunales civiles.

Art. 99.- La acción civil derivada del delito puede ejercitarse, junto a la penal, en un proceso penal, pero no sin ella. Además, podrá plantearse en el proceso civil correspondiente.

Su ejercicio en los tribunales de un orden jurisdiccional excluye la posibilidad de acudir a otros tribunales de distinto orden.

Planteada en el procedimiento penal, no podrá acudir a la vía civil sin desistimiento expreso en el primero antes de que haya comenzado el juicio oral, o una vez declarada la no continuación de la persecución penal.

Art. 100.- La intervención de las partes civiles en el proceso penal se limitará exclusivamente a la pretensión civil.

Las partes civiles, en el proceso penal, sí podrán comparecer como testigos.

Art. 101.- Cualquier parte constituida en el proceso puede oponerse a la admisión del actor civil o del tercero responsable civil. Contra la resolución, cabe recurso de apelación.

Art. 102.- El tribunal puede acordar, mediante resolución fundada, en cualquier trámite procesal, de oficio o a instancia de parte, la adopción de alguna medida cautelar sobre los bienes del imputado, o del tercero civilmente responsable, para asegurar la ejecución de la sentencia en lo referente a la pretensión civil.

Art. 103.- La extinción de la acción penal no implica necesariamente la de la civil nacida del mismo hecho punible.

Igualmente, la extinción de la acción civil tampoco implica la de la penal.

Capítulo segundo El actor civil

Art. 104.- Será actor civil el que, conforme a la ley civil, esté legitimado para demandar la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios, todos ellos a consecuencia del hecho punible.

El actor civil tiene derecho a abogado de oficio.

Art. 105.- El actor civil puede desistir en cualquier trámite del procedimiento penal. En este caso, será condenado al pago de las costas causadas por su actuación.

Art. 106.- El escrito del actor civil, solicitando constituirse como parte, deberá contener:

- 1.º Datos identificativos y domicilio del mismo.
- 2.º Si es persona jurídica, además, los datos identificativos de sus representantes legales.
- 3.º Datos identificativos del imputado, si se conoce, así como del tercero civilmente responsable, si lo hubiere.
- 4.º Procedimiento en que se desea intervenir, fundamentos de la acción y pretensión que se persigue.

Art. 107.- El escrito de solicitud del actor civil podrá admitirse hasta antes de que el Ministerio Fiscal presente el de acusación; a partir de ese trámite, será rechazado.

Art. 108.- Si el actor civil no tuviere domicilio en el país, deberá prestar la fianza proporcional que el juez determine.

Capítulo tercero El tercero responsable civil

Art. 109.- Será tercero civilmente responsable aquella persona física o jurídica que, conforme a la ley civil, responde del daño causado por el imputado con el hecho punible. A tal fin se solicita su intervención procesal como demandado.

Art. 110.- El tercero civilmente responsable puede intervenir en el proceso penal, bien constituyéndose voluntariamente, bien a solicitud del actor civil, como se establece en el Capítulo anterior de este mismo Título.

Art. 111.- El término de la intervención del actor civil en el proceso penal, cualquiera que sea la causa, pondrá fin, también, a la intervención del tercero civilmente responsable.

TITULO VI ACTOS PROCESALES

Capítulo primero Principios generales

Art. 112.- El juez o tribunal, de oficio, con la colaboración del secretario judicial, salvo que la ley disponga lo contrario, dará al proceso penal el debido trámite.

Art. 113.- Los actos procesales, tanto orales como en forma escrita, se realizarán en el idioma oficial del país.

Para los supuestos de sordomudos y de aquellas personas que no hablen el idioma nacional, se utilizarán los servicios de un intérprete o traductor. También, se utilizarán éstos para que los documentos aportados en otro idioma, o en cualquier forma posible de transmitir el conocimiento, surtan efectos en el proceso.

Art. 114.- Las declaraciones y las respuestas a los interrogatorios serán siempre di-

rectas, sin intermediarios, salvo la presencia de intérprete o traductor, ni utilización o consulta de escritos.

No obstante, cuando el caso lo requiera, a juicio del tribunal, el declarante podrá servirse de apuntes o documentos, para facilitar su declaración.

Art. 115.- El papel que se utilice en el proceso penal, ante todos los juzgados y tribunales sin distinción, será siempre común.

Art. 116.- Como regla general, los actos procesales se celebrarán en la sede judicial; las audiencias orales, en la correspondiente sala de audiencias.

Si fuere necesario, el tribunal puede constituirse, para la práctica de diligencias, en cualquier lugar de su demarcación territorial.

En circunstancias excepcionales, el tribunal puede constituirse fuera del ámbito de su competencia, con el conocimiento y autorización previos de la autoridad judicial de dicho territorio. Si la urgencia del caso lo hubiese imposibilitado, tan pronto como sea posible se pondrá tal hecho en conocimiento del órgano judicial competente.

Art. 117.- La práctica de las diligencias será siempre pública. Sin embargo, el tribunal podrá, oídas las partes, por razones de seguridad, orden público, o de protección a los derechos y libertades de las personas, acordar, por resolución motivada, que se celebren a puerta cerrada.

Art. 118.- Las diligencias se practicarán, predominantemente, en forma oral, sin perjuicio de que se documenten por escrito.

También, está permitida la utilización de medios mecánicos de documentación y reproducción de imagen y sonido, subsistiendo la obligación de que, simultáneamente, todo se documente por escrito.

Art. 119.- Será nula de pleno derecho toda actuación procesal en la que no esté presente el secretario judicial.

Dará fe de todo lo actuado y extenderá acta de cuantas compareencias, sesiones y diligencias se celebren o practiquen, especialmente del juicio oral.

El secretario será el responsable de la recepción y custodia de documentos, de la dación de cuenta al juez o tribunal y de la notificación de las resoluciones a las partes. Igualmente, es el responsable del funcionamiento y orden de la oficina judicial.

Expedirá testimonios y copias de las actuaciones, si se los solicitan los interesados y no revisten carácter de secretos.

Entregará a las partes, si lo desean, recibo debidamente justificativo de la presentación de los escritos.

Art. 120.- La redacción de todo acto procesal deberá contener el título del tribunal, lugar, hora y fecha exacta en que se realiza.

Si se trata del acta de una compareencia o juicio, contendrá su objeto, las personas intervinientes, los actos realizados y sus resultados. Una vez extendida, será firmada por todos los presentes, incluidos el juez y el secretario. Los intervinientes pueden hacer observaciones sobre algún aspecto del contenido, lo que se hará constar por el secretario.

Art. 121.- Los escritos de las partes deberán encabezarse con el título oficial del órgano judicial y número, en su caso, al que vayan dirigidos. El abogado firmante velará por el respeto y forma debidos y será responsable de su infracción.

Los escritos y documentos que se presenten se acompañarán de tantas copias legibles, realizadas por cualquier medio de reproducción, cuantas sean las otras partes, a las que se les entregarán al notificarles la resolución recaída en el escrito en cuestión.

Art. 122.- Para la práctica de las diligencias de instrucción serán válidos todos los días y horas del año, salvo que la ley dispusiere lo contrario.

Las vistas se celebrarán en días y horas de audiencia.

Si una vista o juicio oral tuviere lugar a lo largo de varias sesiones, el tribunal

anunciará, previa y públicamente, el día, la hora y el lugar de celebración de la sesión siguiente.

Art. 123.- Los actos procesales deberán practicarse dentro del plazo fijado por la ley para cada caso. En su defecto, se entenderá que es sin dilación alguna.

Los plazos se computarán conforme a lo establecido en el Código Civil y comenzarán a correr a partir del día siguiente a la notificación.

El plazo que venza en día festivo se prorrogará hasta el siguiente día hábil.

En el proceso penal, los plazos son improrrogables, salvo que la ley establezca expresamente lo contrario.

Las partes podrán renunciar, de forma expresa, a los plazos favorables y solicitar su reducción. Si fuesen varias, se requerirá la manifestación expresa de todas ellas.

Art. 124.- En ningún caso se autorizará el traslado de los originales de las actuaciones procesales al domicilio de la parte o despacho profesional del abogado, con la salvedad del Ministerio Fiscal.

Para la instrucción de las actuaciones, se facilitará a las partes y a sus abogados la lectura y estudio en la propia sede del juzgado o tribunal, o en una dependencia habilitada al efecto, siempre bajo la directa supervisión y responsabilidad del secretario. También, se podrá obtener copia de las mismas, por cualquier medio mecánico de reproducción, a costa de la parte interesada, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas.

Capítulo segundo

Resoluciones judiciales

Art. 125.- Las resoluciones del juez o tribunal se denominarán providencias, autos y sentencias.

El presente Código establecerá en cada caso la que corresponda.

Providencias son las resoluciones de mera tramitación, que ordenan materialmente el proceso. Adoptarán esta forma las resoluciones cuando no se señale otra cosa en la ley.

Autos son los que resuelven incidentes o cuestiones controvertidas del proceso, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento y recursos de revocación. El Código dispone los supuestos en que la resolución judicial adoptará esta forma.

Sentencias son aquéllas que, de modo definitivo, resuelven la cuestión principal del proceso, poniendo término al mismo. Se denominarán firmes cuando no quepa contra ellas recurso alguno, salvo el extraordinario de revisión.

Ejecutoria es el documento público judicial en que se recoge una sentencia firme.

Art. 126.- Las resoluciones judiciales serán firmadas por el juez, o los magistrados, y por el secretario. En las providencias dictadas por los tribunales colegiados, es suficiente con las firmas del presidente y del secretario.

La falta de alguna de las firmas exigidas produce la nulidad de la resolución.

Art. 127.- Salvo que el Código establezca otra cosa, las providencias se dictarán inmediatamente, de oficio y sin necesidad de trámite previo alguno. Se limitarán a recoger lo ordenado, sin motivación.

Los autos, que serán siempre fundados, contendrán, en apartados separados y numerados, los hechos y los razonamientos legales. Terminarán con la parte dispositiva.

Las sentencias, que también serán fundadas, contendrán, en apartados separados y numerados, las pretensiones de las partes el relato de los hechos, los hechos que se consideran probados, los fundamentos legales y la parte dispositiva o fallo.

Art. 128.- Inmediatamente después de acordado el sobreseimiento, o terminada la

vista o el juicio oral, el juez o tribunal procederá a dictar auto o sentencia. En los órganos judiciales colegiados se procederá previamente a la deliberación y votación.

En el proceso por delito, los autos y las sentencias se redactarán y firmarán en los tres días siguientes a la finalización del mismo o del incidente que lo motiva, salvo que el Código disponga otra cosa.

En el juicio por falta, se hará, lo más tarde, al día siguiente de su término.

Art. 129.- El juez y los magistrados tendrán ante sí los autos en el momento de dictar auto o sentencia.

Con anterioridad, también, podrán examinarlos.

Art. 130.- La discusión y votación de los autos y sentencias se realizará a puerta cerrada y su contenido será secreto.

No obstante, el magistrado discrepante podrá salvar su voto particular, que incluirá en el correspondiente libro y que, junto con la sentencia, habrá de notificarse a las partes.

También podrá formularse voto particular en los autos.

Art. 131.- En los tribunales colegiados, todas las resoluciones judiciales se dictarán por mayoría simple de votos, salvo que la ley exija una mayoría cualificada.

Art. 132.- La votación se realizará por orden inverso al de antigüedad, de joven a mayor. El presidente votará el último.

Una vez comenzada, no se interrumpirá, salvo fuerza mayor.

Art. 133.- Todas las resoluciones serán notificadas a las partes o a sus abogados, personalmente o en su despacho profesional.

Sin embargo, aquellas que expresamente dispongan la ley, entre ellas los autos de detención, de prisión provisional, de conclusión de la instrucción y de apertura de juicio oral, así como las resoluciones que pongan término al proceso, serán notificadas personalmente al imputado.

Art. 134.- Transcurrido el plazo sin que el juez o tribunal haya dictado la resolución prevista por la ley, las partes podrán dirigirse por escrito bien al mismo órgano judicial, bien al superior inmediato, exponiéndole la oportuna reclamación.

Sin entrar en el contenido de la resolución, el superior inmediato se interesará, tan pronto como reciba el escrito de queja, ante el inferior por el dictado de la que corresponda.

También, el interesado podrá denunciar el asunto, por escrito, directamente ante el órgano de gobierno de la magistratura, a los efectos que procedan.

Art. 135.- Las partes podrán solicitar, al juez o tribunal que haya dictado una resolución, la aclaración de la misma, dentro de los tres días siguientes a su notificación.

También, el juez o tribunal podrá, de oficio, suplir cualquier omisión o aclarar algún concepto oscuro de una resolución, que no implique modificación o alteración esencial de la misma, dentro de los tres días siguientes a la publicación de aquélla.

Los simples errores materiales y los aritméticos, todos ellos manifiestos, podrán ser subsanados en cualquier momento.

Art. 136.- Si en la votación de una resolución no se obtuviese la mayoría legal exigida sobre alguno de sus contenidos, se procederá a una segunda votación.

Si tampoco se lograra la mayoría en esa segunda votación, se someterán a votación solamente las dos posiciones más favorables para el imputado.

Capítulo tercero

Notificaciones, citaciones y emplazamientos

Art. 137.- Las resoluciones judiciales se comunicarán para su conocimiento y efectos a las partes y a los posibles interesados que disponga la ley.

La notificación se hará dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado.

Art. 138.- Las notificaciones serán realizadas por el secretario del órgano judicial. Este podrá habilitar a un funcionario del juzgado o tribunal para la notificación de determinadas resoluciones.

Art. 139.- Se podrán realizar por correo, telégrafo o cualquier otro medio técnico. En la utilización de cualquiera de ellos deberá quedar constancia de la notificación y de su contenido básico.

Art. 140.- El notificador leerá íntegramente al notificado la resolución en cuestión, entregando copia de la misma y anotando esta entrega al pie del original, con expresión de día y hora y firmas de ambos.

Si el notificado no firmare, lo harán dos testigos, recogiendo la incidencia en la diligencia.

Art. 141.- Si el destinatario no fuere localizado en su casa de habitación, se entregará la copia de la resolución al familiar, empleado o criado, mayor de edad, que se hallare en el domicilio. En su defecto, se le entregará a un vecino.

Se le advertirá sobre la obligación que tiene de hacer llegar la notificación a su destinatario, so pena de sanción de cien colones.

En la diligencia se hará constar esta incidencia. También se anotará la imposibilidad de practicar la notificación por haber cambiado de domicilio el que deba ser notificado y desconocerse su paradero.

Art. 142.- Cuando se trate de una citación judicial, con expresión de lugar, día y hora en que se ha de acudir, se advertirá sobre la obligación de concurrir al primer llamamiento, bajo sanción de cien colones, y, si se tratase del segundo llamamiento, siendo perito o testigo en el proceso, se le apercibirá de la posibilidad de ser perseguido penalmente por denegación de auxilio.

Art. 143.- Cuando se trate de un emplazamiento judicial, con expresión del término, lugar y juez o tribunal ante quien deba comparecer, se advertirá de que, si no comparece, sufrirá los perjuicios correspondientes.

Art. 144.- Si el que hubiere de ser notificado, citado o emplazado no tuviere casa de habitación conocida y no fuere hallado, se ordenará publicar la comunicación correspondiente por edicto.

En circunstancias extraordinarias y a juicio del tribunal, se ordenará su publicación en uno de los diarios de mayor difusión del país.

Art. 145.- Serán nulas las notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se practicaren conforme a lo establecido en el presente capítulo.

Cuando a pesar de la deficiente práctica, el notificado, citado o emplazado, con su comportamiento posterior, se hubiere dado por enterado, éstas surtirán todos sus efectos, como si se hubieren practicado válidamente.

Art. 146.- Las notificaciones, citaciones y emplazamientos podrán hacerse al abogado defensor de la parte, personalmente en la sede del órgano judicial o en su despacho profesional, con la excepción de aquellas notificaciones y citaciones que, por imperativo legal, deban hacerse personalmente al interesado.

La ley podrá disponer que, en determinados casos, la notificación se haga en persona a ambos.

Art. 147.- En toda notificación de resolución judicial a las partes, se les informará si es o no firme y, en su defecto, los recursos procedentes contra la misma, órganos ante los que pueden interponerse y plazo.

Capítulo cuarto

Auxilio y comunicaciones

Art. 148.- Los órganos judiciales se auxiliarán entre sí en el ejercicio de su función, para la práctica de las diligencias que fueren necesarias.

Utilizarán el exhorto como instrumento de comunicación, expidiéndose de oficio y cursándose directamente para su cumplimiento.

El juez o tribunal que reciba el exhorto acusará inmediatamente recibo al órgano judicial que lo hubiere expedido y ordenará su cumplimiento lo antes posible. Ello no es óbice para que pueda reclamar la competencia que estime le corresponde.

Una vez practicadas las diligencias solicitadas, remitirá de inmediato su contenido al juez o tribunal requirente.

El retraso excesivo en la cumplimentación del exhorto puede motivar un escrito recordatorio al efecto. Desatendido éste, el órgano exhortante puede dirigirse al superior inmediato del exhortado exponiéndole la demora y solicitándole, a su vez, que ordene al órgano inferior prestar el correspondiente auxilio.

Art. 149.- Si se tratare de solicitar el auxilio de órganos judiciales extranjeros, se estará a lo dispuesto en los instrumentos internacionales vigentes en el país, en el Código de Procedimiento Civil y, en su defecto, a lo establecido en el Derecho internacional aplicable al caso.

De la misma manera se actuará al recibir el juez o tribunal salvadoreño la solicitud de auxilio proveniente de un órgano judicial extranjero.

Art. 150.- La comunicación de los jueces y tribunales del país con las autoridades y funcionarios, de cualquier rango y clase, se realizará por medio de atento oficio, salvo que la urgencia del caso exigiera la forma verbal, que, posteriormente, será confirmada por escrito.

Art. 151.- Todas las personas y, especialmente, las autoridades administrativas y judiciales están obligadas a colaborar, si fuesen requeridas para ello, con el Ministerio Fiscal, los tribunales y la policía.

Art. 152.- Los tribunales y el Ministerio Fiscal podrán solicitar la intervención de la policía, que les será prestada de inmediato, para garantizar el cumplimiento de los actos que ordenen.

Capítulo quinto

Nulidad

Art. 153.- Los actos judiciales practicados con absoluta falta de jurisdicción o de competencia material y funcional serán nulos de pleno derecho.

Art. 154.- Asimismo, serán nulos los realizados bajo violencia o intimidación grave. En estos supuestos, tan pronto como cese la violencia o intimidación, los jueces y tribunales declararán, de oficio, nulo todo lo practicado en esa situación y promoverán la persecución penal de los autores.

Art. 155.- Serán, también, nulos de pleno derecho los actos judiciales realizados sin

los requisitos básicos exigidos en este Código, así como aquellos que produzcan efectiva indefensión en las partes.

Art. 156.- La nulidad de pleno derecho se planteará por medio de los recursos previstos en la ley contra la resolución en cuestión, o por los medios específicos que disponga en cada caso el presente Código.

Además, el juez o tribunal podrá, de oficio, antes de dictar sentencia y si no procede la subsanación, declarar, oídas las partes, la nulidad de todas o parte de las actuaciones.

Art. 157.- La nulidad de un acto no produce necesariamente la de los sucesivos, que fueren independientes de aquél, ni la de aquellos que no resulten afectados en su resultado por la nulidad del primero.

Igual criterio se seguirá respecto a la nulidad parcial de un acto.

Art. 158.- Los actos procesales de las partes, realizados sin los requisitos legales exigidos, serán subsanables conforme a lo dispuesto en las normas del presente Código.

La subsanación se llevará a cabo, de oficio o a petición de parte, siempre que sea posible, sin necesidad de retrotraer las actuaciones.

TITULO VII

LOS MEDIOS DE PRUEBA

Capítulo primero

Principios generales

Art. 159.- Los medios de prueba son los de este Código y cualquier otro que se asemeje a alguno de ellos.

Art. 160.- Las partes propondrán, libremente, cuantos medios de prueba estimen convenientes. Su admisión dependerá de que sean legales, pertinentes y necesarios.

El juez y el tribunal podrán acordar, de oficio, la práctica de diligencias probatorias, tanto durante la instrucción, de modo excepcional, como en la celebración del juicio oral, siempre que obedezcan a dudas emanadas del propio debate y de las practicadas a instancia de parte.

Art. 161.- Expresamente, quedan excluidas la prueba prohibida por la ley y la prueba obtenida por procedimientos ilícitos y, procesalmente, no surtirán ningún efecto.

Su práctica será nula de pleno derecho, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir los causantes de la misma.

Art. 162.- Salvo prohibición legal expresa, se pueden probar todos los hechos y circunstancias de interés para la averiguación de la verdad, utilizando siempre medios de prueba permitidos.

El hecho notorio no requiere prueba.

Art. 163.- Las pruebas se valorarán conforme a las reglas de la sana crítica.

Art. 164.- Como principio general, la prueba se practicará durante el juicio oral, con publicidad, audiencia y contradicción de las partes.

Sin embargo, excepcionalmente, en los supuestos contemplados en este Código, podrá celebrarse la práctica de un medio de prueba antes del juicio oral, siempre que se respeten los derechos de las partes mencionados en la primera parte de este artículo y no se produzca indefensión.

En el caso de prueba anticipada, el secretario extenderá la oportuna acta, comprensiva de todas las circunstancias e incidencias de la misma, la cual será firmada por todos los presentes y remitida en su momento procesal oportuno al tribunal sentenciador.

Las diligencias practicadas durante la instrucción preliminar, sin intervención de las partes, serán tendentes a la identificación del delincuente y preparación del juicio oral, sin ningún valor probatorio.

Art. 165.- La práctica de la prueba puede rodearse de circunstancias especiales, a juicio del juez o tribunal, cuando la víctima del delito sea menor, sordomudo, o personas de edad avanzada o con limitaciones físicas o mentales.

Capítulo segundo

Declaración del imputado

Art. 166.- La declaración del imputado se regulará conforme a lo establecido en la Sección tercera, Capítulo primero, Título IV, del Libro primero de este Código, más lo dispuesto en los artículos que siguen del presente Capítulo segundo.

Art. 167.- El imputado será interrogado al comienzo del juicio oral, después de leídos, por el secretario, los escritos de acusación y defensa.

Art. 168.- Además de todos los datos relativos a identificación, profesión u oficio, domicilio y si tiene antecedentes penales y, en su caso, por qué concepto, se preguntará al imputado si sabe de qué se le acusa, así como si conoce sus derechos a guardar silencio, no confesarse culpable y no declarar contra sí mismo.

Si la respuesta sobre algunos de dichos extremos fuese negativa, se le instruirá al respecto.

Art. 169.- En el juicio oral, el presidente del tribunal concederá la palabra primero a los acusadores, comenzando por el Ministerio Fiscal, y, a continuación, a la defensa.

Terminado el interrogatorio de las partes, el presidente concederá la palabra a los miembros del tribunal, por si éstos desean solicitar alguna aclaración o hacer nueva pregunta.

El imputado podrá auxiliarse en su declaración con pizarra, mapas, gráficos, o cualquier otro instrumento y medio auxiliar, que facilite la exposición y comprensión de sus manifestaciones.

Art. 170.- Si se apreciare por alguna de las partes una contradicción entre lo declarado por el imputado ante el juez instructor y la declaración realizada por el mismo en el juicio oral, podrá preguntarle el motivo de ello. Si fuere necesario, podrá solicitar del presidente que por el secretario se proceda a leer los folios, o parte de ellos, en cuestión.

Igual facultad tendrán los miembros del tribunal.

Art. 171.- Se podrán colocar ante el imputado las piezas de convicción, o cualquier objeto que el juez o tribunal estimen oportuno, para que los reconozca, diferencie de otros similares, o responda a preguntas relacionadas con los mismos.

También podrá ser conducido a un lugar, fuera de la sala de declaración, a fin de que sobre el propio lugar de los hechos, conteste a las preguntas que se le dirijan o de las explicaciones, aclaraciones o comentarios oportunos.

Art. 172.- No se interrumpirá la declaración del imputado y se le permitirá manifestar y explicar cuanto estime conveniente, siempre que ello esté relacionado, directa o indirectamente, con el hecho punible que se le imputa y, a juicio del juez o tribunal, no se trate de maniobras dilatorias u obstaculizadoras.

Capítulo tercero

Prueba de testigos

Art. 173.- Todos los residentes en territorio salvadoreño, sean nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, están obligados a concurrir a la citación judicial para prestar declaración testifical.

Se exceptúan aquellas personas conforme a los instrumentos internacionales vigentes en el país.

Art. 174.- Están exentos del deber de declarar:

1.º El Presidente de la República.

2.º El propio imputado.

3.º Los familiares del imputado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado, así como los hijos naturales respecto a la madre en todo caso y respecto al padre si están reconocidos y quien conviva con el imputado, ligado a él por lazos especiales de afecto, salvo en los delitos en que un menor sea la víctima, en cuyo caso no surtirá efecto esta causa de exención.

4.º El abogado del imputado, en relación con hechos atinentes a su defensa.

5.º Los eclesiásticos y religiosos, en relación con hechos de los que conocieren por su ministerio.

6.º Los funcionarios civiles o militares obligados, por razón de su cargo, a guardar secreto.

7.º Los incapaces física o mentalmente.

Estas personas deben de ser informadas de su derecho a no testificar, en todo o en parte, antes de comenzar su declaración, pudiendo ejercerlo, incluso, una vez comenzada ésta.

Art. 175.- Están exentos de concurrir a la citación judicial, pero no de declarar, pudiendo hacerlo en su sede oficial:

1.º Los Ministros del Gobierno.

2.º El Presidente y los diputados de la Asamblea Legislativa.

3.º El Presidente, Magistrados y Fiscales de la Corte Suprema de Justicia.

4.º El Fiscal General de la República.

5.º El Procurador General de la República.

6.º El Procurador de Derechos Humanos.

7.º Los Jueces y Magistrados de categoría superior a la del que recibiere la declaración.

8.º El Presidente y los Magistrados de la Corte de Cuentas.

9.º El Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo Electoral.

10.º El cónyuge del Presidente de la República.

11.º Los embajadores de países extranjeros.

Art. 176.- Para recibir la declaración testifical, de acuerdo con el artículo anterior, el juez o tribunal instructor, previo aviso anunciando día y hora para la práctica de la diligencia, acudirá al despacho oficial, acompañado del Ministerio Fiscal, del secretario y de los abogados de las partes.

Si el testigo se negare a recibir en su despacho o sede oficial a la comisión, o, una vez recibida ésta, no contestare a las preguntas, la autoridad judicial lo pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos oportunos.

Art. 177.- El testigo exento de declarar, por razones de parentesco con uno o varios de los imputados, no lo está respecto a los demás, salvo que, en este caso, el testimonio pudiera perjudicar a su familiar.

En similar situación se encuentra el abogado de un imputado respecto a los demás imputados.

Art. 178.- También, está exento de la obligación de contestar a una o varias preguntas, el testigo que estime que con su respuesta puede dañar material o moralmente, de modo grave, a la persona o al patrimonio de alguno de los parientes sobre los que está exento de declarar.

Art. 179.- Si el testigo estuviere físicamente impedido de concurrir a la citación para declarar, el juez o tribunal, con el secretario y los representantes de las partes, se personará en su domicilio.

El juez o presidente del tribunal, atendiendo a la gravedad del enfermo, dirigirá la práctica de la diligencia.

Art. 180.- El que, sin estar incurso en una de las causas de exención de la obligación de comparecer o de declarar, no concurriera a la primera citación judicial o se negare a testificar, incurrirá en multa de cien colones.

Si no concurriera al segundo llamamiento, será conducido por la fuerza pública y perseguido penalmente por el delito de denegación de auxilio.

Si persistiese en su intención de no declarar, será perseguido penalmente por el delito de desobediencia a la autoridad.

Art. 181.- El testigo será citado personalmente.

Sin embargo, si la gravedad del caso lo requiere, podrá el juez o tribunal, junto con el secretario, constituirse en el domicilio o lugar de trabajo del testigo a efectos de tomarle declaración.

Art. 182.- El testigo será advertido, antes de comenzar su declaración, sobre la obligación de decir verdad y la responsabilidad penal en su caso.

En primer lugar, declarará sobre su identificación.

Será preguntado sobre la promesa de decir verdad, a lo que deberá responder afirmativamente.

Si no hablare el idioma oficial del país, será provisto gratuitamente de intérprete o traductor.

Declarará oralmente, salvo fuerza mayor, de forma directa, sin posibilidad de leer escrito alguno. Sin embargo, sí podrá consultar apuntes o notas auxiliares. También, podrá utilizar papel y lápiz, pizarra, planos y gráficos, si lo exigen las características de su declaración.

Art. 183.- Las preguntas no podrán ser impertinentes, capciosas ni sugestivas.

Queda terminantemente prohibido el uso de fuerza física o psíquica, tortura, tormento y utilización de productos químicos, médicos, o sistema psicológico, que puedan afectar, alterar, influir o menoscabar su voluntad, memoria o libertad.

El testigo podrá dictar personalmente sus respuestas.

Art. 184.- El juez o tribunal señalará, a su prudente juicio, el número suficiente de testigos.

Estos declararán por separado, evitando que los que aún no hayan declarado presencien el testimonio de los anteriores y manteniéndolos, mientras tanto, en dependencias independientes, sin comunicación entre sí.

Art. 185.- Si la declaración ha de versar sobre objetos muebles y es posible, se traerán éstos a su presencia y se les interrogará sobre ellos, pudiendo, a su vez, ser mezclados con otros, a fin de que la declaración sea más exacta.

También, podrá trasladarse el juez o tribunal, con el testigo, el secretario judicial y las partes, al lugar de los hechos, con objeto de que la declaración se preste allí mismo. En este caso, después de que el testigo haga su declaración, se le puede pedir aclaraciones y explicaciones al respecto.

Art. 186.- Terminada la declaración, el testigo puede leerla; en su defecto, lo hará el intérprete o traductor, o el secretario.

Se extenderá acta por el secretario, que será firmada por el juez o tribunal, por el testigo y por el propio fedatario.

Art. 187.- Si el juez o tribunal lo estima necesario, ante las declaraciones contradictorias de los testigos e imputados, o de los primeros entre sí, ordenará la celebración de un careo.

Se procurará que el careo se celebre solamente entre dos personas, al objeto de facilitar la práctica de la diligencia y la obtención de resultados.

Se celebrará en presencia del juez o tribunal y del secretario. Se les leerá las declaraciones contradictorias y se les invitará a rectificarlas.

No se permitirá que los careados se agredan de palabra o físicamente.

El secretario extenderá acta de lo actuado, que firmarán todos los intervinientes.

Art. 188.- El órgano instructor tomará declaración a cuantos testigos considere necesarios.

Si el testigo residiera en otra demarcación judicial, el juez instructor podrá, por exhorto, solicitar del juez competente en el territorio del primero el recibimiento del testimonio.

Si el testigo residiera en el extranjero, la declaración se le podrá recibir por vía consular o a través del tribunal extranjero competente, de acuerdo con lo establecido en los instrumentos internacionales vigentes en el país. En uno u otro caso, el juez o tribunal requirente enviará la lista de preguntas a realizar al testigo, con indicación de aquéllas sobre las que desea una ampliación, realizada esta última a juicio del órgano requerido. Se dará información a las partes de la diligencia a practicar, a efectos de que presenten la relación de preguntas que estimen oportuna e, incluso, asistan si lo desean.

Art. 189.- Podrá practicarse la prueba de testigo con anterioridad a la celebración del juicio oral, por motivo racional de que se tema por la muerte o incapacidad física o mental del testigo, así como que éste manifieste su intención de abandonar el territorio nacional de manera inminente.

En estos casos, el órgano instructor ordenará de inmediato la práctica de dicha diligencia, con citación de las partes; la falta de audiencia o contradicción de éstas, producirá la nulidad de lo actuado.

Se extenderá acta, que será firmada por todos los intervinientes y que surtirá plenos efectos probatorios en el juicio oral.

Art. 190.- En el juicio oral, en primer lugar se examinarán los testigos de la acusación y, a continuación, los de la defensa.

El orden de examen de los testigos será el que figure en las respectivas listas de propuesta. A juicio del tribunal, se podrá alterar dicho orden, excepcionalmente.

Las personas obligadas a declarar, pero exentas de la obligación de concurrir, podrán prestar su testimonio por escrito, el cual será leído por el secretario antes de que declaren los otros testigos.

Se adoptarán medidas de seguridad, a fin de que el testigo que aún no haya declarado no escuche el testimonio de los otros testigos.

El juez y las partes, por su orden, podrán hacer, sin cruzarse ni interrumpirse, las preguntas que estimen necesarias, así como solicitar aclaraciones, explicaciones o nuevos detalles sobre lo declarado.

El presidente, por sí o en nombre de los restantes miembros del tribunal, podrá hacer a los testigos las preguntas que estime oportunas.

En el acto del juicio oral, se consignará por el secretario todas las incidencias acaecidas durante la práctica de la prueba, con especial mención de las preguntas realizadas

por las partes y no autorizadas por el presidente, por considerarlas capciosas, sugestivas o impertinentes.

Podrán las partes solicitar al tribunal que el testigo proceda a reconocer los instrumentos del delito o cualquier pieza de convicción.

Si el tribunal y las partes aceptan plenamente la declaración del testigo prestada durante la instrucción preliminar, éste no tendrá que comparecer al juicio oral y se tendrá por reproducido su testimonio. De lo contrario, habrá que suspender la sesión, si alguna de las partes o el propio tribunal considera imprescindible la comparecencia del testigo.

Art. 191.- Las declaraciones de los funcionarios de policía, que hayan intervenido en la práctica de diligencias relacionadas con la imputación del delito o falta por el que se celebra el juicio oral, serán consideradas como testificales.

Art. 192.- Los testigos tendrán derecho a una remuneración económica por conceptos de gastos de locomoción, manutención, alojamiento, en su caso, e indemnización por emolumentos de trabajo dejados de percibir.

El secretario del órgano judicial les practicará la liquidación correspondiente y les entregará, en el mismo día de su declaración, la cantidad que les corresponda.

Art. 193.- Si el testigo fuere menor de edad penal, la declaración tendrá lugar en el despacho del juez o en otra dependencia apropiada.

Se le recibirá declaración sin público y sin policía, salvo que fuere necesario, y prescindiendo en lo posible de fórmulas técnicas y de rito.

El juez o tribunal podrán acordar que esté presente un especialista en psicología o en pedagogía, así como el uso de pizarra, juego o cualquier instrumento o medio auxiliar, que facilite la valoración del testimonio.

Capítulo cuarto

Peritos

Art. 194.- Se practicará la prueba de peritos cuando se requieran especiales conocimientos en las ciencias, las artes o la técnica, para conocer o apreciar con acierto un hecho o una circunstancia importante para el proceso.

Art. 195.- Serán designados peritos quienes oficialmente acrediten idoneidad y capacidad en la materia sobre la que han de emitir su dictamen.

En su defecto, se optará por las personas de más manifiesta aptitud, aunque no pertenezcan a organismo o corporación oficial.

Art. 196.- Como regla general, el juez instructor designará dos peritos. Excepcionalmente, en procesos por delitos de cierta gravedad y complejidad, podrá nombrarse a tres peritos.

En los procesos por delitos sancionados con pena de privación de libertad no superior a tres años se designará de oficio un solo perito.

En todos los casos, además, las partes podrán, a su cargo, hacer la correspondiente designación de un perito por cada una de ellas.

Art. 197.- El nombramiento judicial del perito será por escrito.

En circunstancias excepcionales, se hará verbalmente, sin perjuicio de darle forma escrita más adelante.

El juez, según la naturaleza del dictamen, podrá señalar un plazo para que los peritos cumplan su cometido. A solicitud de los peritos, podrá prudencialmente ampliarse.

Las mismas facultades tendrá el Ministerio Fiscal con los organismos técnicos de investigación del delito.

Art. 198.- El perito designado no podrá negarse a practicar la pericia, si no estuviere legítimamente impedido.

Si no concurriere al llamamiento judicial, sin alegar justa causa, será sancionado la primera vez con multa de cien colones; al segundo llamamiento sin concurrir, será conducido a presencia judicial por la policía e imputado por denegación de auxilio.

Si se negare a presentar el informe, será imputado del delito de desobediencia grave a la autoridad.

Art. 199.- Están exentos de la obligación de prestar informe pericial todas aquellas personas que no están obligados a declarar como testigos, más quien sea testigo en ese proceso.

El perito que considere que incurre en causa de incompatibilidad, o que no está obligado a aceptar el nombramiento, deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial antes de aceptar el nombramiento, así como alegar su falta de idoneidad para el desempeño del cargo, por considerarse incurso en causa de recusación, por enfermedad o por cualquier otra circunstancia grave.

En todos los casos, resolverá el juez sin ulterior recurso.

Art. 200.- Nombrado el perito, se pondrá en conocimiento de las partes, a efectos de recusación.

Las causas de recusación son aquellas que se pueden plantear en el incidente contra jueces y magistrados, en lo que sean aplicables al caso.

La parte que pretenda recusar al perito ha de hacerlo por escrito, antes de que éste comience la pericia, indicando la causa de la recusación y la prueba que ofrezca.

El juez o tribunal examinará los documentos aportados por el recusante y oír a los testigos, en su caso, resolviendo en consecuencia.

Si estima la recusación, procederá a la designación de un nuevo perito. Si la desestima, el recusado realizará la pericia.

Contra la resolución no cabe recurso.

Art. 201.- Cuando el peritaje realizado durante la instrucción no pudiere reproducirse en el acto del juicio oral, las partes podrán designar un perito que intervenga en la práctica de la prueba.

En este caso, comunicarán al juez instructor el nombre del perito.

El juez resolverá de inmediato sobre la admisión de estos peritos.

Art. 202.- La práctica de la diligencia será precedida de la promesa de los peritos, tanto los designados por la autoridad judicial como los propuestos por las partes, de proceder correcta y fielmente en su tarea, sin otro fin que la averiguación de la verdad.

A continuación, se expondrá claramente a los peritos el objeto del informe que han de emitir.

Al acto asistirán el juez o tribunal, el secretario y las partes, quienes podrán hacer a los peritos las observaciones, sugerencias y preguntas que consideren oportunas, tanto durante la práctica de la pericia como al término de ella.

De todo lo acaecido extenderá acta el secretario, que será firmada por los intervinientes.

La autoridad judicial podrá no estar presente en la práctica de determinadas pericias, pero en todo caso los peritos habrán de acudir en su día al juicio oral para exponer el trabajo realizado y las conclusiones obtenidas, así como someterse a las preguntas de las partes.

Si la pericia es llevada a cabo por los órganos investigadores del delito, dependientes del Ministerio Fiscal, éste habrá de comunicar, con suficiente antelación, a la autoridad judicial la fecha, hora y lugar en que se va a practicar, a fin de que las partes sean debidamente informadas y asistan si lo desean.

Se procurará que los peritos tengan los medios necesarios para el desempeño de su tarea, dictando al respecto las órdenes correspondientes.

Art. 203.- Si por razones de seguridad, imperativo legal o a consecuencia de la propia pericia, se presumiera la destrucción o alteración básica, durante la práctica de la diligencia, de la materia u objeto analizados, se procurará por el juez instructor, o por el Ministerio Fiscal, en su caso, conservar, si es posible, parte de ello, con la finalidad de, eventualmente, proceder a una nueva pericia.

Art. 204.- Los peritos podrán disponer del tiempo y del lugar adecuados para deliberar y redactar sus conclusiones. A tal efecto, el juez o tribunal, previa consulta con ellos, les hará las debidas recomendaciones.

Art. 205.- En la práctica de algunas pericias, que por su naturaleza exigen más de una sesión, se adoptarán las medidas de rigor, a fin de evitar cualquier manipulación extraña o alteración en la materia objeto de la diligencia.

Art. 206.- Terminada la pericia, presentarán el informe que, necesariamente, ha de contener:

- 1.º Datos de identificación de los peritos, profesión domicilio, ciudad y fecha.
 - 2.º Descripción detallada de la persona, cosa, lugar o fenómeno natural sobre los que versa el dictamen.
 - 3.º Enumeración, ordenada y detallada, de las operaciones, métodos, análisis, exámenes u observaciones realizadas por los peritos y de los resultados obtenidos.
 - 4.º Las conclusiones que, a su juicio, se desprenden de la práctica de la pericia.
- El informe, escrito, irá firmado.

Art. 207.- Si los peritos no coincidieran en su informe y el número fuera par, se nombrará otro de oficio.

Si no fuera posible repetir en todo o en parte la pericia, el nuevo perito designado recibirá todas las explicaciones posibles de los anteriores, debatirá con ellos y, con la cautela del caso, se adherirá a una de las tesis presentadas o presentará su propio informe motivado.

Redactarán un solo informe si coinciden en las conclusiones; caso contrario, cada perito emitirá su dictamen.

Art. 208.- El juez instructor, de oficio o a instancia de las partes, podrá ordenar que el dictamen sea ampliado, que se efectúe con mayor claridad, o que se expliquen con más detenimiento algunos extremos o conceptos del mismo.

Art. 209.- En el juicio oral, los peritos expondrán de palabra la pericia practicada en su día. Podrán ser interrogados por las partes y por los miembros del tribunal, por su orden y uno a continuación del otro.

Darán las explicaciones solicitadas y aquellas que ellos mismos consideren convenientes.

Si la persona u objeto sobre los que se practicó la pericia estuvieren presentes, repetirán en la medida de lo posible la pericia o, al menos, harán los comentarios, observaciones o explicaciones directamente sobre ellos.

Podrán servirse en su exposición de gráficos, pizarra, mapas, notas, apuntes, o cualquier otro tipo de medio o instrumento auxiliar que la facilite.

Si el tribunal y las partes aceptan plenamente el informe del perito emitido en la instrucción preliminar, éste no tendrá que comparecer al juicio oral. De lo contrario, si alguna de las partes o el propio tribunal estima necesaria la comparecencia y no está presente, habrá que suspender la sesión.

Art. 210.- Los peritos tendrán derecho a percibir una remuneración económica por los mismos conceptos y conforme a la regulación prevista para los testigos, con las par-

ticularidades, en cuanto a la retribución por el servicio prestado, de su profesión u oficio.

Se excluyen aquellos funcionarios civiles o militares que cuenten con una dotación económica de la Administración específica para tales fines.

Capítulo quinto

Documentos, piezas de convicción y reconocimiento judicial

SECCIÓN PRIMERA

Prueba documental y piezas de convicción

Art. 211.- Los documentos y las cosas muebles pueden ser aportados al proceso.

Art. 212 .- Tanto en la instrucción preliminar como en el juicio oral pueden ser mostrados al imputado, a los testigos y a los peritos y ser objeto de reconocimiento judicial.

En la instrucción preliminar, salvo que, a juicio del juez o tribunal, se trate de materia clasificada como secreta, a efectos de la seguridad nacional, estarán en todo caso presentes las partes.

Art. 213.- El juez o tribunal y el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de parte, podrán dirigirse por escrito a la Administración para que suministre datos o informes relacionados con el hecho punible investigado.

Los responsables de los organismos en cuestión responderán de que tales solicitudes sean contestadas lo antes posible.

Art. 214.- Los documentos escritos que consten en archivos o colecciones particulares, o que, por cualquier razón convincente, a juicio del tribunal, sus propietarios no deseen aportarlos a los autos, atendiendo a su valor histórico, económico, artístico, sentimental, o de otra índole, podrán ser examinados por el juez o tribunal y por las partes en la sede en que se hallen.

En este caso, el secretario extenderá detallada acta, que firmarán todos los presentes.

Si el propietario lo autorizase, el documento no sufriese menoscabo y ello fuese posible, se procederá a su reproducción fotográfica o por otro medio técnico apropiado, lo que, debidamente autenticado por el secretario, se incorporará a los autos.

Art. 215.- De similar modo se procederá respecto a películas, fotografías, cintas magnetofónicas, de video, programas de informática, o cualquier medio de documentación y/o reproducción de imagen, de sonido, o de ambos.

En estos casos, además de la detallada acta del fedatario judicial y de la obtención de copia, en su caso, se procederá, cuando sea posible, a su redacción escrita, literaria, numérica o gráfica, y su incorporación, autenticada, a los autos.

Art. 216.- Cuando el documento escrito, gráfico o sonoro, forme parte de un conjunto que, en su totalidad, no sea de interés para la investigación procesal, solamente se recogerá en acta y, en su caso, se reproducirá, aquella parte que, directa o indirectamente, lo sea.

Art. 217.- Las cosas muebles, objetos y piezas de convicción, de interés para la averiguación de la verdad, son igualmente susceptibles de examen y reconocimiento por juez o tribunal, partes, testigos y peritos, acompañados de fedatario judicial, que extenderá el acta conforme se indica en los artículos anteriores.

Si fuere necesario y posible, serán llevados al juicio oral, para la práctica en su día de las oportunas pruebas.

Art. 218.- Si su poseedor no lo entregase voluntariamente para su incorporación a las actuaciones procesales y, a juicio del juez o tribunal, ésta fuere necesaria, se ordenará la misma por auto, que será apelable en un solo efecto.

Art. 219.- Se exceptúan de lo dispuesto en los artículos anteriores aquellos documentos o cosas, de la clase que fueren, que contengan comunicaciones entre el imputado y terceros, o entre éstos, que no están obligados a declarar como testigos.

Art. 220.- De todo documento o cosa aportado directamente a las actuaciones, se entregará recibo a su propietario para su posterior devolución.

Terminado el proceso penal y adquirida firmeza la sentencia, los documentos y piezas de convicción, si fuesen legales, serán devueltos a sus legítimos propietarios.

Si no fuesen de curso legal, se procederá a su entrega a los correspondientes órganos de la Administración civil o militar, o se destruirán.

Art. 221.- Para que, en el juicio oral, se pueda proceder a la lectura de diligencias practicadas durante la instrucción preliminar, será requisito básico que las mismas hubieran sido realizadas con audiencia, igualdad y contradicción de las partes.

SECCIÓN SEGUNDA

Reconocimiento judicial

Art. 222.- La prueba de reconocimiento judicial podrá practicarse sobre fenómenos naturales, artificiales, cosas, animales o personas, vivos o muertos, y en ella se utilizará cualquier sentido humano.

Art. 223.- Puede ser practicada en cualquier momento procesal.

Para que surta efectos probatorios en el juicio oral, es preciso que en la práctica llevada a cabo durante la instrucción preliminar hubieren sido respetados los derechos de audiencia y contradicción de las partes.

Art. 224.- A su práctica asistirán el juez o tribunal, las partes y el secretario judicial, que extenderá acta de todo lo actuado, recogiendo literalmente lo que el juez o presidente del tribunal les dictare al respecto.

Art. 225.- La prueba de reconocimiento judicial podrá practicarse, al mismo tiempo, junto con la declaración del imputado, de los testigos o la realización de una pericia.

LIBRO SEGUNDO INSTRUCCION PRELIMINAR

TITULO I DISPOSICIONES GENERALES

Art. 226.- La instrucción preliminar es el conjunto de diligencias dirigidas a la averiguación de la verdad sobre un hecho punible, sus circunstancias y la autoría o participación en él, con objeto de preparar el juicio oral.

Art. 227.- La instrucción preliminar corresponde al Juez de Paz, salvo en aquellos delitos cuya instrucción esté atribuida a un tribunal colegiado.

Art. 228.- La investigación policial del delito se realizará bajo la dirección del Ministerio Fiscal.

Art. 229.- La policía, tan pronto como tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible, comenzará la investigación del mismo, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y obedeciendo las instrucciones que éste le impartiere.

También, investigará la comisión de un delito y practicará las diligencias que se le ordenare, si la noticia del delito, o la orden de practicar dichas diligencias, le llegare a través del juez de instrucción o del fiscal.

De toda detención se informará de inmediato al juez de instrucción y al fiscal, poniendo al detenido dentro del plazo legal a disposición judicial.

Terminada la investigación policial, las diligencias serán remitidas al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que éste ordene la práctica de nuevas diligencias.

Art. 230.- El Ministerio Fiscal puede tener conocimiento de un hecho punible:

- 1.º Por sí mismo.
- 2.º Por denuncia.
- 3.º Por conducto de la policía.
- 4.º A través del juez.

Si considera que el hecho es constitutivo de delito, ordenará a la policía que realice la investigación correspondiente, poniendo en conocimiento del juez de instrucción el inicio de dicha investigación por las unidades policiales bajo su mando.

Si la noticia criminal le ha llegado a través del juez de instrucción, acusará recibo y le comunicará, también, el inicio de la investigación por parte de la policía.

Si considera que el hecho no es punible, ordenará el archivo de las actuaciones, dando cuenta de ello al juez si éste ya estuviera informado del inicio de la investigación.

Si la noticia criminal le llegó por medio de denuncia y decide archivar las actuaciones, se lo comunicará al denunciante, por si éste desea acudir al juez de instrucción directamente.

Art. 231.- El juez instructor puede tener conocimiento de un hecho punible, por:

- 1.º Denuncia
- 2.º Querrela
- 3.º Conocimiento propio.
- 4.º El Ministerio Fiscal.

En los tres primeros casos lo pondrá en conocimiento del fiscal, para que éste ordene la investigación policial del delito, sin perjuicio de que el propio juez pueda ordenar a la policía la práctica de diligencias tendentes a la averiguación de la verdad.

Art. 232.- Por cada hecho punible se hará una instrucción preliminar, para su investigación y la preparación del posterior juicio oral.

No obstante, los delitos conexos serán objeto de una sola instrucción.

Art. 233.- La instrucción preliminar será llevada a cabo por el Juez de Paz, con arreglo a las reglas de competencia territorial de este Código, bajo la vigilancia del fiscal que también velará por la legalidad del procedimiento y por las garantías y derechos de imputados y víctimas.

En los procesos por delitos de personas aforadas, sometidas a determinados tribunales, se designará como instructor a un magistrado del tribunal, el cual después no formará parte del que presida el juicio oral. Sin embargo, el correspondiente Juez de Paz, en casos graves y de modo excepcional, podrá practicar de oficio las diligencias que considere urgentes y necesarias, las cuales remitirá de inmediato al tribunal competente.

Art. 234.- EL Juez de Paz, tan pronto como tenga noticia de la comisión de un he-

cho punible dentro de su demarcación territorial, ordenará la instrucción preliminar pertinente para la averiguación de la verdad y preparación del juicio oral.

Iniciada, por auto, la instrucción preliminar, se comunicará a la víctima y al imputado, si los hubiere, y al Ministerio Fiscal, que quedarán constituidos por imperativo legal como partes. La misma notificación se hará a posibles querellantes, si se les hubiere admitido la querella.

Si la víctima del delito, al prestar declaración por primera vez ante el juez y ser instruida de que puede ser parte procesal, renunciase a esto último expresamente, no se le notificarán las sucesivas actuaciones, salvo las que la ley disponga. Si solicitase abogado de oficio, se le proveerá.

A lo largo de la instrucción, practicará las diligencias que considere necesarias, tanto de oficio, como a petición de las partes. Contra el auto denegatorio de la práctica de diligencias, cabe recurso de apelación en un solo efecto.

Art. 235.- Si surge una cuestión que no es de derecho penal y está íntimamente relacionada con el objeto del proceso, transcurrido el plazo de un mes, a partir de la notificación del tribunal a las partes sobre la necesidad de resolverla en la vía judicial correspondiente y éstas no hubieren acudido a ella, podrá el tribunal, a los solos efectos de resolver el proceso penal, pronunciarse sobre ella.

Si dentro del citado mes las partes acudieran al tribunal competente, el procedimiento penal se suspenderá hasta que la cuestión sea resuelta. Ello no impedirá la práctica de las diligencias urgentes que sean necesarias. Si el imputado está detenido, será puesto en libertad.

La parte que no esté de acuerdo con la calificación como cuestión prejudicial podrá impugnar la decisión judicial en apelación.

Si, por el contrario, más adelante las partes plantean dicha cuestión en la vía judicial propia y la resolución es opuesta a la adoptada al respecto por el tribunal penal, cabe interponer recurso de revisión contra la sentencia penal.

Art. 236.- Iniciada la instrucción preliminar y hasta la resolución de apertura del juicio oral, las partes podrán plantear las excepciones siguientes:

- 1.º Falta de jurisdicción.
- 2.º Incompetencia material y/o territorial.
- 3.º Falta o prescripción de acción.
- 4.º Amnistía.
- 5.º Indulto.

En el escrito la parte podrá ofrecer prueba y acompañar los documentos que estime oportunos o hacer el señalamiento, en su defecto.

Se dará traslado a las otras partes por tres días y en los tres siguientes el juez convocará a una vista oral en la que, por su orden, oír a las partes y se practicarán las pruebas.

En los tres días siguientes, el juez resolverá por auto. Si estima la excepción, procederá en consecuencia, remitiendo las actuaciones al tribunal competente, archivándolas o acordando el sobreseimiento.

Art. 237.- La instrucción preliminar será secreta. Las actuaciones sólo serán conocidas por el instructor y personal de la oficina judicial y por las partes.

El incumplimiento del deber de guardar silencio producirá responsabilidad penal.

Art. 238.- Cuando el instructor lo estime necesario, podrá acordar por auto, de oficio o a instancia de parte, por el tiempo máximo de diez días, prorrogables una sola vez por otros diez, el secreto total o parcial de las diligencias de instrucción para todas las partes, excepto para el fiscal.

TITULO II DENUNCIA Y QUERRELLA

Capítulo primero

Denuncia

Art. 239.- La persona que tuviere noticia de la comisión de un delito perseguible de oficio está obligada a ponerlo en conocimiento de la policía, el fiscal o la autoridad judicial, por medio de denuncia.

Art. 240.- No están obligados a presentar denuncia:

- 1.º Los familiares, eclesiásticos y abogados que están exentos de la obligación de declarar contra el imputado en la prueba de testigos.
- 2.º Los menores de edad penal.
- 3.º Los deficientes mentales.

Sin embargo, cuando la víctima sea un menor, los familiares sí están obligados a la denuncia.

Art. 241.- El denunciante no está obligado a probar los hechos que denuncia, ni a presentar querrela.

Se limitará a relatar el hecho punible del que ha tenido noticia, señalando autor y partícipe, víctima, testigos y demás circunstancias que conozca.

Art. 242.- La denuncia se presentará personalmente o por medio de un apoderado, pudiéndose hacer de palabra o por escrito.

Se comprobará la identidad del denunciante y se le entregará copia de la denuncia, debidamente firmada y sellada.

Art. 243.- En las denuncias por delitos que requieran de su previa presentación para ser perseguidos, se obrará conforme a lo expuesto en los anteriores artículos, en cuanto a forma y recepción.

Capítulo segundo

Querrela

Art. 244.- Todas las personas físicas y jurídicas salvadoreñas podrán presentar querrela, por delitos perseguibles de oficio.

En los delitos perseguibles a instancia de parte, sólo podrán querrellarse las víctimas y, en su defecto, sus herederos.

Los extranjeros podrán querrellarse solamente por delitos cometidos contra su persona o su patrimonio.

Art. 245.- Los miembros del Ministerio Fiscal presentarán querrela cuando se trate de delitos cometidos contra menores o incapacitados.

La querrela se presentará ante el Juez de Paz competente.

Art. 246.- Si el querrellado estuviere sometido a otro tribunal, el Juez de Paz ante el que se hubiere presentado la querrela se la remitirá de inmediato.

Art. 247.- El querellante, una vez admitida la querrela a trámite, queda constituido como parte en el proceso subsiguiente.

Podrá retirarse la querrela en cualquier momento.

Si el querellante falleciere o quedare incapacitado para continuar siendo parte, sus herederos o representantes legales tendrán veinte días para sucederle en la acción. Trans-

currido dicho plazo sin que hayan comparecido por escrito ante el juez, se considerará retirada la querrela.

Art. 248.- La querrela, que se presentará por escrito ante el Juez de Paz competente, en papel común y con firma de abogado, deberá contener el relato detallado del hecho punible, los datos identificativos de los partícipes, víctimas, testigos y querellante, las diligencias que se deben practicar para la comprobación del hecho punible, la solicitud de que se admita a trámite y la firma del querellante.

Se acompañará de la prueba documental, o se hará el señalamiento de donde ésta se encuentra.

En los delitos perseguibles a instancia de parte, en que se exija la previa celebración del acto de conciliación, se acompañará la certificación que acredite haberlo intentado o celebrado sin avenencia.

Art. 249.- El juez o tribunal fijará la cuantía que ha de prestar el querellante, para responder de las posibles responsabilidades.

Están exentos de prestar fianza las víctimas del delito, sus herederos y sus representantes legales.

Art. 250.- El juez no admitirá la querrela cuando los hechos no constituyan delito, o cuando no se considere competente para la instrucción preliminar.

Contra el auto desestimatorio cabe recurso de apelación en ambos efectos.

TITULO III

INVESTIGACION DEL HECHO PUNIBLE E IDENTIFICACION DE LOS PARTICIPANTES

Capítulo primero

Investigación del delito

Art. 251.- El Juez de Paz ordenará, por auto, que se recojan las armas, instrumentos u objetos relacionados con el delito, sin que sufran la menor alteración en el estado en que se encuentren.

En la diligencia se especificará la fecha, lugar y circunstancias en que se hallan.

Si el objeto del delito fuere una persona, será descrita por el juez lo más detalladamente posible, especialmente en los aspectos más relacionados con el delito.

En dichas diligencias el juez podrá servirse de peritos y de testigos.

Art. 252.- Las armas, instrumentos u objetos retenidos se conservarán hasta la celebración del juicio oral.

Si, por la propia naturaleza de la materia decomisada, fuere conveniente su destrucción, por ser peligrosa, dañina o insalubre, o por cualquier otra causa grave y justificada a juicio del juez, se ordenará ésta, dejando a salvo una muestra representativa, por el procedimiento adecuado y con la colaboración de las personas u organismos necesarios. A tal efecto, se expedirá el correspondiente auto, oídos el fiscal y el propietario. En la diligencia se especificará cantidad, calidad, medidas y peso de lo destruido.

Si se tratare de bienes perecederos, el juez ordenará su venta y depositará en el establecimiento adecuado el dinero obtenido.

En todo caso, procurará que los bienes no sufran menoscabo ni deterioro alguno, adoptando las medidas que prudentemente estime y, en su caso, depositándolos en la persona o en el establecimiento adecuados.

Art. 253.- Si se tratare de la presunta muerte violenta de una persona, se procurará la identificación de la misma, a través de testigos, inserción de descripción y/o fotografía en los medios de comunicación, recogida y conservación de las prendas y objetos que portare, huellas dactilares y cualquier otro procedimiento que se considere oportuno.

Posteriormente, por el personal médico adecuado, se practicará la autopsia al cadáver. Si fuese necesaria la exhumación previa, así se ordenará. La autopsia se realizará en el local establecido para ello por las autoridades sanitarias, estando presente y dando fe de ello el secretario judicial. Si el juez lo desea, podrá asistir.

También se llevará a cabo por el personal médico que designe el juez la asistencia y el seguimiento de personas heridas, envenenadas o lesionadas, hasta su recuperación. Ello no impedirá que intervengan otros facultativos, de libre elección por la víctima o sus representantes, siempre bajo la inspección y supervisión de los primeros.

Art. 254.- Si fuere necesario, el juez procederá a un reconocimiento e inspección del lugar del delito, dictándole al secretario, que extenderá acta, los pormenores y características sobre los objetos, accidentes del terreno, distribución del espacio, construcciones y demás datos que estime de interés.

Se podrán levantar planos, hacer fotografías y realizar grabaciones de imagen y/o de sonido, así como emplear cualquier medio o instrumento técnico o mecánico de aplicación al caso.

Se recogerán vestigios, si los hubiere, y se oír a testigos y peritos, en su caso.

Estarán presentes las partes, que podrán hacer las observaciones oportunas y firmarán el acta al término de la diligencia.

Art. 255.- El juez instructor, el fiscal y la policía podrán ordenar a las personas que se encuentren en el lugar del delito, o en sus alrededores, que no se alejen del mismo y que presten la debida declaración

Art. 256.- Cuando deba hacerse constar la preexistencia de los objetos que se denuncian como robados, hurtados o estafados y no hubiere testigos, se recibirá la declaración del que se presenta alegando ser víctima, con los antecedentes, información, descripción y circunstancias que éste ofrezca, como indicios racionales de que se encontraba poseyendo él mismo esos objetos hasta que se cometió el delito denunciado.

Art. 257.- Si, para calificar el delito, hubiera que valorar el objeto o el importe del perjuicio, el juez oír a la víctima y ordenará una pericia.

Art. 258.- El juez o tribunal, si lo estiman necesario, podrán ordenar la reconstrucción del hecho punible, en la medida de lo posible, a fin de facilitar la averiguación de la verdad.

Art. 259.- El instructor recibirá la declaración indagatoria del imputado dentro de las veinticuatro horas de ser puesto a su disposición, si está detenido.

Le interrogará sobre su identificación y participación en el hecho punible que se le imputa.

La declaración se realizará conforme a lo dispuesto en el Capítulo segundo, Título VII, del Libro primero de este Código.

Art. 260.- La instrucción preliminar no podrá durar más de seis meses.

Excepcionalmente, oídas las partes, por auto, podrá prorrogarse por otros seis meses, por una sola vez. La resolución judicial será apelable en un solo efecto.

Capítulo segundo

Identificación de los imputados

Art. 261.- Si el imputado no se identificare satisfactoriamente a juicio del juez, se procurará obtener la identificación por los medios legales precisos.

A tal efecto, puede hacerse uso de la inscripción de nacimiento, cédula de identificación, pasaporte, testigos de referencia, ficha dactiloscópica, o cualquier otro documento de carácter civil o religioso que facilite la identificación.

Si el hecho punible está relacionado con accidente de tránsito, se anotarán en las actuaciones las autorizaciones de conducir de los conductores, de circulación de los vehículos y el seguro, si lo tuviere.

Art. 262.- Si se celebra en la policía, ha de estar presente su abogado, bajo pena de nulidad de lo actuado.

Si es ante la autoridad judicial, estarán presentes las partes.

Art. 263.- En delitos de tránsito, derivados de automóviles, la policía y el instructor podrán acordar la inmovilización del vehículo. Además, el instructor podrá acordar la retención temporal del permiso de conducir y de la tarjeta de circulación del vehículo.

Art. 264.- En cuanto a la edad, si hubiese dudas al respecto, además de los citados documentos, se podrá acudir al informe médico.

Art. 265.- Se podrán aportar también a las actuaciones, de oficio, informes policiales sobre la conducta ciudadana del imputado y certificación de antecedentes, aunque fuere negativa.

Art. 266.- Si el juez lo estimare necesario, ordenará la práctica de un examen mental del imputado.

Art. 267.- De oficio o a instancia de parte, el juez podrá ordenar la identificación directa del imputado por parte de los denunciantes, querellantes o testigos.

Dicha diligencia se practicará en el centro de detención en que se encuentra el imputado; en su defecto, se hará en las dependencias judiciales.

A tal fin, se incluirá el imputado, que vaya a ser objeto de reconocimiento, entre una serie de otras seis personas más parecidas características externas.

En presencia del juez, secretario y partes, el que deba hacer la identificación, sin que sea visto por el imputado, manifestará si éste se encuentra o no entre los exhibidos y cual de ellos es.

Si fueren varios los que hubieren de identificar al imputado, se procederá por separado, sin que se comuniquen entre sí, a efectos de evitar confusiones o influencias.

Se extenderá acta detallada, firmada por los presentes.

Capítulo tercero

Diligencia de registro

Art. 268.- El juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar el registro de un lugar, cuando existan motivos suficientes para presumir que allí se encuentra el imputado que es buscado, un condenado, u objeto o efectos de interés para la investigación del hecho punible.

Art. 269.- El juez o tribunal podrá asistir personalmente a la práctica de la diligencia.

En todo caso, es necesaria la presencia del secretario judicial, que extenderá acta de lo actuado y firmarán los presentes.

Las partes serán convocadas a dicho registro.

Art. 270.- El auto de registro, cuya copia portará el secretario y notificará al propietario o habitante del lugar a registrar, deberá contener los datos relativos al juez o tribunal que lo dicta, lugar que debe ser registrado, procedimiento en que se acuerda, diligencias a practicar, fecha y firma.

La vigencia de la orden de registro será de una semana a partir de la fecha de emisión.

Pueden acordarse por un tiempo más amplio, en cuyo caso hay que precisar las causas, suficientemente justificativas, así como las fechas de comienzo y de término.

Art. 271.- Si el registro fuere en lugar habitado o cerrado, se mostrará el auto al propietario o habitante, para que franquee la entrada, advirtiéndole que, si no lo hace, se usará de la fuerza.

Si no fuere hallado el propietario o habitante, se prescindirá de él para el acceso y registro.

Si fuere hallado, se le invitará a presenciar el registro; en su defecto, al encargado del lugar y, a falta de éste y de familiares del propietario o habitante, a dos testigos de la vecindad, mayores de edad.

Libre el acceso, se procederá de inmediato al registro, consignando todas las circunstancias, así como las observaciones de las partes, en el acta.

Art. 272.- Si no fuere posible realizar el registro en una sola sesión, éste se suspenderá para reanudar más adelante, adoptando mientras las debidas precauciones de vigilancia.

Art. 273.- El registro se realizará de día, salvo que, a juicio del juez, haya razones suficientes para practicarlo de noche.

Se llevará a cabo con respeto a las personas y a sus bienes, inspeccionando solamente lo que parezca tener relación con el objeto de la investigación, sin intromisiones en la intimidad ni violencia en las cosas, innecesariamente.

El juez podrá auxiliarse de los policías, bomberos, u otros profesionales o técnicos para facilitar el acceso y el registro.

Si hubiere que recoger documentos o piezas de convicción de interés para la investigación, se procederá conforme se establece en el Título VII, del Libro primero de este Código.

Art. 274.- Si el registro hubiere de practicarse en una dependencia de la administración civil o militar, de cualquier servicio oficial, establecimiento de reunión o recreo, partido político, sindicato, organización privada, centro religioso dedicado al culto, empresa, institución de enseñanza, hospitalaria, o en cualquier otro edificio o lugar cerrado, de carácter público o particular, que no estuviere dedicado exclusivamente a vivienda habitación o residencia particular, el juez se personará, con el secretario y las partes, en el lugar a registrar y pondrá en conocimiento de los responsables del centro, organismo, instituto o dependencia, el auto de registro.

Se adoptarán las medidas de seguridad que el juez ordene previsoramente, pero el registro no comenzará hasta una hora después de haber enviado el aviso o de haberse presentado en el lugar a registrar.

Art. 275.- Para el registro en edificios destinados a habitación o a oficinas de representantes diplomáticos de países extranjeros acreditados ante El Salvador, o en buques y aviones de guerra también extranjeros, que estuvieren en suelo salvadoreño, el juez o tribunal solicitará previamente la autorización al jefe de misión o al comandante del buque o avión.

Si se denegare el permiso o no se contestare a la solicitud en el plazo de doce horas, el juez o tribunal pondrá el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, para que provea lo conveniente.

Art. 276.- Para el registro en la sede de la Asamblea Legislativa de la República o en la Presidencia de la República se solicitará la autorización del respectivo presidente, sin la cual no se podrá practicar.

Art. 277.- No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la policía podrá pro-

ceder a la entrada en un recinto cerrado, sin previa orden judicial y a cualquier hora, en los casos siguientes:

- 1.º En persecución ininterrumpida de un imputado o condenado.
- 2.º Cuando se pida auxilio desde el interior.
- 3.º Cuando se constate que se está cometiendo un delito dentro, que exija la intervención inmediata de la policía.
- 4.º En caso grave de incendio, estragos o calamidad pública.

En lo posible, se ajustarán a lo dispuesto para la entrada y registro con orden judicial. Terminado el allanamiento, se pondrá de inmediato todo en conocimiento del Juez de Paz competente.

TITULO IV MEDIDAS CAUTELARES

Capítulo primero

Citación y detención

Art. 278.- El juez, el tribunal y el fiscal podrán acordar la citación de una persona a quien se impute un hecho punible.

También, podrán ordenar la comparecencia de un testigo.

Si no comparece, podrán acordar que la policía la detenga y la conduzca a su presencia.

Art. 279.- Todo imputado deberá ser citado, a efectos de ser oído por el juez instructor.

Este, además, durante la instrucción preliminar, podrá ordenar la comparecencia de cuantas personas estimase conveniente, para la identificación del delito y del delincuente.

Art. 280.- Nadie puede ser detenido salvo en los casos contemplados en la ley. Entre libertad y detención no caben situaciones intermedias.

Art. 281.- No se podrá detener por faltas, salvo que el imputado no tuviere domicilio conocido, ni diese fianza bastante.

Art. 282.- La detención puede ser realizada por un particular, por la policía y por orden judicial o del fiscal.

Durará el tiempo imprescindible y será realizada con absoluto respeto a los derechos humanos.

El uso de violencia o armas durante la detención deberá estar suficientemente justificado y habrá de ser proporcional a la resistencia opuesta.

Art. 283.- La detención a cargo de un particular sólo puede tener lugar:

- 1.º En caso de flagrante delito o de ir a cometerlo.
- 2.º Cuando la persona a detener fuere buscada o perseguida por la policía.
- 3.º Cuando la persona a detener hubiere quebrantado condena, se hubiere fugado estando detenido o preso, o estuviere en rebeldía.

El detenido habrá de ser puesto lo antes posible a disposición de la policía.

Art. 284.- La detención administrativa a efectos de identificación tendrá una duración máxima de ocho horas y habrá de tener una causa suficientemente razonable para que se produzca.

Ha de rodearse, en la medida de lo posible, de las garantías contenidas en los artículos siguientes.

Art. 285.- La policía podrá detener a una persona en los supuestos permitidos para la detención por particular, más los casos siguientes:

- 1.º Al que se le impute judicialmente un delito sancionado con pena de privación de libertad superior a tres años.
- 2.º Al que la policía sospeche, de modo razonable, que tuvo participación en un delito comprendido en el número inmediato anterior.

Art. 286.- La policía, antes de practicar una detención, si es posible, solicitará y, en su caso, obtendrá la correspondiente orden judicial.

Si las circunstancias del caso no permitieren la obtención previa de la orden judicial, tan pronto como sea posible, se comunicará al juez o tribunal la detención practicada, con información de la identificación sucinta del detenido, hecho punible que se le imputa y circunstancias que imposibilitaron la solicitud, u obtención, previa de la orden de detención.

Art. 287.- Los funcionarios de policía se identificarán ante la persona a detener, salvo que razones de urgencia aconsejen hacerlo con posterioridad a la detención.

Identificarán al detenido, le informarán del motivo de la detención y, en su caso, le mostrarán la orden escrita.

Si no fuese absolutamente necesario, no emplearán violencia ni armas, así como no pondrán grilletes o esposas al detenido.

Los policías informarán a las personas presentes, durante la práctica de la detención, del lugar, establecimiento o dependencia a la que conducirán al detenido, lo que harán de inmediato.

Art. 288.- Tan pronto sea presentado el detenido en el establecimiento adecuado, se registrará su ingreso en un libro, debidamente foliado y sellado, que custodiará el secretario del organismo.

En el ingreso se anotarán los datos de la persona detenida, el día y la hora, el motivo de la detención y los datos profesionales de los policías que lo presentan.

El secretario será responsable de que el libro de detenidos no contenga enmiendas, raspaduras, tachaduras, ni espacios interlineados en blanco. Cualquier error u omisión se salvará al margen, con una diligencia aclaratoria.

La persona detenida tiene derecho a que se le entregue un escrito, firmado y sellado, con los datos que obren en el libro de ingresos, así como un recibo de las pertenencias de su propiedad que se le retiren mientras dura la detención.

Art. 289.- Los funcionarios de policía informarán de la detención a la persona que indique el detenido.

También, se pondrán en comunicación con el abogado que aquel designe. En su defecto, se llamará a uno de oficio.

A todos ellos se les informará del lugar en que se encuentra el detenido.

Con el abogado se permitirá entrevistarse y cualquier declaración, sobre la identificación o sobre la participación en el hecho punible, necesariamente ha de ser en su presencia.

Art. 290.- El detenido puede proveerse de ropa, alimentos, lectura y útiles de aseo.

Tiene derecho a un recinto con luz, silla y cama, lo más digno posible.

La policía adoptará medidas para separar a los jóvenes de los adultos, a las mujeres de los hombres y a los manifiestamente peligrosos de los que no lo son.

Art. 291.- La detención policial no podrá exceder de veinticuatro horas. Transcurrido dicho plazo, ha de ser puesto a disposición judicial.

Art. 292.- La detención judicial se acordará siempre por auto, que será apelable.

No podrá exceder de setenta y dos horas, durante las cuales se le recibirá declaración.

Terminado dicho plazo, el detenido ingresará en prisión o quedará en libertad.

El auto elevando la detención a prisión, o dejando en libertad al detenido, se notificará a las partes. Contra dicha resolución caben recursos de revocación y de apelación en un sólo efecto.

Art. 293.- La detención por orden del fiscal lo será exclusivamente a efectos y por el tiempo de recibirle declaración. Terminada ésta, la persona detenida será de inmediato puesta en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

De toda detención por orden del fiscal se informará previamente, si ello es posible, al juez instructor. En su defecto, se le informará con posterioridad.

Capítulo segundo

Libertad provisional y prisión provisional

Art.- 294.- Sólo podrá decretarse la prisión provisional del imputado, una vez oído éste, con los requisitos siguientes:

- 1.º Que el hecho punible que se le imputa sea constitutivo de delito y esté sancionado con una pena de privación de libertad de más de tres años.
- 2.º Que se desprendan de la investigación suficientes indicios racionales para considerarlo responsable penal de dicho delito.
- 3.º Que, además, la gravedad del delito, los antecedentes del imputado, su probable huida, la no comparecencia ante el juez o tribunal al ser requerido para ello, la probable obstaculización de la averiguación de la verdad, las circunstancias del hecho o la alarma social producida así lo aconsejen a la autoridad judicial.

Art. 295.- La prisión provisional no podrá durar más de una cuarta parte del tiempo establecido legalmente de privación de libertad como pena para el delito de que se trate, siempre que dicho tiempo no excediere de seis años. Para las penas de privación de libertad superiores a seis años, el tiempo máximo de prisión provisional será de dos años.

Transcurrido dicho plazo sin que el imputado haya sido sometido a juicio oral, se ordenará inmediatamente su puesta en libertad.

No obstante, cuando la pena de privación de libertad prevista para el delito que se imputa sea superior a seis años, el juez o tribunal, atendiendo a las circunstancias del apartado tercero del artículo anterior, podrá prorrogar la prisión provisional hasta por un año más.

Art. 296.- Condenado el imputado y recurrida la sentencia, se podrá prorrogar la prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta.

Art. 297.- La prisión provisional, la prórroga en su caso y la libertad provisional se acordarán y se denegarán por auto.

Contra él mismo caben recursos de revocación y de apelación en un solo efecto.

Art. 298.- Concedida la libertad provisional, si se mantienen las circunstancias contenidas en el artículo primero de este Capítulo y el imputado no cumple con las condiciones impuestas por el juez o tribunal relativas a la situación de libertad, se podrá ordenar de nuevo su ingreso en prisión.

Art. 299.- Si la causa ofreciera méritos para ello, el juez o tribunal podrá decretar la prisión incomunicada del imputado, por auto apelable en un solo efecto.

La prisión incomunicada sólo debe durar el tiempo absolutamente necesario para la práctica de diligencias urgentes derivadas de la investigación del delito. No podrá exceder de tres días.

Una vez puesto el preso en situación de comunicación, el tribunal podrá decretar de

nuevo la prisión incomunicada, mientras se practican determinadas diligencias. En esta segunda ocasión, no podrá exceder de dos días.

El preso incomunicado puede servirse de útiles de escritura, lectura y cualquier otro efecto, siempre que el juez o tribunal lo autorice. No podrá entregar ni recibir correspondencia o información, salvo que lo consienta la autoridad judicial.

Art. 300.- También, en determinadas circunstancias de enfermedad grave del imputado, el juez o tribunal podrá decretar la prisión atenuada del mismo.

Cuando cambien dichas circunstancias, se revocará el acuerdo y el imputado será sometido al régimen ordinario de prisión provisional.

Art. 301.- El auto de prisión se comunicará a la policía que ha de ejecutarlo y al director del establecimiento que ha de recibir el ingreso del preso.

En él se consignarán con claridad y precisión el nombre, apellidos, edad, estado civil, sexo y domicilio del imputado, delito que se le imputa, fundamentos legales y si la prisión ha de ser atenuada, con comunicación, o sin ella.

La policía no trasladará a prisión a imputado alguno, ni el director del establecimiento admitirá el ingreso, sin que previamente se le haga entrega del correspondiente auto de prisión.

Art. 302.- Las causas con imputado en prisión provisional se tramitarán preferentemente.

Art. 303.- El juez o tribunal procurará sustituir la prisión provisional por alguna o algunas de las medidas siguientes:

- 1.º Arresto del imputado en su propio domicilio, en el de otra persona o en una institución, sin vigilancia o con ella.
- 2.º Limitación de desplazamiento dentro de un ámbito territorial determinado, con posible retención temporal del pasaporte.
- 3.º Presentación periódica ante juez o tribunal, o autoridad que se designe.
- 4.º Sometimiento a la vigilancia de una persona o institución.
- 5.º Medida cautelar real.

El auto acordando una de estas medidas se notificará al imputado y, en su caso, a los intervinientes en ella. A todos se les hará saber las consecuencias del posible incumplimiento.

Art. 304.- Tanto la situación de prisión provisional de un imputado, como cualquiera de las medidas sustitutivas del artículo anterior, serán revisables de oficio cada tres meses, además de poder serlo a instancia de parte en cualquier momento.

Art. 305.- Los presos preventivos deberán necesariamente estar separados de los condenados. A tal efecto, se habilitarán en los centros de reclusión unas dependencias adecuadas.

Capítulo tercero

Medidas cautelares reales

Art. 306.- El juez instructor será competente para acordar medidas cautelares reales sobre el patrimonio del imputado, durante la instrucción preliminar, para asegurar la ejecución de la condena en su día.

Se adoptarán por auto y se sustanciarán conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Deben acordarse por importe aproximado al valor de la posible condena, conforme a la equidad.

Durante el juicio oral, será competente para la adopción de medidas cautelares reales el tribunal que conozca del mismo.

TITULO V

CONCLUSION DE LA INVESTIGACION

Capítulo primero

El sobreseimiento

Art. 307.- El instructor puede acordar el sobreseimiento definitivo o provisional.

Art. 308.- El sobreseimiento definitivo o libre procederá cuando:

- 1.º El hecho que dió lugar a la investigación no es constitutivo de delito o, si lo es, hay motivos suficientes para estimar que no se ha producido.
- 2.º Los imputados como autores o partícipes están exentos de responsabilidad criminal.
- 3.º Haya transcurrido un año desde que se acordó el sobreseimiento provisional, sin que se haya practicado alguna diligencia de investigación.

Si el hecho no es constitutivo de delito, pero sí de falta, se remitirán las actuaciones al juez competente y, si fuere el mismo de Paz, se tramitará conforme a lo establecido en este Código.

El sobreseimiento definitivo pone fin al proceso, salvo que las partes lo impugnen dentro de plazo.

Este sobreseimiento producirá la puesta en libertad del imputado y el cese de todas las medidas cautelares adoptadas sobre él o su patrimonio.

Art. 309.- El sobreseimiento provisional procederá cuando:

- 1.º No está suficientemente justificada la comisión del hecho punible que dió lugar a la instrucción preliminar.
- 2.º A pesar de estar acreditada la comisión del hecho punible, aún no hay suficientes elementos para mantener la acusación contra los autores o partícipes.

Si en la ley no se dispone lo contrario, esta clase de sobreseimiento producirá la puesta en libertad del imputado y el cese de las medidas cautelares.

Art. 310.- El sobreseimiento puede ser también total o parcial, según afecte a todos o sólo a parte de los imputados.

Cuando es parcial, se abrirá juicio oral para los restantes imputados.

Si es total, se obrará según se trate, a su vez, de definitivo o provisional.

Art. 311.- Contra el auto de sobreseimiento definitivo, cabe recurso de casación.

Contra el auto de sobreseimiento provisional, cabe recurso de apelación en un solo efecto.

Capítulo segundo

Conclusión de la investigación

Art. 312.- Si durante la investigación policial o, previamente, al conocer de una denuncia, el fiscal estimare que el hecho en cuestión no es constitutivo de delito, no se ha individualizado al imputado, o éste se encuentra en rebeldía, ordenará el archivo de las

actuaciones, poniéndolo en conocimiento de quien hubiere alegado ser víctima o perjudicado, a efectos de que puedan reiterar su denuncia ante el juez competente.

También, lo pondrá en conocimiento del juez o tribunal correspondiente, si la noticia del hecho le llegó a través de él, o si, con anterioridad, el propio fiscal le hubiere comunicado al instructor el inicio de una investigación policial sobre el mismo hecho.

Art. 313.- Si no decreta el archivo, el Ministerio Fiscal, una vez practicada la investigación del delito por la policía, remitirá lo actuado al juez o tribunal instructor, con un escrito resumen, en el que solicitará alguna de las peticiones siguientes:

- 1.º Sobreseimiento definitivo o provisional, conforme a lo establecido en el capítulo primero de este mismo Título.
- 2.º Tramitación por otro procedimiento, por no ser el hecho punible constitutivo de delito o, siéndolo, estar atribuido a la jurisdicción de menores o a la militar.
- 3.º Práctica de determinadas diligencias, bajo la dirección del órgano judicial instructor, para completar la investigación del delito.
- 4.º Auto de conclusión de la instrucción y apertura de juicio oral.

Art. 314.- Si el fiscal solicita el sobreseimiento y el instructor está de acuerdo con ello, si no estuviere constituido como parte en las actuaciones ningún querellante, se hará saber por el juez la petición del fiscal a la víctima o, en su defecto, a los herederos, por si desean comparecer en el plazo máximo de quince días a defender su acción.

Si no comparecen con abogado en dicho plazo, se acordará el sobreseimiento.

Si comparecen, se considerarán como parte y continuará el procedimiento.

Art. 315.- Si el fiscal solicita el sobreseimiento y el instructor estima improcedente dicha petición, si no hubiere ningún querellante en las actuaciones, antes de sobreseer podrá ordenar que se remitan las actuaciones al fiscal del tribunal inmediato superior para que éste resuelva si procede o no mantener la acusación.

Art. 316.- A pesar de que hubiere querellante para mantener la acción, o que el fiscal estime que no procede el sobreseimiento, el instructor podrá acordar éste, de modo definitivo, cuando estime que el hecho objeto de la investigación no es constitutivo de delito.

Si no se ha individualizado al imputado, o éste se encuentra en rebeldía, ordenará el archivo, continuando la investigación respecto a los restantes imputados, si los hubiere.

En los demás casos, tendrá necesariamente que continuar el procedimiento hasta la apertura de juicio oral.

Art. 317.- Si el fiscal solicita la tramitación conforme a otro procedimiento y el juez así lo estima, se ordenará su remisión al órgano competente, con conocimiento de las partes constituidas.

Si el juez desestima la solicitud del fiscal, continuará sustanciándose el procedimiento conforme a lo dispuesto en el libro segundo de este Código.

Contra el auto del instructor confirmando o revocando la tramitación inicial, cabe recurso de apelación en ambos efectos.

Art. 318.- Si el fiscal solicita la práctica de diligencias judiciales para completar la investigación del delito y el juez lo estima procedente, ordenará su práctica.

Contra la denegación por el juez, cabe recurso de apelación en un solo efecto.

Art. 319.- Si el fiscal solicita el dictado de auto de conclusión de la instrucción y apertura de juicio oral, el juez obrará conforme a lo establecido en los artículos siguientes.

Art. 320.- Cuando el juez estime que la instrucción practicada bajo su dirección es suficiente, recabará del fiscal las actuaciones de investigación policial, junto al escrito resumen, si aún no le han sido remitidos.

Transcurridos diez días, en el caso de petición, sin que se los remitan, el juez continuará el procedimiento.

Art. 321.- Si el juez estima que el hecho punible objeto de la instrucción es constitutivo de delito y que le corresponde tramitar su sustanciación, una vez terminada, a su juicio, la investigación, con o sin traslado, en su caso, de las actuaciones policiales remitidas por el fiscal, y practicadas las diligencias estimadas de las solicitadas por las partes, dictará auto de conclusión de la instrucción, que se notificará a las partes y que es apelable en ambos efectos.

Art. 322.- Junto con el auto de conclusión, se dará traslado de los autos a las partes acusadoras para que, primero el fiscal y después los querellantes, si los hubiere, por su orden y por cinco días cada uno de ellos, presenten escrito solicitando:

- 1.º La práctica de nuevas diligencias.
- 2.º El sobreseimiento.
- 3.º La apertura del juicio oral.

Art. 323.- Si se solicita la práctica de nuevas diligencias y el juez accede a ello, se convocará a las partes para su práctica.

Si se solicita el sobreseimiento, se procederá según lo dispuesto en el Capítulo primero de este Título.

Art. 324.- En el caso de que se solicite la apertura del juicio oral, se presentará junto con ello el escrito de acusación, que contendrá, en apartados precisos y numerados, los extremos siguientes:

- 1.º Juez o tribunal que se considera competente para el enjuiciamiento y fallo.
- 2.º Datos identificativos de los acusados.
- 3.º Hechos punibles de que se les acusan.
- 4.º Calificación jurídica de los hechos, con precisión del delito que constituyen.
- 5.º Participación en ellos de los acusados.
- 6.º Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.
- 7.º Penas que corresponden a los acusados.
- 8.º Pruebas a practicar en el juicio oral.
- 9.º Práctica anticipada de pruebas que no se puedan llevar a cabo en el juicio oral.
- 10.º Adopción, modificación o suspensión de medidas cautelares.
- 11.º Pronunciamiento sobre costas.

Con el escrito de solicitud de apertura del juicio oral y de acusación, el fiscal remitirá al juez, si aún no lo hubiera hecho, las actuaciones practicadas por la policía y por la fiscalía, así como los medios de prueba materiales que obren en su poder.

Art. 325.- Cuando se ejercite, junto a la acción penal, la civil, se expresará en el escrito de solicitud de apertura de juicio oral y de acusación, además:

- 1.º Importe, o fijación de las bases para su determinación, de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida.
- 2.º Los responsables de tales daños o de la restitución de la cosa y el título en virtud del cual lo son.

Art. 326.- Presentado el escrito de acusación por el fiscal, se concederá un plazo de cinco días a los restantes querellantes, si los hubiere, y al actor civil, para que presenten su correspondiente escrito de acusación o se adhieran al del Ministerio Fiscal.

Art. 327.- Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o por cualquier querellante, el órgano judicial instructor así lo acordará, salvo que considere que el hecho imputado no es constitutivo de delito, o no existan indicios racionales contra el imputado, en cuyo caso sobreseerá.

El auto decretando la apertura del juicio oral no es recurrible, salvo en lo que resuelva relativo a las medidas cautelares personales.

Contra el desestimatorio de la apertura del juicio oral, cabe recurso de apelación en un solo efecto.

Art. 328.- A continuación, se concederá el mismo plazo a los considerados imputados y responsables civiles en los escritos de acusación para que, por su orden, presenten el escrito de defensa.

Art. 329.- Sin embargo, antes de presentar el escrito de defensa, el imputado podrá:

- 1.º Denunciar los defectos formales del escrito de acusación, para su corrección.
- 2.º Oponer las excepciones que pudo haber planteado con anterioridad y no lo hizo.
- 3.º Solicitar el sobreseimiento definitivo o el provisional, oponiéndose a la apertura del juicio oral, por falta de fundamento fáctico y jurídico.
- 4.º Solicitar la práctica de nuevas diligencias.

El juez resolverá según proceda. Contra el auto resolutorio, cabe recurso de apelación en un solo efecto.

Art. 330.- El escrito de defensa habrá de ceñirse al contenido de los de acusación, contestando correlativamente a los puntos de éstos.

En él podrá el imputado manifestar su conformidad con el escrito de acusación que contenga pena más grave.

Art. 331.- Las partes podrán plantear, en los diversos apartados de sus respectivos escritos de acusación o de defensa, varias conclusiones alternativas, de forma que, si en el juicio oral no prospera una, se puede estimar cualquiera de ellas.

Art. 332.- Transcurrido el plazo para la presentación del escrito de defensa, el juez instructor remitirá todas las actuaciones, documentos y piezas de convicción al tribunal competente para enjuiciar y fallar, notificándosele a las partes.

En el mismo acto, pondrá a su disposición los detenidos, si los hubiera.

LIBRO TERCERO JUICIO ORAL

TITULO I DISPOSICIONES GENERALES

Art. 333 .- El juicio oral por delito será público y se permitirá el acceso y la permanencia de representantes de medios de comunicación.

En circunstancias excepcionales, cuando la publicidad pudiere afectar a derechos fundamentales de la víctima o del imputado, a la seguridad nacional, al orden público, o a graves intereses comerciales o industriales, el presidente podrá acordar, de oficio o a petición de parte, que todo o parte de la sesión se celebre a puerta cerrada, no permitiéndose la entrada de público, o que se desaloje al asistente, si aquella ya hubiere comenzado.

La citada decisión será fundada y se recogerá en el acta del juicio.

Se limitará la entrada a los menores de edad penal.

La capacidad de la sala de audiencia determinará el público asistente.

No se permitirá que los medios de comunicación perturben o dificulten el desarrollo de la sesión.

Los asistentes deberán guardar silencio y compostura. No se podrán portar armas, con la excepción de los miembros de cuerpos de seguridad.

Art. 334.- En todo juicio oral de proceso por delito será imprescindible la presencia del imputado, así como de su abogado defensor.

El juicio oral celebrado en ausencia del imputado o de su abogado será nulo, salvo en el supuesto de que alguno de ellos alterasen el orden, en cuyo caso el presidente del tribunal, tras una advertencia, podrá ordenar su expulsión de la sala. Si se tratase del abogado, se suspenderá el juicio oral, hasta la designación e instrucción en las actuaciones de otro letrado.

La ausencia del actor civil, de los querellantes o del responsable civil no afectará a la celebración del juicio oral, aunque se considerará que declinan en su intervención.

Art. 335.- El imputado será el último en entrar en la sala y el primero en salir al término de la sesión.

Al igual que las partes y el público asistente, deberá guardar orden y compostura.

Art. 336.- Será competente para conocer y sentenciar, en el juicio oral de los procesos por delitos castigados con pena de privación de libertad no superior a tres años, o con otra de distinta naturaleza cualquiera que sea su duración, el Juez de Primera Instancia de la demarcación territorial a que pertenezca el Juez de Paz instructor.

Para el juicio oral de los procesos por delitos castigados con pena privativa de libertad de más de tres años, será competente la correspondiente Cámara de lo Penal.

En los delitos atribuidos en primera instancia a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, conocerá dicha Sala, excluido el magistrado que haya hecho funciones de instructor.

Art. 337.- El juez o los miembros del tribunal en ningún caso podrán haber intervenido en el mismo proceso, tanto durante la instrucción, como en la fase intermedia, o en el conocimiento y resolución de algún recurso de apelación.

Si el tribunal estuviese constituido, también, por miembros legos en derecho, se estará a lo establecido al respecto en el Libro cuarto de este Código.

Art. 338.- Todos los miembros del tribunal, técnicos y legos, han de estar presentes durante la celebración del juicio oral, desde su inicio hasta la terminación.

La ausencia, aun temporal, de alguno de ellos producirá el inmediato abandono y la necesidad de nueva constitución del tribunal y repetición de lo actuado en el juicio oral.

Art. 339.- El tribunal se constituirá previamente a la celebración del juicio oral y notificará a las partes la composición de sus miembros, al efecto de que éstas puedan, en los cinco días siguientes a la notificación, proceder a la recusación, o ellos puedan abstenerse de intervenir.

El secretario judicial estará presente en la constitución del tribunal, extenderá acta y la notificará a las partes.

Art. 340.- La presencia del secretario judicial, a lo largo de la celebración del juicio oral, será, igualmente, necesaria.

Extenderá acta de todo lo actuado y su ausencia ocasionará nulidad absoluta.

En su labor, podrá servirse de medios mecánicos de reproducción de imagen y sonido, pero, en todo caso, habrá de extender acta escrita.

Art. 341.- El presidente del tribunal velará por el orden en la sala, pudiendo imponer correcciones a las partes y a los asistentes, hasta por importe de cien colones, sin perjuicio de que alguno pudiera incurrir, además, en responsabilidad penal.

Art. 342.- El juicio oral se celebrará en una sola sesión. Si no fuera posible, se hará en sesiones de mañana y tarde, en días seguidos.

Al término de cada sesión, el presidente anunciará en voz alta la hora, el día y el lugar de la siguiente sesión, además de publicarse por edicto en el correspondiente tablón de anuncios.

Art. 343.- El juicio se podrá suspender:

- 1.º Cuando, al haberse aportado nuevos datos, haya que realizar una instrucción complementaria.
- 2.º Para resolver una cuestión incidental.
- 3.º Para practicar una diligencia fuera de la sala de audiencia.
- 4.º Cuando enfermarse gravemente algún miembro del tribunal, el imputado, su abogado o el fiscal.
- 5.º En caso de fallecimiento de un miembro del tribunal, del fiscal, o del abogado defensor, o de su cónyuge, hijos o padres.
- 6.º Cuando no hayan comparecido testigos o peritos y se consideren necesarias sus declaraciones.
- 7.º Cuando los querellantes pretendan ampliar la acusación o modificar sustancialmente la calificación.
- 8.º En circunstancias graves y justificadas, a juicio del tribunal.

Art. 344.- Si entre el auto de apertura del juicio oral y el comienzo de la celebración de éste transcurren más de seis meses, habrá que sobreseer definitivamente.

TITULO II

DESARROLLO DEL JUICIO ORAL

Capítulo primero

Inicio

Art. 345.- En la fecha, hora y lugar anunciados, se constituirá el tribunal.

Transcurrido el plazo de abstención y de recusación, se celebrará el juicio oral, igualmente, en la fecha, hora y lugar anunciados.

Declarado abierto el juicio oral por el presidente del tribunal, éste invitará a las partes a que expongan de palabra cualquier excepción de jurisdicción, competencia, prescripción, amnistía, indulto, violación de un derecho fundamental, causas de suspensión del juicio oral, así como cualquier cuestión no subsanable relativa al tribunal, a las partes o a los escritos de acusación. A tal efecto, podrán proponer las pruebas pertinentes.

Art. 346.- Si las partes no plantearan ninguna excepción o, planteadas, fueren desestimadas por el tribunal, se procederá por el secretario a la lectura de los escritos de acusación y de defensa.

Art. 347.- A continuación, el presidente preguntará a las partes si mantienen sus peticiones.

Si los querellantes retiran la acusación, se dará por terminado el acto y se declarará el juicio visto para sentencia.

Idéntica decisión se adoptará si la defensa manifiesta su conformidad con la mayor de las penas solicitadas por los acusadores.

Capítulo segundo

Conformidad del acusado

Art. 348.- El acusado podrá, en su escrito de defensa, al comienzo del juicio oral, o en las conclusiones definitivas, manifestar su conformidad con la calificación más grave de la acusación y, si también es civilmente responsable, expresar su acuerdo con la reclamación más alta.

Art. 349.- Si el abogado expresara el reconocimiento de la culpabilidad y el acusado disintiere, al ser preguntado directamente por el presidente del tribunal, el juicio continuará.

Por el contrario, si el acusado reconociera su culpabilidad y el abogado no estuviere de acuerdo, no continuará el juicio.

A tal efecto, se requiere que la pena, sea cual fuere su naturaleza, no exceda de cinco años.

Art. 350.- Si son varios los acusados y no están todos de acuerdo respecto al reconocimiento de la responsabilidad penal o de la civil, el proceso continuará para los que no se conformen.

También se seguirá el proceso cuando se trate de un solo acusado y no se conforme con la cantidad más elevada de la pretensión civil, aunque en este caso el juicio oral atenderá solamente a los extremos relacionados con ella.

Art. 351.- Si al comienzo del juicio oral, el presidente preguntara al acusado sobre su aceptación de la responsabilidad penal y civil y éste no respondiere, o no lo hiciera clara y taxativamente, el proceso continuará.

Art. 352.- Manifestada la conformidad por el acusado, el tribunal dictará sentencia de acuerdo con lo aceptado, siempre que el hecho no carezca de tipicidad penal, ni concurra una eximente o atenuante no apreciada por las partes.

Capítulo tercero

Prueba

Art. 353.- Si las partes mantienen sus peticiones, se procederá a la práctica de las pruebas, conforme se establece en el Título VII, del Libro primero de este Código.

Art. 354.- En primer lugar, se recibirá declaración al imputado, informándole previamente de la acusación y de sus derechos.

El imputado declarará de pie, libre y sin medidas de vigilancia o seguridad, excepto que, a juicio del presidente, las circunstancias exigieran la modificación de algunos de estos extremos.

El presidente concederá la palabra primero a la acusación, después a la defensa y, a continuación, a las partes civiles. Las partes, por su orden y sin interrumpirse, podrán hacer al imputado las preguntas, así como solicitar aclaraciones y explicaciones, que estimen oportunas, relacionadas con el objeto del proceso.

El presidente velará por el orden del interrogatorio y declarará la pertinencia o no de las cuestiones planteadas.

Se procurará no interrumpir la declaración del imputado, salvo que éste tenga una intención obstruccionista o dilatoria, ajena al interés perseguido.

El imputado podrá servirse en su exposición, si el caso lo requiere, de notas, planos, pizarra, o cualquier otro medio o instrumento auxiliar.

Terminada la intervención de las partes, si el tribunal fuere colegiado, el presidente concederá la palabra a cada uno de los miembros para que, a su vez, planteen preguntas

o soliciten aclaraciones y explicaciones. Comenzará por los legos, en su caso, y continuará por los técnicos en derecho, siempre de más joven a mayor, en edad o antigüedad como funcionario judicial, según corresponda. Finalmente, hará uso de las palabras él mismo.

Las preguntas o solicitud de explicaciones de las partes y del tribunal pueden versar, también, sobre preguntas planteadas por otra parte.

Si se apreciare contradicción entre la declaración realizada en el juicio oral y la que en su día tuvo lugar ante el juez de instrucción, se preguntará al imputado por la razón de ello.

Si fuesen varios los imputados, el tribunal podrá separarlos, de modo que los que aún no han declarado no presencien la declaración de los otros.

Art. 355.- Las pruebas de testigos y de peritos se practicarán de acuerdo con lo establecido en el Título VII del Libro primero del Código.

En primer lugar, se interrogará a los testigos de la acusación, después a los de la defensa y, finalmente, a los de las partes civiles. No obstante, el tribunal podrá alterar, a su prudente arbitrio, esta orden.

A los testigos se les preguntará por la razón, en su caso, del diferente testimonio prestado ante el juez instructor y el que tiene lugar en el propio juicio oral.

Los peritos habrán de comparecer y exponer oralmente las conclusiones de su trabajo, respondiendo a las preguntas y solicitud de explicaciones de las partes y del tribunal.

La no comparecencia de testigos y peritos puede ocasionar, si las partes lo piden y el tribunal así lo estima, la suspensión del juicio oral.

Art. 356.- La prueba documental será restringida y limitada exclusivamente a aquellos extremos de interés para el proceso que no puedan ser acreditados por otro medio. Entre otras, se apartarán el escrito de denuncia, las actas de registro domiciliario y de examen personal.

Se procederá a su lectura por el secretario, a petición de las partes o del tribunal, no considerándose como reproducidas de modo automático. Sin embargo, el tribunal y las partes podrán acordar prescindir de la lectura íntegra de documentos, o de la reproducción completa de una grabación de imagen o de sonido, optando por su contenido fundamental.

Art. 357.- En el caso de que se hubiere practicado una prueba durante la fase de instrucción, de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se procederá por el secretario a la lectura de su documentación, destacándose si en la práctica de la misma se respetaron los derechos de igualdad, audiencia y contradicción de las partes y, si no fue así, la razón justificativa de tal omisión.

También, se leerán las declaraciones de testigos que hubieren fallecido, se ignore su paradero, resulte imposible su comparecencia en el juicio oral, o declarasen en su momento por vía de exhorto.

Art. 358.- Si hubiere que practicar un reconocimiento judicial o una reconstrucción de hechos fuera de la sala de audiencia, el tribunal, incluso de oficio, podrá acordarlo, ordenando lo pertinente al efecto.

Art. 359.- El tribunal podrá acordar la práctica de pruebas propuestas por las partes y de oficio, en el mismo acto del juicio oral.

En este último caso, no podrá acordar pruebas de oficio basadas en el conocimiento privado de los miembros del tribunal, sino que han de desprenderse directa o indirectamente de las practicadas a petición de parte y estar estrechamente relacionadas con el objeto del proceso.

Art. 360.- La valoración de la prueba se hará en su conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica.

Capítulo cuarto

Conclusión

Art. 361.- Finalizada la práctica de las pruebas, las partes, por su orden, expondrán oralmente las conclusiones.

Las partes civiles se limitarán en su intervención a la pretensión civil.

Art. 362.- Los querellantes podrán ampliar o modificar su acusación. En ese caso, el presidente del tribunal suspenderá la sesión y concederá un plazo prudencial para que el abogado del imputado pueda preparar la defensa.

Reanudado el juicio, se recibirá nueva declaración al imputado sobre los nuevos hechos o circunstancias aportados.

Art. 363.- También, si en la vista oral aparecen nuevos hechos, que no han sido objeto de acusación, hay que proceder a una nueva instrucción y calificación.

Sin embargo, se pueden incorporar estos hechos al juicio que se esté celebrando, si existen suficientes datos y todas las partes manifiestan expresamente su conformidad al respecto.

Art. 364.- Si todos los acusadores califican los hechos como delitos castigados con pena que exceda de tres años de privación de libertad y está conociendo el Juez de Primera Instancia, éste se declarará incompetente y remitirá los autos a la Cámara de Segunda Instancia.

Art. 365.- Cuando el tribunal estimare que la calificación de la acusación no es ajustada a derecho, oídas las intervenciones orales de las partes, con sus conclusiones definitivas, se dirigirá a ellas y les expondrá la posibilidad de que la calificación jurídica sea errónea y la conveniencia de que contemplen ésto.

A continuación, decretará la suspensión de la sesión y concederá un plazo para preparación de las partes y posible práctica de prueba.

Será nula la sentencia que contenga distinta calificación, si el tribunal no ha ejercido previamente la obligación de advertir a las partes.

Art. 366.- Expuestas las conclusiones definitivas por las partes, o concedida una prórroga para ampliación de la acusación o cambio de la calificación, con nueva intervención a su vez de las partes, el presidente del tribunal invitará al imputado a que, personalmente, manifieste de palabra lo que estime oportuno, respecto al delito que se le imputa y al proceso seguido sobre el mismo.

Este podrá declinar tal ofrecimiento.

Si lo acepta, expondrá oralmente lo que desee, sin ser interrumpido por ninguna de las partes, el tribunal y su propio abogado.

El presidente le retirará la palabra si altera el orden, divaga en su exposición o no se ciñe al objeto del proceso.

A continuación, se hará el mismo ofrecimiento a la víctima.

Acto seguido, el presidente declarará el juicio visto para sentencia, firmando las partes el acta extendida por el secretario.

Capítulo quinto

Sentencia

Art. 367.- La sentencia, que se pronunciará en nombre del pueblo, deberá dictarse en los tres días siguientes a la conclusión del juicio oral, o a la conformidad del imputado.

En los casos en que conoce el Juez de Primera Instancia, sin participación de jura-

dos, éste procurará dictar el pronunciamiento al término del juicio oral. Si no es posible, lo hará dentro del plazo antedicho.

En los casos de tribunal colegiado, inmediatamente después de terminado el juicio oral, se procederá a la deliberación y votación, teniendo que estar redactada la sentencia en el plazo señalado.

Art. 368.- La deliberación y la votación de la sentencia serán secretas.

El presidente dirigirá el acto y concederá la palabra, por su turno, a los restantes miembros del tribunal.

Art. 369.- Si durante la deliberación de la sentencia, el tribunal se pronuncia por una calificación jurídica de los hechos distinta de la realizada por las partes en el juicio oral, el presidente ordenará reabrir el debate, poniéndolo en conocimiento de las partes y concediéndoles un plazo para preparación.

Art. 370.- En los tribunales colegiados, la redacción de la sentencia corresponderá siempre al magistrado técnico en derecho más joven en la carrera judicial. En ningún caso se delegará esta función en un jurado, miembro lego, aun cuando los técnicos discrepasesen del pronunciamiento definitivo.

Art. 371.- La sentencia ha de ser congruente con las conclusiones definitivas de las partes, no pudiendo pronunciarse sobre hechos distintos de los debatidos en el juicio oral.

Tampoco cabe condenar por distinta calificación, salvo que el tribunal hubiera expuesto esta posibilidad a la contemplación de las partes para que procedieran a cambiar sus conclusiones.

Si se podrá imponer pena más grave que la solicitada por los querellantes, dentro de la competencia del tribunal.

La sentencia del proceso por delito contendrá pronunciamiento sobre las faltas incidentales de las que se haya conocido en el mismo juicio oral.

Art. 372.- La sentencia ha de estar motivada en todos sus pronunciamientos, incluido el relativo a la pretensión civil.

Art. 373.- La sentencia de absolución se ejecutará de inmediato y ordenará la libertad del acusado, si estuviere en prisión solamente por ese delito.

La sentencia de condena fijará la pena correspondiente, su posible suspensión, así como la condena condicional.

En todo caso, la sentencia contendrá pronunciamiento sobre costas.

Respecto a la pretensión civil, si ésta se ha mantenido hasta el término del juicio oral, también se hará el pronunciamiento.

Art. 374.- Contra la sentencia cabe interponer recursos de casación y de revisión, conforme a la normativa regulada en el presente Código.

LIBRO CUARTO
ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES

TITULO I

RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Art. 375.- El Presidente y el Vicepresidente de la República, los Diputados, los Designados a la Presidencia, los Ministros y Viceministros de Estado, el Presidente y Ma-

gistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, el Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, el Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, y los representantes diplomáticos, responderán ante la Asamblea Legislativa por los delitos oficiales y comunes que cometan.

La Asamblea, oyendo a un fiscal de su seno y al indiciado, o a un defensor especial, en su caso, declarará si hay o no hay lugar a formación de causa. En el primer caso, se pasarán las diligencias a la Cámara de Segunda Instancia que determine la ley, para que conozca en primera instancia, y, en el segundo caso, se archivarán.

De las resoluciones que pronuncie la Cámara mencionada conocerá en segunda instancia una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, y del recurso que dichas resoluciones admitan, la Corte en pleno.

Cualquier persona tiene derecho de denunciar los delitos de que trata este artículo, y de mostrarse parte, si para ello tuviere las cualidades requeridas por la ley.

Art. 376.- Desde que se declare por la Asamblea Legislativa o por la Corte Suprema de Justicia, que hay lugar a formación de causa, el indiciado quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones y por ningún motivo continuar en su cargo. En caso contrario se hará culpable del delito de prolongación de funciones. Si la sentencia fuere condenatoria, por el mismo hecho quedará depuesto del cargo. Si fuere absolutoria, volverá al ejercicio de sus funciones, si el cargo fuere de aquellos que se confieren por tiempo determinado y no hubiere expirado el período de la elección o del nombramiento.

Art. 377.- Los Diputados no podrán ser juzgados por delitos graves que cometan desde el día de su elección hasta el fin del período para el que fueron elegidos, sin que la Asamblea Legislativa declare previamente que hay lugar a formación de causa, conforme al procedimiento establecido en el artículo anterior.

Por los delitos menos graves y faltas que cometan durante el mismo período no podrán ser detenidos o presos, ni llamados a declarar sino después de concluido el período de su elección.

Si el Presidente, Vicepresidente de la República o un Diputado fuere sorprendido en flagrante delito, desde el día de su elección hasta el fin del período para el que fueron elegidos, podrán ser detenidos por cualquier persona o autoridad, quien estará obligado a ponerlo inmediatamente a disposición de la Asamblea.

Art. 378.- Los Jueces de Primera Instancia, los Gobernadores Departamentales, los Jueces de Paz y los demás funcionarios que determine la ley, serán juzgados por los delitos oficiales que cometan, por los tribunales comunes, previa declaratoria de que hay lugar a formación de causa, hecha por la Corte Suprema de Justicia. Los antedichos funcionarios estarán sujetos a los procedimientos ordinarios por los delitos y faltas comunes que cometan.

Por los delitos oficiales o comunes que cometan los miembros de los Concejos Municipales, responderán ante los Jueces de Primera Instancia correspondientes.

Art. 379.- Los juicios por enriquecimiento sin causa justa sólo podrán incoarse dentro de diez años siguientes a la fecha en que el funcionario o empleado haya cesado en el cargo cuyo ejercicio pudo dar lugar a dicho enriquecimiento.

Art. 380.- Los funcionarios públicos, civiles o militares, que tengan conocimiento de delitos oficiales cometidos por funcionarios o empleados que les estén subordinados, deberán comunicarlo a la mayor brevedad a las autoridades competentes para su juzgamiento, y si no lo hicieron oportunamente, serán considerados como encubridores e incurrirán en las responsabilidades penales correspondientes.

Art. 381.- La prescripción de los delitos y faltas oficiales se regirá por las reglas

generales, y comenzará a contarse desde que el funcionario culpable haya cesado en sus funciones.

Art. 382.- No obstante, la aprobación que dé el Organismo Legislativo a los actos oficiales en los casos requeridos por esta Constitución, los funcionarios que hayan intervenido en tales actos, podrán ser procesados por delitos oficiales mientras no transcurra el término de la prescripción.

Art. 383.- La violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales serán especialmente penadas por la ley; y las responsabilidades civiles o penales en que incurran los funcionarios públicos, civiles o militares, con tal motivo, no admitirán amnistía, conmutación o indulto, durante el período presidencial dentro del cual se cometieron.

Art. 384.- Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución.

Art. 385.- Cualquier persona puede denunciar los delitos de que trata este Título y mostrarse parte acusadora, si para ello reúne los requisitos exigidos por la ley.

Art. 386.- Si en la investigación del delito, un juez descubriere que el imputado goza de privilegio constitucional, una vez practicadas las diligencias indispensables para la comprobación de la existencia del delito, se abstendrá de toda actuación posterior y remitirá los autos a la Asamblea Legislativa o a la Corte Suprema de Justicia, según corresponda.

Lo mismo hará cuando en la investigación, o ya en el propio juicio oral, apareciese que uno o varios de los imputados gozan de privilegio constitucional.

Si se declarase que no ha lugar a formación de causa contra el o los imputados que gozaren de privilegio constitucional, se devolverán los autos al juez competente para que continúe el procedimiento contra los restantes.

TITULO II EXTRADICION

Art. 387.- La extradición, sea por solicitud o por concesión, sólo procederá:

- 1.º En los casos que establezcan los instrumentos internacionales vigentes en el país.
- 2.º En su defecto, conforme a la reciprocidad y a los usos y costumbres internacionales.

Art. 388.- La solicitud o concesión de la extradición habrá de efectuarse conforme a lo establecido en los instrumentos internacionales vigentes en el país. En su defecto, regirá lo dispuesto en el presente Título.

Art. 389.- Será competente para solicitar la extradición de un imputado que se encuentre en país extranjero el juez que conociere de la causa contra él.

Art. 390.- De oficio o a instancia de parte, el juez acordará por auto dirigirse a la Corte Suprema de Justicia, a efectos de que ésta por vía diplomática, si estimase conforme a ley la solicitud, le de la oportuna tramitación.

El juez acompañará la solicitud de extradición del testimonio de los particulares de interés de las actuaciones, de los datos de identificación del imputado, de la citación de los preceptos legales y de los instrumentos internacionales, que considere aplicables o de interés para el caso.

Art. 391.- Si la extradición fuese solicitada por un tribunal extranjero, la Corte Su-

prema de Justicia estudiará la solicitud y, si la admite, designará al juez encargado de darle cumplimiento.

Recibida la solicitud por el juez designado por la Corte, éste ordenará la detención de la persona reclamada, comprobará su identidad, le instará a nombrar abogado y, en su defecto, se lo designará de oficio, y le tomará declaración en el plazo de veinticuatro horas.

Art. 392.- En el plazo de tres días, convocará a la defensa y al Ministerio Fiscal a una comparecencia, que habrá de celebrarse antes de los tres días siguientes a partir de la notificación de la resolución.

En la misma, las partes podrán oponerse a la extradición por los motivos siguientes:

- 1.º Falta de identidad de la persona reclamada.
- 2.º Adolecer la solicitud de extradición y los documentos presentados de defectos sustanciales.
- 3.º Constituir el hecho imputado delito político, delito común conexo con delito político, o no ser constitutivo de delito en El Salvador o en el Estado requiren-te.
- 4.º Prescripción de la acción penal o de la pena.
- 5.º Sentencia condenatoria o auto de detención o de prisión dictados con infracción del principio de legalidad.

Sobre estos extremos cabe practicar pruebas, concediendo el juez para ello un plazo máximo de diez días.

Art. 393.- Terminada la audiencia, el juez remitirá las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia, para que ésta haga el pronunciamiento definitivo.

Si la Corte Suprema de Justicia concede la extradición solicitada por el país extranjero, podrá supeditarla a las condiciones que estime oportunas.

Art. 394.- Si la misma persona fuere reclamada por varios países extranjeros al mismo tiempo, se atenderá primero la solicitud relativa al delito más grave y, en segundo lugar, al país que hubiere reclamado primero.

Art. 395.- En circunstancias excepcionales, por delitos de especial gravedad y siempre que no fueren de carácter político, la policía y los tribunales del país podrán ordenar la detención de un extranjero, que se encuentre en El Salvador, a solicitud de la policía, de los tribunales o del representante diplomático acreditado de un país extranjero, siempre que en este país se hubiere dictado orden judicial de detención o sentencia de condena.

El detenido será puesto en libertad si en el plazo establecido en el instrumento internacional correspondiente o, en su caso, en treinta días, no se recibiere la solicitud de extradición en forma.

Art. 396.- Con la persona extranjera reclamada se entregarán las piezas de convicción relacionadas con el hecho punible que se le impute, cuando ello no infrinja la ley salvadoreña ni perjudique a terceros.

Art. 397.- Mientras se tramita la extradición, el extranjero reclamado y en detención podrá obtener su libertad provisional, bajo determinadas garantías, entre ellas la retención judicial del pasaporte.

TITULO III DELITOS PRIVADOS

Art. 398.- Los delitos perseguibles a instancia de parte requieren, para su persecución penal, de la presentación de querrela por parte de la víctima o de sus herederos.

Art. 399.- El escrito de querrela deberá contener, además de lo establecido para la querrela en el proceso por delitos perseguibles de oficio, la fundamentación de la impugnación, con expresión concreta de los preceptos legales de aplicación.

Se acompañará de tantas copias como querrelados haya y de la prueba documental de que disponga el querellante.

Art. 400.- La querrela se presentará directamente ante el tribunal que ha de conocer y fallar.

Contra su admisión, por auto fundado, caben recursos de revocación y de apelación.

Art. 401.- En los procesos por delitos privados no intervendrá el Ministerio Fiscal.

Art. 402.- El querellante podrá solicitar el auxilio directo del tribunal, o de otro órgano judicial por medio de exhorto, respecto a la identificación del querrelado, su domicilio, o cualquier dato relativo al hecho punible.

Art. 403.- Admitida la querrela a trámite y practicada la diligencia de investigación en su caso, el tribunal convocará a las partes a un acto de conciliación, con una antelación al menos de cinco días.

El intento de conciliación se celebrará ante el Juez de Paz del domicilio del querellante.

En él las partes intervendrán directamente o por medio de sus abogados, bajo la dirección del juez.

De lo actuado se extenderá acta por el secretario, que será firmada por todos los intervinientes y comunicada al juez o tribunal que admitió la querrela a trámite.

Art. 404.- Si en el acto de conciliación no se hubiere obtenido acuerdo entre las partes, o el querrelado no hubiere comparecido al mismo, el tribunal citará a las partes a juicio oral y éste se desarrollará conforme a lo establecido para el proceso por delito perseguible de oficio.

Art. 405.- Si el querellante no concurre al acto de conciliación o al posterior juicio oral, de oficio o a instancia de parte, se considerará abandonada la querrela y se archivarán las actuaciones.

En cualquier trámite procedimental, el querellante puede perdonar al imputado, o éste realizar una retractación pública suficiente a juicio del primero, con el consiguiente sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

TITULO IV JUICIO POR JURADO

Art. 406.- En los procesos por delitos contra la vida y la integridad personal, contra el honor, contra el ejercicio de los derechos políticos y el sufragio, contra la libertad personal, de proxenetismo y contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos, el tribunal se integrará por jueces técnicos o de carrera y por jueces legos o jurados.

Art. 407.- En los procesos por delito sustanciados ante el Juez de Primera Instancia, se completará el tribunal con dos jurados.

En los procesos seguidos ante la Cámara de Segunda Instancia y ante la Cámara de lo Penal, el tribunal estará compuesto, además de por los magistrados de la Cámara respectiva, por tres jurados.

Art. 408.- La presidencia del tribunal y la redacción de la sentencia corresponderán siempre a jueces y magistrados técnicos en derecho.

Art. 409.- Los miembros legos, o jurados, tendrán los mismos derechos y obligaciones que los técnicos durante la sustanciación del procedimiento.

Al final del proceso, serán los primeros en emitir su voto, comenzando por el más joven de edad. También, pueden presentar su voto reservado por escrito.

Por cada asistencia a reuniones de tipo organizativo y sesiones de juicio oral los jurados tendrán derecho a la indemnización que establezca la ley.

Art. 410.- Para ser llamado a ejercer de jurado se requiere:

- 1.º Ser salvadoreño.
- 2.º Mayor de edad civil y menor de setenta años.
- 3.º Estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos.
- 4.º No tener defecto físico o psíquico que le imposibilite para el cargo.
- 5.º No estar, en la actualidad, imputado, acusado, o condenado con pena privativa de libertad, sea cual sea la cuantía de ésta.
- 6.º Saber leer y escribir.

Art. 411.- No deben ser llamados a ejercer de jurado:

- 1.º El Presidente de la República y su cónyuge.
- 2.º El Vicepresidente de la República.
- 3.º Los Ministros, viceministros y directores generales.
- 4.º El Presidente y los diputados de la Asamblea Legislativa.
- 5.º El Procurador General de la República, Procurador Adjunto y Agentes Auxiliares.
- 6.º El Procurador de Derechos Humanos.
- 7.º El Presidente y los Magistrados de la Corte de Cuentas de la República.
- 8.º Los jueces, magistrados, fiscales, abogados y notarios.
- 9.º Los militares, funcionarios de policía y personal penitenciario, que estén en activo.
- 10.º Los sacerdotes y miembros de asociaciones religiosas que estén obligados, por su estatutos, a vivir en comunidad.
- 11.º El Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo Electoral.
- 12.º Los representantes y miembros de misiones diplomáticas en el exterior.
- 13.º El Secretario de la Presidencia de la República.
- 14.º Los Gobernadores Departamentales y alcaldes.

Art. 412.- Podrán rechazar la llamada a ejercer de jurado:

- 1.º Los médicos, dentistas, enfermeros, comadronas y farmacéuticos.
- 2.º Las personas que justificaren que el ejercicio del cargo de jurado les impediría gravemente el cuidado personal e imprescindible de familiares o enfermos.
- 3.º Los que tuvieran más de sesenta y cinco años.
- 4.º Los que padezcan enfermedad grave.

Art. 413.- Cada juzgado y tribunal competente para conocer del juicio oral dispondrá de una copia autenticada y actualizada del censo electoral de la correspondiente demarcación territorial, que les deberá ser remitida por conducto oficial, dentro de los diez primeros días de cada año, por el Registro Electoral.

Dicho censo deberá respetar escrupulosamente los requisitos y exclusiones contenidos en los artículos anteriores.

El listado deberá contener nombres, apellidos, sexo, edad, domicilio y profesión de los ciudadanos.

Art. 414.- Terminadas las fases de instrucción e intermedia y antes de proceder al juicio oral, es llegado el momento de constituir el tribunal. Para ello, se extraerán, por el sistema de sorteo, tres ciudadanos por cada plaza de jurado a cubrir.

Dicho acto será presidido por el juez o presidente del tribunal, asistido del secretario judicial, que extenderá detallada acta de lo actuado.

Al sorteo serán convocados, con antelación de diez días al menos, las partes constituidas durante la instrucción preliminar.

Art. 415.- Los elegidos en primer lugar, hasta satisfacer el número de plazas a cubrir, serán los miembros titulares. El resto, serán los suplentes.

Se notificará a los designados y a las partes el resultado del sorteo.

Art. 416.- Durante los próximos siete días, a partir del siguiente a la notificación, los jurados designados por sorteo podrán excusarse del cargo, o ser recusados por las partes, mediante escrito en ambos casos, por las causas contenidas en los artículos anteriores de este mismo Título o por los motivos de abstención y de recusación recogidos en el Capítulo tercero, Título II, del Libro primero de este Código.

El incidente se resolverá conforme a lo establecido en el citado Capítulo, sobre abstención y recusación de jueces y magistrados.

Cada parte sólo podrá recusar a un número de jurados igual al de plazas a cubrir de titulares.

Art. 417.- Transcurrido el plazo del artículo anterior y resuelto, en su caso, el incidente, se procederá a constituir formalmente el tribunal, notificándole a las partes el día, hora y lugar de celebración del juicio oral, con una antelación al menos de diez días.

Art. 418.- Si algún jurado miembro titular del tribunal, no intentada o denegada su abstención o recusación, no asistiere a la constitución del tribunal, notificada en tiempo y forma, podrá ser sancionado por el presidente del tribunal con una multa de cien colones al primer llamamiento, con independencia de la responsabilidad penal en que pudiere incurrir si faltare, sin causa grave justificada, al segundo llamamiento.

TITULO V JUICIO DE FALTAS

Art. 419.- Corresponde al Juez de Paz, dentro de su respectiva jurisdicción, el conocimiento de las faltas, en juicio oral y público.

Serán aplicables al juicio de faltas, en la medida de lo posible, las disposiciones reguladoras del juicio oral en el proceso por delito.

Art. 420.- Cuando el Juez de Paz tuviere conocimiento de la comisión de una falta, perseguible de oficio y que correspondiere a su jurisdicción, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, si el conocimiento no le hubiera llegado a través de él.

Si el fiscal solicita la celebración del juicio, fundado en la falta presuntamente cometida por el imputado, o se hubiere presentado querrela por un acusador, el juez convocará a juicio oral al fiscal, al querellante si lo hubiere, al imputado, a la víctima y a los testigos si les constare. A tal efecto, señalará día y hora.

Del mismo modo actuará, pero sin convocar al fiscal, si la falta sólo fuere perseguible a instancia de parte y la víctima hubiere solicitado en forma la persecución penal.

Art. 421.- El juicio deberá celebrarse antes de los veinte días a partir de que el juez tuviere conocimiento de la falta.

La convocatoria deberá efectuarse con una antelación al menos de cinco días a la celebración.

La citación al imputado se acompañará con copia del escrito del fiscal y, también, de la querrela, si la hubiere, y en aquella se le informará que debe acudir al juicio oral con las pruebas que tenga.

Art. 422.- El juicio será público y predominantemente oral.

Además del juez y secretario, deberá contar con la presencia del fiscal, si se tratare de una falta perseguible de oficio.

No es necesario que esté presente el imputado, siempre que hubiere sido citado personalmente, en tiempo y forma, salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, estime imprescindible su declaración.

Si el imputado lo solicita después de la convocatoria a juicio oral y hasta tres días antes de comenzar éste, tendrá asistencia de abogado de oficio. En todo caso, podrá designar libremente a uno.

Art. 423.- Abierta la sesión por el juez, el secretario leerá los escritos de acusación. A continuación, se practicarán las pruebas que el juez admita y, finalmente, las partes concluirán con un informe oral.

De lo actuado extenderá acta el secretario, que firmarán todos los intervinientes al término del juicio.

Art. 424.- Al comienzo del juicio, o durante su desarrollo, el acusado puede manifestar su conformidad con la más grave de las acusaciones, así como con la pretensión civil. En tal caso, el juicio no proseguirá y el juez dictará sentencia de plena conformidad, de acuerdo con lo establecido al respecto para el juicio oral en el proceso por delito.

Art. 425.- El juez dictará sentencia in voce al finalizar el juicio o, en su defecto, al día siguiente. En todo caso, se documentará por escrito.

La sentencia deberá pronunciarse sobre la responsabilidad penal y la pretensión civil.

Contra la misma, cabe recurso de apelación en ambos efectos, ante el Juez de Primera Instancia, dentro de los dos días siguientes a partir del siguiente al de su notificación, o en el mismo acto de pronunciamiento oral por el Juez de Paz, manifestándose así ante el secretario.

Art. 426.- Admitida la apelación, se remitirán las actuaciones al Juez de Primera Instancia correspondiente y se emplazará a las partes para que comparezcan ante el mismo en el plazo de cinco días.

Comparecidas las partes, se les concederá un plazo de tres días para instrucción de los autos.

Transcurrido el plazo de instrucción, el juez convocará a juicio oral, que habrá de celebrarse antes de los diez días siguientes.

Art. 427.- La vista oral se regirá por las normas reguladoras del juicio oral en la primera instancia.

Sólo se admitirá aquella prueba que, propuesta en la primera instancia, no pudo practicarse por causa ajena al que la propuso.

Art. 428.- La sentencia se pronunciará al término de la vista, in voce, o, en su defecto, al día siguiente.

Contra ella no procederá recurso alguno.

Se remitirán los autos y certificación de la sentencia al Juez de Paz lo antes posible, para su ejecución.

LIBRO QUINTO RECURSOS

TITULO I DISPOSICIONES GENERALES

Art. 429.- Los recursos están al alcance de todas las partes, salvo que el presente Código disponga lo contrario.

Toda parte procesal puede retirar el recurso interpuesto, así como adherirse al ya planteado por otra parte.

Art. 430.- En caso de varios imputados, el recurso interpuesto por uno beneficia, en lo favorable, a los restantes.

Art. 431.- Los recursos se interponen y tramitan en los casos, tiempo y forma establecidos por este Código.

Art. 432.- En todo recurso interpuesto en un proceso por delito es preceptiva la intervención de abogado.

Art. 433.- Los recursos se interponen ante el órgano jurisdiccional que dictó la resolución que se impugna, con la salvedad de los recursos de queja y de revisión que se plantean directamente ante el tribunal que ha de resolverlos.

Art. 434.- La resolución impugnada no puede ser modificada en perjuicio del imputado, cuando es él el único recurrente.

Art. 435.- Los jueces y tribunales advertirán al recurrente de la posibilidad de subsanar los defectos que contenga el recurso interpuesto, siempre que aún no hubiere terminado el plazo fijado y el defecto fuere subsanable.

Art. 436.- La víctima del delito o, en su defecto, sus herederos, aunque previamente no se hayan constituido en el proceso para la persecución del hecho punible, pueden impugnar el sobreseimiento definitivo y la sentencia de absolución.

Art. 437.- La interposición de un recurso suspende la ejecución de la resolución impugnada, salvo que el Código establezca lo contrario.

TITULO II RECURSO DE REVOCACION

Art. 438.- El recurso de revocación procede contra todas las resoluciones interlocutorias dictadas por un juez o tribunal.

Art. 439.- Ha de interponerse ante el mismo órgano que dictó la resolución impugnada, el cual resolverá también el recurso.

El plazo de interposición es de tres días a partir de la notificación de la resolución a recurrir.

Art. 440.- El recurso de revocación se interpondrá por escrito, acompañado de tantas copias cuantas sean las partes.

El recurrente solicitará la revocación, por parte del mismo juez o tribunal que los dictó, de la providencia o auto recurridos.

Al día siguiente de admitido a trámite, se dará traslado de las copias a las partes para que aleguen por escrito lo que estimen oportuno, en el plazo máximo de tres días.

Transcurrido el plazo, hayan o no presentado escritos las partes, el juez o tribunal resolverá, en los tres días siguientes, por auto que, a su vez, es susceptible de apelación, salvo en el caso de que sea dictado por la Corte Suprema de Justicia o por su Sala de lo Penal.

TITULO III RECURSO DE QUEJA

Art. 441.- El recurso de queja puede interponerse contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de los recursos de apelación y de casación.

Art. 442.- Se interpondrá, por escrito, ante el tribunal inmediato superior de aquel que dictó la resolución denegando la admisión de un recurso de apelación o de casación.

Art. 443.- Será competente para conocer del recurso de queja el mismo tribunal ante quien se hubiere interpuesto.

Art. 444.- Dentro del plazo de tres días, a contar desde el siguiente a la notificación de la resolución de no admisión del recurso de apelación o de casación, la parte que lo interpuso podrá presentar el recurso de queja, acompañado de tantas copias cuantas partes haya en la causa.

En los dos días siguientes, contados a partir de la admisión del escrito de interposición del recurso de queja, el tribunal competente solicitará del juez o tribunal que dictó la resolución de no admisión que informe sobre ello en el plazo de tres días.

Recibido el informe, se trasladará de inmediato al Ministerio Fiscal para que, a su vez, emita dictamen por escrito en el plazo de los tres días siguientes.

Durante el tiempo establecido para recabar informe del tribunal sentenciador y dictamen del Ministerio Fiscal, las partes podrán presentar, por escrito, lo que estimen oportuno en torno a la procedencia o no de la queja.

A la vista de todo ello, el tribunal resolverá en los tres días siguientes, sin que contra su resolución quepa recurso alguno.

Art. 445.- Si se estima fundada la queja, se revocará la resolución impugnada y se comunicará de inmediato al juez o tribunal que la dictó, para que proceda en consecuencia y admita la interposición del recurso de apelación o de casación.

Cuando no se estime la queja, se condenará en costas al recurrente y se comunicará al tribunal que dictó la resolución impugnada, a los efectos pertinentes.

TITULO IV

RECURSO DE APELACION

Art. 446.- El recurso de apelación procede contra las resoluciones judiciales dictadas en primera instancia, en los supuestos contemplados en este Código.

Art. 447.- Se admitirá en ambos efectos cuando el Código lo establezca expresamente.

Caso contrario, se entenderá que se admite sólo con efecto devolutivo, sin suspensión de la ejecución de la resolución impugnada.

Art. 448.- El recurso de apelación se interpondrá ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida.

Será competente para resolverlo el tribunal inmediato superior de aquel que dictara la resolución recurrida.

Art. 449.- Se podrá interponer, de modo subsidiario, en el mismo escrito con el de revocación, o por separado; no es necesario interponer previamente el de revocación.

Podrá interponerse de palabra en el mismo acto de notificación de la resolución recurrida, o por escrito.

Art. 450.- El plazo para interponer el recurso de apelación es de tres días a partir del siguiente a la notificación de la resolución recurrida.

Si se interpone por escrito, se acompañará de tantas copias cuantas sean las otras partes.

Art. 451.- Si en la causa hubiere varios imputados, el recurso interpuesto por uno o algunos de ellos favorece a los demás, salvo que los motivos argumentados en el mismo fueren exclusivamente personales.

Art. 452.- El juez o tribunal que dictó la resolución recurrida podrá declarar la no admisión del recurso de apelación si la resolución en cuestión no admite este recurso, si está interpuesto fuera de plazo, o por quien no está legitimado para ello.

Si fuere indebidamente admitido, el juez o tribunal inmediato superior, al conocer del recurso, declarará improcedente la apelación.

Art. 453.- Si el juez o tribunal admite el recurso en ambos efectos, remitirá los autos al órgano que haya de conocer de la apelación y emplazará a las partes para que comparezcan, en el plazo de cinco días a partir del siguiente a la notificación, ante éste.

Art. 454.- Si se admite el recurso en un solo efecto, el juez o tribunal ordenará que se remita al órgano que haya de conocer de la apelación testimonio, expedido por el secretario, sobre la resolución recurrida, el escrito de recurso y cualquier otra actuación procesal, relacionada con el recurso, que considere conveniente incluir.

El fedatario judicial habrá de dar cumplimiento a ello en los tres días siguientes a la resolución. En supuestos excepcionales, debido al cúmulo de actuaciones a testimoniar, el juez o tribunal concederá un plazo máximo de prórroga de hasta quince días.

Las partes podrán solicitar que se incluyan en el testimonio aquellos particulares que estimen oportunos para la resolución del recurso.

El testimonio puede ser exhibido a las partes, antes de su remisión al tribunal superior, salvo que las actuaciones hubiesen sido previamente declaradas secretas por el órgano judicial.

Remitido el testimonio, se emplazará a las partes para que comparezcan, en el plazo de cinco días a partir del siguiente a la notificación, ante el órgano que ha de resolver el recurso.

Art. 455.- Si el apelante no comparece ante el tribunal que ha de conocer del recurso, éste lo declarará desierto, de oficio, poniéndolo así en conocimiento del juez o tribunal que dictó la resolución impugnada y devolviéndole los autos, si el recurso fue admitido en ambos efectos.

Art. 456.- Si comparece el apelante, se le ofrecerán en secretaría los autos para instrucción durante cinco días, con objeto de que alegue por escrito lo que estime oportuno y aporte documentos, en su caso.

A continuación, por el mismo plazo común y finalidad, se ofrecerán a las otras partes que hayan comparecido en el recurso.

Art. 457.- El Ministerio Fiscal intervendrá en los recursos de las causas en que sea parte.

Entre el día de entrada del recurso en el órgano que ha de resolverlo y el ofrecimiento de instrucción no podrá transcurrir más de quince días.

Art. 458.- Si el tribunal lo considera necesario, citará a las partes para la celebración de vista oral, en la que cada una, por su orden, expondrá sus argumentos.

Art. 459.- La resolución judicial definitiva en el recurso de apelación adoptará la forma de auto.

Habrà de dictarse en el plazo máximo de tres días, a partir del siguiente a la finalización del plazo para instrucción de las partes o de la celebración de la vista oral.

Contra dicha resolución no cabe recurso alguno, salvo que el Código expresamente establezca lo contrario.

Art. 460.- Una vez dictada y firme la resolución, se comunicará de inmediato al juez o tribunal que pronunció la resolución recurrida, a los efectos oportunos, al mismo tiempo que se le devolverán las actuaciones, si el recurso fue admitido en ambos efectos.

También, a la mayor brevedad posible, se notificará la resolución a las partes.

TITULO V
RECURSO DE CASACION

Art. 461.- Procede el recurso de casación:

1.º Contra las sentencias definitivas dictadas en única instancia en el proceso por delito.

2.º Contra los autos de sobreseimiento definitivo.

Art. 462.- Conocerá del recurso de casación la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En los casos en que dicha Sala haya conocido en primera instancia del proceso por delito, será competente para conocer del recurso de casación la Corte Suprema de Justicia en pleno, excluida la Sala de lo Penal.

Art. 463.- El recurso de casación en materia penal puede interponerse por infracción de ley.

Se considerará que se ha producido infracción de ley cuando se ha violado, aplicado indebidamente o interpretado erróneamente ésta, sea sustantiva o procesal, tanto la norma constitucional y los tratados internacionales vigentes en el país como la ley secundaria.

También se considerará que se ha producido infracción de ley cuando haya habido error en la apreciación de la prueba, que se desprenda de documentos obrantes en autos que no resulten contradichos por otros medios de prueba.

Podrá interponerse directamente recurso de casación por infracción de ley procesal cuando a lo largo del procedimiento se haya producido una violación de los principios fundamentales contenidos en el Título I del Libro primero del presente Código. En los restantes casos, será requisito necesario para admitir el recurso que el recurrente haya reclamado previa y oportunamente la subsanación del defecto del procedimiento.

Art. 464.- Están legitimados para recurrir en casación quienes hayan sido partes en el proceso en que se dictó la resolución que se pretende impugnar.

Los legitimados para recurrir autónomamente, que no lo hayan hecho, se podrán adherir al recurso interpuesto por otra parte.

El actor civil y el responsable civil sólo podrán recurrir los extremos relacionados con la pretensión civil, siempre que la cantidad sea superior a tres mil colones.

El fiscal, en los delitos perseguibles de oficio, será siempre parte en el recurso.

Art. 465.- Si la resolución sólo ha sido recurrida por el condenado, ésta no podrá en casación ser modificada en su perjuicio.

Por el contrario, el recurso interpuesto por otra parte sí permite la modificación o revocación de la resolución impugnada en favor del imputado.

Art. 466.- El recurso de casación habrá de interponerse por escrito, con firma y sello de abogado, dentro de los diez días a contar desde el siguiente al de notificación de la resolución impugnada.

El escrito de interposición se presentará en el tribunal que dictó la resolución recurrida. En el mismo, el recurrente expresará, separada y debidamente numerados, los motivos en los que fundamenta el recurso. Transcurrido el plazo de interposición, no podrá invocar otros motivos.

Se presentará acompañado de tantas copias cuantas fueren las partes intervinientes en el proceso cuya resolución se impugna.

Art. 467.- Interpuesto el recurso, quedará en suspenso la ejecución de la sentencia hasta que aquel se resuelva. Pero, si la resolución impugnada fuere de absolución o de sobreseimiento definitivo, se podrá acordar la libertad del imputado bajo fianza.

Art. 468.- Transcurrido el plazo de diez días sin interponer recurso de casación contra una resolución judicial que sí lo permita, ésta se hará firme.

Art. 469.- El tribunal ante el que se presenta el escrito de interposición admitirá el recurso si reúne los requisitos legales exigidos en los preceptos anteriores. En este caso, remitirá de oficio las actuaciones al tribunal que ha de conocer y lo pondrá en conocimiento de las partes, al mismo tiempo que las emplazará para que comparezcan ante dicho tribunal en el plazo de cinco días a partir del siguiente al de notificación de la resolución.

Si no lo admite, contra su resolución cabe, además del recurso de revocación, recurso de queja.

Art. 470.- Si los recurrentes no comparecen, dentro del plazo establecido, ante el tribunal que ha de conocer y fallar, se entenderá por auto que renuncian al recurso y caerán en su derecho, adquiriendo firmeza la sentencia impugnada.

Art. 471.- Los recurrentes pueden desistir del recurso en cualquier trámite del procedimiento, siendo condenados en las costas causadas hasta ese momento.

Art. 472.- El tribunal que ha de conocer, una vez recibidas las actuaciones, examinará el recurso interpuesto y las adhesiones, en su caso, y estimará como partes a los que hayan comparecido, remitiéndoles copias del escrito de interposición, además de al fiscal que, por imperativo legal, intervendrá siempre que el delito fuere perseguible de oficio.

Contra su resolución, declarando la no procedencia formal del recurso, en todo o en parte, no admitiendo la adhesión de una parte, o no estimando comparecida a otra, cabe recurso de revocación.

Art. 473.- Admitido a trámite el recurso, el tribunal comunicará a las partes que disponen de quince días para instruirse de las actuaciones en la secretaría del mismo. Dicho plazo empezará a correr a partir del día siguiente a la notificación de la resolución.

Art. 474.- Vencido el plazo del artículo anterior, el tribunal señalará día para la vista, que no será antes de diez días a partir del siguiente a la notificación de esta resolución.

La vista será pública, salvo las excepciones previstas para el juicio oral de la primera instancia, comenzando con el informe del secretario sobre el contenido del recurso.

En ésta, el presidente concederá la palabra, en primer lugar, a los recurrentes y adherentes y, después, a las otras partes. Cada una intervendrá oralmente, exponiendo los fundamentos legales que a su juicio justifican el recurso y razonando los motivos y argumentos en pro de un pronunciamiento favorable.

Además de la intervención oral, las partes podrán entregar al tribunal un escrito con el contenido del respectivo informe.

Los miembros del tribunal podrán solicitar de las partes que aclaren o precisen algún extremo de sus intervenciones orales.

No será necesario que el imputado asista a la vista oral, aunque sí su abogado. Pero, si el imputado está presente, terminadas las intervenciones de las partes, el presidente del tribunal le podrá ofrecer la posibilidad de hacer uso de la palabra, conforme a lo dispuesto para el juicio oral de la primera instancia.

También se podrá conceder la palabra a la víctima.

Si la pena de privación de libertad solicitada no supera los tres años, podrá sustituirse la vista oral por la presentación escrita de los informes de las partes, siempre que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, así lo acuerde.

Art. 475.- Si el recurso se ha interpuesto por la comisión de una infracción procedimental grave y se pretende demostrar la inexactitud al respecto del contenido del acta del juicio oral o de la propia sentencia dictada en primera instancia, se podrá ofrecer y practicar prueba al respecto.

El ofrecimiento de prueba se hará en el escrito de interposición del recurso o en el de adhesión al mismo.

La prueba, en el caso de ser admitida por el tribunal, se practicará en la vista oral, de acuerdo con las normas sobre esta materia contenidas en el Título VII del Libro primero de este Código.

Art. 476.- El tribunal dictará sentencia dentro de los diez días a partir del siguiente a la terminación de la vista oral.

Si estima el recurso por infracción de ley sustantiva, anulará la resolución impugnada y procederá a dictar una nueva.

Si estima el recurso por violación de una forma fundamental del procedimiento, anulará la resolución impugnada y ordenará que el trámite sea repuesto al momento de la infracción, procediendo el juzgador de instancia a sustanciar de nuevo el procedimiento a partir de ese trámite procesal. En este caso, los jueces que dictaron la resolución impugnada no podrán intervenir nuevamente.

Si en el recurso se argumentaron infracciones de ley sustantiva y de ley procesal, el tribunal se pronunciará en primer lugar sobre los motivos de forma y, si los estima, no entrará en los de fondo.

Contra la sentencia de casación no cabe recurso alguno, salvo el extraordinario de revisión.

Art. 477.- Si la sentencia es absolutoria y el imputado estuviere detenido solamente por este proceso, de inmediato se ordenará su puesta en libertad.

Art. 478.- En la sentencia se hará pronunciamiento sobre costas.

Pronunciada la sentencia, se devolverán las actuaciones al tribunal que dictó la resolución recurrida en casación.

TITULO VI

RECURSO DE REVISION

Art. 479.- El recurso de revisión procederá contra la sentencia firme dictada en proceso por delito, en los casos contemplados en el presente Título.

Art. 480.- Conocerá del mismo la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia. Si la sentencia recurrida hubiere sido dictada por esta Sala, corresponderá el conocimiento del recurso de revisión a la Corte Suprema en pleno, excluidos los miembros de la Sala de lo Penal.

Art. 481.- Están legitimados para promover este recurso:

- 1.º El condenado y, si ha fallecido, su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos.
- 2.º El Ministerio Fiscal.
- 3.º Los querellantes, en contra del imputado.

El recurso de revisión penal no tendrá, para su interposición, limitación en el tiempo y la sentencia dictada al término del mismo no podrá ser para el imputado más perjudicial que la impugnada, si éste, o sus familiares, fueren los únicos recurrentes.

El condenado o sus familiares, si aquel hubiere fallecido, o hubiese sido declarado incapaz, tienen derecho a que se les designe abogado de oficio para interponer y mantener el recurso de revisión.

Art. 482.- En general, cabe interponer este recurso cuando la aparición de nuevos hechos o elementos probatorios, fundamentales a juicio del recurrente y de la Corte Suprema de Justicia, permitan la absolución del condenado o una reducción de la condena.

En particular, es posible la revisión:

- 1.º Cuando haya dos o más personas condenadas por el mismo delito que, de modo indiscutible, no pudo ser cometido más que por una.
- 2.º Cuando alguien esté condenado como autor o partícipe de la muerte de una persona, cuya existencia se acredite después.
- 3.º Cuando se demuestre que un elemento de prueba decisivo, apreciado así en la sentencia, carece del valor probatorio atribuido, por falsedad, invalidez, alteración o falsificación, o que alguien ha sido condenado por sentencia fundada en cualquier hecho punible realizado por un tercero, siempre que estos extremos hayan sido declarados así por sentencia firme posterior.
- 4.º Cuando el juzgador de instancia haya conocido y resuelto una cuestión prejudicial no penal y, dictada sentencia condenatoria, posteriormente el condenado haya planteado dicha cuestión ante el orden jurisdiccional correspondiente, el cual la resuelve de modo adverso a como lo hizo el tribunal penal.
- 5.º Cuando el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria estén fundados en la muerte del imputado y se demuestre que éste vive.

Art. 483.- El recurso de revisión deberá interponerse, por escrito, con copias, ante la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, o ante ésta cuando le corresponda a ella en pleno el conocimiento.

En el escrito se deberán expresar los motivos del recurso y las normas legales aplicables, así como acompañar de la prueba documental o, en su defecto, señalar el lugar en que se encuentra.

A la vista del escrito y de los documentos aportados o señalados, el tribunal resolverá sobre su admisión, en el plazo de diez días a partir de la recepción.

El tribunal podrá conceder al recurrente un plazo de subsanación de diez días, que empezará a contar a partir del siguiente a la notificación de la resolución.

Si no admite a trámite el recurso, contra la resolución cabe recurso de revocación. Contra la resolución confirmatoria de la denegación, no procede recurso alguno.

Art. 484.- La mera interposición del recurso no suspende la ejecución de la sentencia impugnada.

Sin embargo, a la vista de la fundamentación de los motivos argumentados y de la sustanciación del recurso, el tribunal podrá ordenar al órgano judicial encargado de la ejecución la libertad inmediata del condenado, así como a la policía la detención del imputado que hasta entonces se presumió fallecido.

Art. 485.- Admitido el recurso, el tribunal dará traslado de las copias del escrito al Ministerio Fiscal, a los querellantes, o al imputado, según proceda, para que propongan medios de prueba, en el plazo de diez días a partir del siguiente a la notificación de la resolución.

Transcurrido dicho plazo, se convocará a las partes a vista oral, que habrá de celebrarse antes de los treinta días a partir del término anterior.

En la vista, las partes intervendrán oralmente por su orden y se practicarán las pruebas. Se aplicarán, en lo posible, las normas de la vista oral del recurso de casación.

Además, las partes podrán presentar por escrito sus informes respectivos.

Art. 486.- El tribunal dictará sentencia, contra la que no cabe recurso alguno, en el plazo de cinco días, a partir de la conclusión de la vista.

Si declara la revisión de la sentencia recurrida, ordenará la celebración de nuevo juicio ante el juez o tribunal que corresponda, o dictará la sentencia definitiva, en función de los motivos alegados y de lo que proceda en cada caso.

Si se estima la revisión, se comunicará la sentencia al tribunal encargado de la ejecución y, en su caso, al juez o tribunal que tuviere que conocer nuevamente en primera instancia, a los efectos oportunos.

Art. 487.- El nuevo juicio, a celebrar ante el juez o tribunal de primera instancia, se tramitará conforme a las normas legales correspondientes.

Art. 488.- La sentencia desestimatoria del recurso de revisión no impedirá interponer nuevamente dicho recurso, siempre que se funde en motivos, o elementos de ellos, distintos de los argumentados la vez anterior.

Art. 489.- Si la sentencia es absolutoria, el tribunal establecerá la indemnización que le corresponde al imputado y la devolución de lo pagado por costas y multa.

La indemnización será a cargo del Estado.

LIBRO SEXTO EJECUCION, COSTAS, INDEMNIZACION Y MEDIDAS DE GRACIA

TITULO I

EJECUCION DE SENTENCIAS

Art. 490.- No se ejecutarán las sentencias penales hasta que sean firmes. La declaración de firmeza la hará el órgano que la hubiere dictado, no siendo inconveniente que el condenado tenga pendientes otros procesos penales.

Una vez firme la sentencia, el juez o presidente del tribunal impartirá las órdenes y comunicaciones correspondientes, tanto en cuanto al condenado, como en lo relativo a la destrucción y devolución de documentos u objetos, y se remitirán los autos al órgano encargado de la ejecución.

Art. 491.- La ejecución de las sentencias corresponderá al juez o tribunal que hubiere conocido del proceso en primera instancia, salvo cuando se tratare de la Corte Suprema de Justicia, en cuyo caso corresponderá a la Cámara de Segunda Instancia.

El tribunal competente para la ejecución de una sentencia lo será también para conocer de todos sus incidentes.

Revisará, de oficio, el cómputo hecho en la sentencia y precisará con exactitud las fechas de definitivo cumplimiento de la misma, de solicitud de libertad condicional si fuere de privación de libertad, y de rehabilitación.

Art. 492.- Si el condenado hubiere de cumplir pena de privación de libertad y no estuviere en prisión, se ordenará su detención.

La sentencia absolutoria se ejecutará inmediatamente, siendo el detenido puesto en libertad, a menos que se haya planteado contra ella recurso con efecto suspensivo.

Art. 493.- Las penas se ejecutarán conforme establece el Código Penal.

Art. 494.- En las penas privativas de libertad, se computará todo el tiempo de privación de libertad sufrido por el imputado durante la detención y la prisión provisional.

En cualquier momento podrá rectificarse, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, el cómputo practicado.

Art. 495.- Durante la ejecución de la sentencia penal, el condenado tiene derecho a la asistencia de abogado.

Art. 496.- El Juez de Primera instancia del lugar donde se encuentre ubicada la prisión está obligado a la visita e inspección de la misma, al menos una vez al mes, más en todas las ocasiones en que lo estimare conveniente.

Si hubiere más de un juez de dicha categoría, todos estarán obligados a ello.

Art. 497.- Los condenados mayores de edad penal y menores de veintiún años deberán estar separados del resto de la población penitenciaria.

También, los condenados dementes deberán estar reclusos en un sector especial o, en su defecto, en una institución psiquiátrica adecuada.

En todo caso, los presos preventivos han de estar separados de los condenados.

Art. 498.- En circunstancias excepcionalmente graves de enfermedad, o para evitar el contagio a otros reclusos, el juez podrá autorizar, previos los dictámenes médicos correspondientes, el traslado de un preso al establecimiento hospitalario adecuado.

Art. 499.- La ejecución del pronunciamiento civil de la sentencia penal tendrá lugar en los tribunales civiles.

Art. 500.- El juez o tribunal que dictare la sentencia condenatoria ordenará, de oficio o a petición de parte, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, si fuere procedente conforme a lo establecido en el Código Penal.

Si no lo hubiere acordado el órgano sentenciador, podrá ser ordenado, también de oficio o a instancia de parte, por el Juez de Primera Instancia o por la Cámara de Segunda Instancia, como encargados de la ejecución de la sentencia, incluso durante la propia ejecución.

Art. 501.- Corresponde al juez encargado de la ejecución de la sentencia condenatoria conocer de la rehabilitación contemplada en el artículo 148 del Código Penal.

El escrito de solicitud de rehabilitación deberá acompañarse de:

- 1.º Certificación de la ejecución de la sentencia .
- 2.º Certificación de la resolución concediendo libertad o la suspensión condicional.
- 3.º Certificación del decreto de conmutación o de indulto, o, en su defecto, ejemplar del Diario Oficial en que se hubiere publicado.
- 4.º Certificación de la Dirección General de Centros Penales de que el interesado no consta como imputado por otro delito posterior a su puesta en libertad.

El juez, con audiencia del Ministerio Fiscal, dictará auto resolutorio.

La resolución concediendo la rehabilitación producirá los efectos previstos en el artículo 149 del Código Penal y se comunicará, de oficio, a la Dirección General de Centros Penales y al Registro Electoral.

Art. 502.- El juez, o presidente del tribunal encargado de la ejecución, podrá, de oficio o a instancia de parte, una vez recibidos los informes pertinentes del centro penitenciario, conceder la libertad condicional al condenado, conforme a lo dispuesto en la ley penal.

En el auto se fijarán las condiciones de libertad que serán reformables de oficio o a instancia de parte.

Art. 503.- Contra todos los autos desestimatorios, dictados por el juez o tribunal encargados de la ejecución de la sentencia, cabe recurso de apelación en un solo efecto.

Art. 504.- En los casos en que el Código Penal conceda efecto extintivo de la pena al perdón del ofendido, una vez producido éste, el juez o tribunal encargado de la ejecución ordenará de inmediato la libertad del condenado, si estuviere en prisión.

También, intervendrá a favor del condenado, respecto a la modificación de la pena impuesta, en el supuesto de que entre en vigencia una ley penal más benigna.

Art. 505.- Corresponde a la Corte Suprema de Justicia la concesión, conforme a la ley y cuando fuere necesario, del permiso para la ejecución de sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros.

TITULO II COSTAS

Art. 506.- En los autos resolutorios de incidentes y de sobreseimiento, y en las sentencias definitivas, más en cualquier otra resolución que el Código establezca, habrá pronunciamiento judicial sobre las costas procesales causadas.

Art. 507.- Constituyen las costas:

- 1.º Los gastos producidos en la tramitación del procedimiento.
- 2.º Los honorarios de abogados, peritos, intérpretes y traductores.
- 3.º Las indemnizaciones de los testigos.

Art. 508.- En general, toda resolución desestimatoria y, en particular, la condenatoria conlleva condena en costas. Si fueren varios los condenados, se declarará la parte proporcional que le corresponde a cada uno.

Por el contrario, en la estimatoria y en la absolutoria, las costas corresponden al Estado.

En los recursos, las costas del interpuesto sin éxito o del desistido recaen sobre el recurrente. Si el recurso es estimado, serán condenados los que se hubieren opuesto. Si no hubiere habido oposición, cada parte soportará las suyas.

Similar criterio del vencimiento se aplicará en lo relativo a la pretensión civil.

Art. 509.- La condena en costas contenida en la sentencia ha de estar debidamente motivada.

Art. 510.- Corresponde la tasación de las costas al secretario del juzgado o tribunal encargado de la ejecución de la sentencia.

Al respecto, los abogados y peritos presentarán por escrito sus honorarios debidamente fechados y firmados.

Los gastos ocasionados por los testigos se estimarán conforme a las indemnizaciones concedidas en su comparecencia.

Si hubiere más gastos, éstos serán computados por el secretario en base a los recibos y justificantes existentes.

Terminada la tasación, se dará audiencia a las partes; el juez o tribunal la aprobará o reformará.

Art. 511.- En ningún caso un abogado podrá ser condenado en costas.

Art. 512.- Contra la aprobación judicial definitiva de las costas, cabe recurso de apelación en doble efecto.

TITULO III INDEMNIZACION

Art. 513.- Los perjudicados por los daños producidos por error judicial, o por deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia, tendrán derecho a una indemnización por parte del Estado.

Art. 514.- El daño alegado por el perjudicado habrá de ser real y, una vez comprobado, habrá de procederse a su evaluación económica.

El mero hecho de que por un órgano judicial se revoque, modifique o anule una resolución no implica, necesariamente, derecho a indemnización.

Tampoco se reconocerá el derecho a indemnización cuando el daño producido por el error judicial, o por el deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia, fuese debido a la conducta dolosa o culpable del perjudicado.

Art. 515.- Se reconocerá el derecho a indemnización:

- 1.º Al condenado que, en virtud del recurso de revisión, fuere absuelto o se le disminuyere la pena impuesta.
- 2.º Al imputado que, habiendo sufrido detención judicial y prisión provisional, fuere absuelto o sobreseído definitivamente.
- 3.º Al imputado al que, por resolución firme motivada, se le reconozca expresamente el daño causado por error judicial o por deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia.

Art. 516.- La indemnización ha de ser proporcional al daño físico, moral, o patrimonial causado al perjudicado.

Art. 517.- La solicitud para su concesión se dirigirá al Ministerio de Justicia que, tras un procedimiento administrativo, resolverá en consecuencia.

Contra su resolución, cabe acudir a la vía contencioso-administrativa.

Ello no excluye la posibilidad de acudir a los tribunales, bien penales, junto con la pretensión principal, bien del orden civil, como una demanda independiente, para el reconocimiento, incluso la cuantificación, del daño producido. En todo caso, una vez obtenida la declaración, se solicitará del Estado la correspondiente indemnización.

TITULO IV MEDIDAS DE GRACIA

Capítulo primero

Amnistía

Art. 518.- Corresponde a la Asamblea Legislativa conceder amnistía por delitos políticos o comunes conexos con éstos, o por delitos comunes cometidos por un número de personas que no baje de veinte.

Art. 519.- La amnistía puede concederse a los condenados por sentencia ejecutoria, a los imputados con causa pendiente y a aquellas personas que aún no están sometidas a procedimiento penal.

Art. 520.- La amnistía puede ser solicitada por los propios interesados, personalmente, o por cualquier ciudadano salvadoreño en su nombre, sin necesidad de poder.

También, pueden proponer la concesión de amnistía los funcionarios y órganos del Estado que tienen iniciativa de ley.

Art. 521.- La solicitud o proposición, debidamente motivada, ha de dirigirse a la Asamblea Legislativa. Esta, previo dictamen de su Comisión de Gracia y Excusas, resolverá.

Art. 522.- La amnistía afectará a la responsabilidad penal en todo caso, pudiendo subsistir la civil, especialmente en los casos de condenados.

Art. 523.- Una vez concedida, producirá los efectos siguientes:

- 1.º El juez o tribunal encargado de la ejecución de la sentencia ordenará la libertad inmediata de los condenados a penas de privación de ésta.
- 2.º Si los condenados a penas privativas de libertad estuviesen ausentes, se revocarán de inmediato las órdenes de captura libradas contra ellos.
- 3.º En los casos de imputados con causas pendientes, el juez o tribunal competente, en cualquier estado del proceso, acordará el sobreseimiento definitivo, con los efectos consiguientes.

- 4.º Si se tratare de personas que aún no han sido sometidas a procedimiento penal y se iniciare contra ellas proceso por delito comprendido en la amnistía, podrán oponer excepción de extinción de la acción penal y solicitar sobreseimiento definitivo.

5.º En todos los casos anteriores, los efectos son irrevocables.

Art. 524.- Se extenderá a los demás coautores, cómplices o encubridores del delito comprendido en la amnistía, así como de los delitos conexos, salvo que, expresamente, se disponga lo contrario.

Capítulo segundo

Indulto

Art. 525.- Corresponde a la Asamblea Legislativa, previo informe favorable de la Corte Suprema de Justicia, conceder indultos a los condenados, por sentencia ejecutoriada, por toda clase de delito.

Art. 526.- El indulto puede ser solicitado a la Asamblea Legislativa por los condenados o por cualquier ciudadano salvadoreño en su nombre, sin necesidad de poder.

Art. 527.- La solicitud, debidamente motivada, se acompañará de una certificación de la sentencia ejecutoriada dictada en la causa.

Si se trata de delitos perseguibles a instancia de parte, se acompañará también instrumento autenticado conteniendo el perdón de la víctima.

La Asamblea Legislativa, previo dictamen de la Comisión de Gracia y Excusas, remitirá el expediente a la Corte Suprema de Justicia en el plazo máximo de tres meses, a partir de la recepción de la solicitud de indulto en el órgano legislativo.

La Corte Suprema de Justicia emitirá informe y dictamen en el plazo máximo de treinta días, contados a partir de recibido el expediente.

Art. 528.- El informe y dictamen de la Corte Suprema de Justicia favorable al indulto faculta a la Asamblea Legislativa para concederlo o denegarlo.

Por el contrario, el informe y dictamen desfavorable impide que la Asamblea Legislativa conceda el indulto.

Art. 529.- El indulto concedido puede ser absoluto o contener algunas condiciones y restricciones.

Corresponde al juez o tribunal encargado de la ejecución de la condena velar por el cumplimiento exacto del indulto, sea cual fuere su clase.

Art. 530.- El indulto sólo afecta a la pena, no a la responsabilidad civil.

Se entiende que el indulto de la pena principal conlleva también el de las accesorias.

La concesión del indulto es irrevocable.

Una vez concedido por la Asamblea Legislativa, se comunicará de inmediato a la Corte Suprema de Justicia para que ésta, a la mayor brevedad, lo ponga en conocimiento del juez o tribunal encargado de la ejecución, a los efectos pertinentes.

Capítulo tercero

Conmutación

Art. 531.- Corresponde al Órgano Ejecutivo, previo informe y dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia, sustituir, por otra menor, la pena principal impuesta por sentencia ejecutoriada, en virtud de conmutación.

Art. 532.- La conmutación podrá otorgarse a los condenados de toda clase de delito por sentencia ejecutoriada.

Art. 533.- Puede ser solicitada por los condenados, o por cualquier ciudadano salvadoreño en su nombre, sin necesidad de poder.

Art. 534.- La solicitud, debidamente motivada, se dirigirá al Ministro de Justicia, acompañada de una certificación de la sentencia ejecutoriada dictada en la causa.

Admitida la solicitud, el Ministro pedirá al director del establecimiento penal donde se encuentre recluso el condenado un informe sobre la conducta, situación y antecedentes de este último.

También, podrá pedir a las autoridades administrativas los informes que estime oportunos sobre los mismos extremos.

Posteriormente, se trasladará el expediente a la Corte Suprema de Justicia para que emita informe y dictamen en el plazo máximo de treinta días.

Art. 535.- Si el informe y dictamen de la Corte Suprema de Justicia es desfavorable, el Órgano Ejecutivo no podrá conceder la conmutación.

Si, por el contrario, fuere favorable, el Órgano Ejecutivo podrá conceder o denegar la conmutación.

Art. 536.- No puede conmutarse la pena por segunda vez a un condenado que ya le hubiere sido conmutada en ocasión anterior.

Art. 537.- La conmutación no extingue la responsabilidad civil.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 538.- Las disposiciones de este Código se aplicarán desde su vigencia a los procesos futuros, cualquiera que fuere la fecha en que se hubiere cometido el delito o la falta, así como a los procesos pendientes que estuvieren en la fase de instrucción preliminar o en la intermedia.

Art. 539.- Los procesos pendientes que estuvieren en la fase plenaria, en la segunda instancia, en casación o en revisión, continuarán tramitándose hasta su término en la respectiva fase, instancia, casación o revisión, conforme a las normas del Código Procesal Penal de 1973, al menos que existan disposiciones en el nuevo Código que favorezcan al imputado, en cuyo caso le serán aplicables estas últimas.

Art. 540.- Las causas que estuvieren en consulta, se suspenderán de inmediato y se devolverán en el plazo máximo de un mes, a partir de la entrada en vigencia del presente Código, al Juzgado de Primera Instancia.

Art. 541.- Los actos procesales realizados con anterioridad a la entrada en vigencia de este Código, de acuerdo con las normas del que se deroga, conservarán su validez.

DISPOSICION DEROGATORIA

Art. 542.- Se deroga el Código Procesal Penal de once de octubre de mil novecientos setenta y tres y las leyes y demás preceptos legales contenidos en otros ordenamientos, que en alguna forma contradigan o se opongan a lo dispuesto en el presente Código.

DISPOSICION FINAL

Art. 543.- El presente Código entrará en vigencia a los tres meses de su publicación en el Diario Oficial.

EXEQUATUR DE TITULOS PUBLICADOS

SCHLOSSER, Peter, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, segunda edición, 791 páginas, J.C.B. Mohr, Tübinga, 1989.

Segunda edición, completamente reelaborada, de este clásico de Schlosser. Constituye un punto de referencia imprescindible para cualquier estudio sobre arbitraje privado internacional.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

CREMADES, Bernardo M., *Arbitration in Spain*, 167 páginas, Butterworths, La Ley, Carl Heymanns Verlag KG, 1991.

Tal y como el propio autor se encarga de apuntar en el prólogo, la obra va dirigida a profesionales y estudiosos del arbitraje que precisen aproximarse y conocer la situación del mismo en España. Con tal objetivo, Cremades ha partido de una serie de colaboraciones, a las cuales hace mención al principio de cada capítulo, para elaborar un examen exhaustivo y sistemático de los diferentes aspectos regulados por la Ley de Arbitraje de 1988.

En el capítulo primero, se proporciona al lector una vista panorámica de la citada Ley de Arbitraje, la cual incluye el análisis del *iter legislativo* de la misma, los principios que inspiraron la reforma y un avance del contenido de los capítulos subsiguientes, con la finalidad de sintetizar breve y claramente la situación del arbitraje en nuestro país.

El sistema esbozado en el primer capítulo se desarrolla en páginas posteriores, en las cuales se examinan, sucesivamente, los siguientes aspectos: las características generales del arbitraje —materias que pueden someterse a arbitraje y clases de arbitrajes— (capítulo 2); el pacto de ar-

bitraje y sus efectos (capítulo 3); los árbitros —capacidad, nombramiento, recusación...— y las instituciones arbitrales (capítulo 4); el procedimiento arbitral a lo largo de sus diferentes fases (capítulo 5); el laudo arbitral, sus efectos de cosa juzgada y el coste del arbitraje (capítulo 6); la intervención judicial y las medidas cautelares en los procesos arbitrales (capítulo 7); la anulación y revisión de los laudos (capítulo 8); la ejecución forzosa de laudos arbitrales (capítulo 9), y el arbitraje internacional (capítulo 11). La obra termina con un análisis de las disposiciones adicionales, transitorias y derogatorias de la Ley.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

BORN, Gary B.; WESTIN, D., *International civil litigation in United States courts.: commentary and materials*, segunda edición, 928 páginas, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer (Países Bajos), 1992.

Análisis de los problemas suscitados en los litigios con elementos extranjeros ante los Tribunales estadounidenses. La obra tiene un notorio interés científico y profesional, puesto que constituye a la vez una teoría general de Derecho Procesal internacional norteamericano y un instrumento de gran utilidad para cualquier persona que, por motivos profesionales, pueda verse obligada a litigar en Estados Unidos. El método seguido por los autores consiste en comentar, a continuación de la exposición de cada problema teórico, las soluciones jurisprudenciales que existen sobre el mismo, lo cual facilita enormemente la consulta de la obra. También se examinan los diversos Tratados internacionales ratificados por Estados Unidos que inciden en cada uno de los temas analizados.

El libro comienza con una introducción, en la que se esbozan los principales problemas de fondo que se suscitan una y otra vez cuando surge cualquier proceso con elementos extranjeros (capítulo primero). A continuación, se analiza la extensión y límites de la Jurisdicción norteamericana, así como los requisitos para el ejercicio de la misma (capítulo segundo, completado por el sexto), y los problemas derivados de la realización de actividades jurisdiccionales en el extranjero de la notificación o traslado de determinados documentos judiciales fuera de Estados Unidos (capítulo tercero, si bien la recogida de pruebas en el extranjero se trata en el capítulo quinto). El capítulo cuarto incluye el examen de los pactos o cláusulas de elección de fuero y de ley aplicable.

En el sexto capítulo de la obra se analiza la denominada *subject*

matter Jurisdiction, o jurisdicción de un determinado Tribunal sobre determinadas demandas sin tener en cuenta las normas de derecho sustantivo que se aplican en tales casos, la cual es necesaria, junto con la *judicial jurisdiction* que se examina en el capítulo 2, para que un Tribunal estadounidense tenga jurisdicción. También se trata en el citado capítulo la que los autores denominan «jurisdicción legislativa», o poder de un Estado para regular legalmente determinadas actividades privadas, y la amplitud del tradicional principio de territorialidad.

A continuación, los autores se detienen en la denominada *Act of State Doctrine*, según la cual los Tribunales norteamericanos no pueden enjuiciar la validez de una norma promulgada por un soberano extranjero, y en sus excepciones (capítulo 8). Por último, se analiza la cuestión del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (capítulo 9). La obra incluye una serie de apéndices en los que se recoge la legislación básica sobre las materias tratadas, así como un índice sistemático.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

MERKIN, Robert, *Arbitration Law*, Lloyd's of London Press Ltd, Londres, Nueva York, Hamburgo y Hong Kong, 1991 (periódico).

Excelente tratado sobre arbitraje inglés, actualizado por medio de entregas periódicas a las que es posible suscribirse al adquirirlo. Se divide en cinco grandes secciones, en las cuales se analizan sucesivamente los pactos arbitrales, los árbitros, el procedimiento arbitral, el laudo arbitral y el control judicial del arbitraje. Completan la obra cuatro apéndices, en los que se recogen las normas inglesas en la materia, la doctrina de la *Supreme Court*, los tratados internacionales en vigor para Inglaterra y las reglas uniformes sobre arbitraje. Por último, resulta de gran utilidad el índice sistemático que figura al final de la obra.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

Festgabe für Hans W. Fasching, coordinados por W. JELINEK, P. BÖHM, A. KONECNY y W. BUCHEGGER, 538 páginas, Manz, Viena, 1993.

Homenaje al célebre procesalista austríaco con motivo de su septuagésimo aniversario, en el que se recogen treinta y tres monografías del

mismo sobre diversos temas de Derecho Procesal civil. La obra nos permite conocer artículos de Fasching hasta hoy inéditos o de difícil acceso en nuestro país, por lo que constituye un valioso complemento del manual de Derecho Procesal civil del mismo autor.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

LEWIS, Clive, *Judicial remedies in public law*, 516 páginas, Sweet & Maxwell, Londres, 1992.

Monografía sobre las diferentes vías a través de las cuales los Tribunales ingleses controlan la actividad de la Administración Pública y, en general, el desarrollo del Derecho público. Tal y como el propio autor se encarga de advertir en el prefacio de la obra, el tratado tiene un doble objetivo: por un lado, el de analizar esos controles o *remedies* uno por uno, desde el procedimiento de revisión judicial creado en 1977 hasta el control judicial de la aplicación del Derecho comunitario, pasando por procedimientos de naturaleza tan diversa como los de *habeas corpus* y el que se sigue para la exigencia de responsabilidad del Estado, entre otros. Una segunda finalidad de la obra es la de crear una teoría general de los citados controles judiciales adaptada a los cambios que la materia ha sufrido durante las últimas décadas. El libro de Lewis permite, en definitiva, una aproximación al control judicial de la actividad del Estado desde una perspectiva diferente, por lo que nos parece de gran interés.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

ADERHOLD, Eltje, *Auslandskonkurs im Inland*, 338 págs. - 128 DM, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

La monografía recoge la tesis doctoral del mismo título elaborada en la Universidad de Renania Friedrich-Wilhelms (Bonn), bajo los auspicios de la Cátedra de Derecho Internacional de dicha institución. Contiene un completo análisis del desarrollo del sistema de Derecho concursal internacional alemán (con una especial consideración del principio de territorialidad), acompañado de una serie de ejemplos prácticos, así como una sistematización de los principios que rigen el Derecho concursal de los Estados Unidos de América, Inglaterra, Francia y Suiza. Es igualmente digna de mención la abundante bibliografía consultada por Aderhold. Todo ello hace

del libro una obra de indudable interés científico y profesional en el campo del Derecho Procesal Internacional.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

MAROTZKE, Wolfgang, *Von der schutzgesetzlichen Unterlassungsklage zur Verbandsklage*, 107 págs., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992.

Esta interesante obra constituye una de las últimas aportaciones de la doctrina alemana a la problemática de las «acciones colectivas», por medio de las cuales se atribuye a grupos, asociaciones y colectividades en general, legitimación para demandar a cualquier persona física o jurídica que lesiona intereses de carácter «difuso», en materias tan relevantes como el medio ambiente o el derecho de los consumidores. El autor pone de manifiesto la insuficiencia de la legislación alemana existente al respecto y trasciende del proceso contencioso-administrativo, en un encomiable intento de enfocar la cuestión desde una perspectiva general, a partir del análisis de la evolución desde las tradicionales acciones de cesación, diseñadas para proteger únicamente intereses individuales, hacia estas «acciones colectivas».

F. MÁLAGA DIEGUEZ

KOLOTOUROS, Panagiotis, *Der Rechtsmittelgegenstand im Zivilprozeß*, 142 págs. - 68 DM, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

La presente monografía fue llevada a cabo como tesis doctoral en la Universidad Ludwig-Maximilian de Munich, bajo la dirección de Peter Schlosser, y supone un importante esfuerzo de su autor para lograr una teoría general de los recursos. Para ello, se diseccionan los intereses de política legislativa que influye en el diseño de un sistema de recursos, así como la naturaleza jurídica, objeto y clasificación de los mismos, todo ello desde las perspectivas que el autor denomina estructural y funcional, con el objetivo final de lograr un concepto único y válido de «recurso». La presente obra goza en consecuencia del máximo interés científico para cualquier estudioso de la materia, pues refleja el estado de la reciente doctrina alemana en torno a la misma.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

FINDEISEN, Andreas, *Der minderjährige Zeuge im Zivilprozeß*, 184 págs. - 84 DM, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

En esta interesante monografía se analizan los problemas derivados del hecho de que el testigo sea menor de edad en el proceso civil alemán, principalmente en lo que concierne a sus derechos y deberes, concebidos por el legislador para testigos adultos. Para ello, Findeisen hace un estudio de los intereses probatorios de las partes en relación con la posición del menor y la especial protección que merece, tanto en el procesos civiles ante los Tribunales ordinarios como en los que tienen lugar ante los Tribunales tutelares de menores. Presenta un gran interés científico para cualquier estudioso de la prueba en general, puesto que el autor comienza su obra examinando la figura del testigo y el valor probatorio de la prueba testifical en el sistema procesal alemán.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

STÖCKER, Otmar M., *Die «Eurohypothek»*, 320 págs. - 112 DM, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

Excelente tesis doctoral elaborada en la Universidad Julius-Maximilians de Würzburg, Alemania. El autor lleva a cabo un pormenorizado análisis del Derecho hipotecario vigente en su país, así como en Francia, España y Suiza, desde una perspectiva eminentemente práctica. Esta panorámica del Derecho comparado pone de manifiesto las importantes divergencias existentes entre los distintos sistemas jurídicos, difícilmente compatibles con el mercado interior comunitario. Ello lleva a Stöcker a proponer la creación de un Derecho hipotecario europeo único y no subsidiario o «Euro-hipoteca», siguiendo el modelo de la «certificación de garantía» suiza (*Schuldbrief*), con vistas a la creación del denominado «mercado único del crédito hipotecario». La obra incluye un extenso listado de la bibliografía utilizada en su elaboración.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

HERTEL, Christian, *Der Urkundenprozeß*, 203 págs. - 84 DM, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

Excelente monografía sobre el denominado «proceso documental y

cambiario», regulado en los párrafos 692 a 700 de la Ley procesal civil alemana (ZPO). Resulta de una gran utilidad para comprender el funcionamiento del mismo, conocer sus antecedentes históricos y deslindarlo de los juicios ejecutivos. La obra reproduce la tesis doctoral del mismo nombre, elaborada en la Universidad Albert-Ludwig de Friburgo.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

Civil Jurisdiction and Judgments in Europe, 402 páginas, Butterworths, Londres, Dublin, Edimburgo y Bruselas, 1992 (p.v.p.: £ 65.00).

Internationale Zuständigkeit und Urteilsanerkennung in Europa, 375 páginas, Carl Heymanns Verlag, Colonia, Berlín, Bonn y Munich, 1993 (p.v.p.: DM 136, 960 chelines austríacos o 127 francos suizos).

Las dos referencias precedentes contienen una única obra, publicada de forma idéntica bajo los auspicios del Tribunal de las Comunidades Europeas por dos conocidas editoriales europeas en las lenguas inglesa y alemana. En ella se recogen las actas del «Seminario sobre interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal de Justicia considerada en el contexto del área judicial europea», celebrada en Luxemburgo los días 11 y 12 de marzo de 1991, y constituye una interesante puesta en común de las perspectivas judiciales, académica y de la abogacía en torno a los principales problemas surgidos en la aplicación de dicho Convenio, por lo que goza de una gran utilidad para cualquier jurista que precise hacer uso del mismo.

En concreto, se incluyen en ambas publicaciones las ponencias y comunicaciones remitidas a la organización del Seminario sobre los siguientes extremos: la función del Tribunal de Justicia y el sistema del Convenio de Bruselas, la jurisdicción especial en virtud del artículo 5 del Convenio, las cláusulas atributivas de jurisdicción, problemas conectados con la litispendencia y el reconocimiento de resoluciones extranjeras, y el desarrollo de los Convenios de Bruselas y Lugano considerado en el contexto del área judicial europea.

Se recoge en las obras, asimismo, una síntesis de los debates que tuvieron lugar durante el Seminario elaborada por Georges A.L. DROZ y cinco anexos, en los que se proporciona al lector, además de los textos de los Convenios de Bruselas y Lugano y la lista de autores y participantes en el Coloquio, una tabla de las sentencias del TJCE sobre el Convenio de Bru-

selas. Esta última tabla resulta de gran utilidad, puesto que cada resolución va acompañada de un listado con los comentarios publicados sobre la misma por la doctrina científica, el cual queda completado por la bibliografía general recopilada al final de ambos libros.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

CARPENTER, Michael, HAYMANN, Michel, HUNTER-TILNEY, Tony y VOLKEN, Paul, *The Lugano and San Sebastián Conventions*, Butterworths, Londres, Dublin, Edimburgo y Munich, 1990.

Nos encontramos ante uno de los primeros tratado generales sobre los Convenios de Lugano de 1988 y Bruselas de 1968, este último tras su reforma operada por el Convenio de adhesión de España y Portugal de 1989 (Convenio de San Sebastián), por lo que resulta de obligada referencia para la comprensión del sistema vigente de competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en el marco de las Comunidades Europeas y la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC).

La obra está basada en las ponencias aportadas por los autores al Congreso de la Unión Internacional de Abogados que tuvo lugar en Interlaken en agosto de 1989, y comprende los siguientes extremos: en primer lugar, un análisis particularizado del Convenio de Lugano en el marco de la armonización legislativa en Europa; en segundo término, el examen de las relaciones entre el Convenio de Lugano y las Comunidades Europeas, con especial atención al Convenio de Bruselas; el tercer capítulo se dedica al estudio de los problemas que plantea la redacción de contratos a la luz del Convenio de Lugano, y el último se centra en las innovaciones introducidas por el Convenio de San Sebastián. Finalmente, los apéndices incluyen los textos de los dos Convenios analizados y el Informe Jenard/Möller, cuya lectura puede ser de gran utilidad para comprender el sistema creado en el Convenio de Lugano.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

WROBEL, Jürgen, *Die Prozeßführungsbefugnis des Zwangsverwalters*, 145 págs., Duncker & Humblot, Berlin, 1993 (84 DM; 656 ch. austr.; 84 fr. suizos).

Excelente tesis doctoral presentada en la Universidad de Münster en

mayo del año pasado, en la que el autor analiza las condiciones bajo las cuales el administrador judicial de una propiedad inmobiliaria puede estar legitimado para actuar como parte en procesos ligados a la tarea que tiene encomendada y, en concreto, para demandar o ser demandado. Para ello, WROBEL examina el papel del administrador en los ámbitos civil, laboral, financiero, administrativo y constitucional a la luz de la legislación vigente en Alemania, y las consecuencias que dicho papel tiene en el proceso.

En lo que a la estructura de la obra se refiere, comienza con un capítulo introductorio dedicado a centrar el problema, seguido de un análisis general de los conceptos de parte y legitimación. Posteriormente, WROBEL se centra en delimitar las facultades del administrador judicial en el proceso a la luz de las normas que regulan la figura, dedicando la última parte de su monografía a algunos problemas particulares. La obra incluye un interesante listado de bibliografía sobre la materia.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

KREFFT, Max, *Vollstreckung und Abänderung ausländischer Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, 133 págs., Duncker & Humblot, Berlin, 1993 (84 DM; 671 ch. austr.; 86 fr. suizos).

La presente monografía supone la publicación de la tesis doctoral del mismo título elaborada, al igual que algunos otros números de la serie a la que pertenece, en la Universidad de Münster, bajo la dirección de H. Kollhosser. Presenta gran interés para el operador jurídico alemán y extranjero que se propone lograr el reconocimiento y ejecución en Alemania de una resolución extranjera recaída en un proceso de jurisdicción voluntaria, máxime si tenemos en cuenta la ausencia de un procedimiento regulado legalmente para reconocer este tipo de decisiones, lo cual dota de una gran utilidad práctica al importante esfuerzo realizado por su autor.

Destacamos en la obra de KREFFT tres partes fundamentales: la primera se dedica a la consecución de la ejecución de la sentencia extranjera recaída en un proceso de jurisdicción voluntaria, y en ella se analizan, entre otros aspectos, los únicos preceptos que parecen ocuparse del problema (§§ 722 de la ZPO y 33 de la Ley de la Jurisdicción voluntaria). En la segunda parte se consideran las posibilidades de modificar esa sentencia extranjera durante el procedimiento de reconocimiento en Alema-

nia y, en la tercera, el momento procesal en que dichas modificaciones deberían llevarse a cabo en relación con el reconocimiento y la ejecución en sí mismos.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

CABANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, 307 págs., Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1992.

La monografía comentada conjuga los puntos de vista material y procesal sobre una materia compleja: los casos en que se superpone la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Ambos tipos de tratamiento logran una visión global de esta superposición o concurrencia.

La primera parte del libro, a cargo del Profesor CAVANILLAS MÚGICA, se sitúa en una perspectiva civilista. Tras una descripción del área común de las dos responsabilidades, muestra las diferencias entre ambos regímenes, que, según el autor, no siempre son tales. Cada especialidad se individualiza y analiza independientemente a tenor de la regulación patria. Así, por ejemplo, podría diferir entre una responsabilidad y la otra la extensión del resarcimiento según la interpretación que se dé a los preceptos 1.107 y 1.003 del Cc. También la responsabilidad por el hecho de los dependientes puede variar, puesto que si se ejercita la acción contractual deberá existir una relación jurídica previa, mientras que ello no es menester en la responsabilidad aquiliana. Igualmente, la capacidad del supuesto sobre el que recaerá la responsabilidad será diferente: simple capacidad natural para el responsable extracontractual, y capacidad de obrar para el responsable contractual. Sin duda alguna la más relevante distinción la constituye la prescripción: un año para la responsabilidad extracontractual y quince años para la contractual. De la misma forma se analizan las especialidades en torno a la competencia, jurisdicción, procedimiento, etc.

Realizado el examen de estas diferencias, se explicitan las teorías mayoritarias acerca del problema de la concurrencia de responsabilidades acogidas en sistemas vecinos y otros no tan próximos, se estudia la teoría de la no acumulación o «non-cumul» francesa, belga, y argentina, la teoría de la opción o cúmulo de responsabilidades alemana, «Anspruchs-

konkurrenz», y la suiza. Finalmente se analiza el controvertido y peculiar régimen de «Common Law».

En el primer sistema citado, el «non-cumul», las normas, o bien se encuentran yuxtapuestas, con lo que no se superponen ante el mismo hecho; o, si se superponen, prevalece la responsabilidad contractual de acuerdo con el principio de especialidad. CAVANILLAS señala que aplicando esta teoría, la práctica refleja injusticias y, por lo tanto, descontento, con lo que se ha venido postulando la unidad de tratamiento de las dos diferentes responsabilidades, reflejándose esto último en Bélgica y Argentina. Paulatinamente, la teoría de la no acumulación francesa desembocó, por la falta de equidad y debido al principio «pro domnato», en la teoría del concurso de acciones o de la opción, que partía de la existencia de dos acciones materiales y procesales autónomas y según la cual la víctima podía escoger.

El segundo criterio mayoritario de derecho comparado denominado teoría de la opción o «cúmulo» de responsabilidades, se aplica principalmente en los supuestos de transporte, de daños al comprador y en las intervenciones médicas. Sin embargo, esta tendencia también ha provocado en la actualidad descontento por la inseguridad que acarrea.

En el sistema de «common law» se sigue la controvertida doctrina de la opción con excepciones incomprensibles para el jurista continental, especialmente por lo que hace referencia a la acción extracontractual o «tort». La distinción entre «nonfeasance» (incumplimiento) y «misfeasance» (cumplimiento defectuoso) es vital, ya que al primero se le atribuye una acción contractual, mientras que al segundo le corresponde la extracontractual.

Tras esta visión de derecho comparado, el autor pasa a examinar el derecho español, poniendo de relieve su laguna sobre esta materia, con lo que la doctrina se divide entre la opción y la no acumulación. No obstante, existen reglas particulares en la legislación que optan por la concurrencia. La jurisprudencia, por su parte, tampoco mantiene una línea unitaria, aunque suele primar el derecho de opción o la calificación de los hechos en la forma que conduzca a una condena.

Esta primera parte finaliza con la aportación de soluciones. Previa crítica de las dos teorías mayoritarias de derecho comparado, el autor propone dos reglas a seguir para la resolución de los conflictos entre ambos supuestos de responsabilidad, siempre desde una perspectiva de derecho civil. CAVANILLAS se confiesa partidario de la no generalización de las hipótesis, pues ello entrañaría el riesgo de borrar diferencias cuando éstas son necesarias, «conviene una línea quebrada, y no una inflexi-

ble línea recta». Los dos criterios a seguir que sugiere son el lógico y el teleológico. El primero cuando ambas culpas se superpongan, aplicándose casuísticamente el principio de especialidad. El segundo, cuando concurren, con el criterio siempre subsidiario de los principios generales de tendencia («pro damnato»).

La segunda parte de este estudio lo realiza la Profesora TAPIA FERNÁNDEZ, abordando la solución procesal de los supuestos de concurrencia de las responsabilidades contractual y aquiliana. Antes de centrar su problemática concreta analiza el instituto jurídico procesal de la acumulación de acciones, poniendo de manifiesto alguna de las deficiencias de su regulación en la Ley de enjuiciamiento civil. Así, por ejemplo, se denuncian algunos de los errores de partida del texto legal al diferenciar en la acumulación simple la acción «principal» y la «acumulada»; la inutilidad del inciso 2.º del art. 154 de la LEC, que debería quedar englobado por el siguiente párrafo del mismo precepto; y finalmente, se pone de manifiesto que la derogación del 154.2 acarrearía la del art. 155.

En este primer capítulo la Profesora TAPIA estudia también los diferentes tipos de acumulación de acciones, no sólo la simple, regulada expresamente por la Ley de enjuiciamiento civil, sino también la acumulación eventual o subsidiaria que considera consecuencia del principio de preclusión, la acumulación sucesiva y la acumulación alternativa. Resalta las diferencias entre las cuatro modalidades y la necesidad de interponer los preceptos reguladores de la acumulación de acciones dependiendo del tipo que se tome. Así, a título de ejemplo, la autora pone de manifiesto la no aplicación del art. 154.1, esto es, la incompatibilidad natural o sustantiva de las acciones en la acumulación subsidiaria o eventual.

Por último, las diversas clases de concursos finalizan el primer capítulo, ya que interesan al tratamiento procesal de la concurrencia de responsabilidades. En consecuencia, se analiza el concurso de acciones que la autora denomina simple o propio, el concurso de acciones alternativo o impropio y el concurso de leyes o normas. Siempre, naturalmente, sin perder de vista que el supuesto sustantivo de la concurrencia necesitará la correcta subsunción en alguno de los expedientes procesales para su resolución en el foro.

Estaremos ante un concurso de acciones simple o propio cuando, en virtud de unos mismos hechos, se derive un mismo efecto a tenor de diferentes normas jurídicas, lo que, para la Profesora TAPIA, supone identidad de sujetos y de petición, y diversidad de causa de pedir. El hecho de que se derive un mismo efecto manifiesta identidad de fin, con lo cual, si se estima una de las acciones, la otra no podrá ser ejercitada por

falta de interés, puesto que la tutela se encuentra ya jurídicamente satisfecha.

En cambio, existe concurso alternativo de acciones o impropio, cuando un mismo acreedor tiene contra un mismo deudor varias acciones incondicionadas y que recíprocamente se excluyen. En este supuesto los sujetos y la causa de pedir coinciden, siendo distintas las peticiones. Con lo que se deberá elegir entre dos resultados que se excluyen, y como también existe unidad de fin, una sola satisfacción bastará.

Relacionando los concursos con el expediente procesal bajo el que se subsumirán ante los Tribunales, concluye TAPIA FERNÁNDEZ que ni el concurso propio ni el impropio son susceptibles de ser encauzados mediante una acumulación del tipo simple por impedirlo el artículo 154.1 de la Ley de enjuiciamiento civil. En cambio, las acciones contractual y extracontractual en concurso propio e impropio podrán esgrimirse a través de una acumulación subsidiaria e incluso alternativa.

En el concurso de leyes o normas, el mismo supuesto de hecho es reconducible a dos o más normas, no existiendo pluralidad de objetos del proceso, ya que la causa de pedir es única.

Puesto que es primordial discernir acerca de la identidad o diversidad de las acciones «ex contractu» y «ex illicito civile», el considerar que se trata de una sola acción o de dos acciones diferentes dependerá del concepto de causa de pedir que se sostenga. El problema complejo de la delimitación de la «causa petendi» se ve directamente abordado en el segundo capítulo. Así, se pone de manifiesto que mientras un sector doctrinal —Cortés Domínguez, Fernández López, Gómez Orbaneja, Gutiérrez de Cabiedes, Prieto-Castro— individualiza la causa de pedir de acuerdo a los dos elementos que la componen, el jurídico y el fáctico; otro sector —Berzosa, Chioyenda, Guasp, Kisch, Ortells Ramos, Rosenberg— considera que sólo los hechos constituyen la «causa petendi».

Tras un somero análisis de la doctrina jurisprudencial, la Profesora TAPIA expone su concepción, estimando que la causa de pedir está integrada por dos elementos: el fáctico y el jurídico. Este último, a su vez, se compone de las consecuencias jurídicas que la Ley otorga a un determinado supuesto de hecho, y de la concreta norma aplicable. Pues bien, para la autora únicamente la específica norma aplicable conforma la libertad del Juez, cayendo dentro de los brocardos latinos «Iura novit curia» y «Da mihi factum dabo tibi ius». Por ello serán inmutables el elemento fáctico y las consecuencias jurídicas que la Ley enlaza a un concreto supuesto de hecho, so pena de incurrir en la prohibición de «mutatio libelli», con lo que se mantendrá en el proceso la acción que

se ejercitó en virtud de la opción del actor, ya sea la de responsabilidad contractual o la de responsabilidad extracontractual.

Acudiendo al derecho comparado, se señala como en el sistema francés, el alcance de dichos aforismos se ve limitado por los principios de contradicción y defensa, intentándose siempre un equilibrio entre el poder del Juez y las prerrogativas de las partes.

Finalmente, integra el tercer y último capítulo el tratamiento procesal de las zonas grises o superpuestas entre las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, desde un punto de vista «de lege lata» se estudia dicho tratamiento: prohibición de «mutatio libelli», litispendencia, congruencia, y cosa juzgada.

La monografía comentada consigue una notable visión de conjunto de las instituciones que aborda, no sólo aporta soluciones propuestas en derecho comparado, sino que además realiza un exhaustivo estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Consideramos, por tanto, que es un trabajo de sumo interés que cumple sus objetivos de un modo claro, sistemático y hartamente satisfactorio.

C. FONS RODRÍGUEZ

GUTIÉRREZ SANZ, María Rosa, *La reconvencción en el proceso civil español*, 187 págs., Editorial José María Bosch S.A. Barcelona, Zaragoza, 1993.

La monografía que a continuación se reseña versa, como su título indica, sobre la reconvencción, circunscrita al proceso civil patrio. GUTIÉRREZ SANZ, autora del trabajo, opta por dividirlo en dos bloques, el primero hace referencia a la reconvencción como acto de alegaciones y de deducción de pretensiones, en tanto que el segundo aborda su régimen jurídico.

Cada una de estas dos secciones engloba diferentes cuestiones cuyo interés, tal y como se va señalando, trasciende del meramente teórico. La Dra. GUTIÉRREZ inicia la primera parte cuestionándose el fundamento de la reconvencción, así, se razona de forma suficiente que por tratarse de un tipo de acumulación de acciones compartiría con ésta su fundamento, esto es, la economía procesal y la alusión de sentencias contradictorias. Del mismo modo, se alude al papel que la continencia de la causa pueda desarrollar en la finalidad de la demanda reconvenccional; y se hace referencia a la defensa del demandado y a la igualdad entre las posiciones.

Concluyéndose, respecto a la razón de ser de la reconvencción, que ésta no es única, sino plural, debiendo diferenciarse además entre la reconvencción conexa e inconexa en relación a la demanda inicial. Así, en la hipótesis de conexión inciden esencialmente cuestiones de economía procesal y de defensa del demandado. En cambio, cuando la identidad con la demanda reconvenccional es meramente subjetiva, es decir, reconvencción inconexa, su admisibilidad —en opinión de la autora— se justifica en el mantenimiento del equilibrio de fuerzas.

Tras el análisis del fundamento de la reconvencción se pasa a examinar la esencia o naturaleza jurídica de esta figura procesal, afirmándose que se trata de una demanda distinta de la inicial, independiente, nueva y autónoma; sin que ello obste a su posible uso como medio de defensa, que sería una utilidad más, una función tangencial que no constituye un rasgo definidor de su naturaleza. Tampoco se opondría a la esencia de la reconvencción como demanda nueva e independiente de la originaria que pueda adoptar, a tenor de la interpretación jurisprudencial y por la laguna legal al respecto, una forma implícita o tácita.

La Dra. GUTIÉRREZ antes de acometer la tarea de la conceptualización de la reconvencción opta por diferenciarla de figuras afines: excepciones en general, compensación, ampliación de la demanda, y acumulación de autos; para pasar a centrarse en las definiciones legal, doctrinal y jurisprudencial, a las que añade la propia. En tal sentido pone de relieve que la Ley de enjuiciamiento civil considera erróneamente la reconvencción como una etapa más del procedimiento, ya que el legislador confunde su naturaleza al asimilarla al trámite o momento procesal en que habrá de ejercitarse. Además se resaltan las dos concepciones que la doctrina patria mantiene en relación a la reconvencción, estimando unos que se trata de una verdadera demanda autónoma e independiente cuya finalidad es contraatacar, considerando otros que nos hallamos ante un instrumento de defensa que posee el demandado. La autora hace notar que esta última concepción puede darse en ocasiones, si bien generalizándola se corre el peligro de desnaturalizar la institución. Amén de que la reconvencción inconexa no se identifica con dicha función. También critica la excesiva amplitud conceptual que maneja la jurisprudencia, al admitir —o crear— la reconvencción implícita. Este apartado finaliza con una aportación de la autora en la que destacan dos notas definidoras: la reconvencción debe ocasionar para ser tal una ampliación del objeto litigioso inicial, y el efecto de cosa juzgada no ha de cubrir la pretensión reconvenccional, si ésta no se formulase.

Se pone punto final a la primera sección del trabajo analizando las

clases de reconvencción, en atención a un doble criterio: el de la relación entre la demanda original y la reconvenccional, y el de los sujetos. Respecto al primero se distingue entre la reconvencción conexas y la inconexas, analizándose también la eventual. Por razón de los sujetos se examina la reconvencción total, parcial, la realizada frente al demandante y la posibilidad más teórica que efectiva de reconvenir frente a terceros, hipótesis que la jurisprudencia parece admitir únicamente respecto a las tercerías.

La segunda parte de la monografía hace referencia al régimen jurídico de la figura procesal objeto de estudio, dividiéndolo en los cuatro capítulos que pasamos a comentar. Primeramente se analizan los sujetos y el objeto de la reconvencción. Se desarrollan pues, de forma detallada, aquellas cuestiones que hacen referencia a la competencia del órgano jurisdiccional y a las partes procesales.

El apartado siguiente versa sobre la admisibilidad y procedibilidad de la demanda reconvenccional. La autora comienza con los presupuestos de la reconvencción en general, relativos a las partes y al Juzgador, aludiendo a la eventual necesidad de reclamación previa en vía gubernativa, para pasar a analizar minuciosamente los presupuestos propios de la reconvencción. En este sentido, desarrolla la exigencia de homogeneidad entre los procedimientos, de tal modo que si no se cumple por parte del demandado reconviniente siempre podrá el demandante reconvenido oponer la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda. En consecuencia, cabe reconvenir cuando el juicio que pende es un declarativo ordinario encauzando la pretensión reconvenccional mediante el mismo procedimiento; y dentro de los procesos especiales si el legislador expresamente así lo permite, o las pretensiones inicial y reconvenccional son conexas.

Tras el análisis detallado de los presupuestos interesa a la autora resaltar los requisitos de tiempo, de lugar y de forma referentes todos ellos a la dinámica procedimental. Especialmente relevantes son los de forma por la carta de naturaleza que la doctrina jurisprudencial ha otorgado a la reconvencción mal llamada implícita o tácita. La Dra. GUTIÉRREZ estudia la posibilidad de esta reconvencción en los cuatro juicios declarativos ordinarios, realizando atinadas observaciones al respecto.

También se examinan en sede de dinámica procedimental los problemas que se suscitan en torno a la segunda instancia: adhesión a la apelación cuando la reconvencción se utiliza como un medio de defensa; desistimiento del recurrente inicial aun cuando existe adhesión a la apelación; y posibilidad de estimación o desestimación de la reconvencción

de forma tácita cuando ésta sea conexas, partiendo de una interpretación lógica de la sentencia.

El penúltimo capítulo de la segunda parte versa sobre los efectos que se desprenden de la demanda reconvenccional, debidos a su presentación, en relación a las partes y al órgano jurisdiccional, y derivados de su admisión, esto es, aquellos efectos procesales y materiales que la litispendencia despliega, para concluir con la incidencia de la reconvencción en la tramitación del pleito originado por la demanda inicial.

GUTIÉRREZ SANZ finaliza su monografía con la terminación del proceso que contiene una reconvencción, relacionando esta figura con el principio de congruencia de la sentencia, el cual, estima la autora, actúa de diferente forma en función de la conexidad o falta de conexión entre ambas acciones, respectivamente dará lugar a la innecesariedad de pronunciamiento expreso y a la resolución sobre todas y cada una de las pretensiones. Del mismo modo, si se ejercita la reconvencción subsidiariamente la sentencia adolecerá de incongruencia por exceso de poder si el órgano jurisdiccional desestima la demanda inicial y se pronuncia sobre la reconvencción eventual.

Se estudian las hipótesis de terminación anormal del proceso, examinando su incidencia en la demanda originaria, y concluyendo la temática de la reconvencción con el estudio de las costas. La autora propugna un deslinde, no siempre fácil en la práctica, entre las costas ocasionadas con motivo de la pretensión inicial y de la reconvenccional.

Tras esta reseña el lector ya habrá intuido la exhaustividad y rigor con que la Dra. GUTIÉRREZ ha tratado la figura de la reconvencción, fundamentando sus conclusiones en un análisis crítico de la jurisprudencia y manejando una abundante bibliografía. Por ello se trata de una obra notable que viene a colmar la falta de estudios doctrinales que ha existido en torno a esta institución hasta fechas muy recientes. Laguna que hoy en día se ve cubierta merced a los actuales estudios del Profesor Damián Moreno, del Magistrado Márquez Romero, y de la autora de la monografía presentada.

C. FONS RODRÍGUEZ

HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo II: *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1993, 674 págs.

El libro que presentamos constituye un completo estudio de la Con-

vención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en cuanto instrumento esencial para la configuración del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Fundamentales.

Influenciado notoriamente por el europeo, pero hasta el momento muy lejos de obtener la misma efectividad, la consolidación de este sistema para los países latinoamericanos es trascendental. En efecto, cuando después de un par de décadas caracterizadas por una larga sucesión de regímenes dictatoriales, que violaban masivamente los derechos humanos, parece llegada la hora de la implantación de regímenes democráticos, hay que aprovechar el momento para arraigar, entre todos los sectores, el sistema continental de protección de tales derechos. Especialmente deben divulgarse los mecanismos y medios establecidos para hacer valer esos derechos fundamentales, que hasta la fecha no son suficientemente conocidos, ni siquiera por los operadores jurídicos. He ahí la importancia y oportunidad de trabajos como el presente.

El autor, profesor titular y Director del Instituto de Derecho Procesal, además de co-Director del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de La Plata, Argentina, que es uno de los países en que mayor preocupación doctrinal existe sobre el tema, lo aborda en este volumen con gran autoridad, tratando desde la génesis de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hasta el procedimiento establecido para ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Formalmente la obra se divide en cinco Partes o Títulos, cuyos rúbricos son los siguientes: I, Propedéutico (Antecedentes, Preparación, Signatarios y Reservas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); II, Obligaciones y deberes de los Estados; III, Derechos protegidos y suspensión de las garantías; IV, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y, V, La Corte Interamericana de Derechos Humanos. A su vez, estos cinco Títulos, se subdividen en un total de 27 Capítulos, incluyéndose además, como Anexo, el texto de las Convenciones y Reglamentos que conforman la columna central del sistema.

A nuestro juicio, uno de los mayores méritos del libro son las abundantes referencias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conformada en este caso tanto por sentencias como por Opiniones Consultivas, incluyendo asimismo frecuentes alusiones a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En suma, se trata de una obra escrita en estilo claro y objetivo, con buen apoyo bibliográfico, que permite formarse un panorama completo del actual grado de desarrollo y estructura del Sistema Interamericano de

Protección de los Derechos Fundamentales, a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A. CAROCCA PÉREZ

VESCOVI, Enrique (Director); DE HEGEDUS SANZ, Margarita; KLETT FERNÁNDEZ, Selva Annabella; LANDEIRA LÓPEZ, Raquel; SIMON, Luis María; y, PEREIRA CAMPOS, Santiago, *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, Tomo I, Arts. 1 a 30 y Tomo II, Arts. 31 a 116, Editorial Abaco, Montevideo, T. I, 1992, 418 págs. y T. II, 1993, 472 págs.

La reciente entrada en vigencia en Uruguay de su Código General del Proceso, es seguida con interés y esperanza, especialmente en Latinoamérica, por constituir la primera aplicación al derecho positivo del Código Procesal Modelo para Iberoamérica, que al margen de sus vicisitudes, es fruto de un generoso y persistente esfuerzo colectivo de procesalistas de uno y otro continente que pocos sectores científicos pueden exhibir.

Bajo la dirección del profesor Enrique Vescovi, uno de los redactores del Código General del Proceso, el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, ha emprendido la ambiciosa tarea de elaborar una edición de este Código comentada y anotada, en 8 tomos, de los cuales han llegado a nuestras manos los dos primeros; el tomo I (arts. 1 a 30), que trata de Los Principios Generales, Aplicación de las Normas Procesales, El Tribunal y El Ministerio Público; y, el tomo II (arts. 31 a 116), que alude a Las Partes y comienza con las disposiciones generales sobre el extenso tema de La Actividad Procesal, que será completado en los dos tomos siguientes.

El Instituto ha elegido para participar en esta ingente labor, además del Dr. Vescovi, a profesores de Derecho Procesal que al mismo tiempo ejercen activamente diversas profesiones jurídicas (abogados, fiscales y jueces), con el fin de no descuidar en el tratamiento de los distintos temas a ninguno de los potenciales operadores del texto.

Conscientes de las expectativas que despierta la realización de esta obra, lo cierto es que la lectura de estos dos primeros volúmenes permite concluir que está respondiendo con creces a lo que cabía esperar del libro. Se trata de un trabajo completo, en el que el tratamiento de los temas va precedido de buenas formulaciones panorámicas de la doctrina, que nos van demostrando como el nuevo Código responde efectivamente

a la idea de configurar un nuevo sistema procesal y en el que los artículos van aflorando con naturalidad como resultado de las decisiones, que por cierto podrán ser objeto de crítica, que en su momento tomaron los redactores ante el abanico de soluciones técnicas que era capaz de ofrecer la doctrina procesal.

También destaca una adecuada presentación de la bibliografía (en la que quizás se eche en falta la más reciente entre la española) y continuas referencias a la jurisprudencia proveniente de las disposiciones del anterior Código de Procedimiento, que permiten enlazar con la tradición jurídica nacional uruguaya, que puede ser presupuesto importante para la aplicación eficiente de las normas del nuevo Código.

En suma, se trata de un trabajo de la mayor importancia para la comprensión de las normas de la nueva ley procesal, necesaria tanto para quienes seguimos desde el exterior esta experiencia como seguramente para los propios operadores jurídicos internos, siendo de esperar que los próximos volúmenes mantengan el mismo nivel.

A. CAROCCA PÉREZ

COBO PLANA, Juan José, *El litisconsorcio pasivo necesario en la doctrina del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1993, 420 págs.

Según nos cuenta el propio autor, la idea que dio origen a la obra fue solucionar un problema práctico que se le presentaba en su calidad de Juez de Primera Instancia e Instrucción; buscar apoyo jurisprudencial para resolver la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en la comparecencia previa que para el procedimiento de menor cuantía contempla el art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, evitando que la decisión quedara relegada a la sentencia definitiva, con la posibilidad de que si se estimaba la excepción, tuviera que ser absolutoria de la instancia.

Realizada con esta vocación concreta, el resultado de la búsqueda ha excedido ciertamente el propósito inicial y, en definitiva, en el texto se nos ofrece comprendida por materias la jurisprudencia de los últimos años, que sorprende por lo numerosa, sobre los más variados aspectos de esta forma de litisconsorcio, no sólo del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales, sino que incluso se recogen algunas sentencias sobre la materia dictadas por el propio Tribunal Constitucional.

La oportunidad y utilidad que presta el libro es tanto mayor, si se tiene en cuenta que el litisconsorcio pasivo necesario es en España una

figura de creación jurisprudencial y, por tanto, esta recopilación permite seguir las últimas líneas en la solución de los problemas, tradicionales y nuevos, que plantea el instituto. Por cierto, esta exposición permite constatar que afortunadamente estas nuevas líneas jurisprudenciales están impregnadas de los principios constitucionales y que lentamente en esta materia, como en otras, se evoluciona hacia soluciones menos formalistas y más eficaces.

A. CAROCCA PÉREZ

TOVAR MORAIS, Antonio, *El Recurso de Casación Civil y el Contencioso-Administrativo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1993, 2.ª Edición, 528 págs.

Esta obra nos ofrece una exposición compendiada, artículo por artículo, de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre los preceptos que regulan la casación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, particularmente los que fueron introducidos por la novela 34/1984, de 6 de agosto e incluyendo las modificaciones realizadas por la ley 10/1992 de 30 de abril.

Asimismo, en un aporte que puede ser interesante, aprovecha para avanzar algunos criterios jurisprudenciales ya sentados en sede civil, que podrían llegar a ser aplicables al nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, creado por la misma ley 10/1992.

La utilidad del libro es manifiesta, pues seguramente habrá de transcurrir mucho tiempo para que el recurso de casación, por innegable seducción positivista, deje de ser considerado, prácticamente por todos los actores jurídicos, como campo abonado para el formalismo. En ese contexto, por tanto, es indispensable para operar con éxito con él, mantenerse al día en los criterios interpretativos que la jurisprudencia va forjando de su regulación legal, como nos recuerda su autor que precisamente se desempeña como abogado.

El texto se estructura en dos partes bien diferenciadas; casación civil y casación contenciosa-administrativa. Se completa, además de la jurisprudencia, con formularios, breves comentarios doctrinales y antecedentes legislativos de los preceptos pertinentes.

A. CAROCCA PÉREZ

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Derecho Internacional Privado Español. Textos y materiales. Vol. I, Derecho Judicial Internacional*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2.^a edición, Madrid, 1992, 920 págs.

Se trata de la segunda edición de una conocida recopilación de textos, materiales, referencias bibliográficas y jurisprudencia sobre Derecho Procesal Internacional, elaborada por dos de los más importantes catedráticos españoles de Derecho Internacional Privado.

La obra aparece dividida en dos Títulos. El primero se refiere a la incidencia de la Constitución en los temas de Derecho Judicial Internacional, incluyendo especialmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta ahora recaída en estas materias. El segundo Título se denomina «Derecho Judicial Internacional» y aparece dividido en cuatro secciones que se denominan respectivamente: «Competencia judicial internacional»; «Proceso con elemento extranjero y asistencia judicial internacional»; «Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras»; y, «Arbitraje Comercial Internacional».

En cada una de estas secciones, aparecen reproducidos los principales preceptos legales aplicables en la materia, las disposiciones pertinentes de los Convenios multilaterales y bilaterales vigentes, la más importante jurisprudencia y completos listados bibliográficos. Finalmente se incluyen variados índices, completando una cuidadosa edición de una obra que incide en materias de tráfico jurídico internacional que cada día alcanzan mayor importancia.

A. CAROCCA PÉREZ

PIQUE VIDAL, Juan; RIFA SOLER, José María; SAURA LLUVIA, Luis; y, VALLS GOMBAU, José F., *El proceso penal Práctico. Comentarios/Jurisprudencia. Formularios.*, Editorial La Ley, Madrid, 1993, 2.^a Edición, 988-XX págs.

El libro está formado por un extenso número de formularios y escritos de los más diversos trámites que pueden tener lugar en los diferentes procedimientos penales, tanto ordinarios como con especialidades, precedidos en cada caso de una breve explicación teórica.

Los modelos no se limitan a las presentaciones de las partes, sino

que también se incluyen los que corresponden a las respectivas resoluciones judiciales que pueden recaer sobre ellas.

Como complemento se contiene, ya en extracto, ya citada a pie de página, jurisprudencia actualizada recaída en cada uno de los trámites procedimentales de los cuales se entregan formularios. Asimismo, se añaden referencias bibliográficas al día en casi todas las materias, tanto de carácter general como específico.

Interesante resulta el hecho de que en una primera parte de la obra, se aborden los principios del proceso penal desde el punto de vista de su aplicación práctica.

A. CAROCCA PÉREZ

ALVAREZ SACRISTÁN, Isidoro, *El juicio oral en el proceso laboral*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1993, 424 págs.

El art. 120.2 de la Constitución al ordenar que los juicios serán predominantemente orales, contiene un mandato que permanece pendiente en casi todos los sectores del ordenamiento procesal español. La señalada excepción es el procedimiento laboral, en que predominan las formas no escritas, a pesar de haber surgido como una derivación del procedimiento civil.

Demostrar la efectiva vigencia de la oralidad en el procedimiento laboral y la eficacia de sus resultados, es el objetivo que se trazó el autor de esta obra, magistrado y profesor asociado de Derecho Procesal. En ella nos explica que, al menos en lo que resulta de su regulación dogmática, tampoco la oralidad ha estado ni está exenta de problemas en materia laboral, a pesar de lo cual finalmente ha terminado por imponerse en este orden jurisdiccional.

El estudio tiene como punto de partida, el análisis de la Base 19.^a de la Ley de Bases del Procedimiento Laboral (Ley 7/1989, de 12 de abril), que establece la normativa primigenia por la que ha de regirse el llamado «juicio oral» como parte del procedimiento laboral ordinario y que desarrolla el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (aprobado por R.D. legislativo 521/1990 de 27 de abril), acogiendo a la oralidad como un principio general del proceso laboral (art. 74 TALPL).

El «juicio oral» constituye la fase esencial del procedimiento laboral —por lo cual siendo sólo una parte del proceso su denominación nos parece claramente equívoca— siendo aquella en la que se positiviza la oralidad como forma de tramitar el proceso, no obstante lo cual, constituida

al mismo tiempo en principio procesal, como adelantábamos, trasciende a todos los actos del proceso. Lo más interesante, sin embargo, es que se puede deducir que para implantar y mantener la vigencia de este principio, ha sido indispensable el surgimiento de una especie de «mística de la oralidad», entre todos los operadores del proceso laboral, especialmente de los jueces, convencidos a rajatablas de sus ventajas, procurando evitar caer en cada oportunidad en la tentación de la escrituración, que como la serpiente bíblica se mantiene continuamente al acecho.

Formando parte el autor, por formación y experiencia, de los profesionales jurídicos del campo procesal laboral imbuidos de las ventajas de la oralidad, con entusiasmo y con vocación práctica, pero al mismo tiempo con rigor, se explaya a lo largo de la obra sobre la forma que se lleva a efecto este juicio oral, explicándonos el modo en que se han solucionado los problemas que se han ido planteando, principalmente en la práctica de los diversos medios de prueba, a los que por su importancia, dedica especial atención.

En un capítulo final, analiza brevemente las posibilidades de la adopción del juicio oral en materia laboral, como modelo para la tan reclamada transformación del resto de los procedimientos españoles.

A. CAROCCA PÉREZ

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Las declaraciones de patrocinio. Estudio sobre las denominadas «cartas de confort»*, Editorial La Ley, Madrid, 1994, 276 págs.

Surgidas de la práctica comercial, las «cartas de intención» o, como prefiere denominarlas el autor, «declaraciones de patrocinio», (*comfort letters, lettres de patronage, Patronatserklärungen*) alcanzan cada vez mayor importancia como forma de garantía de créditos de financiación de sociedades. Materializándose normalmente en una breve comunicación escrita por el que una sociedad manifiesta a otra que toma conocimiento de la existencia de una operación crediticia o semejante que ésta última ha otorgado en beneficio de otra entidad relacionada con aquélla, la primera y esencial interrogante que surge es si no se tratará de una pura garantía «moral» y no de una efectiva garantía «jurídica» conforme se las tiene definidas hasta ahora.

SUÁREZ GONZÁLEZ, abogado y profesor de la Universidad del País Vasco, en una interesante obra monográfica, nos plantea esa y otras inte-

rrogantes, reflexiona sobre ellas y nos adelanta otras tantas soluciones, siempre desde una correcta perspectiva jurídica.

Así, nos explica que en su concepto estas declaraciones, a pesar de que admiten una variada tipología sobre la cual se extiende con provecho, desempeña esencialmente una función de sustitución de garantías típicas, si bien que incluso pueden ir acompañadas de una sanción no jurídica. Otra consideración importante, es que estas declaraciones han surgido como directa consecuencia del fenómeno reciente de proliferación de los «grupos de sociedades», crecientemente internacionales, por lo que es de prever que su utilización en el futuro vaya en aumento.

Careciendo de regulación legislativa y no estando claro en muchos casos, el aspecto esencial de estas declaraciones, cual es el grado de compromiso que adquiere la sociedad emisora, de momento para profundizar en el tema, se hace indispensable determinar la naturaleza y efectos, con los instrumentos que puede proporcionar el «derecho común», de los distintos tipos de declaraciones de garantía, materia que el autor aborda con especial minuciosidad y que constituye la parte central de la obra.

Finalmente, concluye con un breve estudio sobre las normas de competencia procesal internacional (aunque usando terminología ya sobrepasada) y de derecho nacional aplicable, para los frecuentes casos en que dada la vocación internacionalista de los grupos económicos, la obtención de una decisión judicial sobre un conflicto surgido en relación a estas cartas de garantía, origine a un litigio con elementos extranjeros.

En suma, se trata de un trabajo serio, completo, escrito en estilo claro y objetivo, sobre una interesante institución jurídica.

ALEX CAROCCA PÉREZ

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Leyes civiles sustantivas*, Aranzadi, Pamplona, 1994, 2.688 págs.

Se trata de una completa recopilación de textos normativos relativos a las siguientes materias: persona física (Registro civil); persona jurídica (asociaciones y fundaciones); bienes de la personalidad (honor, intimidad, propia imagen y cuerpo humano); propiedad intelectual; bienes inmuebles; consumo; responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor; y arbitraje. Se han recogido tanto los textos internos

(estatales y autonómicos) como los comunitarios y los convenios internacionales pertinentes.

La recopilación se acompaña de abundantes anotaciones, concordancias con otros textos, jurisprudencia (del TC, TS, AP y DGRN) y de dos índices finales (uno analítico y otro cronológico).

B. MORA CAPITÁN

MORÓN PALOMINO, Manuel, *Derecho procesal civil. (Cuestiones fundamentales)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, 383 págs.

El Profesor Morón Palomino, Catedrático de la Universidad de La Laguna, nos ofrece lo que él considera «cuestiones fundamentales» del derecho procesal civil. En este libro, fruto de la síntesis de la experiencia del autor como profesor universitario y como abogado en ejercicio, no hallaremos un análisis procedimental de las instituciones tratadas, sino más bien una clara exposición de sus conceptos y finalidades, con constantes referencias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

La obra se halla dividida en tres partes bien diferenciadas. En la primera, bajo el título de «Introducción», se trata el concepto de derecho procesal civil, sus fuentes, principios rectores y aplicación de la norma procesal civil. En la segunda parte, denominada «Los grandes temas de la dogmática procesal», el autor expone las diversas concepciones habidas acerca de la acción y del proceso, sosteniendo la tesis de acción como derecho al proceso y de proceso como relación jurídica. En la última parte dedicada a la «dinámica del proceso civil», se estudian sucesivamente la fase preparatoria, la fase de alegaciones, la prueba, la sentencia y sus efectos y, finalmente, los recursos. Cabe resaltar como una de las aportaciones más singulares de la presente obra, el considerar el recurso de casación como un recurso ordinario.

B. MORA CAPITÁN

ARAUJO CINTRA, A.C.; PELLEGRINI GRINOVER, A.; DINAMARCO, C.R., *Teoría geral do processo*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1990, 7.ª ed., 320 págs.

En la presente obra los autores, todos ellos profesores de la Universidad de Sao Paulo, realizan una exposición de los conceptos básicos del

derecho procesal desde una perspectiva dualista de las relaciones entre derecho y proceso, dando buena cuenta de la doctrina no sólo sudamericana sino también de los clásicos europeos.

Esta nueva edición supone algo más que una actualización respecto de las novedades doctrinales y de derecho positivo. En primer lugar, el nuevo enfoque responde a la necesidad de recoger los postulados de la nueva Constitución brasileña de 1988, que presta una especial y novedosa atención a los principios y garantías procesales, así como a la organización judicial. En segundo lugar, la obra responde también a las nuevas orientaciones del método de estudio del derecho procesal, esto es, dado que el análisis técnico y dogmático ha llegado a altos niveles de desarrollo, procede ahora detener la atención en los resultados prácticos del proceso, en su eficacia.

B. MORA CAPITÁN

VECINA CIFUENTES, Javier, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Ed. Colex, Madrid, 1993, 311 págs.

La presente obra recoge la tesis doctoral de su autor, actualmente Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad Castilla - La Mancha. Su principal interés radica en ser la primera monografía aparecida en España sobre las medidas cautelares en los procesos constitucionales. Tras el análisis del concepto, las características y los presupuestos de las medidas cautelares en general, el autor entra en el estudio de las concretas medidas que es posible adoptar tanto en los recursos de amparo, como en los recursos de inconstitucionalidad y en los conflictos de competencias. Cabe destacar el exhaustivo examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como las referencias de derecho comparado.

B. MORA CAPITÁN

FAZZALARI, Elio, *Istituzioni di diritto processuale*, Ed. Cedam, Padua, 1992, 6.ª ed., XXIX + 744 págs.

En esta nueva edición el prestigioso profesor E. Fazzalari mantiene inalterada la estructura de la obra y recoge las últimas e importantes reformas operadas en el ámbito procesal civil y penal, así como las aporta-

ciones doctrinales y jurisprudenciales habidas desde la 5.ª edición en 1989.

Se trata de una obra fundamental para iniciarse en el estudio del derecho procesal, siendo un manual utilizado en la mayor parte de las Universidades italianas. Su principal valor es el ofrecer una visión interdisciplinaria del proceso.

B. MORA CAPITÁN

BERLINGIERI, Francesco, *Arresto of ships (A commentary on the 1952 Arrest Convention)*, Lloyd's of London Press Ltd., Londres (etc.), 1.ª ed., XXXVII + 249 págs.

En la presente monografía el Prof. F. Berlingieri, Catedrático de Derecho marítimo en la Universidad de Génova y Presidente honorífico del Comité Marítimo Internacional, nos ofrece un completo estudio sobre el Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952, para la unificación de determinadas reglas relativas al embargo preventivo de buques, del que España es parte.

Tras el primer capítulo, dedicado a la historia del Convenio y a los actuales proyectos de modificación del mismo, el autor procede al estudio de su articulado incluyendo un análisis comparativo de las legislaciones internas que deben ser aplicadas juntamente con el texto internacional, así como la jurisprudencia más relevante de los diferentes estados parte.

Por último, señalar que mediante la Declaración Común de 9 de octubre de 1978, hecha en Luxemburgo, los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea hicieron votos para que aquellos Estados miembros que siendo costeros no fueran todavía parte en el citado Convenio de Bruselas, lo ratificaran o se adhirieran a él a la mayor brevedad.

B. MORA CAPITÁN

TARZIA, Giuseppe (Coord.), *Il nuovo processo cautelare*, Ed. Cedam, Padua, 1993, XXXIII + 474 págs.

Mediante la Ley núm. 353, de 26 de noviembre de 1990, se ha introducido una amplia reforma en el ámbito procesal civil italiano que, entre otras materias, ha modificado profundamente el procedimiento de

las medidas cautelares. Esta circunstancia ha obligado a adaptar numerosas obras a la nueva normativa.

El presente libro constituye la actualización de una obra colectiva aparecida en 1990, también coordinada por el prestigioso profesor de la Universidad de Milán: TARZIA, G. (Coord.), *I procedimenti cautelari*, Ed. Cedam, Padua, 1990, 267 págs. Este libro, como su título indica, trataba de los procedimientos cautelares, puesto que el *Codice di Procedura Civile* establecía un procedimiento para cada una de las medidas. En consecuencia, estaba estructurado de modo que se estudiaba cada medida de forma individualizada junto con el procedimiento específico que le era aplicable.

Con la reforma se ha introducido un procedimiento común para todas las medidas cautelares, si bien las características propias de cada una de ellas, esto es, su finalidad y presupuestos, han permanecido inalteradas. En consecuencia, ha sido necesario reestructurar la obra de modo que en una primera parte cada medida cautelar recibe un tratamiento individualizado y, en la segunda parte, se estudia el procedimiento común a todas ellas.

Sin duda alguna es una obra exhaustiva en cuanto al tratamiento doctrinal. No obstante, teniendo en cuenta que la Ley 353/1990, en lo atinente a las medidas cautelares, entró en vigor el 1 de enero de 1993, todavía no es posible valorar los resultados de su aplicación práctica a la luz de la jurisprudencia.

B. MORA CAPITÁN

OUGH, Richard N.; FLENLEY, William, *The Mareva Injunction and the Anton Piller Order. Practice and precedents*, Ed. Butterworths, Londres, 1993, 2.ª ed., 256 págs.

El objeto de la presente monografía es el estudio, eminentemente práctico, de dos resoluciones interlocutorias de creación jurisprudencial que, si bien son accesorias de la acción principal, tienen efectos decisivos en el proceso.

The Mareva Injunction, también conocido como embargo Mareva, fue utilizado por primera vez en el caso *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis* en 1975, si bien su denominación procede de un caso posterior: *Mareva Compañía Naviera, S.A. v. International Bulkcarriers S.A.* en 1980. Esta medida presenta múltiples semejanzas con el embargo preventivo establecido en los arts. 1.397 y ss. LEC, en cuanto a su finalidad y

presupuestos. Consiste en la inmovilización temporal de los bienes del demandado para garantizar el cumplimiento de una sentencia futura. Su concesión se subordina a la concurrencia de los presupuestos clásicos de las medidas cautelares: a) *Fumus boni iuris*: el demandante debe demostrar que tiene un «good arguable case», es decir, un caso digno de ser discutido; b) *Periculum in mora*: consistente en el riesgo de que el demandado disipe sus bienes o los sustraiga de la jurisdicción inglesa (Inglaterra y Gales); c) Fianza: debe ser prestada por el demandante para responder de los eventuales daños causados al demandado o a terceros. En el primer capítulo de la obra se exponen las nociones básicas de esta medida y en el segundo se profundiza en su fundamento, su objeto y en las garantías del demandado.

The Anton Piller Order recibe su nombre del caso *Anton Piller KG v. Manufakturin Process Ltd.* en 1976. Se trata de una resolución judicial que permite al demandante, concurriendo determinadas circunstancias, entrar en los locales del demandado para descubrir y, en su caso, secuestrar los artículos y documentos hallados que puedan ser utilizados como prueba o que constituyan el objeto de la acción. Con esta medida se pretende evitar que el demandado destruya u oculte pruebas fundamentales para el proceso en cuestión. La búsqueda se realiza por el *solicitor* del demandante, solo o supervisado por un *solicitor* independiente. Uno de los datos más interesantes es la posibilidad de encarcelar al demandado si se niega a permitir la entrada del demandante. Tras una breve introducción al estudio de esta figura realizada en el primer capítulo, el análisis de su naturaleza, las críticas que ha recibido y la posibilidad de practicarse fuera del territorio de Inglaterra y Gales, se lleva a cabo en el capítulo tercero.

En el capítulo cuarto se exponen otras órdenes subsidiarias que se pueden conceder junto con el embargo Mareva y con la *Anton Piller Order*. Así, por ejemplo, junto con el embargo Mareva el juez puede ordenar al demandado revelar el valor y el paradero de sus bienes; y, acompañando a una *Anton Piller Order*, se puede imponer al demandado la obligación de ofrecer los nombres y direcciones de los proveedores de los productos falsificados. Además, en este capítulo se trata la cuestión de los límites entre estas medidas y el privilegio de la no autoincriminación penal, que podría verse vulnerado al revelar determinados datos.

La exposición del procedimiento para la obtención de las resoluciones y de las circunstancias que el demandante deberá probar a tal fin se efectúa en el capítulo quinto y, posteriormente, se trata el tema de las obligaciones que la Corte impone al demandante, si la orden se concede,

para salvaguardar los intereses del demandado (capítulo sexto). Los capítulos séptimo y octavo tienen por objeto la ejecución del embargo Mareva y de la *Anton Piller Order*; el procedimiento para su modificación o revocación; las indemnizaciones derivadas de la revocación; la posición del demandado que incumple una de estas resoluciones; y los recursos procedentes. Finalmente, tras un resumen de los puntos básicos de cada institución (capítulos noveno y décimo), se incluyen sendos precedentes y la normativa aplicable, tanto legal como jurisprudencial.

Las innovaciones contenidas en esta segunda edición (la primera data de 1987) residen fundamentalmente en la aportación de los últimos desarrollos jurisprudenciales. Así, por ejemplo, el aumento de la protección del demandado en ambas instituciones, que se traduce en un mayor control de los requisitos exigidos al demandante y en el aseguramiento de los daños que tales medidas pudieran ocasionar tanto al demandado como a terceros. Respecto del embargo Mareva, cabe destacar los intentos de inmovilizar bienes del deudor sitios en el extranjero y la aplicación de la teoría del levantamiento del velo al objeto de individualizar y embargar los bienes del demandado.

BELÉN MORA CAPITÁN

PASCUAU LIAÑO, Miguel, *Arrendamientos Rústicos Históricos (Comentario de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, sobre Arrendamientos Rústicos Históricos)*, Aranzadi, Pamplona 1994, 196 págs.

El autor realiza en la presente obra, que nace como consecuencia de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, sobre Arrendamientos Rústicos Históricos, un análisis en profundidad sobre los problemas que plantea este tipo de arrendamiento que está destinado a desaparecer.

En el libro, dividido en nueve capítulos, se analizan sucesivamente las siguientes cuestiones: la competencia legislativa, haciendo alusión a las leyes valenciana y gallega sobre la materia; el ámbito de aplicación del arrendamiento rústico histórico, con un estudio detallado del artículo primero de la Ley; las prórrogas, haciendo hincapié en el hecho de que la Ley que comenta nace con espíritu de extinguir este arrendamiento; el derecho de acceso a la propiedad: quiénes son los beneficiarios, cuál es el objeto y la problemática relativa al precio de adquisición y los efectos derivados del ejercicio de ese derecho; la compensación por abandono de la finca; y cuestiones de derecho transitorio. La obra finaliza con una re-

flexión acerca de la compatibilidad de la Ley de Arrendamientos Históricos con la disciplina constitucional de la propiedad.

Se trata, en definitiva, de una obra interesante donde se plantea y resuelve un cúmulo importante de cuestiones desde un punto de vista práctico.

C. BRIONES JURADO

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, *Los delitos de daños*, Aranzadi, Pamplona, 1994, 423 págs.

El actual Director del Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria ofrece con este libro la mayor parte del resultado de su tesis doctoral. El propio autor reconoce en el prólogo haberla descargado, no obstante, de ciertos aspectos doctrinales para hacer el libro «un poquito más ligero».

Con seguridad y estilo ameno va desenmarañando el complejo, aunque no siempre aparente, análisis de los delitos de daños. Los resaltados en negrita contribuyen a una mejor lectura.

Tras reflexionar sobre el significado multívoco de la palabra daños, la distinción entre daño civil y penal, el bien o bienes jurídicamente protegidos y los efectos del carácter residual que se les reconoce, inicia un estudio sistemático de los delitos contemplados en el Capítulo IX del Título XIII del Libro II del Código Penal, artículos 557 a 563 bis a). En concreto dedica sendos capítulos al delito doloso de daños simples, delitos de daños dolosos graves, daños en papeles y documentos, daños en cosa propia de utilidad social y delito de daños imprudentes. En su última parte comenta el Proyecto de Código Penal de 1992 en lo relativo a estos delitos.

Para terminar decir que, junto a discrepancias doctrinales, la obra contiene propuestas interesantes y una relación muy completa de bibliografía.

Ch. CATALÁ COMAS

RUFFINI, Giuseppe, *La divisibilità del lodo arbitrale*, Cedam, Padova, 1993, 342 págs.

El título de la presente monografía, quinto volumen de la colección *Processo e giudizio* dirigida por el profesor Tarzia, trae a la cabeza la

fórmula contraria de la indivisibilidad del laudo, la cual tiende a excluir la posibilidad de anulación parcial de un laudo arbitral y a justificar la apropiación de todo el juicio por parte del juez estatal que anula aquella decisión sólo en parte viciada.

Tal indivisibilidad se hace derivar de la primera coma del artículo 830 del *Codice di Procedura Civile* italiano, según el cual el juez ordinario que acoja la impugnación de nulidad debe declarar la nulidad del juicio y de la sentencia arbitral y decidir sobre el fondo, previa eventual nueva instrucción.

La tesis que se pretende demostrar con este libro es que en realidad las normas no excluyen la posibilidad de anulación parcial del laudo. Su perspectiva permite entender además la evolución de la disciplina y principios inspiradores del arbitraje y sus recíprocas implicaciones con la *vis attractiva* de la jurisdicción.

Partiendo del análisis histórico y comparado del principio de indivisibilidad de la sentencia arbitral en diversos ordenamientos, muestra su incompatibilidad con los principios inspiradores de la *Novella* de 1983. Con argumentos exegéticos y sistemáticos prueba la vigencia en el ordenamiento italiano de la regla de la divisibilidad del laudo y afronta la problemática conexas de la admisibilidad del laudo parcial y de su régimen de impugnación. La última parte se dedica finalmente a la individualización de aquellas partes del laudo idóneas para hacer surgir la carga y la potestad de impugnar y los límites de la cognición consentida al juez de la impugnación en el ámbito de los capítulos del laudo impugnados por nulidad o por revocación.

Para concluir estos apuntes no podemos por menos que destacar la extensa relación jurisprudencial, con resoluciones también de Bélgica, Francia e Inglaterra, así como el índice de autores que remite a la profusa bibliografía recogida en sus casi seiscientas notas a pie de página.

Ch. CATALÁ COMAS

REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *El arbitraje. (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991, 279 págs.

Este profesor titular de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid limita su objeto de estudio al convenio arbitral y las cuestiones que con el mismo se relacionan. En concreto dedica la primera parte

a antecedentes históricos de la institución arbitral, concepto, sujetos, objeto, forma, contenido y efectos del convenio arbitral; y la segunda más reducida a las causas de nulidad del laudo —con algunos antecedentes legislativos—, efectos de la anulación e invalidez de la cláusula por la que se declara el laudo inimpugnable.

Desde una óptica civilista no siempre en consonancia con la doctrina procesal, va hilvanando lo que él llama «meditaciones conmigo mismo». A pesar de que reconoce que no ha podido disponer de demasiados trabajos publicados con posterioridad a la actual Ley de Arbitraje de 1988, recoge algunas de las conclusiones a que llegaron los participantes en el Seminario sobre esta Ley que, patrocinado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y el Ministerio de Justicia y dirigido por R. Bercovitz, se celebró en Cuenca durante los días 25 a 28 de octubre de 1990.

En su ensayo se muestra contrario al arbitraje institucional, especialmente cuando está previsto en contratos de adhesión, «y no es que se dude *a priori* de la imparcialidad de los Asociaciones o Corporaciones arbitrales, pero» ... Además considera que se otorga poca protección a la parte más débil en la relación contractual adhesiva ya que en la Ley de Arbitraje no advierte, más bien al contrario, ningún tipo de garantías para el consumidor o usuario. Destacaríamos, sin embargo, la preocupación del autor por ofrecer una propuesta de premisas fundamentales para regular el sistema arbitral controlado en materia de consumo, que propone en su noble afán de proteger al consumidor débil.

Ch. CATALÁ COMAS

LUISO, Francesco Paolo, *Il processo del lavoro*, UTET, Torino, 1992, 328 págs.

No es un manual en el sentido clásico del término, aunque su título, estructura y apéndice analítico pudieran hacer pensar en ello. Este cuarto volumen de la colección dirigida por Elio Fazzalari, *Il processo civile*, es mucho más que eso.

Contiene una visión crítica y reflexiva del proceso laboral y analiza sus normas reguladoras a la luz de la reforma del proceso civil que debe completarlo, debido a la defectuosa técnica legislativa empleada en la Ley de 1973. Considera también el papel de la desanimante jurisprudencia italiana; y afirma que sólo una reforma hacia una administración pública eficiente, con medios y personal, puede mejorar realmente el sistema.

En resumen, ofrece un tratamiento atento y completo de la compleja

materia del proceso laboral y de los problemas prácticos que se encuentran conectados al mismo.

Por lo demás, no procede, por notorio, enfatizar sobre la calidad científica del autor. Es por todos conocida.

Ch. CATALÁ COMAS

DE VICENTE REMESAL, Javier, *Utilización ilegítima de vehículos de motor*, Aranzadi, Pamplona, 1994, 395 págs.

Presentamos uno de los frutos de la línea de trabajo conjunto del equipo de investigación que dirige el profesor Dr. Diego-Manuel Luzón Peña, autor del prólogo. Se trata de un magnífico trabajo sobre la utilización ilegítima de vehículos de motor que trata de manera completa y profunda todas las cuestiones fundamentales relacionadas con este delito.

El actual catedrático de Derecho penal de la Universidad de Vigo aborda en primer lugar ampliamente la evolución histórica de las regulaciones legales que, tanto en otros países como en España, han tipificado esta figura, penetrando también en las razones criminológicas y político-criminales que la han fundamentado. Tras estudiar el tema del bien jurídico, e inclinarse por la perspectiva patrimonial, o sea, de protección de la propiedad en su facultad de uso exclusivo por el propietario, se ocupa del objeto de la acción típica, el vehículo a motor, con especial atención a la discusión sobre los ciclomotores, que considera incluidos. Detenidamente analiza el alcance de la conducta típica «utilizar», que precisa, a su entender, previa intervención en la sustracción y un uso del vehículo acorde con su destino natural, así como las repercusiones de estas conclusiones en materia de *iter criminis* y codelinencia.

Todos los datos y razones para optar por una interpretación o por otra se encuentran expuestos con claridad y precisión junto a una jurisprudencia abundantísima, una completa casuística y una amplia bibliografía española y extranjera. Por ello no dudamos en acoger y repetir las palabras que cierran el prólogo: «El libro del Prof. De Vicente supone una aportación decisiva al tema desde el punto de vista científico, y también en la vertiente práctica contiene un riquísimo material de casuística, tendencias jurisprudenciales y argumentaciones que será de enorme interés para quienes deciden o coadyuvan en la cotidiana aplicación del Derecho».

Ch. CATALÁ COMAS

CERINO-CANOVA, Augusto, *Studi di Diritto Processuale Civile*, Cedam, Padova, 1992, 915 págs.

Augusto Cerino Canova ha muerto, pero no ha desaparecido de la memoria de quienes le querían. Por voluntad de la familia y a cargo de la Rivista di Diritto Civile, de la cual fue colaborador y codirector, se ha editado el volumen que ahora comentamos.

Contiene los escritos mal denominados menores del meritado autor. Estos cincuenta y cinco trabajos entre artículos, notas a sentencias, comentarios legislativos, contribuciones críticas a las obras de reforma de las leyes procesales, etc., se extienden en el tiempo desde finales de los años sesenta hasta el fin de 1987. Recogidos en diversas publicaciones especializadas, se han aquí agrupado bajo seis epígrafes temáticos: (1) Teoría general del proceso, (2) demanda judicial y sentencia, (3) impugnaciones civiles, (4) proceso del trabajo, (5) ejecución forzosa y procedimientos especiales y (6) reforma del proceso civil y otros estudios.

Precede a esta colección una extensa introducción de Enrico Allorio. Su amigo y colega dedica una reflexión a la vida y obra de Cerino Canova y con sus palabras nos sitúa en el marco idóneo para entender y apreciar los estudios procesales del admirado jurista.

Ch. CATALÁ COMAS

POCAR, Fausto, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, segunda edición, Giuffrè, Milán, 1989. ISBN: 88-14-02083-0. P.V.P.: 44.000 liras.

Recopilación de materiales (disposiciones, informes y resoluciones judiciales) dirigida principalmente al operador jurídico italiano, con el objetivo de facilitarle la utilización del Convenio de Bruselas de 1968. No obstante, resulta de gran interés para conocer la articulación de los mecanismos previstos en el tratado con el Ordenamiento italiano y, en concreto, las normas internas sobre extensión y límites de la jurisdicción y sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, cuestiones a las que el autor dedica una primera parte de la obra.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

PARADA, Ramón, *Derecho administrativo. I. Parte general (concepto, fuentes, actos, contratos, actividad administrativa, expropiación forzosa, responsabilidad, procedimiento, recursos y ejecución)*, quinta edición, Marcial Pons, Madrid, 1993. ISBN: 84-7248-169-7.

PARADA, Ramón, *Derecho administrativo. II. Organización y empleo público (principios de organización, división territorial, Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Régimen local, Administración institucional, corporativa, consultiva y de control, sistemas de función pública, relación funcional, derechos y deberes, sindicación, negociación y huelga, Comunidades Europeas)*, séptima edición, Marcial Pons, Madrid, 1993. ISBN: 84-7248-170-0.

PARADA, Ramón, *Derecho administrativo. III. Bienes públicos. Derecho urbanístico (bienes de la Administración: régimen básico, dominio público, aguas, costas y puertos, montes, protección de la naturaleza, minas, patrimonio cultural, urbanismo y derecho, régimen del suelo, expropiaciones urbanísticas e intervención administrativa en el mercado inmobiliario, planteamiento urbanístico, clases de planes, formación y eficacia de los planes, gestión y disciplina urbanística)*, quinta edición, Marcial Pons, Madrid, 1993. ISBN: 84-7248-171-9.

No podemos dejar de dar cuenta de las más recientes ediciones de los tres tomos que componen este tratado de Derecho administrativo del Profesor PARADA y de su contenido, adaptado a las Leyes 1/92 de 26 de junio, sobre régimen del suelo y ordenación urbana y 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común, puesto que bien lo merecen el reconocido prestigio y amplia difusión de la obra, que muchos hemos manejado en los estudios de licenciatura.

El primer volumen del tratado está dedicado a la parte general del Derecho administrativo, y en él se aborda el estudio de las instituciones fundamentales de la disciplina: concepto de Derecho administrativo, fuentes del Derecho, actos y procedimiento administrativos, formas de la actividad administrativa (de policía, de fomento, de prestación o servicio público, sancionadora y arbitral), expropiación forzosa, responsabilidad administrativa, recursos administrativos y proceso contencioso-administrativo.

El segundo tomo de la obra, quizás el más conocido debido a que fue el primero en aparecer, está dedicado a la «organización y empleo público». En él se estudian, como su propio título indica, dos grandes

sectores: en primer lugar, la organización administrativa y sus principios, a través de todas y cada una de las Administraciones existentes en el ordenamiento español: la Administración territorial (del Estado, territorial, de las Comunidades Autónomas, municipal y provincial), la Administración especializada (institucional, corporativa, consultiva y de control y Administraciones independientes) y la Administración de las Comunidades Europeas. En segundo lugar, se estudia el bloque cuestiones agrupables bajo la rúbrica de «empleo público». En concreto, el Prof. PARADA analiza los distintos sistemas de función pública, dedicando un capítulo específico al sistema español y otro a la función pública de las Comunidades Europeas, así como la relación funcionarial y su contenido y los derechos colectivos de sus funciones.

En el tercer y último volumen del tratado se aborda el estudio de dos importantes materias: el dominio público y el Derecho urbanístico, sectores ambos de relevancia creciente y de gran complejidad, debido a la profusa reglamentación vigente en los mismos. El autor comienza dedicando tres capítulos a lo que podríamos denominar una «parte general» del Derecho de los bienes públicos, a continuación de los cuales se detiene en el análisis de cada uno de ellos en particular: las aguas terrestres, el demanio marítimo, los montes y la protección de la naturaleza, las minas y el patrimonio cultural. En lo que concierne al urbanismo, se nos ofrece, tras una breve pero clarificadora panorámica histórica del sector, un detallado estudio sobre el régimen del suelo, las expropiaciones urbanísticas e intervención administrativa en el mercado inmobiliario, planeamiento urbanístico y clases de planes, formación y eficacia de los planes, ejecución del planeamiento y disciplina urbanística.

Por último, nos parece destacable el hecho de que el autor combina en el manual, a nuestro juicio con gran acierto, el rigor científico al que nos tiene acostumbrados con un espíritu didáctico que se pone de manifiesto en numerosos extremos (sistematización clarificadora de todas las cuestiones, utilización de distintos tamaños de letra y de enumeraciones, sustitución de las notas a pie de página por una bibliografía sumaria al principio de cada capítulo, etc.), por lo que su obra constituye a la vez un excelente manual para los estudiantes de Derecho y una obra de obligada referencia para funcionarios, abogados y estudiosos del Derecho administrativo y procesal administrativo.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

PARADA, Ramón, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

El estudio de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas procedimiento administrativo común resulta casi imprescindible para cualquier operador jurídico que actúe en el proceso contencioso-administrativo, y esta monografía de Ramón PARADA constituye una excelente herramienta para adentrarse en el mismo. El autor comienza con una introducción en la que analiza el significado y consecuencias de la nueva Ley, de la que destacamos la síntesis de las principales reformas de la misma (págs. 25 a 45), tras la cual realiza un exhaustivo comentario sistemático de los preceptos que la componen.

En concreto, se analizan los siguientes aspectos: la Administración Pública y sus relaciones, órganos y competencias; los órganos colegiados; abstención y recusación; los interesados; derechos y deberes administrativos de los ciudadanos; obligación de resolver y actos presuntos; disposiciones administrativas; requisitos, eficacia, notificación, nulidad y anulabilidad de los actos administrativos; iniciación, ordenación, instrucción y terminación del procedimiento; ejecución y revisión de los actos administrativos; recursos administrativos; la potestad sancionadora, el procedimiento sancionador; la responsabilidad de la Administración, y la responsabilidad civil de los funcionarios.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

RIGAUX, François, FALLON, Marc, *Droit international privé. Tome II: Droit positif belge*, 12.^a edición, Maison Larcier, Bruselas, 1993.

Se trata de la actualización de la edición precedente de este tomo II, que databa de 1979, a las numerosas modificaciones legislativas e interpretaciones jurisprudenciales que han aparecido en el Derecho positivo belga en los catorce años que median entre ambas. Por el contrario, la sistemática del libro no ha variado apenas, sino que siguen siendo objeto de estudio la nacionalidad, la extranjería, los conflictos de autoridades y jurisdicción, los conflictos de leyes, y las reglas especiales de DIPr belga (persona física, familia, bienes, contratos, derecho patrimonial de la familia, obligaciones no contractuales y personas jurídicas). El prestigio y altura científica de los autores hablan por sí mismos de la calidad de la obra, referencia de consulta obligada para la doctrina internacional-privatista.

F. MALAGA DIEGUEZ

«Parker School of foreign a comparative Law» de la Universidad de Columbia, *Guide to international arbitration and arbitrators*, 2.^a edición, Transnational Juris Publications, Inc., Ardsley-on-Hudson, Nueva York, 1992. ISBN 0-929179-61-7, 2 vols., 1.528 páginas, \$245.00.

Damos cuenta de la segunda edición de esta «Guía de arbitraje internacional y de árbitros», dirigida esencialmente a empresas y despachos de abogados que operan en diversos Estados y que, en caso de litigio o con carácter preventivo, necesitan conocer la regulación del arbitraje vigente en cada Estado y las direcciones y características profesionales de los árbitros a los que pueden acudir. A tales efectos, la guía resulta de una gran utilidad, y sus contenidos responden claramente a esa finalidad práctica.

Se divide la obra en cinco partes: las dos primeras se dedican a la regulación del arbitraje y a las instituciones arbitrales, respectivamente, en los planos internacional y nacional. En concreto, se nos ofrecen las características, reglas y cláusulas modelo de la UNCITRAL, de la Cámara de Comercio Internacional, de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, y de los más relevantes organismos especializados de Estados Unidos, Austria, Rusia, Suecia, India, Italia, Japón, Londres, Países Bajos y Suiza. En cuanto a los demás organismos existentes, la guía se limita a enumerarlos. La tercera parte de la obra recoge dos códigos deontológicos de los árbitros internacionales, y la cuarta se dedica al Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Por último, parte del primer volumen de la guía y la totalidad del segundo contienen un listado por orden alfabético de más de quinientos árbitros comerciales de todo el mundo. Cada uno de los nombres va acompañado de su dirección, teléfono y fax, formación y especialización, idiomas, publicaciones y méritos. A continuación, se incluyen tres listados de esos mismos árbitros, clasificados respectivamente por nacionalidad, por áreas de especialización y por idiomas, con la finalidad de facilitar al máximo la consulta de la guía.

F. MÁLAGA DIEGUEZ

TERMINOS PERENTORIOS

International Congress on "Transnational aspects of procedural law" *Taormina, September 17-23 1995*

Scientific Organizing Committee:

President: Prof. ITALO ANDOLINA
Dept. of Civil Procedural Law
University of Catania - Italy
Via Gallo, 24 - 95124 CATANIA - Fax: 39-95-321654
C.so Sicilia, 10 - 95131 CATANIA - Fax: 39-95-7158122

Conference Centre:

Palazzo dei Congressi
Taormina

Dates of the Congress:

September 17-23 1995

Organizing Secretariat:

Centro Studi Congressi
Via Timeo, 1
98039 TAORMINA (ME)
Tel. 39-942-23836 - Fax 39-942-625933

Information:

The preliminary program, together with the registration and the hotel accommodation forms, will be sent within December 1994.

Topics

1. *"Arbitrage international/international arbitration."*
Prof. Dr. Peter GOTTWALD
Rebensburg, Deutschland
2. *"Les rapports entre les cours nationales et transnationales/relationships between national and international courts."*
Prof. Hector FIX-ZAMUDIO
Mexico, Mexico
3. *"Coopération internationale en procédure pénale/international judicial cooperation in criminal litigation."*
Prof. Ada PELLEGRINI GRINOVER
São Paulo, Brasil
4. *"Coopération internationale en procédure civile et administrative/international judicial cooperation in civil and administrative procedures."*
Prof. Italo ANDOLINA
Catania, Italia
Prof. Francisco GONZALEZ NAVARRO
Madrid, España
5. *"Regroupement des familles juridiques en droit judiciaire/legal families in procedural law revisited."*
Prof. Takeshi KOJIMA
Tokyo, Japan
Prof. Abdel Fattah Ateia AZMY
Caïro, Egypt
6. *"Litiges transnationaux et évolution du droit de la preuve/transnational litigation and the evolution of the law of evidence."*
Prof. Wouter DE VOS
Johannesburg, Zuid-Afrika
Prof. Dr. Walter RECHBERGER
Wien, Österreich

7. *"Exécution forcée: aspects transnationaux / enforcement of judgments: transnational aspects."*
Prof. Georges DE LEVAL
Liège, Belgique
- 7bis. *"Faillite: aspects transnationaux/Bankruptcy: transnational aspects."*
Prof. Kurt SIEHR
Zürich, Schweiz
8. *"Effets des jugements étrangers et des sentences arbitrales/effects of foreign judgments and arbitral awards."*
Prof. Peter HERZOG
New York, U.S.A.
Prof. Juan Carlos HITTERS
La Plata, Argentina
9. *"Spécificités du droit judiciaire comparé/special features of comparative procedural law."*
Prof. Dr. Peter GILLES
Frankfurt am Main, Deutschland
Prof. Dr. Kazimierz LUBINSKI
Toruń, Polska
10. *"Nécessité de procédures provisoires dans les litiges transnationaux/need for provisional remedies in transnational litigation."*
Prof. Dr. Konstantinos KERAMEUS
Athens, Greece
Prof. Jacques NORMAND
Reims, France