

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

NÚM. 1



ENERO-JUNIO 1995

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Director:
CARLOS GRANADOS PÉREZ

Vocales:
FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL
JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ZATO
JOSÉ APARICIO CALVO RUBIO
CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO
EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE
ANTONIO VERCHER NOGUERA
JAIME MORENO VERDEJO

Secretario:
ANTONIO DEL MORAL GARCÍA

La Revista del Ministerio Fiscal no se identifica necesariamente con las opiniones de los autores de esta Revista.

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL



**MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA**

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL

Periodicidad: Semestral

Precios de suscripción:

España: 2.500 pesetas.

Extranjero: 3.000 pesetas.

Precios del número suelto:

España: 1.500 pesetas.

Extranjero: 2.000 pesetas.

Correspondencia:

Redacción: C/ Fortuny, 4. 28010 Madrid

Distribución, suscripciones y venta: Gran Vía, 76, 8.º
28013 Madrid.

REVISTA DEL MINISTERIO FISCAL



NÚM. 1

ENERO-JUNIO 1995

Es propiedad. Queda hecho el depósito
y la suscripción en el registro que marca
la Ley. Reservados todos los derechos.

NIPO: 060-95-001-9

Depósito Legal: M. 5.500-1995

Imprime: AGISA (Artes Gráficas Iberoamericanas, S.A.)
Tomás Bretón, 51 - 28045 Madrid

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	9
 I. ESTUDIOS	
FÉLIX HERNÁNDEZ GIL: <i>El requerimiento resolutorio del artículo 1.504 del Código Civil: su análisis según la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo</i>	19
JESÚS GARCÍA TORRES: <i>Consideraciones sobre el principio «ne bis in idem» en la doctrina constitucional</i>	59
ENRIQUE RUIZ VADILLO: <i>El principio acusatorio</i>	89
ANTONIO NARVÁEZ RODRÍGUEZ: <i>Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal</i>	113
MANUEL MIRANDA ESTRAMPES: <i>El Ministerio Fiscal y la tutela de la libertad sindical</i>	155
JUAN DAMIÁN MORENO: <i>El pagaré en garantía de operaciones de crédito. Notas acerca de los poderes del Juez en el despacho de ejecución</i> ..	177
MARÍA DE LOS ANGELES CASORRÁN GUIRAO: <i>El nombre y su determinación. (Antes y después de la reforma del artículo 54 de la Ley de Registro Civil)</i>	191
CARLOS MOLERO MANGLANO: <i>Causas, evolución y caracterización de la reforma laboral</i>	205

II. NOTAS Y COMENTARIOS

JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ: <i>La impericia e imprudencia profesional en la actividad sanitaria</i>	243
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ: <i>La prueba en el proceso civil. El abogado ante la prueba civil</i>	259

III. RESUMEN DE JURISPRUDENCIA

<i>Constitucional</i>	277
<i>Civil</i>	299
<i>Penal</i>	315
<i>Contencioso-Administrativo</i>	339
<i>Laboral</i>	347

IV. DOCUMENTACIÓN

<i>Proyectos de ley en trámite</i>	351
--	-----

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

Presentación

*La aparición de la **Revista del Ministerio Fiscal** no podía producirse en un momento más adecuado para cuantos estamos comprometidos en la defensa del sistema jurídico y en la promoción de la Justicia. Su propósito de constituir un foro de debate y de reflexión adquiere hoy singular relieve, justo cuando los diversos proyectos de reformas legislativas en curso han de provocar necesariamente en nuestra sociedad un proceso de discusión científica, procesal y política.*

En las reformas previstas –Código Penal, Ley del Jurado, Reforma procesal–, y, singularmente, en la recién creada Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción, destaca el papel que el Ministerio Fiscal está llamado a desempeñar en el esfuerzo necesario para conseguir la calidad de la Justicia y como valedor del interés social y de los derechos de las víctimas.

Es el reconocimiento de la responsabilidad del Ministerio Fiscal en dos campos fundamentales –la lucha contra todo tipo de delincuencia organizada y la defensa de las víctimas, de las personas más desfavorecidas– el que subraya su importancia como vertebrador del impulso de la política criminal y protagonista de la reforma procesal.

Y son estas mismas razones las que llevan al Ministerio de Justicia e Interior a apoyar decididamente toda iniciativa que redunde en una mejor formación de los fiscales y a facilitarles los medios precisos para desarrollar su trabajo.

Por todo ello, al presentar el primer número de la revista, felicito a los responsables de su publicación y les animo a perseverar en su pro-

pósito de potenciar la figura del Ministerio Fiscal de acuerdo con su función constitucional de salvaguarda de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y de promover la acción de la justicia en defensa del interés social.

Juan Alberto Belloch Julbe
MINISTRO DE JUSTICIA E INTERIOR

*He accedido, con mucho gusto, a escribir estas breves palabras introductorias del primer número de la **Revista del Ministerio Fiscal**, que ahora ve la luz, porque me parece que su creación es un gran acierto y porque entiendo que su concepción es la adecuada para consolidarse como una de las fuentes de estudio al alcance de todos los juristas.*

*En efecto, su publicación es una buena noticia, no sólo porque, retomando pasos ya intentados, colma una vieja aspiración de la Carrera Fiscal, sino, también porque pretende convertirse en un lugar destacado de reflexión y debate riguroso sobre las cuestiones principales que plantea nuestro sistema jurídico y, en especial, sobre las que afectan de modo directo al Ministerio Fiscal. En efecto, en la medida en que se propone contar con el concurso de quienes lo integran, de los jueces, de los profesionales del derecho, de los universitarios y, en definitiva, de quienes, por su cualificación, tengan cosas importantes que decir sobre esas materias, pues para todos ellos estarán abiertas las páginas de la **Revista**, podrá recoger, desde una perspectiva plural e indisciplinar, análisis de las instituciones vigentes y plantear sus insuficiencias, así como proponer las líneas de actuación que se consideren más adecuadas para superar esos defectos y progresar, de ese modo, en la construcción de un ordenamiento jurídico cada vez más coherente con los valores que lo fundamentan, de acuerdo con la Constitución.*

Además, las circunstancias en las que nace permiten asegurar su continuidad, que es una de las principales virtudes de las publicaciones periódicas de esta naturaleza. Así, su pervivencia a lo largo del tiempo, ciertamente, permitirá la consulta de los estudios y de las opiniones que en sus páginas se reflejen, convirtiéndose en uno de los depósitos de

nuestro saber jurídico. Pero, a la vez, hará posible que, en ella, se refleje la evolución del pensamiento y de la jurisprudencia sobre los problemas fundamentales del orden jurídico.

En otras palabras, ha de ofrecer materiales teóricos pero, también, soluciones prácticas a las dificultades cotidianas que suscita la aplicación del derecho. Y ha de hacerlo, en especial, respecto de las que surgen en relación con la garantía de los derechos de los ciudadanos, con la defensa de la legalidad y la satisfacción de los intereses públicos y sociales que aquélla contempla y con la salvaguardia de la independencia de los Tribunales.

*Es fácil de comprender que, en tanto sean éstos y otros análogos los campos de preocupación preferente de la **Revista del Ministerio Fiscal** y se mantenga y profundice el espíritu crítico y la reflexión fundada en sus distintos números, me felicite por su aparición y anime a sus responsables a cuidarla en todos sus detalles para que ocupe, desde el primer momento, el lugar destacado que merece entre los periódicos jurídicos, que, afortunadamente, ya van siendo numerosos y de gran calidad en España.*

Pascual Sala Sánchez

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO Y
DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La Revista Jurídica *El Ministerio Público* y, posteriormente, la denominada *Gaceta del Ministerio Fiscal*, cuyo genial subtítulo —«Eco esencialmente práctico de la Administración de Justicia en España y Ultramar»— no he podido resistirme a transcribir, fueron cauces adecuados para la publicación, durante algunos años en la segunda mitad del pasado siglo, de las inquietudes de la Carrera Fiscal.

Interrumpidos prontamente aquellos proyectos, la publicación de este primer número de la *Revista del Ministerio Fiscal* supone, empleando una terminología que tomo prestada del Derecho Registral, la obligada y tardía reanudación del tracto sucesivo.

Queremos seguir aquel camino, tantos años abandonado, desde la idea de dotar a los profesionales y estudiosos del Derecho de un instrumento donde puedan plasmar sus ideas y recibir las de otros. Los estudios, resúmenes de jurisprudencia y trabajos doctrinales que se recojan en estas páginas, que desde ahora anuncio abiertas a todos, espero que contribuyan al esclarecimiento y a la profundización teórica en las instituciones, pero también a la búsqueda de soluciones a cuantos problemas de orden práctico se nos presentan diariamente en la defensa de la legalidad y la promoción de la justicia.

Carlos Granados Pérez
FISCAL GENERAL DEL ESTADO

18.978

AÑO. 4.º

10 DE MAYO DE 1865.

NÚM. 1.º

EL MINISTERIO PÚBLICO.

REVISTA JURÍDICA DIRIGIDA POR

D. Florencio Alvarez-Ossorio y Pizarro

CON LA

COOPERACION DE NOTABLES JURISCONSULTOS



CONTIENE UNA SECCION

DE

TRIBUNALES ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS.

Condiciones materiales de la publicacion.

EL MINISTERIO PÚBLICO aparecerá por ahora los días 10 y 25 de cada mes. Constará por ahora de 32 páginas en 4.º mayor, para que puedan con facilidad formarse colecciones.

La suscripcion se hará por trimestres, semestres ó años adelantados. En Madrid podrá hacerse por meses.

El precio de la suscripcion tanto en Madrid como en provincias será el de 7 rs. por mes, 20 por trimestre, 38 por semestre, y 70 por año.

En Ultramar el doble.

En el Extranjero una tercera parte más que en España.

Se admitirá la suscripcion de provincias en sellos de franqueo, libranzas ó letras. Convendrá que las cartas se certifiquen.

La suscripcion directa á la administracion, Hortaleza, 142; á nombre de D. Florencio Alvarez-Ossorio, director de esta Revista.

EL MINISTERIO PÚBLICO anunciará toda obra de que se le remitan dos ejemplares.

Año I

Madrid.—Sábado 8 de Abril de 1876.

Núm. 1.º

GACETA DEL MINISTERIO FISCAL

ECO ESENCIALMENTE PRÁCTICO

DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN GENERAL

Y EN ESPECIAL DE LO REFERENTE Á LA MISMA

EN LOS ASUNTOS DE HACIENDA EN ESPAÑA Y SUS PROVINCIAS DE ULTRAMAR.

UNIDAD

LEY

JUSTICIA

Se publica los dias 8, 18 y 28 de cada mes.

COLABORADORES.

Alcaráz y Ramos (Sr. D. Rafael).
 Aldecoa y Villasanté (Sr. D. José).
 Alonso Cavares (Sr. D. Pedro).
 Alonso Casaña (Sr. D. Antonio).
 Alonso Colmenares (Excmo. Sr. D. Ed.º).
 Alvarez Bugallal (Excmo. Sr. D. Sat.º).
 Alvarez Gonzalez (Sr. D. Tomás).
 Alvarez Guizarro (Sr. D. Carlos).
 Amoragas (Sr. D. Federico).
 Arias Saavedra (Sr. D. Fernando).
 Arnaiz (Ilmo. Sr. D. Victor).
 Ascarza (Sr. D. Francisco Sales).
 Ayllon y Altolaguirre (Sr. D. Miguel).
 Badia y Ortiz de Zuñiga (Sr. D. Eduardo).
 Berbén y Blanco (Sr. D. Félix).
 Blanco y Trigueros (Sr. D. Félix).
 Cabrera y Viruega (Sr. D. Antonio).
 Cáceres y Molini (Sr. D. José de).
 Calderon Collantes y Heras (Sr. D. Pedro).
 Callejo y Sanz (Sr. D. Pablo).
 Camuñas y Ramirez (Sr. D. José Joaquín).
 Cánovas del Cast.º (Excmo. Sr. D. Em.º).
 Cárdenas (Sr. D. Manuel de).
 Carnicero (Sr. D. Pedro).
 Castilla y de Bassols (Sr. D. Miguel de).
 Córdoba y Curiola (Sr. D. Gonzalo de).
 Crespo (Sr. D. Juan Ignacio).
 Chacon (Ilmo. Sr. D. Ricardo).
 Diaz de Rueda (Excmo. Sr. D. Ricardo).

Fernandez del Castillo (Sr. D. Antonio).
 Ferrer y Minguet (Ilmo. Sr. D. Vicente).
 Garcia de Garamendi (Sr. D. Pedro).
 Garnica (Sr. D. José de).
 Gil Osorio (Excmo. Sr. D. Ramon).
 Gonzalez de Blanco (Sr. D. José Franco.º).
 Gonzalez de la Peña (Sr. D. Joaquín).
 Gonzalez de Tejada (Sr. D. José).
 Grande y Cortés (Sr. D. Carlos).
 Guardia y Pulido (Sr. D. Angel de la).
 Gudiol y Castillón (Sr. D. Tomás).
 Gullón (Sr. D. Ricardo).
 Hernandez de Quesada (Sr. D. Victor.º).
 Hidalgo Saavedra (Sr. D. Ignacio).
 Iturriza (Sr. D. Juan de Dios de).
 Jimenez Cuenca (Excmo. Sr. D. Juan).
 Lamas y Varela (Sr. D. Luis).
 Lastres (Sr. D. Francisco).
 Leon y Luque (Sr. D. Pablo).
 Longué (Sr. D. Nemesio).
 Lopez de Azcutia (Sr. D. Manuel).
 Lopez Cano (Sr. D. Ramon).
 Lopez Figueredo (Sr. D. Eusebio E.).
 Macias y Ortiz de Zuñiga (Sr. D. José).
 Madrazo (Sr. D. Fernando).
 Marin y Lerin (Sr. D. Blas).
 Martin de Herrera (Excmo. Sr. D. C.).
 Martín Suarez (Sr. D. Fermín).
 Martínez (Sr. D. Cándido).

Martínez del Campo (Ilmo. Sr. D. Ed.º).
 Melchor y Lammanette (Sr. D. Federico).
 Molina (Sr. D. Ricardo).
 Montero Rios (Excmo. Sr. D. Eugenio).
 Moreno de la Riva (Ilmo. Sr. D. Diego).
 Nuñez de Haro (Sr. D. Manuel).
 Obate y Ruiz (Sr. D. José).
 Pardo (Sr. D. Julian Maria).
 Pardo Montenegro (Sr. D. Eduardo).
 Parejo y Chasserot (Sr. D. Luis).
 Passarin (Sr. D. Pascasio).
 Perena (Sr. D. Gregorio).
 Perez del Camino (Sr. D. Teodoro).
 Perez Lopez (Sr. D. Juan).
 Ramirez Arellano (Excmo. Sr. D. Felice.º).
 Ramirez Arellano (Sr. D. Carlos).
 Riva (Sr. D. Evaristo de la).
 Rolo de Angulo (Sr. D. Domingo).
 Romero Crespo (Sr. D. Juan).
 Romero Ortiz (Excmo. Sr. D. Antonio).
 Rubio Cadenas (Sr. D. Luis).
 Ruiz Gomez de Ibarbia (Sr. D. Andrés).
 Ruiz de Quvedo (Ilmo. Sr. D. Manuel).
 Salvador y Gamboa (Sr. D. José).
 Senao (Sr. D. Benito).
 Yellando y Yaquez (Sr. D. Joaquín).
 Uriarte y Pagés (Sr. D. Francisco Javier).
 Ulloa (Excmo. Sr. D. Augusto).
 Villa y Lopez (Sr. D. Salustiano).



DIRECTOR

D. Emilio Ayllon y Altolaguirre, *Promotor fiscal en Madrid.*

SUBDIRECTOR Y ADMINISTRADOR

D. Luis Macias y Ortiz de Zuñiga, *Doctor en Derecho civil y canónico.*

PRECIOS DE SUSCRICION.

En Madrid y provincias, trimestre. . .	5 pesetas.
En Ultramar, id.	45 "
En el extranjero, id.	40 "
Números sueltos	0,75

Anuncios de obras y comunicados a precios convencionales.—Los anuncios de obras de suscritores a mitad de precio.

CONDICIONES DE LA SUSCRICION.

El pago se hará adelantado directamente en la Administración, sin cuyo requisito no se servirá suscripción alguna: los de fuera de Madrid podrán efectuarlo también en libranzas del Giro Mutuo del Tesoro, ó letra á la vista, á la orden del Administrador.

Dirección, Redacción y Administración, Travesía del Fúcar, 49, principal derecha.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

I. Estudios

EL REQUERIMIENTO RESOLUTORIO DEL ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL: SU ANÁLISIS SEGÚN LA MODERNA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

FÉLIX HERNÁNDEZ GIL

Doctor en Derecho. Fiscal de Sala del Tribunal Supremo.

SUMARIO: 1. PACTO COMISORIO Y EL REQUERIMIENTO COMO LÍMITE DE SUS EFECTOS.—2. NATURALEZA DEL REQUERIMIENTO.—3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA.—a) *El requerimiento del artículo 1.504 del Código Civil no es requerimiento de pago.*—b) *El requerimiento como notificación de la voluntad resolutoria y como intimación al allanamiento.*—c) *El requerimiento como acto jurídico complejo.*—d) *Eficacia del pacto de un requerimiento resolutorio condicionado a la previa intimación al pago.*—4. MOMENTO DE LA FORMULACIÓN DEL REQUERIMIENTO.—5. ASPECTOS FORMALES DEL REQUERIMIENTO.—a) *El requerimiento como declaración de voluntad recepticia.*—b) *El requerimiento como declaración de voluntad solemne: requerimientos notariales y judiciales.*—6. INEFICACIA DEL REQUERIMIENTO RESOLUTORIO.—7. LA OPOSICIÓN AL REQUERIMIENTO RESOLUTORIO: CAUSAS Y EFECTOS SUSTANTIVOS Y REGISTRALES.

1. PACTO COMISORIO Y EL REQUERIMIENTO COMO LÍMITE DE SUS EFECTOS

A la expresión romana *Lex commissoria*, antecedente de la actual denominación de *pacto comisorio*, se le atribuían dos significados. Uno de ellos era el de *Lex commissoria* con función resolutoria, o cláusula agregada a ciertos contratos bilaterales, por la que, producido el incumplimiento, se resolvía el contrato de modo automático. Y otro, el pacto de *Lex commissoria* con función de garantía, propio de los contratos de esta naturaleza, que permitía al acreedor, en caso de incumplimiento, apropiarse de la cosa constituida en garantía. Se trataba, pues, de institutos jurídicos distintos, pero que ahora son conocidos con el mismo nombre de pacto comisorio. Así se designa, en efecto, la cláusula inserta en los contratos, básicamente en los de compraventa de inmuebles con pago aplazado (artículo 1.504 del Código Civil), expresiva de que la resolución tendrá lugar de pleno derecho por el impago del precio en el término convenido, y también aquella otra que permite al acreedor apoderarse de lo dado en prenda, hipoteca o anticresis (artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil). Pero esa terminología acrecienta su confusión si tomamos nota de que en un contrato de compraventa inmobiliaria es posible la concurrencia de los efectos de las dos figuras aludidas, cuando se pacta que el incumplimiento determine no sólo la resolución o la facultad de resolver el contrato, sino además que la parte del precio ya entregada como anticipo quede en su totalidad, o parcialmente, en poder del vendedor que habiendo cumplido su obligación recíproca desencadena la resolución; así, el pacto prevenido en el artículo 1.504 del Código Civil llamado pacto comisorio, puede contener sólo efectos resolutorios o bien puede incorporar al mismo tiempo efectos comisorios, cuando compren-

da el poder de retener en propiedad, a título de indemnización de daños, lo ya pagado por el incumplidor a modo de arras penales liquidatorias del daño, supuestos considerados válidos por el Tribunal Supremo (sentencias de 3-3-1967, 31-10-1968, 30-6-1981, 25-2-1984, 18-10-1985, 26-1-1988, 2-6-1989 y 26-12-1990). Y también son designadas pactos comisorios aquellas cláusulas en las que, sin conllevar resolución automática, el vendedor se ha reservado la facultad expresa de resolver en caso de impago sin necesidad de previo requerimiento.

Al pacto amparado en el artículo 1.504 del Código Civil se le denomina por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de distintas formas: *pacto comisorio* (sentencias de 1-5-1946, 30-12-1955, 16-10-1961, 3-7-1971, 27-2-1973, 5-11-1979, 27-5-1985, 19-7-1989, 28-12-1989 y 1-6-1992), *pacto de Lex commisorio* (sentencias de 25-6-1977, 22-10-1977, 15-5-1978, 19-6-1979, 21-3-1980, 12-4-1985, 19-6-1985 y 18-3-1988), *pacto commisorio de Lex Commisoria* (sentencias de 15-5-1978 y 5-5-1967) y pacto comisorio o cláusula resolutoria expresa (sentencia de 18-12-1991).

A pesar de sus nombres, el efecto de estos pactos en el ordenamiento vigente no coincide con los propios de la originaria *Lex commisorio*. Entonces la compraventa de inmuebles era resoluble por voluntad del vendedor sólo cuando figurara agregada aquella cláusula, pero al configurarse el impago del precio como condición resolutoria, llegado ese momento la resolución tenía lugar *ipso iure*, sin necesidad de *interpellatio* o puesta en mora. Esto era lo establecido en Derecho romano (D. 18.3.4: *si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emptio*) y también en Las Partidas (5.5.38: si el comprador no pagare el precio el día señalado, se deshace la venta y gana el vendedor la señal o la parte del precio que le fue dado) con relación a la compraventa de bienes inmuebles con pacto expreso de *Lex commisorio*, con la particularidad de que lo entregado por el comprador en concepto de arras o de pago parcial del precio lo perdía en beneficio del vendedor. Mas de pactos de esa naturaleza ya no puede derivarse el efecto de una resolución de pleno derecho llegada la situación de incumplimiento del comprador en el tiempo convenido para satisfacer su prestación. No hay ya resolución *ex re* o automática aunque haya mediado un pacto comisorio perfecto. Estos pactos son absolutamente ineficaces, dado que el artículo 1.504 del Código Civil excepciona el automatismo comisorio de la resolución por impago en tanto no tenga lugar un requerimiento formal (sentencias de 6-5-1991, 2-2-1990, y 15-11-1989) o acto solemne que fija el momento en que puede surgir la resolución del

negocio jurídico sujeto al artículo 1.504, y que es obstativo a la eficacia de posibles pagos realizados después del mismo (sentencias de 20-3-1992, 8-5-1992, 5-6-1992); esa voluntad formal resolutoria es exigible cualesquiera sean los términos de los pactos capaces de integrarse en la expresión pactos comisorios (sentencias de 6-11-1991 y 24-2-1990), por lo que resulta claro que no existe ya coincidencia, en ningún caso, entre el *dies* del incumplimiento y el del efecto resolutorio, sino que este subsigue no sólo aquél sino también al momento de la emisión del requerimiento, al manifestarse este como una declaración de voluntad recepticia y solemne por virtud de la cual el vendedor ejercita la facultad o el poder de resolución (sentencias de 23-9-1959, 22-12-1978, 16-11-1979, 19-5-1981, 27-5-1985, 12-6-1989, 15-11-1989, 5-9-1990, 11-12-1991, 11-7-1991 y 6-11-1991).

El efecto resolutorio de los pactos está subordinado siempre al requerimiento formal, por lo que éste será necesario no sólo en los supuestos de cláusulas de resolución automática o pactos comisorios en estricto, sino también en los casos de cláusulas expresas de resolución en las que el vendedor se reserva la facultad de resolver llegado el incumplimiento. El artículo 1.504 ha eliminado la existencia de cualquier modalidad de pacto comisorio propio y erige al requerimiento en requisito central de la resolución en las ventas inmobiliarias. Ahora bien ¿es válido un pacto explícito excluyente del requerimiento? Como «aún cuando se hubiera pactado la resolución de pleno derecho» (artículo 1.504) ha de precederla el requerimiento, no será eficaz un pacto que, eliminándole, conduzca a la resolución *ipso iure*. Del requerimiento no puede prescindirse por convenio entre vendedor y comprador, ni por renuncia, por cuanto el artículo 1.504 responde a la naturaleza de las normas imperativas. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo. En sentencia de 16-10-1991 declara que si bien es cierto que esta Sala al encontrarse con la aparente colisión de los preceptos contenidos en los artículos 1.255 y 1.504 del Código Civil, pareció inclinarse por la prevalencia de aquél sobre éste, y llegó a proclamarlo así en la sentencia de 10-12-1910, en la que se daba a entender que por convenio entre las partes podía soslayarse la necesidad del previo requerimiento, lo cierto es que después se ha sostenido reiteradamente lo contrario (sentencias de 9-11-1944, 1-5-1946, 30-12-1955 y 30-10-1956). Y este criterio se ha extendido a todos los casos de compraventa inmobiliaria, háyase o no pactado la resolución y no sólo cuando se trata de contratos con pacto comisorio, porque como dijo la sentencia de 5-5-1967 el artículo 1.504 tiene un valor genérico, por lo que sus reglas deben observarse en

todos los casos de resolución. En términos semejantes, las sentencias de 7-7-1987 y 27-11-1987.

En definitiva, la resolución en la compraventa de inmuebles con precio aplazado, no se produce de pleno derecho en ningún caso aunque así se hubiera pactado, por lo que representa un límite a la autonomía de la voluntad, sino que es antecedente ineliminable el requerimiento, que se presenta como requisito singular frente al sistema común de las obligaciones recíprocas, en las que, ante el incumplimiento, el acreedor puede instar directamente la resolución, ya sea por la efectividad de una condición resolutoria o como efecto normal del incumplimiento de las obligaciones (artículo 1.124 del Código Civil). ¿Pero el requerimiento que exige el artículo 1.504 es un requerimiento dirigido al pago o se trata del exclusivamente resolutorio?

2. NATURALEZA DEL REQUERIMIENTO

En la compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado, el retardo en el cumplimiento de la obligación principal de pagar el precio, tolerado por el vendedor, no produce, en principio, efecto jurídico alguno, por lo que el comprador puede realizar exactamente su prestación después del término convenido. Pero llegado el *dies ad quem* sin cumplir, el vendedor puede pedir la ejecución del pacto resolutorio o bien pretender el cumplimiento. En este último caso, intimará formalmente al pago y constituirá en mora al comprador. Si ejercita la facultad encaminada a la extinción del vínculo obligatorio y no la acción de cumplimiento del contrato, el requerimiento del artículo 1.504 será inmediatamente resolutorio, sin necesidad de la constitución en mora o intimación solutoria. Tal requerimiento impide desde su notificación toda posibilidad de cumplir, en tanto que la intimación al pago constituye una específica petición de cumplimiento tras la cual el comprador ha de cumplir, voluntariamente o no. Por tanto, el requerimiento es eficaz para la resolución aunque no vaya precedido de un acto de constitución en mora. Y es que los requerimientos de los artículos 1.100 y 1.504 del Código Civil tienen finalidades distintas. El requerimiento de pago tiende a hacer posible el cumplimiento retardado (*perpetuatio obligationis* con la especial responsabilidad de los artículos 1.096 párrafo tercero y 1.182 del Código Civil) en tanto que el requerimiento del artículo 1.504 constituye una manifestación de que el vendedor ha desechado su opción por el cumplimiento y que pretende la extinción del contrato ante la inexecución de la contraprestación, por lo que no debe ir precedido

de la constitución en mora. Que en las obligaciones, recíprocas, nacidas de la compraventa pueda ser necesaria la *interpellatio* para constituir en mora, no significa que sea obligado un requerimiento *ex ante* de pago para poder reclamar la resolución, pues si así fuere se tendría que llegar siempre a la resolución a través de la previa solicitud de cumplimiento, con lo que la libre facultad de opción atribuida al acreedor quedaría frustrada.

Mas conviene especificar. Como en las obligaciones a plazo, por lo general, no rige el principio del *dies interpellat pro homine*, sino que se precisa de la intimación para constituir en mora, y el artículo 1.504 se desenvuelve en la compraventa de inmuebles con precio aplazado, se ha cuestionado si en estos contratos será exigible la constitución en mora tanto para instar el cumplimiento como para ejercitar la facultad resolutoria. No hay duda de que en ellos el día final coincide con la apertura de la exigibilidad. ¿Pero se coloca el comprador en situación objetiva de incumplimiento con la extinción del plazo estipulado, o llegado éste la situación es de un simple retraso que precisa del acto complementario de la constitución en mora? En la hipótesis de que el plazo se haya elevado a término esencial, no son imaginables actos previos dirigidos a constituir la mora, porque el mero retraso equivale ya a incumplimiento absoluto. En los retrasos que no hacen imposible el cumplimiento, la solución dependerá del criterio que se adopte sobre el comienzo de la mora en las obligaciones recíprocas. Si se interpreta el último párrafo del artículo 1.100 del Código Civil en el sentido de no ser necesaria la intimación al pago para el nacimiento de la mora (sentencias de 21-4-1987, 13-3-1987, 27-5-1985, 29-3-1985 y 26-2-1985), sino que ésta se produce de modo automático con el vencimiento, será suficiente el cumplimiento por el acreedor de la obligación a su cargo para instar la resolución, sin que ésta pueda eliminarse por un eventual cumplimiento tardío. Si se acepta la dirección, plasmada en las sentencias de 9-6-1986, 2-1-1980 y 28-11-1978, entre otras, concretada en que en las obligaciones bilaterales es imprescindible la *interpellatio* o requerimiento para la constitución en mora además del cumplimiento del vendedor (como parece desprenderse del artículo 1.501.3 del Código Civil conforme al cual el comprador debe intereses si se le hubiera constituido en mora en los términos del artículo 1.100), cabe preguntarse otra vez, si la constitución en mora por acto formal es también requisito previo al ejercicio de la facultad de resolver reconocida en el artículo 1.504 cuando el comprador no ha ejecutado la contraprestación a que estaba obligado. Entendemos que el artículo 1.504 no impone al vendedor más que el requerimiento resolutorio y no la obligación de intimar a cum-

plir dentro de un nuevo término, ni al Juez se le autoriza a señalar un plazo para evitar la resolución, como sucede, sin embargo, en las obligaciones recíprocas regidas por el artículo 1.124 de Código Civil. Si, como hemos apuntado ya, el fin de la constitución en mora, a través de la intimación, es mantener el vínculo, —la obligación sigue vigente— y el de la resolución la extinción del contrato, la resolución por incumplimiento puede ser declarada independientemente de la constitución en mora del comprador, que sólo condiciona la posibilidad del cumplimiento o ejecución. El requerimiento del artículo 1.504 está integrado exclusivamente por la notificación de que se ha optado por la resolución a la que se une la intimación a allanarse a esa decisión. Lo que no es incompatible con la eficacia del pacto que señale, para el caso de incumplimiento, un nuevo término para el cumplimiento previo a la resolución.

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo que después se examina, resulta claro que junto al convencional y previo requerimiento-intimación a satisfacer la contraprestación debida, se halla el requerimiento-notificación de la voluntad resolutoria al que puede ir agregado el requerimiento-intimación a allanarse y a no oponer obstáculos a la resolución.

El requerimiento-notificación es un puro acto de comunicación de la voluntad unilateral no sólo exteriorizada, sino que, en cuanto recepticia, debe llegar a conocimiento del destinatario a través de la ulterior actividad que se denomina notificación.

El requerimiento-intimación, ya tenga por objeto reclamar primeramente el cumplimiento de la prestación y de forma subsidiaria la resolución, o el allanamiento a aceptar la resolución por incumplimiento, contiene una petición a la que debe dar respuesta el deudor. Si es afirmativa, al existir conformidad entre los interesados, se produce el cumplimiento o la resolución extrajudicial. Si, al contrario, está en oposición al requerimiento la voluntad del deudor, se origina la constitución en mora (si se trata únicamente de un requerimiento de pago simple) o la posibilidad de obtener la resolución judicial directa o subsidiaria (en los requerimientos en que se condiciona al impago). A la unitariedad de la noción, en estos casos, en cuanto a la estructura objetiva de la intimación o requerimiento, no corresponden unos efectos paralelos, pues entre lo pretendido al manifestar la voluntad (aceptación de la resolución) y el resultado (oposición a la resolución) no hay congruencia. De ahí que tanto la intimación a la resolución condicionada, como el

requerimiento directo a allanarse a la resolución con el resultado de rehusar a tal mandato, deban calificarse de actos jurídicos en sentido estricto. Al ser patente la discordancia entre el contenido volitivo que el vendedor exteriorizó y los efectos producidos con la violación del requerimiento.

Pero también se ha sostenido que siempre que se requiere es para que el destinatario pague, que el requerimiento concebido de modo distinto a la intimación al pago es un contrasentido, por lo que el requerimiento en el artículo 1.504 hay que entenderlo exactamente como una intimación al pago, que al no ser atendido constituiría en mora al comprador, requisito previo al ejercicio de la facultad resolutoria. Es el resultado que puede obtenerse de determinados antecedentes que han influido en el texto del artículo 1.504. En el artículo 1.656 del Código Civil francés, la resolución no es de pleno derecho o condicionada estrictamente al pago, sino que resulta indispensable para que pueda tener lugar la «mise en demeure per sommation», lo que significa que la constitución en mora por medio de un requerimiento de pago que el vendedor dirige al comprador es requisito de la resolución de la compraventa de inmuebles. El artículo 1.433 del Proyecto de 1851, apartándose también de la resolución automática, como el Código francés recoge la necesidad de la previa intimación al pago —«...puesto en demora por un requerimiento»— para la resolución de la compraventa. Es el precedente inmediato al artículo 1.504, análogo a él, pero con la variante esencial de que en lugar de la frase «interin no haya sido requerido judicialmente o por acto notarial», en el artículo 1.433 figuraba esta otra: «Interin no haya sido puesto en demora por un requerimiento». Y es de destacar que en el Proyecto de 1851 (artículo 1.007) la llamada «puesta en demora» se conseguía con la intimación al pago. Luego si «puesta en demora» era equivalente a requerir al pago, el giro «requerimiento» del artículo 1.433 significaba requerimiento para el pago, acto que constituía al comprador en mora. Sin embargo, en la normativa vigente, la intimación al pago para constituir en mora no forma parte de la estructura de la resolución en el artículo 1.504, para la que basta la notificación del requerimiento resolutorio sin previo requerimiento de pago. Por lo demás, como retraso cualificado e incumplimiento no son identificables, resulta que la constitución en mora, exigible para otros efectos (traspaso de riesgos, prestación de intereses moratorios) no es requerida para la producción de efectos sustanciales, como es la resolución.

La mora es esencial a la reclamación del cumplimiento, no a la de la resolución. Si la intimación o requerimiento al pago es imprescindible en determinadas obligaciones para constituir en mora al deudor (las incompatibles con la mora *ex re* del artículo 1.100, párrafo segundo del Código Civil), para promover la resolución no es requisito en el artículo 1.504 la previa constitución en mora, por lo que el requerimiento que prevé esta norma no es equiparable a la interpelación o intimación del artículo 1.100, párrafo primero. El requerimiento del artículo 1.504 es presupuesto de la resolución, y la intimación del artículo 1.100 es requisito esencial para la constitución de la mora *ex persona*. En consecuencia, un requerimiento formal cuyo único contenido sea el pago, resulta del todo inhábil para crear efectos resolutorios del vínculo. Los requerimientos limitados a instar el cumplimiento dan lugar, si son inatendidos, únicamente al nacimiento de la mora. Además ha de notarse que como el artículo 1.504 autoriza al comprador a pagar *en tanto no haya sido requerido*, el pago que pueda subseguir al requerimiento no será efecto de un requerimiento de pago, lo que justifica, una vez más, que el requerimiento en la compraventa de inmuebles no persigue el cumplimiento de una obligación vencida, sino que, al contrario, es impeditivo del cumplimiento con apertura de la fase de resolución contractual.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA

Para la prosperabilidad de la resolución resulta ineludible el previo requerimiento con independencia de que las cláusulas contractuales lo silencien, de que se haya convenido la resolución automática con el impago o la reserva de la facultad de resolver al vencimiento si el comprador no cumple su prestación. Desde que es notificado, al requerido ya se le impide toda posibilidad de cumplir y es del todo inútil, por regla general toda prestación tardía. Se adelantó que en la literalidad del artículo 1.504 no caben los requerimientos exclusivamente de pago con efectos resolutorios, porque su finalidad es el cumplimiento y eventualmente la constitución en mora. Si el artículo 1.504 está destinado a la resolución de las compraventas inmobiliarias, el requerimiento será resolutorio, directo o automático, sin previa constitución en mora, el llamado requerimiento-notificación de que se ha optado por ejercitar la facultad resolutoria obstativa al pago. Pero si se pacta o si así resultare del contenido del requerimiento formal, es eficaz no sólo el requerimiento puro o simple sino también el condicionado a que no sea atendido un previo requerimiento de pago en el que se haya fijado un nuevo

término para el cumplimiento. Cláusulas estas que pueden presentarse como requerimientos de pago y resolutorios sucesivos o como requerimientos de pago y resolutorios simultáneos o en un mismo acto.

a) *El requerimiento del artículo 1.504 del Código Civil no es un requerimiento de pago*

La línea interpretativa mantenida por el Tribunal Supremo, de modo continuado, es que la intimación formal al pago hecha al comprador en situación de incumplimiento, no es idónea para fundar sobre ella la resolución. Con variada terminología esta es la conclusión a que se llega:

La declaración de voluntad recepticia en que consiste el requerimiento no se dirige a reclamar el pago al deudor (sentencias de 11-2-1991, 24-5-1984, 30-3-1981 y 25-11-1976); el requerimiento del artículo 1.504 no es una intimación para el pago (sentencias de 9-6-1992, 1-6-1987, 27-5-1985, 26-2-1985, 30-12-1955 y 11-11-1943), ni se refiere al pago del precio convenido (sentencias de 7-10-1991, 5-9-1990, 9-3-1990 y 30-5-1942), ni está dirigido al comprador para que pueda pagar en un nuevo plazo (sentencias de 11-5-1979 y 20-10-1977). Tal requerimiento, en fin, no tiende a obtener la contraprestación (sentencia de 19-5-1981), ni es intimatorio al cumplimiento contractual (sentencia de 13-12-1990). Y aunque en las cláusulas contractuales se pactara la resolución por el impago, hay que estar al requerimiento notificado, y si en este se proponía únicamente el pago no era en rigor un requerimiento resolutorio o propio del pacto comisorio establecido (sentencia de 1-6-1992).

b) *El requerimiento como notificación de la voluntad resolutoria y como intimación al allanamiento*

Su antecedente se halla en la tesis que mantuvo un destacado comentarista del Código Civil de comienzos de este siglo y Magistrado de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, quien, antes de que se hubiera plasmado en sentencia alguna, había sostenido que «el requerimiento es la declaración de voluntad del vendedor... que hace patente su propósito de optar por la resolución de la venta»; y también que se trata de «un requerimiento que el vendedor hace al comprador para que se allane a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo contractual de extinción». Después de este momento, como se verá, estas mismas expresiones han formado parte de los fundamentos jurídicos de muchas sentencias del

Tribunal Supremo. A la idea del requerimiento-notificación ha contribuido también el Reglamento Hipotecario, que a partir de la reforma de 14-2-1947 sustituyó en el artículo 59 —en una parte idéntico al artículo 1.504 del Código Civil— la palabra requerimiento por la de notificación, rectificando así el artículo 97 del Reglamento de 1915. E incluso en algunas ocasiones por el Tribunal Supremo se hacen sinónimos requerimiento y notificación (sentencias de 12-4-1985, 12-6-1989 y 7-10-1991, que se refieren al «requerimiento o notificación»).

Para el Tribunal Supremo el requerimiento del artículo 1.504 es, pues, la notificación que hace el vendedor de su voluntad de resolver, intimando al comprador para que se allane a dar por resuelto el contrato. Estas notas, la notificación de resolución obstativa al pago y la intimación al allanamiento resolutorio, aparecen con frecuencia desde que fuera recogida una de ellas en la vieja sentencia de 3-7-1917: «el requerimiento no se refiere al pago del precio convenido, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo de extinción». Y con mayor precisión, la sentencia de 11-11-1943 —famosa por su análisis de la promesa bilateral de compraventa— estableció que el requerimiento del artículo 1.504, atendido su fin, es el de obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido, y por constituir antecedente de la disolución del vínculo contractual, tiene el valor de una intimación referida no al pago del precio sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo alguno a este modo de extinguirla.

Que el requerimiento constituye una notificación al comprador obstativa al pago del resto de la pretación y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, es doctrina que se halla, entre otras, en las sentencias de 7-10-1991, 9-5-1990, 19-6-1989, 12-6-1989, 1-6-1987, 21-2-1986, 27-5-1985, 12-4-1985, 26-2-1985, 14-2-1985, 1-2-1985, 24-5-1984, 2-12-1983, 5-5-1983, 29-11-1982, 23-5-1981, 30-3-1981, 6-2-1979, 17-10-1978 y 26-7-1978.

Que el requerimiento tiene el valor de una intimación para que se allane el comprador a la resolución y a no poner obstáculos a este modo de extinción, es lo que expresan las sentencias de 9-6-1992, 9-3-1992, 7-10-1991, 9-3-1990, 27-5-1985, 25-1-1985, 10-1-1985, 23-5-1981, 10-4-1981, 28-2-1980, 11-5-1979, 20-10-1977, 30-12-1955 y 28-1-1948.

En las de 5-6-1992 y 20-3-1992 se declara que lo implícito en el requerimiento es señalar el momento en que surge la resolución del nego-

cio jurídico así como poner de manifiesto al incumplidor la intimación del acreedor insatisfecho a que se allane a la resolución del contrato, que precisamente, en virtud de ese requerimiento ha quedado resuelto.

c) *El requerimiento como acto jurídico complejo*

La tesis generalizada del requerimiento-notificación se matiza en algunas sentencias del Tribunal Supremo. En ellas se reconoce la existencia de dos direcciones doctrinales sobre la naturaleza del requerimiento del artículo 1.504. En tal sentido, las sentencias de 1-6-1987, 15-11-1989, 24-2-1990 y 6-11-1991, afirman que para algunos el requerimiento es «una intimación al pago con resolución *ex lege* si este no se produce, mientras que para otros se trata de una notificación resolutoria obstativa al pago sin intimación para que éste se produzca».

Ante la alternativa de si en la estructura del requerimiento se halla como elemento esencial la intimación previa de pago o la notificación resolutoria directa sin necesidad de intimación, se sostiene que no es opuesto a la voluntad resolutoria del vendedor el hecho de que la misma se condicione en el mismo requerimiento al impago de lo debido, «pues no hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro Derecho que impida calificar el requerimiento del artículo 1.504 como un acto jurídico complejo, integrado en su fin principal por una declaración unilateral de voluntad (a la que la Ley anuda un efecto resolutorio contractual) condicionada, es decir, en la que la finalidad última, que es el ejercicio de la resolución, se condicione, en su sentido técnico jurídico, o se subordine al cumplimiento de un acto, el pago por el deudor comprador» (sentencias de 29-11-1982, 25-5-1984, 1-6-1987, 15-11-1989, 24-2-1990, 6-11-1991 y 31-3-1992). Pero no siempre el requerimiento resolutorio eficaz ha de ser el condicionado y constituir un acto jurídico complejo, porque como resulta de la sentencia de 6-11-1991, la doctrina del acto jurídico complejo «no quiere decir que todo requerimiento expresivo de una voluntad resolutoria lleve implícito un requerimiento de pago y el consiguiente señalamiento de un plazo al comprador que no cumplió su obligación de pago».

d) *Eficacia del pacto de un requerimiento resolutorio condicionado a la previa intimación al pago*

Según el tenor de la sentencia de 23-5-1981, el requerimiento prevenido en el artículo 1.504 supone la expresión formal del vendedor de

resolver, *sin que pueda imponérsele al mismo la obligación de requerir previamente de pago*, lo que vendría a contradecir la finalidad perseguida por el precepto, por cuanto implicaría una petición de cumplimiento contractual que si la contempla el artículo 1.124, a cuyo amparo el vendedor puede optar por el cumplimiento o la resolución, esta opción o alternativa no la admite el artículo 1.504, *que está referido sólo al caso de resolución*.

Pero en virtud de pacto, en el artículo 1.504 tiene cabida el requerimiento de pago previo a la notificación de la resolución, o requerimiento resolutorio condicionado a la previa intimación al pago, cuando el comprador ha incumplido su obligación de pagar el precio en el tiempo fijado en el contrato (artículo 1.500 del Código Civil). Ya la sentencia de 30-5-1942 había admitido la posible eficacia de un requerimiento cuyo contenido principal fuera el pago en el caso de que, al mismo tiempo, se hubiera anunciado la resolución ante el incumplimiento. Pero se decía, para el hecho concreto objeto del recurso, que en el requerimiento no se hablaba claramente de resolver el contrato (efectivamente, sólo se conminaba el pago «con el apercibimiento legal correspondiente»), sino únicamente de que se hiciera efectiva la parte del precio no pagada, con lo que «el requerimiento hecho no implicaba al par el designio de lograr el pago inmediato y de anunciar formalmente si no se hacía el propósito resolutorio».

En la sentencia de 30-3-1981 se cuestionaba la eficacia de un requerimiento concebido así, «para que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.504 satisfaga en el acto al requirente lo debido... y si no paga en el acto la suma solicitada, deberá dar por resuelto el contrato». Al siguiente día el comprador puso a disposición del Notario la cantidad reclamada, con lo que no se dió lugar a la resolución, decisión confirmada por el Tribunal Supremo porque tal requerimiento «no obstante la cita del artículo 1.504, no es propiamente el requerimiento resolutorio del contrato que allí se contempla... sino que lo que se insta del comprador es el inmediato pago, y es a la falta de pago en el acto y no a la mora seguida de requerimiento resolutorio a lo que se liga el efecto resolutorio».

De modo general, la validez y eficacia de los pactos de requerimientos de pago previos a la resolución, es acogida en la sentencia de 5-12-1983. Indica, en efecto, que a la normativa genérica del artículo 1.504 puede «establecerse un trámite previo a la sanción resolutoria, que al encontrarse dentro de los límites del artículo 1.255... produce que tal exigencia convenida de que la resolución contractual lo sea previo re-

querimiento, por conducto notarial, de pago, y transcurridos quince días desde que haya sido practicado, no producido, origine una obligación que, conforme al artículo 1.091, tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y debe cumplirse a su tenor, siendo, además, un requerimiento formal previo, específicamente pactado, para que pueda llegar a alcanzarse la efectividad de la resolución pretendida, que no cumplido es impeditiva de viabilidad la sanción resolutoria». Y la sentencia de 19-7-1984 dijo que el artículo 1.504 no prohíbe que antes de la resolución se intente el cumplimiento y que cuando éste fracase sólo queda la resolución como viable.

La más caracterizada sentencia sobre el tema en estudio es de 29-11-1982. La de instancia había partido de la inexistencia de obstáculos legales o formales para que, en un mismo acto notarial, se requiera al cumplimiento de la obligación de pagar el precio aplazado, y, para el caso de no hacerlo, participar al comprador a efectos del artículo 1.504, que se dé por notificado de la resolución del contrato. En el recurso de casación se alegó interpretación errónea del artículo 1.504 por haber decretado el Tribunal *a quo* la resolución, y ello es así, exponía el recurrente, porque la sentencia impugnada rechaza que el requerimiento conjunto estuviera mal efectuado, cuando lo cierto es que en aquella norma no se prevé una conminación previa al pago sino sólo una notificación en la que se opte por la resolución, que es dirigida al comprador para que se allane a resolver el contrato.

El Tribunal Supremo no da lugar al recurso. En la línea de una jurisprudencia muy consolidada, parte de que el requerimiento en el artículo 1.504 no constituye una intimación para el pago, sino una notificación al deudor que obsta al pago y declara la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato. Pero después, por vez primera en forma explícita, en la sentencia se establece que «no obstante, y ello resulta de la simple lectura de los requerimientos notariales, es práctica usual en los mismos que, al tiempo de manifestarse la voluntad resolutoria, se conmine por última vez al comprador para que efectúe el pago, y ese es el caso, por ejemplo, de los supuestos estudiados en las sentencias de 30-5-1942, 26-6-1978 y 10-4-1981». Al mantenimiento de este criterio contribuyen según el Tribunal Supremo diversas razones. Entre otras, las siguientes:

- El hecho de que el requerimiento resolutorio vaya precedido de una intimación última al pago no desprovee al acto de su verdadera naturaleza y fin esencial; y en este sentido se pronunció ya la sentencia de 30-5-1942.

- Según la sentencia de 26-6-1978 el requerimiento expresivo de abonar el precio a los dos días del mismo y si no fuere hecho tener por resuelto el contrato, cumple las exigencias del artículo 1.504 pese a que al principio hubiere una intimación al pago y luego subsidiariamente una voluntad de resolución que hace desaparecer la última posibilidad de enervar el cumplimiento mediante el pago.
- La posibilidad de condicionar el requerimiento resolutorio tampoco choca con ningún postulado, ya sea particular o relativo a la licitud de la condición (artículo 1.116 del Código Civil) o, bien, general, referido al ejercicio normal de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (artículo 7 del Código Civil), por cuanto sólo se hace con ello dar al deudor una última oportunidad para el cumplimiento del contrato evitando la resolución.

Veamos ahora algunos casos concretos.

Sentencia de 24-5-1984. Es válido el requerimiento de pago y subsidiario de resolución realizado simultáneamente o en un mismo acto. No son exigibles actos separados.

Entre las cláusulas del contrato de compraventa figuraba una que decía: «antes de proceder a la resolución será preciso previo requerimiento otorgando un plazo de treinta días para que el comprador pueda regularizar su situación y mantener todos sus derechos». Observaba la sentencia impugnada, que transcurrido aquel plazo nada se opone a que el requerimiento inicial de pago surtiera también el efecto resolutorio del artículo 1.504 si expresamente se hace extensivo a ese efecto el requerimiento principal de pago. Y, efectivamente, así se había hecho, pues en desarrollo de la cláusula contractual, el requerimiento notarial lo fue para que en plazo de treinta días pagara lo adeudado, y de no hacerlo quedaría resuelta la compraventa. No obedecido el requerimiento en cuanto al pago, se siguió el efecto resolutorio al que de modo subsidiario era extensiva la intimación, postura judicial contraria al impugnante quien sostenía la necesidad de un nuevo requerimiento resolutorio tras no ser atendido el requerimiento de pago.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso. El requerimiento efectuado para cumplimentar lo dispuesto en el artículo 1.504 no fue puro y simple como en él se determina, sino que la resolución a que se refiere el requerimiento del caso, presenta una impropia forma condicional, y si bien «en principio la resolución es pura y simple... es compatible con la

práctica usual, ya se emplee el acta notarial o se efectúe el requerimiento mediante acto de conciliación, de que al tiempo de manifestarse por el vendedor la voluntad resolutoria, se ofrezca simultáneamente al comprador en deuda del precio, y ya por última vez, la oportunidad de pagar, con la secuela de que efectuado el pago en los términos de la conminación decaiga la petición resolutoria».

La sentencia de 10-1-1985 trató de un acto de conciliación con requerimiento de que se resolvería la compraventa si no se efectuaba el pago de lo adeudado en el nuevo término fijado. En su transcurso persistió el incumplimiento. El Tribunal Supremo en contra de las pretensiones del recurrente, falló que no es preciso un nuevo requerimiento resolutorio.

Sentencias de 9-3-1990 y 9-11-1990. Se insiste en la compatibilidad de los requerimientos de cumplimiento y de resolución en forma subsidiaria y en la ineficacia, si las peticiones son conjuntas.

En los antecedentes de la sentencia de 9-3-1990 consta que se desestimó en instancia demanda de resolución. Dos requerimientos resolutorios quedaron sin efecto por la posterior concesión de un nuevo plazo al comprador para el cumplimiento y por una propuesta de novación de la deuda que el comprador no aceptó. La petición de resolución contenida en la demanda se apoyaba en otro requerimiento posterior al que meses después siguió la demanda, en la que se dice que desde entonces (el momento del requerimiento) hasta ahora, los vendedores han intentado por todos los medios obtener por vía extrajudicial el pago de lo adeudado. En vista de ello en instancia se desestima la demanda por no encontrar en ella apoyo para un requerimiento resolutorio, sino más bien para un requerimiento de pago, posiciones incompatibles, por lo que acoge la reconvencción con la que el comprador consignó todo lo debido, condenándose al vendedor a otorgar escritura pública de venta. En la decisión del recurso el Tribunal Supremo dijo que el requerimiento del artículo 1.504 presupone la expresión formal del acto volitivo del vendedor de dar por resuelto el contrato por incumplimiento del pago del precio, sin que, al mismo tiempo, pueda imponerse la obligación de requerir previamente de pago (sentencia de 23-5-1981), pues tal requerimiento de resolución obsta al pago del precio que se haga fuera del plazo convenido. El recurso pretende compatibilizar la voluntad resolutoria con la posibilidad de pago, lo que es inviable al amparo del artículo 1.504.

Sentencia de 9-11-1990. En el requerimiento notarial se daba un plazo de tres días para el pago de lo debido, y si, transcurridos, no se ha ve-

rificado, la voluntad del vendedor será la de resolver el contrato. Declaró el Tribunal Supremo que son compatibles de forma subsidiaria las peticiones de cumplimiento y de resolución; la incompatibilidad de esas peticiones surge cuando se solicitan al mismo tiempo, pero no es obstáculo formular petición alternativa o subsidiaria (sentencias de 15-12-1989, 28-12-1989 y 9-3-1990).

La eficacia del requerimiento resolutorio condicionado a que no se atienda el requerimiento para el pago en nuevo término, está expreso o implícito en otras sentencias que reputan válidas las cláusulas que prevén un previo requerimiento de pago seguido de notificación resolutoria para la eventualidad del incumplimiento. La sentencia de 7-10-1991 no sancionó la resolución, porque, mediante acto conciliatorio, lo único que manifestó el vendedor fue un requerimiento para el pago de letras de cambio insatisfechas y anunciarle que si no las pagaba daría por resuelto el contrato, requerimiento de pago que fue cumplido, por lo que quedó sin virtualidad resolutoria alguna. Según doctrina de la sentencia de 24-2-1990, no es atendible la impugnación de un requerimiento por subordinarse la resolución del contrato al plazo concedido para el cumplimiento de sus obligaciones, manifestada como está en forma clara y rotunda la voluntad resolutoria. La sentencia de 31-3-1992 establece que la voluntad resolutoria no se opone a que en el mismo requerimiento el vendedor emplazara al comprador para que con anterioridad haga efectivo lo adeudado.

4. MOMENTO DE LA FORMULACIÓN DEL REQUERIMIENTO

El requerimiento es un acto anterior al eventual ejercicio de la acción resolutoria en vía judicial. Formalmente distinto y cronológicamente anterior a la demanda de resolución. De ahí que frente a una demanda de resolución por incumplimiento no precedida por acto separado de un requerimiento formal, la acción deba rechazarse y al deudor le quede abierta la posibilidad de cumplir. Que ni la demanda ni tampoco la reconvencción cumplen el presupuesto del previo requerimiento, fue recogido ya en la sentencia de 1-5-1946 al establecer que los requerimientos notariales o judiciales han de ser siempre «previos a la interposición de la demanda que se haya de promover para que la resolución se declare». La sentencia de 30-12-1955 insistía en que el requerimiento atendido su fin... ha de ser diferente y previo a la demanda, ya que constituye antecedente de la disolución del vínculo contractual; en lo que coinciden las

sentencias de 16-11-1977 y 30-3-1981 (el requerimiento es requisito a cumplir antes de la demanda), y amplía la de 28-2-1980, al entender que el presupuesto del requerimiento no se cumple por el hecho de presentar demanda solicitando la resolución del contrato, porque la resolución se produce por el hecho de haberse realizado el requerimiento... y sólo en el caso de que la declaración resolutoria se impugne y no se acepte por el comprador, ha de quedar sometida a la decisión en el procedimiento que corresponda, de la autoridad judicial. Por su parte, la sentencia de 20-4-1988 entendió cuando el requerimiento de resolver el contrato se contiene en la propia demanda iniciadora del procedimiento resolutorio, existen serias razones que impiden concederle eficacia, siendo una de ellas el carácter recepticio del acto de requerimiento, que obsta a la posibilidad de tenerle por cumplido con la sola manifestación del vendedor, ya que esta declaración de voluntad ha de ser transmitida al comprador demandado. Otras sentencias destacan también la necesidad del requerimiento preliminar (sentencias de 5-11-1989, 6-5-1991 y 9-9-1991).

Son admisibles, sin embargo, los requerimientos posteriores a la demanda formulada por el comprador. Es el caso de la sentencia de 8-7-1933. Establecía que el derecho de resolver no puede quedar enervado por haberse hecho los requerimientos después de que el comprador promoviera su demanda pidiendo el cumplimiento con otorgación de escritura pública, porque el cuasicontrato de *litiscontestatio* no se produce hasta la constestación o reconvencción, en su caso, como así hicieron los demandados, colocándose previamente en situación legal para ello, practicando los requerimientos no obstaculizados por la ley y en tiempo hábil por no haberse trabado la litis.

Cuestión distinta a la de la esencialidad del requerimiento como acto previo a la demanda, es la de la validez del requerimiento intimatorio a la resolución que se emite y llega a su destinatario antes de que la deuda sea vencida y exigible —cuando el deudor no tiene deber alguno de cumplimiento— pero condicionados sus efectos a que la prestación continúe impagada a su vencimiento. Se parte de la inexistencia de cláusulas contractuales de exigibilidad anticipada.

Una solución no comprometedora es afirmar que como en el artículo 1.504 la obligación tiene señalado un término, es inviable cualquier tipo de requerimiento en tanto aquél no se haya agotado, porque hasta el último momento puede cumplir el deudor. Pero puede llegarse a otro resultado distinguiendo dos momentos: el de la emisión del requerimiento y el de la producción de los efectos pretendidos por él. Ya se

trate de requerimientos puramente resolutorios o de requerimientos en los que la resolución se condiciona al impago, debe admitirse la validez de los requerimientos *ante diem*. En Derecho romano (D. 22.1.32) las intimaciones reclamando el cumplimiento debían hacerse *opportuno tempore*, lo que equivalía a la imposibilidad de invitar a pagar antes del vencimiento. Pero es distinto el requerimiento hecho antes del vencimiento que el requerimiento para resolver *ante tempus*. Con el primero se requiere antes del vencimiento de la obligación pero sólo para resolver si subsiste el impago una vez que la obligación sea vencida, lo que representa una situación más favorable para el deudor –al conocer anticipadamente la voluntad del acreedor– que el requerimiento coetáneo con el vencimiento, que impone o un cumplimiento inmediato o la resolución automática. Es cierto que conforme al artículo 1.125 del Código Civil las obligaciones a plazo suspensivo determinado únicamente serán exigibles cuando el día llegue, pero con el requerimiento anticipado al que nos estamos refiriendo no se pretende la resolución inmediata, sino en el momento en que la obligación sea exigible y no haya sido realizada la prestación. No se opone a la solución propuesta la sentencia del Tribunal Supremo de 23-2-1968, cuando declara que instada la resolución antes de expirar el término pactado se ha violado el artículo 1.504 del Código Civil al no haber acaecido aún la situación de incumplimiento que exige el precepto. Y no se opone, porque en los antecedentes consta que antes de que transcurriera el plazo pactado de dos años para el pago, los vendedores requirieron notarialmente al comprador interesado que se allanara a la resolución del contrato, lo que motivó que el comprador demandara consignando la suma adeudada y solicitando la declaración de ineficacia del requerimiento al no haber expirado todavía en su fecha el plazo para el cumplimiento de la obligación. De donde se desprende que el requerimiento resolutorio fue emitido y notificado antes del vencimiento de la obligación con la finalidad de que produjera efectos resolutorios inmediatos o desde luego, tratándose, en definitiva, de un requerimiento directo, puro y simple, no condicionado a que llegado el *dies ad quem* subsistiera la relación de crédito-deuda entre el vendedor resolvente y el comprador incumplidor.

Después de redactado este trabajo en sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1994 se reconoce la validez del requerimiento *ante tempus* en los términos antes expuestos. El recurrente había alegado infracción del artículo 1.504 al carecer de eficacia el requerimiento resolutorio dirigido en fecha anterior a la señalada para el cumplimiento de la obligación de pago. Tesis que se rechaza, porque aunque el requerimiento notarial se hizo antes del vencimiento del segundo plazo los hechos

son «claramente expresivos de la voluntariedad resolutoria de la compra-venta para el caso de impago en la fecha pactada, dando así cumplimiento a lo establecido en el artículo 1.504, en el cual no se exige que el requerimiento sea posterior al impago, y no hay obstáculo legal alguno para que esa voluntad obstativa al pago se manifieste con antelación al vencimiento de la obligación pero para que produzca efectos producido el impago».

5. ASPECTOS FORMALES DEL REQUERIMIENTO

Son declaraciones recepticias aquellas que sólo adquieren valor si llegan a conocimiento pleno del destinatario, debiendo completarse su forma normal a través de una actividad ulterior llamada notificación. Con el requerimiento resolutorio, en cuanto declaración unilateral de voluntad recepticia, ha de llevarse a conocimiento del deudor por medio de la notificación, —elemento necesario a todo acto de participación— la actividad jurídica realizada por el acreedor. Pero como esa voluntad recepticia es, al mismo tiempo, solemne, la perfección del requerimiento se debe actuar por un acto formal de notificación, apareciendo así la notificación como acto transmisor de las declaraciones con destinatario determinado. Y a diferencia de las intimaciones al pago constitutivas de la mora, que permiten incluso los conductos extrajudiciales privados (artículo 1.100 del Código Civil), el requerimiento resolutorio exige necesariamente la forma pública (judicial o notarial), único modo de quedar probado de manera plena y de asegurarle, normalmente al comprador, una actitud congruente, que genera, a su vez, la obligación para el vendedor de cuidar que el contenido del requerimiento sea exacto, para que el comprador le conozca con precisión a fin de poder allanarse, si es cierto en su integridad, o de construir jurídicamente su oposición a la resolución, en otro caso.

El Tribunal Supremo refiriéndose a las actas de notificación resolutoria, ha establecido (sentencias de 1-2-1985, 21-5-1991, 17-12-1992) que el fin de la noticia o la voluntad insitas en ellas es el que «lleguen efectivamente al destinatario, en especial las que exijan una actitud o contestación, con objeto de preservar en todo caso su derecho (norma de garantía) y su ejercicio dentro del plazo (garantía también del notificante)». Y también (sentencias de 27-5-1985, 20-4-1988), que las notificaciones, judicial o notarial, son las únicas fehacientes y garantizadoras de la realidad del hecho notificante.

a) *El requerimiento como declaración de voluntad recepticia*

Que el requerimiento integra una declaración de voluntad unilateral, recepticia y solemne, o que ha de llegar a conocimiento del destinatario a través de una forma determinada, es un hecho reconocido de modo reiterado y sin excepciones por el Tribunal Supremo. La esencialidad de constituir siempre una declaración recepticia se halla, entre otras, en las sentencias de 23-9-1959, 22-12-1978, 16-11-1979, 11-2-1991, 11-7-1991 y 6-11-1991. En consecuencia, la no recepción del requerimiento por el comprador o si llega a su poder pero en forma no solemne, imprecisa o defectuosa, es determinante de la ineficacia del requerimiento.

Al requerimiento es esencial el fin de ser comunicado, debiéndose acreditar la recepción de la voluntad resolutoria (sentencias de 24-2-1990 y 15-4-1981). Para la sentencia de 23-5-1981, el requerimiento es la expresión formal del acto volitivo del vendedor de dar por resuelto el contrato, y para que pueda producir plenos efectos es indispensable que el comprador tenga conocimiento de tal acto volitivo. Y la de 5-5-1983, puntualizó que el requerimiento no es otra cosa que la forma de manifestar fehacientemente el vendedor su voluntad resolutoria al objeto de que el comprador quede enterado de ella.

Aunque la sentencia de 15-4-1982 no resuelve si el acto de recepción por el destinatario debe considerarse como acto en sí mismo o como complemento del acto a él dirigido —lo que puede repercutir en la capacidad exigida al destinatario— decayó la resolución pretendida al no aparecer acreditada la recepción del requerimiento formal hasta un momento posterior al acto conciliatorio en el que tuvo lugar la consignación del precio. La sentencia de 5-6-1981 reputó improcedente la resolución al no justificarse la existencia de un requerimiento previo a un acto de conciliación en el que el vendedor dio por resuelto el contrato, pero sin estar presentes, por no haber comparecido, los demandados, con lo que ninguna constancia existe de haber sido formal y adecuadamente requeridos a tal finalidad resolutoria.

b) *El requerimiento como declaración de voluntad solemne: requerimientos notariales y judiciales*

La notificación debida de la determinación volitiva dirigida a la resolución, se sujeta a formas *ad substantiam* para producir la consecuencia

jurídica pretendida. Sus formas típicas son el requerimiento judicial (actos de reconciliación) y el requerimiento notarial (actas notariales).

— Las actas notariales, de simple notificación y de requerimiento, se hallan reguladas en el Reglamento Notarial y tienen por objeto, las primeras, dar a conocer a la persona notificada una información, o una decisión del que solicita la intervención notarial, y las de requerimiento, además, intimar al requerido para que adopte una determinada actitud (artículo 202 del Reglamento). La forma que deben adoptar y sus efectos, se extienden al requerimiento del artículo 1.504 del Código Civil, dado que el artículo 206 del Reglamento Notarial dispone que las notificaciones o requerimientos previstos por las leyes sin especificar sus requisitos o trámites, se practicarán del modo que se determina en los artículos 202-205. No se ha cuestionado nunca esa aplicabilidad teniendo en cuenta la remisión implícita que hace la norma reglamentaria. Por ejemplo, en la sentencia de 11-7-1991 se decía que el acta notarial resulta eficaz a los efectos resolutorios del artículo 1.504, en cuanto es requisito necesario que se dé la previa declaración de voluntad del vendedor expresada auténticamente de esta forma instrumental pública.

Sí, fue, en cambio, discutida la validez del requerimiento concluido por carta certificada con intervención de Notario. Se negó en la sentencia de 25-6-1977 la eficacia del requerimiento resolutorio a través de carta certificada con acuse de recibo. El argumento era que faltaba el cumplimiento de las formalidades del requerimiento si se considera que su forma *ad solemnitatem* no puede ser suplida por el mero depósito, aún por conducto notarial, en Correos de carta certificada con acuse de recibo, pues, tal depósito no es equiparable al requerimiento notarial. Y no puede equipararse porque el artículo 202 del Reglamento al prevenir la posibilidad de que los Notarios *efectúen notificaciones* por medio de carta remitida en correo certificada con acuse de recibo, lo es sobre la base de que no tenga carácter requisitorio, con lo que se está significando su ineficacia cuando afecta a requerimientos que, como el de la compraventa de inmuebles, tiene carácter requisitorio.

El último inciso del artículo 202 del Reglamento Notarial de 2-6-1984 —permisivo exclusivamente de que las notificaciones no requisitorias pudieran hacerse por correo certificado— fue modificado por el Real Decreto de 8-6-1984 para incluir los requerimientos, por lo que el Tribunal Supremo ajustándose a la nueva redacción, ha declarado (sentencias de 1-2-1985 y 27-5-1985) que se han allanado las dudas respecto al

requerimiento hecho por medio de Notario, atenuándose el rigor derivado del Reglamento Notarial en armonía con la reforma operada en el artículo 202 por el Real Decreto de 8-6-1984, que al no distinguir entre notificación requisitoria y no requisitoria, permite concluir sobre la validez del requerimiento notarial verificada por correo con acuse de recibo, sin la intervención personal de fedatario cerca de la persona del notificado, pero, naturalmente, sin obviar el acta notarial y la justificación del recibo de la carta con el certificado de la oficina de Correos. En definitiva, lo único que se rechaza es la notificación particular por medio de Correos, que, con independencia de su contenido, no está incluida en la previsión del artículo 1.504.

A partir de las sentencias citadas, otras muchas han reconocido la corrección formal del requerimiento notarial del artículo 1.504 cuando ha sido practicado por correo en la forma expresada en el artículo 202 del Reglamento Notarial, por lo que surtirá plena eficacia en cuanto se acredite que llegó al destinatario (sentencias de 27-4-1988, 11-4-1990, 21-5-1991 y 17-12-1992).

— A pesar de su objetiva amplitud, el término de requerimiento judicial reflejado en el artículo 1.504, sólo abarca el realizado por acto de conciliación válidamente tramitado, excluyéndose los que puedan verificarse en virtud de demanda o de reconvencción, actos procesales que no cumplen el presupuesto de que los requerimientos han de ser previos al ejercicio de la acción resolutoria del contrato. Pero tampoco las demandas de conciliación actuarán como requerimientos eficaces cuando por razón de las características del proceso no deban admitirse a trámite (artículos 460 de la L.E.C.), ni cuando tratándose de procesos no exceptuados, no aparezca con claridad la pretensión deducida por el actor. En cualquier otro caso serán suficientes para expresar la voluntad resolutoria, porque con la comparecencia se entregará al demandado papeleta de conciliación (artículos 467, 468 de la L.E.C.) con la que habrá conocido el *petitum* o reclamación, y ello con independencia de la comparecencia material al acto (artículo 469 de la L.E.C.) o de que haya habido o no avenencia (artículo 471 de la L.E.C.).

En numerosas ocasiones el Tribunal Supremo ha manifestado que el acto de conciliación, con avenencia o sin ella, como preliminar del ejercicio de la acción resolutoria por la que se intima al comprador a allanarse, es medio hábil para cumplir el requisito formal del requerimiento en el artículo 1.504 (por ejemplo, sentencias de 30-10-1956, 19-7-1984,

26-2-1985, 1-6-1987, 26-1-1988, 12-6-1989, 20-10-1989 y 7-10-1991), al estar integrado por el acto de citar al deudor con la papeleta que previene la ley, en la cual puede contenerse la voluntad resolutoria del contrato dirigida al comprador demandado, quien de ella tendrá conocimiento al recibir la citación judicial para el acto, con lo que se cumple el carácter recepticio del requerimiento, que, por consiguiente, no operará si la citación y entrega de la papeleta no se realizó en la forma prevenida (sentencia de 27-5-1985), pero, en otro caso, basta con que se acredite la efectiva citación para comparecer, pues la no asistencia al acto ha de entenderse como una manifestación más de la deliberada voluntad rebelde al cumplimiento (sentencias de 8-5-1982 y 9-6-1992).

Si la demanda de conciliación no admitida a trámite, cualquiera sea la causa, carece de eficacia como requerimiento, la celebración del acto de conciliación ante Juez incompetente no invalida el requerimiento: Así lo ha resuelto la sentencia de 26-2-1985. Entre otras razones, se esgrimen las siguientes. Que el artículo 1.504 al prever el requerimiento obstativo al pago, permite el judicial o hecho a través del Juez, sin más requisitos, en cuanto la intención de la norma es el traslado del requerimiento a una parte contratante, no a una parte procesal, la finalidad del requerimiento es notificar la voluntad resolutoria, y se cumple en cuanto llegue a conocimiento del comprador, sea o no competente por razón del territorio el Juez conciliador, dado que su actuación es de garantía o fehaciencia, porque la entrega de la papeleta por el Secretario convierte la notificación en real, auténtica e indubitable; porque es el criterio seguido respecto al efecto de la conciliación para interrumpir el tracto prescriptivo. A lo que debe añadirse que, en su tenor literal, el artículo 464 de la L.E.C. preve que se susciten cuestiones de competencia ante el Juez que se promueva el acto de conciliación, y el único efecto de tal planteamiento es el de que se tendrá por intentada la comparecencia, sin más trámites posteriores.

6. INEFICACIA DEL REQUERIMIENTO RESOLUTORIO

Así como la inobservancia de las formas extrínsecas determinadas legalmente hacen al requerimiento inválido *ipso iure*, también una forma intrínseca mínima será exigible, aunque ésta no condicione la eficacia siempre que jurídicamente el acto sea de requerimiento y que en él se delimite e individualice con claridad el objeto del requerimiento.

– El requerimiento pretende la resolución por impago total o parcial de la prestación debida y exigible. Si se refiere a otra distinta, por su origen o su cuantía, no será productor de efectos. En principio resulta absolutamente indispensable la correlación entre el objeto del requerimiento y el *quantum debeatur*. Mas son de interés, singularmente en los requerimientos resolutorios condicionados al impago, los supuestos en que su objeto está constituido por una suma mayor de la debida (requerimientos de pago excesivos). No es posible sostener para estos casos que el requerimiento sea eficaz por la parte realmente debida, sino que debe predicarse la general ineficacia, a no ser que resulte probada la imposibilidad absoluta del comprador para haber atendido un requerimiento correcto, o que se deba a un manifiesto equívoco en la transmisión de la voluntad, formada y exteriorizada por el vendedor de modo exacto y con indicación del origen del crédito.

Sin embargo, lo que aquí se sostiene ha sido rechazado por la sentencia de 22-1-1991. En el requerimiento en cuestión se especificaba que por la falta de pago el vendedor da por resuelto el contrato, lo que se notificó a los efectos correspondientes. Decretada la resolución, el comprador fundó su impugnación en que en el requerimiento se habían acumulado al valor de la letra vencida y no pagada, que es el precio, unos gastos de comunidad ajenos al precio de la compraventa, y unos gastos judiciales, ajenos también, que son los intereses acumulados. Al Tribunal Supremo no le convence el argumento del comprador de que un requerimiento de tales características no es el idóneo para fundar la acción resolutoria al incluir en él conceptos económicos que no forman parte del precio, por lo que la sentencia de casación concluye que lo fundamental es que en el requerimiento se expresa de manera taxativa la falta de pago de la cambial, que se refería a la parte del precio pendiente, y ello con independencia de que, además, se aproveche para advertir al destinatario que también tiene incumplidos otros débitos que se comprometió a satisfacer.

– Requerimientos defectuosos por imprecisos o por falta de concreción del *quantum*, han hecho decaer la acción resolutoria, como lo prueban las sentencias del Tribunal Supremo que se relacionan.

En los hechos de la sentencia de 4-6-1958 constaba que el vendedor se había limitado a hacer la notificación de que quedaba resuelto el contrato celebrado, pero silenciando otro que constituía no ya su antecedente, sino que lo integraba, y que había sido cumplido en su mayor parte.

Se entendió que tal requerimiento era ineficaz por no referirse al todo y sí sólo a una parte. La sentencia de 16-11-1979 no consideró válido un requerimiento que adolecía de imprecisiones, al no constar plazos, ni cantidades impagadas. Es improcedente la resolución para la sentencia de 14-5-1982, porque no se fijaba con claridad el precio aplazado por hallarse pendiente la tramitación de un préstamo hipotecario. Tampoco fue atendida la resolución en la sentencia de 7-3-1983 por los confusionismos, contradicciones e incertidumbres en cuanto a lo realmente debido. Declaró inadmisile la resolución la sentencia de 6-7-1989, porque había que conceder la debida transcendencia a los términos en que el requerimiento fue formulado, que omitió tanto la realidad del precio concertado como el hecho de que habían sido entregadas por el comprador cantidades mayores de las que los vendedores confesaban tener recibidas. En la sentencia de 9-9-1991 se sostuvo que el pretendido requerimiento notarial es ambigüo, como se desprende de la propia rectificación que el vendedor efectuó en relación con la cuantía del precio que al principio denunciaba como insatisfecho, concluyendo que para la producción del efecto resolutorio, la manifestación de voluntad del vendedor ha de ser clara, inequívoca y directa.

– También pueden estar privados de eficacia los requerimientos que se acomoden totalmente a las formas extrínsecas e intrínsecas requeridas, si, con posterioridad a su emisión, el comportamiento del vendedor revela su incompatibilidad con la exteriorizada voluntad de resolver. Tal sucederá cuando se acredite una *contraria voluntas* modificativa neutralizadora de los efectos resolutorios del anterior requerimiento, lo que llevará automáticamente a su extinción, con el efecto de que subsiga un válido cumplimiento total por el comprador. Voluntad contraria, posterior al requerimiento, que puede manifestarse en forma expresa o por actos concluyentes, como pretender el cumplimiento, aceptar pagos o iniciar conversaciones con el comprador y darle nuevas facilidades para el cumplimiento de la prestación debida. Situaciones admitidas ya en Derecho romano para supuestos análogos, como cuando se entendía haber renunciado al pacto comisorio quien, una vez producido el incumplimiento por el deudor, hubiera aceptado, en todo o en parte la contraprestación debida (D. 18.3.2.) o bien hubiera promovido juicio para obtenerla (D. 18.3.7).

La ineficacia por esta causa para los requerimientos formales ha sido reconocida también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Unas veces por aparecer expreso el cambio o modificación de la voluntad de resolver. Es lo acaecido con los hechos proporcionados por la sentencia de 10-10-1987. Se trataba de un pacto contractual por el que el vendedor modifica y deja sin efecto un requerimiento judicial anterior al concederse al comprador una prórroga o aplazamiento en el pago de las cantidades pendientes de satisfacer. El Tribunal Supremo se pronunció en contra de la resolución pretendida diciendo que resulta preferente el cumplimiento de cualquier pacto negocial dentro de los límites del artículo 1.255 del Código Civil y mal puede compaginarse la voluntad del vendedor de resolver el contrato con la concesión, dos meses después del requerimiento, de un nuevo plazo al comprador facultándole para que pueda cumplir las obligaciones pendientes.

Manifestaciones tácitas de voluntad en virtud de variados *facta concludentia*, invalidatorios de precedentes requerimientos de resolución, están presentes en otras sentencias del Tribunal Supremo.

En los hechos dados por la sentencia de 15-11-1989, constaba que en una de las cláusulas contractuales se había establecido que de no pagarse en el plazo convenido, la venta quedaría resuelta. Pero, llegado ese momento, el vendedor requirió de pago, y entregada la cantidad a cuenta del precio por el comprador, la aceptó, quedando otra pendiente. Se formula demanda después en la que el vendedor insta la resolución en base al pacto contractual. Admitida esta tesis por las sentencias de instancia, el Tribunal Supremo da acogida al recurso del comprador anulando la resolución, porque aparte de que la conducta del comprador no merece el calificativo de auténtico infractor, ante el primer y único requerimiento notarial de pago del resto del precio fue entregada una cantidad, que es aceptada por el destinatario o acreedor, de lo que se deriva que con su decisión de aceptar está renunciando a instar la resolución para cuando el requerimiento no fuera atendido, pues aún cuando el pago fuere parcial determinó la receptividad cooperante en orden a la *solutio* del vendedor.

De la sentencia de 9-3-1990 se extrae que un vendedor formuló dos requerimientos resolutorios y que, después de ellos, concedió un nuevo plazo al comprador para el pago con una propuesta de novación no aceptada. Hizo un nuevo requerimiento de resolución, ahora practicado judicialmente, y desde este momento hasta la presentación de la demanda, se había intentado por vía extrajudicial el cobro de la cantidad adecuada. El Tribunal Supremo no dio lugar a la resolución porque el ven-

dedor recurrente «ha desvirtuado con su propia demanda la naturaleza del requerimiento de resolución hecho anteriormente, lo mismo que repetidamente había hecho con anterioridad en sus otros dos intentos de resolución y una propuesta de novación, también contraria a la resolución».

La sentencia de 13-12-1990 parte de la existencia de un requerimiento intimatorio al cumplimiento contractual que, de no aceptarse, daría lugar a la resolución del contrato; pero después de ese requerimiento, ante el impago, se continuaron gestiones y conversaciones entre los contratantes respecto al cumplimiento de lo convenido. El Tribunal Supremo declara que el requerimiento resolutorio del artículo 1.504 pierde su eficacia cuando con posterioridad al mismo han existido conversaciones tendentes al cumplimiento del contrato.

En la sentencia de 15-4-1991 se expresa que «esta Sala tiene desde antiguo reconocida la doctrina de que la existencia de convenios para el cumplimiento del contrato, celebrados con posterioridad al requerimiento de resolución a que alude el artículo 1.504, deja sin efecto la virtualidad resolutoria».

La sentencia de 19-12-1991 entendió que no concurrían todos los requisitos del requerimiento del artículo 1.504, cuando el propio vendedor voluntariamente dejó sin eficacia el requerimiento resolutorio al admitir pagos parciales posteriores. La misma interpretación de que los pagos posteriores obstaculizan la resolución, se halla en las sentencias de 30-12-1955, 11-5-1979 y 1-3-1982.

No se opone a la doctrina de las sentencias últimamente referidas la que se desprende la sentencia de 24-5-1984. En ella se dió lugar a la resolución aún cuando había mediado el pago por letra de cambio cuyo vencimiento era posterior al requerimiento resolutorio. Mas hay que aclarar que el abono se hizo, no al vendedor resolvente, sino a un tercero, el tomador, quien las presentó al cobro, representado por una entidad bancaria. Según lo mantenido por el comprador recurrente, un vendedor que ha solicitado la resolución y acepta después el pago de parte del precio (en este caso el importe de una letra), no hace otra cosa que dejar sin efecto, por sus propios actos de aceptación del pago parcial, los anteriores requerimientos resolutorios, pretendiéndose que, en tales casos, para el efecto resolutorio es necesario un nuevo requerimiento a los compradores en el que conste la nueva decisión de resolver la compraventa. Sin desconocer que en un plano general el planteamiento es

correcto, el Tribunal Supremo mantiene una distinta interpretación para los pagos posteriores derivados de letras de cambio, y con antecedentes en la sentencia de 3-12-1982, declara que el pago de cambiales realizado después de llevarse a cabo el requerimiento resolutorio, carece de esa eficacia y no puede revitalizar el contrato resuelto, ya que no emana de una actuación directa del vendedor sino que es una mera incidencia de la negociación de las letras; para que se produzca vinculación por acto propio, se requiere que emane éste de un comportamiento claramente revelador de una actividad intencional contraria a la pretendida, o cuando menos que realmente la contradiga, situación que no pueda darse cuando los actos no provengan del personal actuar del resolvente y en la que no cabe comprender la actividad de terceros (los tomadores). Además, se resalta para el supuesto, que la notificación de la resolución contractual, ya de por sí implica la negativa a la eficacia en contra de ella de cambiales que, vencidas con posterioridad, sean presentadas al cobro por el tomador, y cuyo abono, a pesar de la notificación de resolución, lo único que puede determinar es la devolución o liquidación del importe abonado en tal forma extemporánea.

7. LA OPOSICIÓN AL REQUERIMIENTO RESOLUTORIO. CAUSAS Y EFECTOS SUSTANTIVOS Y REGISTRALES

a) La notificación del requerimiento puede originar la resolución extrajudicial *ipso iure* de la compraventa, dado que la facultad resolutoria es ejercitable válidamente mediante declaración de voluntad dirigida a la otra parte; pero serán los Tribunales quienes *declaren* (sentencia de 20-10-1989 y 9-3-1989) la procedencia de la resolución, actuada necesariamente por vía directa o reconventional, pero no como excepción (sentencia de 15-6-1993), cuando sea impugnado (sentencias de 15-6-1993, 30-3-1992, 14-6-1988, 1-6-1987 y 19-11-1984). La resolución extrajudicial no es, por tanto, automática o de pleno derecho, cuando, en lugar del allanamiento, en el acto de notificación del requerimiento formal resolutorio, se rechaza éste formulando explícita oposición. El rechazo del comprador, que es la explicación negativa a aceptar la decisión de resolución adoptada por el vendedor, impide la perfección de la extinción del contrato. Su oposición hace decaer la situación jurídica a crear con el requerimiento resolutorio que era la resolución extrajudicial. Pero no es eficaz una oposición abstracta o genérica. Como el éxito de la resolución, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se subordina a que el vendedor haya cumplido sus obligaciones principales, la oposición a ella deberá construirse básicamente justificando que el impago trae su

causa del incumplimiento por el resolvente (*inadimplenti non est adimplendum*), lo que, al tiempo que justificaría el retraso del comprador, constituiría un obstáculo para la producción de los efectos reales de la resolución pretendida. Pero también podrá fundarse la oposición en que el requerimiento carece de los requisitos internos y formales exigidos para su eficacia o en la negación del incumplimiento propio.

En la generalidad de los casos que han tenido acceso a la casación, se trataba de compradores que rehusaron la acción resolutoria unilateral mostrando su oposición expresa y directa o que utilizaron la demanda reconvenzional, alegando como causa el incumplimiento por el resolvente de las obligaciones contractuales asumidas. La prosperabilidad o no de las tesis impugnatorias ha estado condicionada en todos los supuestos por la prueba de un verdadero incumplimiento del vendedor, no por el incumplimiento de obligaciones accesorias.

La sentencia de 21-9-1993 advierte que el hecho incumplidor ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte, por lo que no basta aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan por su escasa entidad que el acreedor obtenga el fin económico del contrato. La sentencia de 9-7-1993, recordando la doctrina de otras precedentes (sentencias de 25-6-1985, 8-5-1975, 27-12-1971, 18-11-1970), afirma que no han de entrar en el conjunto valorativo del comportamiento, los actos de incumplimiento del vendedor si recaen sobre aspectos accesorios o complementarios.

En armonía con estos principios generales, existen sentencias que, desenvolviéndose sobre puntos concretos, rechazaron la oposición a la acción resolutoria del vendedor, porque el comportamiento infractor alegado no era posible inscribirlo en el área de incumplimientos definitivos sino en la de cumplimientos inexactos reflejados en ejecuciones defectuosas de la obligación de entregar el inmueble objeto de la compraventa. Así, para la sentencia de 22-10-1987 no se incumple la obligación de entrega en los términos del artículo 1.461, porque los defectos originarios del inmueble vendido suponían una mera ejecución defectuosa de la prestación sin entidad suficiente para determinar la suspensión del pago alegado, y respecto de los cuales no se ha demostrado que provocasen la inhabilitación del edificio ni la imposibilidad de obtener de él la utilidad que le es propia y para cuyo disfrute se adquirió. La sentencia de 5-11-1987, no dio lugar a la oposición a la resolución, porque no constaba que el comprador hubiera mostrado su disconformidad con el estado

de la vivienda adquirida antes de la contestación al requerimiento notarial, en la que aludió a defectos constructivos, pero «la existencia de esos defectos, por su escasa importancia cualitativa y cuantitativa, no permite generar la hipótesis de haber mediado un incumplimiento contractual de la entidad vendedora previo al imputado a la contraparte». Por último, en la sentencia de 6-11-1987, la deficiente calidad de algunos materiales empleados en la construcción no se valoran como de importancia suficiente para paralizar la resolución, por cuanto el leve incumplimiento del vendedor que entrega la cosa con pequeñas deficiencias no le convierten en incumplidor.

b) Al contrario, las pretensiones impugnatorias del comprador han prosperado cuando la conducta del vendedor ha dado lugar a la frustración definitiva del fin del contrato, incumpliendo las específicas obligaciones que, relacionadas con la entrega de la cosa, se imponen legalmente en forma determinada (artículo 1.461, 1.468, 1.469, 1.474 y 1.483 del Código Civil). He aquí, ahora ordenados sistemáticamente, los casos y las causas de oposiciones a la resolución acogidos por el Tribunal Supremo.

– *Incumplimiento de la obligación de entregar el inmueble conforme a lo convenido y en el estado en que se halle al tiempo de la venta*

La sentencia de 1-6-1992 valoró el siguiente hecho: en un requerimiento notarial el vendedor había solicitado el pago del resto del precio; el comprador no sólo no le atendió sino que presentó demanda en la que justificaba el incumplimiento del vendedor por deficiencias graves en la construcción, pidiendo su condena a realizar una serie de obras (instalación de aire acondicionado, entre otras), momento en el que abonaría lo adeudado. El vendedor, en reconvención, ejercitó la acción resolutoria. El Tribunal Supremo condena al vendedor-demandado a realizar las obras que faltaban y al posterior otorgamiento de la escritura, porque «la oposición de la actora al requerimiento de pago por las deficiencias de la construcción justifican su conducta y enervan así cualquier acción de resolución».

Se destaca en la sentencia de 8-7-1993 que el comprador demandado opuso a la acción resolutoria la excepción de incumplimiento, que fue estimada por la sentencia *a quo* porque el vendedor no había cumplido las obligaciones que le incumbían al no haber concluido las obras en la parcela y el chalet vendidos. Criterio ratificado por el Tribunal Supremo

porque las obras no terminadas tenían importancia para el conjunto de lo vendido y para la vivienda, aunque ésta fuera habitable, y su no terminación frustra las expectativas contempladas por el comprador.

En la sentencia de 2-2-1990 se acoge la oposición del comprador a la acción resolutoria porque la superficie del inmueble vendido era inferior a la que figuraba en el contrato. Si la sentencia de instancia aceptó la resolución al no poder calificarse la conducta del vendedor como incumplidora, el Tribunal Supremo revoca porque «la acción de la parte que exige la extinción de los efectos del contrato, ha de estar apoyada en un previo acatamiento de cuanto a ella le incumbe por el sinalagma funcional, y mal puede predicarse esa conducta en la parte actora cuando la misma Sala *a quo* le atribuye una suerte de culpa leve en el cumplimiento de su prestación, por lo que, en todo caso, podía haber instado una acción de *adempimenti contractus*».

En el supuesto estudiado de la sentencia de 17-6-1988, en instancia se estimó la acción resolutoria rechazándose la reconvención del comprador. El Tribunal Supremo rectifica porque no se cumplen por el vendedor las obligaciones de entrega adecuada del piso, como exige el artículo 1.461 del Código Civil, con plena adaptación a las normas urbanísticas de construcción, porque al tiempo de celebrarse el contrato y del requerimiento resolutorio, la superficie no se hallaba acomodada a la legalidad vigente, con la consiguiente posibilidad de demolición.

Es conforme la sentencia de 7-2-1984 con la oposición del comprador, porque no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones, y en este caso es lo que sucede al haber omitido el vendedor la esencial obligación que le incumbía de entregar en su totalidad las cosas vendidas, lo que determina la inviabilidad de la acción resolutoria.

– *Incumplimiento de la obligación de entregar el inmueble libre de cargas y gravámenes*

Debe prosperar la oposición del comprador a la resolución cuando siendo el impago un hecho cierto, tal actitud obedece a una postura congruente con la del vendedor. Este principio se tiene en cuenta por la sentencia de 23-4-1992, que rechazó la resolución porque el vendedor había ocultado que el piso enajenado estuviera gravado con hipoteca, al hacer constar expresamente que se hallaba libre de cargas, ocultación

que mantuvo en toda la vida de la relación contractual, lo que muestra que en el comprador no se da la situación de incumplimiento imputable, sino más bien la de incumplimiento provocado. En el mismo sentido, las sentencias de 13-3-1986 y 30-3-1990, añadiendo ésta que, además, se niega la resolución al considerar aplicable el artículo 1.502 (peligro de incumplimiento).

Para dar acogida a la acción resolutoria no es suficiente la situación de deuda imputable al adquirente sino que la otra parte debe también cumplir su obligación reflejando en el acto transmisivo todas las vicisitudes que pudieran afectar al objeto del contrato, «circunstancias que no concurren en el caso, pues el vendedor ocultó los gravámenes y cargas que pesaban sobre el local enajenado, colocándose en situación de incumplidor previo al del impago del adquirente... lo que inhabilita para obtener respuesta judicial positiva a la acción resolutoria ejercitada» (sentencia de 30-1-1992).

El objeto de la sentencia de 7-7-1992 fue una oposición del comprador porque los titulares de la acción resolutoria no habían cancelado la carga real (censo consignativo) que gravaba la finca. Actitud que no convenció a los juzgadores de instancia por entender que el artículo 1.502 del Código Civil sólo autoriza a suspender el pago del precio en los casos que determina, que no son trasladables al hecho dado. El Tribunal Supremo no considera válidos tales razonamientos, y tras indicar que para admitir la vinculación automática del requerimiento resolutorio es necesario que el vendedor no haya incumplido, afirma que «eran justas y atinentes al contenido del contrato las peticiones del comprador de simultanear la entrega del precio con el otorgamiento de escritura pública sobre el inmueble «limpio» de una carga como la del antiguo censo, pues su subsistencia contrariaba el tenor de lo pactado». Y concluye, que la aplicación al caso del artículo 1.502 del Código Civil hecha por los Tribunales de Instancia, «deviene infundada, dado que aquí no se suspende el pago del precio que en firme debiera efectuarse en fecha determinada, sino que, situándonos en un plano anterior, no se paga el resto porque el vendedor cuando debía realizarse el último pago no se hallaba en condiciones de cumplir lo que le incumbe respecto al otorgamiento de la escritura pública de acuerdo con las obligaciones que libremente contrajo».

Las anteriores sentencias están referidas a compraventas de bienes inmuebles que se transmitieron como libres de cargas con conocimiento por el vendedor de estar gravados en el momento de la celebración del

contrato. Supuesto contemplado también en el artículo 1.483 del Código Civil en donde se faculta al comprador para ejercitar la acción redhibitoria, y en el artículo 531, párrafo segundo, del Código penal, que lo eleva a la categoría de delito de estafa, distinguiendo según que el gravamen preexista a la disposición o que se imponga después de la enajenación, tipos penales en los que se construye el engaño con la simple ocultación del gravamen. Pero los gravámenes constituidos sobre inmuebles con posterioridad a la perfección de la venta y antes de su formalización registral, también se sitúan en el radio del incumplimiento civil del vendedor. Así, la sentencia de 22-5-1990 denegó la resolución por incumplimiento del vendedor, al haber hipotecado la finca después de vendida y sin la previa notificación convenida, habiéndose trabado sobre ella embargos, lo que justifica también la aplicación del artículo 1.502 del Código Civil.

- Incumplimiento de la obligación de proporcionar escrituras y titulación

La tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil significa que el otorgamiento de escritura pública equivale a la entrega de la cosa, salvo que de ella se dedujere lo contrario. Y si se ha pactado que el pago del precio se subordine al otorgamiento de escritura, la falta de ésta origina incumplimiento del contrato. En consecuencia, no excusa de la obligación de pagar el precio la falta de escritura sin más, sino que dicha carencia únicamente entraña incumplimiento cuando el otorgamiento es exigencia contractual condicionante del pago. De ahí que las sentencias de 20-12-1989 y 28-4-1989 se pronunciaran por la resolución cuando vendido un inmueble en documento privado en él se autorizaba tan sólo a exigir el otorgamiento de escritura a partir de determinada fecha, cláusula que realmente nada añade al artículo 1.279 del Código Civil.

Pero sí es incumplimiento del vendedor no otorgar escritura pública habiéndose pactado que el precio se entregue el día del otorgamiento. Es lo que dice la sentencia de 15-11-1989. Las sentencias inferiores estimaron la acción resolutoria porque interpretando los hechos dados dedujeron que la falta de otorgamiento de escritura no representaba incumplimiento del vendedor. El Tribunal Supremo, en cambio, entendió fundada la oposición del comprador, porque en los hechos tenidos en cuenta «siempre se supeditaba la entrega total del precio al simultáneo otorgamiento de escritura, circunstancia pactada, lo que revela una información

positiva de la conducta del comprador-deudor en orden al abono de lo prometido respecto al precio». También la sentencia de 7-5-1986, refiriéndose a un comprador, manifestaba que «no se da situación de incumplimiento... en quien no se niega a pagar, sino a supeditar el pago a exigencias que entendía demandaban su previo cumplimiento, como es documentar adecuadamente la escritura pública pretendida llevar a cabo en relación con documentos privados formalizados, cuyas demandas no fueron atendidas por el vendedor».

Aparte el otorgamiento de la escritura de venta, de igual modo es obligación del vendedor la de entergar los títulos de pertenencia (artículo 1.464 del Código Civil) o de cualesquiera otra naturaleza, a que se haya comprometido. La sentencia de 16-11-1979 hizo decaer la acción de resolución porque, en la oposición, el comprador acreditó el incumplimiento de la obligación asumida por el vendedor en las cláusulas del contrato, de poner al corriente la titulación de la finca, no obstante los requerimientos hechos para ello. Tampoco la sentencia accedió a la resolución pretendida, porque «la vendedora no puede atribuirse un exacto cumplimiento de la totalidad de las estipulaciones, desde el momento en que dejó de presentar la cédula de calificación definitiva del piso, indispensable para la concesión del crédito a la contraparte a fin de pagar la cantidad adeudada».

También es obstáculo impeditivo de la resolución por impago, el incumplimiento por el vendedor de la obligación aceptada de otorgar escritura pública de préstamo hipotecario sobre el inmueble vendido, en el que deba sobrogarse el comprador para poder satisfacer el resto del precio aplazado. Tema del que se ocupa la sentencia de 9-5-1990. En el Juzgado se había apreciado ya que el vendedor incumplió sus obligaciones al no gestionar la obtención de un préstamo hipotecario a lo que se había comprometido, por lo que a la compradora no le era reprochable la falta de su prestación. Punto de vista confirmado por el Tribunal Supremo: no hay conducta obstativa del comprador al pago del precio, sino demora e incumplimiento por el vendedor en solicitar el préstamo hipotecario a la entidad crediticia convenida, lo que dio lugar al retraso de la compradora en la satisfacción de su prestación. Esta misma idea estaba ya expresa en las sentencias de 18-4-1989, 14-7-1988 y 15-10-1984.

– *Fijación en el contrato de un precio superior al legal*

Dada la abstracta validez total (sentencias de 3-9-1992 y 14-10-1992) o parcial de los contratos de compraventa con precio ilegal –aparte las

eventuales sanciones administrativas— en ellos se plantea también la posible eficacia de las acciones resolutorias. Parece que la resolución debe ser improcedente y ello aunque el comprador haya participado en la determinación de un precio superior al legal por conocer que el inmueble adquirido se sujetaba al de las viviendas de protección oficial. Una acción de esta naturaleza promovida por el vendedor fue rechazada por el Tribunal Supremo en sentencia de 2-2-1990, porque el importe del precio fijado para la vivienda catalogada de protección oficial era mayor que el debido, no siendo atendible el argumento de que tales anomalías quedarán compensadas porque el comprador conociera esos pormenores y no hubiera hecho protesta ni reserva alguna en su derecho, pues frente a ello sobresale su permanente actuación. Igualmente, en la sentencia de 5-11-1985 había prosperado la oposición del comprador, porque la venta del piso, vivienda de protección oficial, se hizo por precio superior al legal, «sin que para la pretendida actitud de incumplimiento del comprador sirva su renuncia al pago del precio pactado por ser superior al oficialmente asignado al piso, único exigible».

A un requerimiento notarial resolutorio por impago del último plazo, contestó el comprador dentro del término prevenido reglamentariamente (artículo 204 R.N.) entregando la cantidad reclamada y pidiendo la rectificación de la cláusula contractual que fijaba el precio, que era superior al legal por tratarse de una vivienda de protección oficial; después, en su demanda, solicitó también la declaración de nulidad de la cláusula y su sustitución por otra en la que figurara el precio debido, así como que se obligara al vendedor a otorgar escritura pública en tal sentido. Peticiones que fueron atendidas en la sentencia del Tribunal Supremo de 15-6-1993, pero sin que se pronunciara sobre la eficacia de la resolución extrajudicial porque los vendedores-demandados simplemente se opusieron sin formular demanda reconvenzional.

c) Suspensión de la reinscripción en favor del vendedor y de la cancelación del asiento.

Este tema no afecta, por supuesto, a las compraventas concluidas en documento privado, al continuar el vendedor siendo titular registral. Cuando no existan terceros sino sólo el vendedor y el comprador originarios, si de cláusulas resolutorias explícitas se trata (art. 11 L.H.) producido el impago del precio o de los intereses (resoluciones de la D.G.R. de 5-2-1990 y 8-10-1991), para practicar la reinscripción de la titularidad de los bienes transmitidos por el vendedor resolvente, sólo es

necesario que éste presente el título y que se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador (artículo 59 R.H.). Al comprador y no al adquirente del mismo, por ser aquél quien se halla obligado a cumplir la prestación al vendedor, pues no cambia la situación por el hecho de que aparezcan nuevos titulares registrales como consecuencia de ulteriores actos del comprador sin intervención del acreedor (resolución de 17-9-1985), equiparándose al comprador el retrayente, al subrogarse éste en su lugar (artículo 1.521 C.C.) y se considera que sólo ha existido una transmisión (resolución de 26-9-1967). Además, para cancelar el asiento deberán consignarse el precio (artículo 175.6. R.H.) y otras cantidades que el vendedor hubiere recibido en virtud del contrato (resoluciones de 3-6-1961, 13-6-1962 y 17-11-1978). Sin embargo, este mecanismo de reinscripción que prevé el artículo 59 del R.H. para las resoluciones extrajudiciales, conforme al cual se reinscribía el inmueble sin necesidad de intervención judicial, fue modificado por resolución de la D.G.R. de 29-12-1982. Se entendió en ella que la reinscripción no opera de modo automático, sino que se desplaza en el tiempo hasta el momento de su declaración por los órganos jurisdiccionales competentes cuando el comprador se haya opuesto al requerimiento. Si en el estricto tenor de la norma basta con que el vendedor cumpla las obligaciones de los artículos 59 y 175.6 del R.H., para reinscribir el inmueble y cancelar el asiento del comprador, conforme a la referida resolución de la D.G.R. «si al hacerse el requerimiento no se allana el requerido, sino que se opone categóricamente a él, a tal resolución contractual no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada por los Tribunales, y es mediante ésta, cuando no exista conformidad en las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria... En consecuencia, solamente cuando el comprador requerido no se opone a la resolución, y se haya procedido, además, en su caso, a la consignación decretada en el artículo 175.6 del R.H. podrá practicarse la cancelación del asiento a favor del comprador y reinscribirse el inmueble a nombre del vendedor». Por tanto, en todos los casos de expresa, categórica y formal oposición del comprador al requerimiento, el Registrador suspende la reinscripción y la cancelación, practicándolas cuando exista sentencia judicial firme que declare procedente la resolución.

¿Y si *medio tempore* –después de la inicial compraventa perfeccionada y antes de promover su resolución– se transmite por el comprador la finca y se inscribe a nombre de un tercero? ¿Ante una cláusula resolutoria de la compraventa inscrita, la eficacia de la sentencia que declara ajustada la resolución instada por el vendedor, alcanza a los subadquirentes del comprador requerido que se ha opuesto, cancelándose las ins-

cripciones con la aportación de la sentencia firme que acredite la ineficacia de la venta (artículo 176.5 R.H.)? Si la resolución de 29-12-1982 contempla un caso entre partes, sin terceros, en la resolución de 28-5-1992 se afronta esta cuestión existiendo un subadquiriente del comprador, y además en el caso debatido el comprador no se había opuesto a la resolución, pues existía escritura notarial de allanamiento a la notificación de resolución del vendedor. El Registrador no dio lugar a la cancelación de la inscripción solicitada, por el defecto insubsanable de hallarse la finca inscrita a nombre de un tercero, sin que constara el necesario consentimiento del perjudicado por la cancelación ni la sentencia en juicio ordinario. Ante ello, el vendedor demandó judicialmente la resolución de la compraventa por falta de pago y cumplimiento de la condición resolutoria, petición a la que no se opuso el comprador y que fue estimada en su integridad por sentencia, inmediatamente firme, que declaró resuelto el contrato, así como la cancelación de la inscripción que tal compraventa produjo en el Registro y de cuantas inscripciones posteriores se hubiesen podido practicar. Presentado en el Registro mandamiento del Juzgado ordenando se ejecutara lo declarado en la sentencia, el Registrador suspendió, de nuevo, los asientos solicitados, porque la sentencia aportada no es propiamente la que resulta del artículo 82, párrafo tercero, de la L.H. y porque no se advierte la citación o audiencia al titular registral afectado por la cancelación. En el recurso gubernativo se sostuvo que para la cancelación automática del artículo 82, párrafo segundo, de la L.H. es innecesaria la sentencia judicial, bastando la notificación con los requisitos del artículo 59 R.H. sin que sufra alteración por el hecho de que resulten involucrados terceros subadquirentes o titulares posteriores, quienes verán resueltos sus derechos (artículo 176.5 R.H.).

Así, la cuestión planteada consistía en decidir si, en el supuesto de finca inscrita a favor de un tercero que traía causa del comprador, la sentencia firme dictada en un juicio declarativo entablado contra el comprador en la que se declara resuelta la compraventa, es título suficiente para la cancelación no sólo de la inscripción en favor del demandado comprador, sino también de los asientos posteriores relativos a actos de disposición que éste hubiera realizado, teniendo en cuenta que en el contrato se previó la resolución de pleno derecho por falta de pago y que tal previsión fue reflejada en el Registro.

Admite la Dirección General de los Registros dos de las cuestiones planteadas. En primer lugar, que quienes adquieren el dominio sobre un bien sujeto a la restricción resolutoria del artículo 1.504, publicada

en el Registro, conocen o pueden conocer la situación claudicante a que queda sujeta su adquisición, y a ellos incumbirá, si desean conservar su derecho, tomar la iniciativa para que la obligación garantizada tenga cumplimiento en los términos estipulados, sin que puedan pretender que el efecto resolutorio en caso de incumplimiento quede supeditado a la reiteración en su favor del requerimiento del artículo 1.504. Y en segundo término, resulta también indudable que producida la resolución del contrato de compraventa al amparo del artículo 1.504, quedan extinguidos de pleno derecho no sólo el derecho del comprador sino también el de todos los adquirientes posteriores que de él traigan causa, pues así resulta de los artículos 9.2, 23, 34, 37, 82.2.º y 107.10 de la L.H. y 59, 74.1 y 175.6 del R.H.

A pesar de estos ajustados razonamientos, la resolución desestima el recurso interpuesto, porque «no puede desconocerse que para el desenvolvimiento de la resolución contemplada en el artículo 1.504 del Código Civil no basta que conste la mera voluntad en tal sentido del vendedor, sino que es preciso, en todo caso, que conste la efectiva concurrencia de los presupuestos de hecho de la resolución, que no resultan del Registro, ya que es principio básico de nuestro sistema registral que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales (artículo 1 L.H.), no pudiendo ser rectificadas, como norma general, sino con el consentimiento de su titular o con la subsidiaria aprobación judicial (artículo 40 L.H.), lo que determina que para la cancelación de los asientos relativos al derecho del comprador y a los de quienes de él traigan causa, sea preciso que se acredite fehacientemente la realidad de todos los presupuestos sobre los que se asienta la resolución (artículos 2 y 3 L.H. y 56, 175.6, y 239 R.H.), siendo evidente la insuficiencia de la sola admisión de los mismos por parte del titular de un asiento ya extinguido por transferencia (artículo 76 L.H.), dado el limitado alcance de la confesión (artículo 1.232 del C.C.)».

En el supuesto de la resolución de 31-10-1969 existían terceros adquirientes ulteriores del vendedor y oposición por el comprador primitivo. Tras haberse seguido los trámites previstos en el artículo 59 R.H. se produjo la reinscripción. El comprador acude a la vía judicial impugnando la resolución, en la que recayó sentencia firme que declaró improcedente la resolución extrajudicial, ordenándose en el mandamiento conforme a la parte dispositiva de la sentencia que las fincas vuelvan a ser inscritas en los libros registrales a nombre del comprador. Es de destacar que al no haberse solicitado prórroga de la anotación de la demanda que recaía sobre la finca, se produjeron ventas por el demandado-vendedor que provo-

caron cambios en la titularidad dominical reflejada en el Registro a través de los correspondientes asientos. El Registrador denegó la inscripción de la sentencia al haber vendido el vendedor primitivo a su vez la finca, con lo cual aparece la figura del tercero protegido por el artículo 34 L.H., lo que fue ratificado por la D.G.R. porque deducida demanda contra un titular registral, el haber surgido terceros hipotecarios no demandados para la nulidad o cancelación de las inscripciones a su favor, impide que el fallo judicial ordenador de la cancelación de las inscripciones a favor del transmitente de ellos puede tener acceso al Registro. Concluyendo la resolución indicada con la invocación al principio de la buena fe protector del tercer adquirente que reúna las condiciones del artículo 34 L.H., así como el de legitimación (artículos 1, párrafo tercero, y 38, párrafo segundo, de la L.H.) que establece la imposibilidad de ejercitar acciones contradictorias de dominio de inmuebles inscritos a nombre de personas determinadas, sin que se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, lo que no autoriza a que pueda tener acceso al Registro la ejecutoria presentada por encontrarse las fincas inscritas a nombre de terceras personas que no fueron partes en el proceso y cuyos derechos forzosamente no cabe desconocer.

CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO «NE BIS IN IDEM» EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

JESÚS GARCÍA TORRES

Abogado del Estado ante el Tribunal Constitucional

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. VISIÓN GENERAL DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE EL *NE BIS IDEM*.—A) *Operación material del principio. Las constantes de la doctrina constitucional.*—a) Triple identidad (sujeto, hecho, fundamento).—b) Sanciones en sentido constitucional.—c) Efectiva existencia de doble o múltiple sanción.—d) Limitación territorial del principio.—B) *Operación procesal.*—a) Innovación preventiva.—b) Derecho comparado (la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América y el artículo 103 III de la Ley Fundamental alemana).—c) Relativa difuminación de la operación procesal del principio en la jurisprudencia constitucional española.—II. EL *NE BIS IN IDEM* COMO CRITERIO DE ARTICULACIÓN ENTRE LA POTESTAD PUNITIVA PENAL Y LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA: PREMISAS CONSTITUCIONALES.—A) *Aspecto material. El «fundamento» y las relaciones de supremacía especial. Doctrina constitucional en esta materia. La STC 234/1991, de 10 de diciembre: estudio de su doctrina.*—B) *Vertiente procesal.*—a) La STC 77/1983. Vinculación de la Administración al planteamiento fáctico de los Tribunales penales: ¿*ne bis in idem*? o efecto prejudicial?—b) La doctrina de la STC 98/1989, de 1 de junio: hechos y calificación.—c) Concurrencia de sanciones firmes.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo (1) pretende, ante todo, exponer la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio *ne bis in idem* y, secundariamente, examinar críticamente algunas de las formulaciones de la jurisprudencia constitucional. En su *primera parte*, se da una visión de conjunto de la doctrina constitucional sobre el principio, tanto en su operación sustantiva como en la procesal, distinción común en la doctrina y acogida en alguna ocasión por el propio Tribunal Constitucional (2). En la *segunda parte*, se examina con más detalle la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el *ne bis in idem* como criterio constitucional que rige la articulación entre la potestad punitiva jurisdiccional y la potestad sancionadora de la Administración, con especial atención a la **STC 234/1991, de 10 de diciembre**.

(1) Se reproduce aquí, con alguna ampliación y mínimas alteraciones de estilo, la conferencia pronunciada en Granada y Madrid los días 11 de marzo y 22 de abril de 1993 dentro el «I Curso sobre garantías constitucionales en el proceso penal» organizado por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.

(2) En la doctrina, por ejemplo, J. J. Queralt, *El principio non bis in idem*, Madrid, 1992, págs. 10 y 11; J. Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento sancionador*, Madrid, 1989, pág. 155; G. García Planas, «Consecuencias del principio “non bis in idem” en el Derecho penal», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo XLII, fasc. 1, enero-abril 1989, págs. 110-112; J. M. Trayter Jiménez, «Sanción penal-sanción administrativa: el principio “non bis in idem” en la jurisprudencia», *Poder Judicial*, núm. 22, junio de 1991, págs. 115, 116 y 123 y sigs. En la jurisprudencia constitucional, con especial claridad, el no publicado **ATC 1098/1988, de 6 de octubre, Fundamento Jurídico 3**, aunque este auto limita la «doble proyección», procesal y sustantiva, del principio a «las sanciones penales». Esta limitación es constitucionalmente injustificable, pero hace explícita una inclinación o tendencia incoada en la **STC 66/1986, de 23 de mayo, Fundamento Jurídico 2**.

I. VISIÓN GENERAL DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE NE BIS IN IDEM

Comencemos, pues, con una visión de conjunto de la operación sustantiva y procesal del principio *ne bis in idem*.

A) Operación material del principio. Las constantes de la doctrina constitucional

En su *operación material*, el principio prohíbe la doble o múltiple sanción por los mismos hechos sancionables, y tuvo temprana aparición en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, precisamente en un caso de concurrencia de penas y sanciones administrativas. En el fundamento jurídico 4 de la segunda sentencia que dictó el Tribunal (STC 2/1981, de 30 de enero) leemos que el principio *ne bis in idem*.

«...supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de relación de supremacía especial –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.– que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración».

Y añadía esta sentencia que el *ne bis in idem*, aunque no declarado expresamente por la Constitución Española,

«...va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución (3)».

(3) Sobre la discusión del *ne bis in idem* en los debates constitucionales, F. Sanz Gandasegui, *La potestad sancionatoria de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, pág. 127. El mismo autor formula críticas razonadas y sensatas a la decisión del Tribunal Constitucional de considerar el principio *ne bis in idem* implícito en el artículo 25.1 CE, incluyéndolo así en el derecho fundamental a la legalidad sancionadora, págs. 129-132 y págs. 136-138. M. Cobo del Rosal y T. S. Vives Antón, en su *Derecho penal* (parte general), Valencia, 1987, pág. 58, consideran inexacto vincular el *ne bis in idem* al artículo 25 CE «en vez de referirlo al artículo 24, donde tiene su lugar propio», lo que, a nuestro juicio, es cierto sólo para la operación procesal del principio, no para la material. Muy acertadas también las consideraciones de A. Nieto, «El principio “non bis in idem”», *Revista vasca de Administración pública*, núm. 28, septiembre-diciembre 1990, págs. 157-161.

Pueden verse en esta sentencia, casi auroral, algunas de las constantes de la doctrina constitucional sobre el punto que nos ocupa.

a) Triple identidad (sujeto, hecho, fundamento)

En primer término, condición necesaria para que la duplicidad de sanciones quede constitucionalmente prohibida es la triple identidad de sujeto (persona a la que es infligida la sanción), hecho y fundamento, fórmula acogida por el artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992 (4).

Obviamente, no ha lugar a la aplicación del principio si las sanciones concurrentes castigan hechos distintos: tráfico de estupefacientes y desobediencia a las órdenes de un patrullero de la Armada (**STC 66/1986, de 23 de mayo, fundamento jurídico 2**); hechos constitutivos de desobediencia cometidos el 24-9-1984 y hechos constitutivos de desobediencia cometidos el 10-1-1985 (**ATC 908/1985, de 13 de diciembre**); arresto por incumplimiento de obligaciones reglamentarias y condena por delito contra la Hacienda militar (**ATC 921/1987, de 15 de julio**); condena por negarse a cumplir la prestación social sustitutoria y nueva condena, parece, por no cumplirla en caso de movilización (**STC 160/1987, de 27 de octubre fundamento jurídico 6**).

La agravante de reincidencia no lesiona el *ne bis in idem* porque castiga «única y exclusivamente el hecho posterior» (**SSTC 150/1991, de 4 de julio, fundamento jurídico 9, y 152/1992, de 19 de octubre, fundamento jurídico 2**). Tampoco prohíbe el *ne bis in idem* castigar con pena más grave las injurias al Ejército que las injurias a particulares (**STC 51/1989, de 22 de febrero, fundamento jurídico 1**), ni hay doble sanción por añadir una sanción accesoria (**STC 76/1990, de 26 de abril, fundamento jurídico 5-B**). Puede, en cambio, resultar infringido el principio cuando, en el seno de un solo proceso penal, se aplican incorrectamente las reglas sobre concursos de leyes (**STC 154/1990, de 15 de octubre, fundamentos ju-**

(4) «No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento». La fórmula es poco afortunada como tantas veces ocurre en esta Ley. Repare el lector: «No podrán sancionarse los hechos... sancionados... en los que se aprecie identidad de... *hecho* y, además, de sujeto y fundamento.»

rídicos 3 y 4), doctrina aplaudida porque obligará a depurar (...) el capítulo concursal» (5).

b) Sanciones en sentido constitucional

En segundo lugar, el *ne bis in idem* se considera implícito en el artículo 25.1 de la Constitución Española; su infracción viola el derecho fundamental a la legalidad sancionadora y abre la vía del amparo. Pero si constitucionalmente el *ne bis in idem* queda encuadrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española, entonces la duplicidad (o, *a fortiori*, multiplicidad) sancionadora prohibida por la Constitución se dará sólo entre *sanciones en el sentido del artículo 25.1 de la Constitución Española*. Lo son sin duda las penas y las sanciones administrativas; pero también quebranta el principio constitucional la concurrencia de penas y medidas de seguridad «sobre tipos de hecho igualmente definidos» (SSTC 23/1986, de 14 de febrero, fundamento jurídico 1, y 21/1987, de 19 de febrero, fundamento jurídico 1).

El *ne bis in idem* opera tanto si las sanciones concurrentes las imponen autoridades de distinto orden (típicamente, Jueces y Tribunales penales, por un lado, y autoridades administrativas, por otro), como si pertenecen al mismo orden, pues el principio «impide el que por autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione reiteradamente la misma conducta» (SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, fundamento jurídico 3, y 107/1989, de 8 de junio, fundamento jurídico 4); pero el *ne bis in idem* «sólo podrá invocarse en caso de duplicidad de sanciones frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior» (SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, fundamento jurídico 3). La «perspectiva

(5) J. J. Queralt, *El principio... cit.*, pág. 12. No estoy muy seguro de que sea de todo acertado encuadrar este problema en el *ne bis in idem* constitucional. Hay la tendencia, acusada entre los penalistas, a desplazar el *ne bis in idem* material hacia el campo de la proporcionalidad de las penas y la prohibición del exceso, problemas que difícilmente cabría acomodar en el artículo 25.1 CE, porque todo exceso o desproporción, en cuanto tal, es arbitrario, y la interdicción de la arbitrariedad es un principio constitucional consagrado en el artículo 9.3 CE y, en sí mismo, no accionable en amparo (artículos 53.2 CE y 41 LOTC). Aun a riesgo de adelantar conceptos, parece como si el *ne bis in idem* fuera una suerte de arco descrito por un proyectil que se dispara en el campo procesal y hace impacto en la prohibición del exceso en el castigo, es decir, una especie de trayectoria entre dos puntos sin entidad propia.

de defensa social» —que probablemente deberá subsumirse en el «fundamento» si consideramos la exigencia de triple identidad— tiende a coincidir con el bien jurídico protegido (y lesionado).

Ahora bien, el principio no opera si una de las sanciones ha sido impuesta por el empresario al trabajador, ya que el Tribunal Constitucional parece considerar que este tipo de sanciones, impuestas en ejercicio de un poder jurídico-privado que el empresario ostenta, quedan fuera del artículo 25.1 Constitución Española (SSTC 69/1983, de 26 de julio, fundamento jurídico 4, 24/1984, de 23 de febrero, fundamento jurídico 2, y 62/1984, de 21 de mayo, fundamento jurídico 2) (6).

Caen igualmente fuera del artículo 25.1 de la Constitución Española y, por tanto, de la garantía constitucional del *ne bis in idem*: la privación del beneficio de redimir penas por el trabajo (STC 94/1986, de 8 de julio); las medidas administrativas de carácter limitativo (ATC 648/1988, de 23 de mayo) (7); el cese por inidoneidad en un destino militar, que es «un acto organizativo en materia de personal» (ATC 389/1988, de 24 de marzo, fundamento jurídico 2); la apreciación de la falta de condiciones para ascender a empleo militar superior, entre ellas la existencia de una condena penal (ATC 526/1987, de 6 de mayo, fundamento jurídico 2); la consignación del importe de la condena (ATC 416/1984, de 9 de julio, fundamento jurídico 3); y la doble conde-

(6) Decimos «parece» porque en el Fundamento Jurídico 3 de la STC 159/1985, de 27 de noviembre, una de las más citadas en la materia que nos ocupa, se afirma que el principio *ne bis in idem*

«no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen por ello desde perspectivas distintas (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o *laboral*).»

El ATC 1005/1987, de 16 de septiembre, acepta hablar del principio *ne bis in idem* en la esfera laboral, para excluir, según parece, la indebida reiteración de sanciones empresariales por el mismo hecho, aunque no llega a sostener que tal reiteración suponga violar el artículo 25.1 CE. La jurisprudencia laboral ha admitido desde antes de la Constitución la aplicación del *ne bis in idem* en materia de sanciones laborales (así, por ejemplo, las SSTS de 22 de septiembre de 1988, Ar. 7096, y 12 de diciembre de 1989, Ar. 9197). Pero una cosa es el *ne bis in idem* como principio de derecho laboral, y otra la garantía constitucional del *ne bis in idem* como derecho fundamental tutelable mediante el amparo.

(7) Según este ATC, es compatible la pena de privación del permiso de conducir con su intervención administrativa hasta que se demuestre la capacidad psicofísica y técnica para conducir mediante la superación de pruebas.

na a indemnizar (ATC 578/1988, de 9 de mayo) (8). Indudablemente las penas convencionales o cláusulas penales de los artículos 1152 y siguientes del Código Civil tampoco son sanciones en el sentido del artículo 25.1 de la Constitución Española.

c) Efectiva existencia de doble o múltiple sanción

Junto a estas constantes jurisprudenciales, algunas resoluciones del Tribunal Constitucional sostienen que el *ne bis in idem*, como garantía constitucional, sólo opera cuando resulte acreditada la *efectiva existencia* de la doble o múltiple sanción por los mismos hechos, doctrina sobre la que volveremos a tratar de la operación procesal del principio. Así, no hay doble sanción cuando la sanción administrativa aún no es firme (STC 112/1990, de 18 de junio, fundamento jurídico 2). Más matizadamente, el ATC 378/1982, de 1 de diciembre, fundamento jurídico 3, sostiene que la absolución en el segundo juicio «limitó las consecuencias ilegítimas del quebrantamiento de la regla *ne bis in idem*». El ATC 263/1989, de 22 de mayo, tampoco aprecia violación del principio por la concurrencia entre una condena penal y el auto de extradición por los mismos hechos, porque «en un proceso de extradición no se aplica derecho penal material alguno, sino que se decide sobre el derecho aplicable y los Tribunales competentes para hacerlo», decisión que tal vez cabría justificar mejor por la limitación estatal del *ne bis in idem*.

d) Limitación territorial del principio

La operación del *ne bis in idem* constitucional está, en efecto, territorialmente limitada. El principio de territorialidad «propio del derecho penal» lleva a que «cada Estado pueda penar la actividad delictiva realizada en su territorio; de forma tal que, si la actividad pensada por el sujeto autor del delito se descompone en distintos actos que se realizan en diversos Estados, cada uno podrá juzgar y castigar los actos ejecutados en su ámbito territorial, si están tipificados penalmente», aunque el Tribunal reconozca que «no es ésta, desde luego, la única solución pensable, pero su aplicación no es contraria al principio *non bis in idem* reconocido en el artículo 14.7 del PIDCP (...), pues cada Estado juzga

(8) Según el Fundamento Jurídico 3 de este auto, difería además la *ratio* cada condena a indemnizar.

sólo la actividad delictiva realizada en un territorio» (ATC 90/1985, de 6 de febrero) (9).

B) Operación procesal

Pasemos ahora a la visión general de lo que convencionalmente hemos bautizado como *operación procesal* del *ne bis in idem*, es decir, no el derecho a no ser sancionado dos veces por la misma infracción, que es la operación material del principio, sino el derecho a no ser juzgado dos

(9) El artículo 14.7 del pacto internacional de derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966 (PIDCP) dispone que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. Y el artículo 4.1 del protocolo número 7 al Convenio europeo de derechos humanos —protocolo aún no ratificado por España— dispone que «nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado», aunque, según el número 2 del propio artículo, «lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones nuevas o cuando un vicio esencial de ese procedimiento pudiera afectar a la sentencia dictada».

La distribución de competencias entre las instituciones comunitarias europeas y los Estados miembros puede tener incidencia en la doble sanción de una misma conducta. Sin abordar ahora el espinoso problema de los derechos fundamentales dentro del marco comunitario europeo, en Derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha aceptado la doctrina de la *doble barrera* (*Zweischrankentheorie*) desde la sentencia *Walt Wilhelm* (13 de febrero de 1969), es decir, la posible aplicación conjunta o paralela de las normas internas y comunitarias (R. Franceschelli, R. Plaisant y J. Lassier, *Droit européen de la concurrence*, París, 1978, págs. 23-25; J. I. Font Galán, *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Bolonia, 1986, págs. 83-93). El Tribunal admite que la misma conducta pueda ser sancionada cumulativamente por autoridades comunitarias y nacionales, porque una sanción castiga la lesión del derecho comunitario de la competencia y la otra la violación del derecho nacional. La sentencia *Boehringer* (14 de diciembre de 1972) exige únicamente que, por equidad, se tenga en cuenta a la hora de determinar la sanción las existencias de anteriores decisiones represivas. Esto parece suficiente para Chr. Bellamy y G. Child, *Derecho de la competencia en el mercado común*, Madrid, 1992, que se refieren al problema en el marginal 12-043 con el titulillo «Doble peligro».

El artículo 44 de nuestra Ley de defensa de la competencia, de 17 de julio de 1989, otorga al Tribunal de Defensa de la Competencia el poder de aplazar, a petición de parte, la resolución si se acreditase documentalmente que «se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los órganos comunitarios»; y si éstos hubieran impuesto una sanción, «el Tribunal deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que corresponda según la presente Ley, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la infracción», con lo que nuestro legislador nacional ha seguido fielmente la jurisprudencia europea. El artículo 55 de esta Ley, sin embargo, ordena taxativamente suspender la resolución del expediente cuando se incoara la instrucción de un proceso penal «por los mismos hechos».

o más veces por los mismos hechos punibles, o más exactamente, el derecho a no ser sometido dos o más veces a procedimientos penales o sancionadores por hechos que representen idéntico contenido de injusto (10).

a) Invocación preventiva

El principio *ne bis in idem* puede invocarse —leemos en las SSTC **159/1985, de 27 de noviembre, fundamento jurídico 3**, **66/1986, de 23 de mayo, fundamento jurídico 2**, y **107/1989, de 8 de junio, fundamento jurídico 2**— «frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior». Este reconocimiento de la posibilidad de invocar preventivamente el *ne bis in idem* (justamente para impedir la segunda sanción) parece no casar demasiado bien con la exigencia de efectividad de la segunda sanción que antes veíamos. Tal vez la explicación esté en que la invocación preventiva es lícita y admisible ante la autoridad que se disponga a sancionar por segunda vez; pero el carácter reparador del amparo —la exigencia de lesión actual que reparar— y el requisito procesal del agotamiento de los recursos (artículos 43.1 y 44.1.a Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), podrían dificultar la utilización del amparo contra el simple rechazo de la oposición preventiva del *ne bis in idem*. Somos, sin embargo, partidarios de una interpretación amplia de la exigencia de lesión actual (en línea, por ejemplo, de la STC **37/1989, de 15 de febrero, fundamento jurídico 6**) y creemos que el simple rechazo infundado de la que hemos llamado aproximativamente oposición preventiva del *ne bis in idem*, aunque la segunda sanción no sería firme, podría abrir el amparo, siempre, claro es, que cupiera entender bien agotada la vía judicial precedente. Al reflexionar sobre el derecho constitucional comparado, se verá con mayor claridad el punto.

Con toda evidencia, aducir preventivamente el *ne bis in idem* será en muchas ocasiones tanto como oponer la cosa juzgada. Y, en efecto, la STC **66/1986, de 23.5, fundamento jurídico 5**, declara que «la no estimación de la excepción de cosa juzgada, cuando concurren los requisitos necesarios para que opere, podría conducir a la vulneración del citado principio», mientras que el ATC **1001/1987, de 16 de septiembre, fundamen-**

(10) Acepto la expresión «contenido de injusto» sugerida por M. Cobo del Rosal y T. S. Vives, *Derecho penal, cit.*, pág. 57.

to jurídico 2, asevera que el «principio de cosa juzgada» es «concordante con el *non bis in idem*» (11). Y es que la matriz del *ne bis in idem* es, ante todo y sobre todo, procesal. Veamos algo de derecho comparado, americano y europeo.

- b) Derecho comparado (la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América y el artículo 103 III de la Ley fundamental alemana)

Como es sabido, la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América dispone que, por un mismo delito (*for the same offense*), nadie verá dos veces puesta en peligro su vida o alguno de sus miembros (*put in jeopardy of life or limb*) (12). Según el diccionario de Oxford, *jeopardy* viene del inglés medieval *iuparti* y éste, a su vez, del antiguo francés *iu/ieu (jeu) parti*, es decir, «juego partido» en el sentido de «juego igual»; actualmente significa «riesgo» o «peligro», que el contexto que nos interesa es el riesgo o peligro de la múltiple condena.

En el Derecho constitucional americano, la quinta enmienda se aplica desde hace mucho tiempo a todo tipo de penas aunque nada tengan que ver con la vida o con la integridad física, ya que, para decirlo al modo americano, *the policy underlying*, el subyacente designio de la quinta enmienda no podía quedar al azar de una pena de muerte o de un castigo sobre el cuerpo. Hay unas célebres palabras escritas por el Juez Hugo L.

(11) Estas afirmaciones permiten quizá postular una interpretación amplia del artículo 666.2.^a de la Ley de enjuiciamiento criminal que permitiría oponer la violación del *ne bis in idem* como artículo de previo pronunciamiento (coincidente, García Planas, *op. cit.*, pág. 111). La cuestión, sin embargo, es qué sentido puede tener entonces exigir no sólo identidad de hecho y sujeto (acusado, expedientado, penado o sancionado), sino identidad de «fundamento» (palabra equívoca si las hay), cuando, según suele entenderse, el objeto del proceso penal no es un *crimen* sino un *factum* (STC 134/1986, de 29 de octubre, **Fundamento Jurídico 2**), y la cosa juzgada penal se identifica por la persona del acusado y por el hecho, siendo irrelevantes las partes acusadoras y la *causa petendi* (A. de la Oliva, *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991, pág. 157).

Naturalmente, la cosa juzgada opera con independencia de que la sentencia sea condenatoria o absolutoria (*res iudicata non secundum eventum litis*) y un ejemplo de ello nos lo da el ya citado ATC 378/1982 cuando afirma que una sentencia absolutoria impedía un segundo juicio por los mismos hechos, aunque la nueva absolución pronunciada en este último limitara las consecuencias ilegítimas del quebrantamiento del *ne bis in idem*.

(12) Por todos, vid. la voz *Double jeopardy* redactada por Jay A. Sigler, en la *Encyclopedia of the American Constitution*, editada por L. W. Levy, K. L. Karst y D. J. Mahoney, Nueva York, 1986.

Black que sintetizan muy bien el sentido de la quinta enmienda después de casi dos siglos de jurisprudencia constitucional americana. «La idea subyacente», escribió Black en el caso **Green versus United States** decidido el 31 de marzo de 1958 [356 U.S. 165 (1957)], «idea que tiñe profundamente al menos el sistema anglo-norteamericano de justicia, es que no se puede autorizar al Estado con todo su poder y recursos a efectuar repetidos intentos de condenar a una persona por un supuesto delito y, por tanto, 1) a someterlo a molestias, gastos y duras pruebas y 2) a obligarlo a vivir en continuo estado de angustia e inseguridad, así como 3) aumentar la posibilidad de que, aún siendo inocente, sea declarado culpable». En el asunto **Unites States versus Jorn** decidido el 25 de enero de 1971 [400 U.S. 470 (1971)], el Tribunal Supremo declaró que la prohibición de *double jeopardy* entraña un conflicto entre el interés del inculpado en concluir de una vez por todas su conflicto con la sociedad y el interés público en una plena y exacta persecución de los delitos: el que un mero defecto técnico impida un nuevo juicio (*retrial*) de quien ya fue acusado lesiona el interés público, pero, inversamente, las personas deben ser protegidas de los riesgos repetidos de sanciones penales de manera que puedan concluir su confrontación con la sociedad de una manera justa y continuar sus vidas normales de ciudadanos libres.

La prohibición de *double jeopardy* no sólo impide que quien ha sido juzgado —condenado o absuelto— sea vuelto a juzgar por los mismos hechos, sino que asimismo se opone a que quien simplemente ha sido acusado pueda verse envuelto de nuevo en un proceso penal por el mismo delito (13). Así pues, la interdicción de *double jeopardy* no se enlaza en América con lo que en Europa continental llamaríamos cosa juzgada material. Suele aceptarse que la *double jeopardy* vincula (*attaches*) desde que el jurado presta juramento o, si el juicio se ventila sólo ante el Juez, desde que jura el primer testigo. No obstante, la «necesidad manifiesta» permite excepciones a la prohibición de *retrial*; pero «necesidad manifiesta» es concepto difícil de precisar (14).

(13) La prohibición norteamericana de *double jeopardy* va más allá que sus precedentes en el *Common Law*, en que sólo las decisiones judiciales de fondo permitían oponer las excepciones (*plea*) de precedente condena (*autrefois convict*) o precedente absolución (*autrefois acquit*). Así lo subraya Sigler, *op. cit.*

(14) No he podido hacerme una clara idea sobre este punto leyendo a constitucionalistas americanos. Traduzco de Sigler, el más completo: «Sin embargo, es posible que la acusación consiga que se vuelva a juzgar un asunto que ha quedado abortado sin sentencia definitiva, si es capaz de levantar la pesada carga de demostrar «manifiesta necesidad» de repetir el procedimiento. Los tribunales se han esforzado vanamente en definir la naturaleza de la

Por otro lado, según la jurisprudencia de la Corte Suprema sentada en el caso *Bartkus versus Illinois* de 30 de marzo de 1959 (359 U.S. 121(1959)), la quinta enmienda no opera cuando se imputa al acusado haber infringido leyes de dos o más «soberanos» diferentes, entendiendo por tales la Unión y los Estados; pero las críticas contra esta decisión del Tribunal Supremo americano hicieron que el Fiscal general ordenara que no se persiguiera ante los Tribunales federales a quienes, por los mismos hechos, hubieran sido ya juzgados por Tribunales estatales.

El carácter predominante procesal de la quinta enmienda se manifiesta, por fin, en que el legislador penal puede sancionar y sanciona varias veces la misma conducta, mediante el expediente de fragmentarla o descomponerla en diversos injustos que hayan de ser enjuiciados por separado.

- c) Relativa difuminación de la operación procesal del principio en la jurisprudencia constitucional española

En la República Federal de Alemania, *el artículo 103 III de la Ley Fundamental* (en siglas GG) establece que nadie puede ser penado varias veces por el mismo hecho con base en las leyes penales generales (15). Según el Tribunal Constitucional federal (BVerfGE 21, 401), el concepto «leyes penales generales» no se contrapone a «leyes penales especiales» sino al llamado «derecho penal del servicio [derecho disciplinario], del orden y de policía» (*das Dienst-, Ordnungs- und Polizeistrafrecht*). El artículo 103 III GG consagra un derecho fundamental procesal (*Prozessgrundrecht*) que alcanza, por expresa decisión del

«manifiesta necesidad» que justifica la acusación de nuevo. Recientemente el Tribunal Supremo ha desarrollado un criterio para ponderar (*a balancing test to weigh*) los intereses de la acusación y los del inculpado. Ahora, si un juicio viciado (*mistrial*) se basa en un error del Estado que podría ser manipulado para fortalecer la posición de la parte acusadora, el inculpado tiene derecho a la inmunidad frente a la nueva acusación si elige oponer el vicio (*mistrial*), pero no si él lo pide (supongo que el nuevo juicio, J.G.T.). Pero el Tribunal Supremo ha oscilado en sus decisiones sobre juicios viciados (*mistrial*), incluso a veces apartándose de sus propios precedentes».

(15) En lo que sigue, me apoyo en R. Rauball (comentario al artículo 103 III GG en *Grundgesetz-Kommentar*, dir. por I. Von Münch, tomo III, Munich, 1978, págs. 586-589), R. Wasserman (*Comentario a la GG*, artículo 103, de la serie de comentarios alternativos dir. por el propio Wasserman, tomo II, Neuwied y Darmstadt, 1984, págs. 1219 y 1220) y especialmente G. Dürig (*Comentario a la GG* dir. por Maunz y el mismo Dürig, tomo IV, artículo 103, números marginales 122 a 133, particularmente marginales 124 a 129).

constituyente, solamente al derecho penal estricto (*Kriminelle Strafrecht*). A diferencia de otros derechos fundamentales procesales, el *ne bis in idem* es un derecho de defensa negativo (*negatives Abwehrrecht*) y su alcance es primordialmente procesal. El *ne bis in idem* se origina en la elaboración dogmática y jurisprudencial de la *materielle Rechtskraft* (fuerza de cosa juzgada material) de la sentencia penal —es su aspecto negativo— y funciona ante todo como un óbice procesal (*Prozesshinder-nis*) (16). Por esta razón, toda la doctrina está de acuerdo en que, aunque el artículo 103.III GG sólo prohíba expresamente la reiteración del castigo, el *ne bis in idem* constitucional opera igualmente cuando la sentencia es absolutoria (*res iudicata non secundum eventum litis*). «El artículo 103 III». escribe Dürig (17), «no sólo excluye la punición reiterada de un hecho, sino también su repetido enjuiciamiento de fondo». El mismo autor explica el fenómeno a través del principio de consunción con muy parecidas palabras que el *Justice Black* («el ciudadano no debe estar continuamente bajo la espada de Dámocles de un nuevo juicio penal y de una eventual condena») y agrega que se lesionaría la dignidad humana, degradando al individuo a objeto del poder estatal de castigar, si el absuelto o el condenado tuvieran que contar permanentemente con la posibilidad de ser acusados de nuevo en un juicio penal (18). Para Dürig el *ne bis in idem* constitucional vincula también a la Fiscalía y a la policía, que no deben acusar ni investigar hechos objeto de una resolución procesal penal con fuerza de cosa juzgada material; pero obviamente esta vinculación constitucional opera respecto a hechos manifiestamente ya enjuiciados y no impide investigar los «puntos oscuros» de un complejo global (*Gesamtkomplex*) algunos de cuyos aspectos pueden haber sido ya objetos de decisión judicial (19).

Como ya hemos visto, el Derecho disciplinario queda, por decisión del constituyente, extramuros del artículo 103 III GG. La doctrina alemana ha sido sensible al hecho de que, desde el punto de vista del sancionado, la sanción disciplinaria aparece como «un mal adicional en exactamente la misma herida» y que las dobles expiaciones no casan valorativamente con el *ne bis in idem*; especialmente hay que preguntarse —y, con referencia a nuestro derecho constitucional, nos lo preguntaremos luego— si, al menos en los delitos de funcionarios, la función expiatoria

(16) Dürig, *op. cit.*, marginal 123.

(17) Dürig, *op. cit.*, marginal 126.

(18) Dürig, *op. cit.*, marginal 124.

(19) Dürig, *op. cit.*, marginales 122 y 127.

del derecho disciplinario no queda consumida o agotada mediante la sentencia penal. Dürig da a esta cuestión la respuesta clásica de que no compete al Juez penal sino al disciplinario decidir sobre la *potestas* y la *auctoritas* culpablemente perdidas por un funcionario; en sede disciplinaria es donde debe resolverse acerca de la isostenibilidad (*Untragbarkeit*) como profesor de un funcionario cuando los niños han pintado en la pizarra su asunto con la señora X (ejemplo de Dürig) (20). En cambio, la razón jurídica (*Rechtsgedanke*) del artículo 103 III GG, ya que no este precepto constitucional directamente, impera *dentro* del derecho disciplinario, de manera que nadie puede ser expedientado varias veces por la misma lesión culpable del deber (21).

c) Relativa difuminación de la operación procesal del principio en la jurisprudencia constitucional española

Todo este excursus de derecho comparado –al que podía haberse unido el examen de la jurisprudencia y doctrina sobre el artículo 90 del código procesal penal italiano (22)– pretende destacar la entraña procesal del *ne bis in idem*, un tanto desvaída en nuestra jurisprudencia constitucional. Esta entraña procesal es patente en la misma denominación, pues *ne bis in idem* es la abreviación del brocardo *bis de eadem re ne sit ACTIO*. En la doctrina procesal italiana (23) hay una clara tendencia a denominar *ne bis in idem* al efecto negativo, exclusivo o preclusivo de la fuerza de cosa juzgada material sea o no sea penal la sentencia (un ejemplo de este uso puede verse en la **STC 207/1989, de 14 de diciembre, fundamento jurídico 4**). Se comprenderá ahora por qué nos pronunciábamos antes tan decididamente por el que llamábamos uso preventivo del *ne bis in idem*, y cómo hay que matizar –y tal vez cambiar– la doctrina constitucional de que, mientras la segunda sanción no es efectiva, no se produce la lesión del derecho. Tal vez doctrinas como ésta y la general minusvaloración de la operación procesal del principio

(20) Dürig, *op. cit.*, marginal 128.

(21) Dürig, *op. cit.*, marginal 129.

(22) Dice este artículo: «Inadmisibilidad de un segundo juicio. El imputado que haya sido condenado o absuelto, aun en rebeldía (*contumacia*), no puede ser sometido de nuevo a proceso penal por el mismo hecho, ni siquiera si éste se considera de modo diverso por el título, el grado o las circunstancias.» Vid., por todos, G. Lozzi, «Giudicato (diritto penale)» en la *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè editore, tomo XVII, págs. 913-923.

(23) Por ejemplo, V. Andrioli, voz *Ne bis in idem*, *Novissimo Digesto Italiano*, Unione tipografico-editrice torinese, tomo XI, págs. 185-187.

en nuestra doctrina constitucional, se expliquen por haber encuadrado el *ne bis in idem* no en los derechos fundamentales procesales del artículo 24.2 Constitución Española sino en el derecho a la legalidad sustantiva penal y sancionadora, decisión que, como sabemos, se remonta a la **STC 2/1981**. A diferencia de lo que ocurre en el derecho constitucional alemán, el *ne bis in idem* constitucional español no es un *Prozessgrundrecht*, un derecho fundamental procesal, sino más bien un derecho fundamental sustantivo penal o sancionador.

Nuestra propia jurisprudencia constitucional ofrece la mejor prueba de lo que decimos en la **STC 157/1987, de 26 de octubre**, único caso en que se nos antoja hallar una resonancia de la *double jeopardy*. Recordemos los antecedentes. Por **STC 104/1986, de 17 de julio**, el Tribunal Constitucional amparó a un periodista que había sido absuelto en el juicio de faltas y luego condenado en apelación por falta de respeto y consideración al alcalde de una ciudad castellana. El amparo se otorgó por haberse omitido ponderar la libertad de opinión e información con el derecho al honor. Vuelto el asunto al Juez de apelación, éste efectuó la ponderación omitida y volvió a condenar al periodista. La **STC 157/1987** concede otra vez el amparo anulando la sentencia ordenatoria y reconociendo «el derecho del recurrente a no ser juzgado de nuevo en la causa que finalizó» con la sentencia absolutoria en el juicio de faltas. En su fundamento jurídico 3 se lee que

«...resulta inaceptable desde la perspectiva constitucional (...) que, anulada una sentencia penal condenatoria por los defectos intrínsecos del razonamiento en ella expuesto, se llegue a dictar por el mismo órgano judicial nueva resolución de fondo, *reiterando así el ejercicio del ius puniendi del Estado y arrojando con ello sobre el justiciable la carga y gravosidad de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional.*»

Se esperaría aquí una expresa invocación del *ne bis in idem*. No la hay. El amparo se otorgó no por violación del artículo 25.1 Constitución Española –el *locus* constitucional del *ne bis in idem*– sino del artículo 24 Constitución Española, por quebrantamiento de la autoridad de cosa juzgada que, según el Tribunal Constitucional, era preciso reconocer a la sentencia absolutoria dictada en el juicio de faltas. Quien sí menciona el *ne bis in idem* es el voto particular a esta sentencia firmado por el magistrado Excmo. señor don Eugenio Díaz-Eimil, según el cual la nueva sentencia –también condenatoria tras la ponderación– no

supone «ejercitar dos veces el *ius puniendi* ni en su consecuencia quebranto del principio *non bis in idem*, pues la anulación de la primera (sentencia condenatoria en apelación) hace que ésta quede privada de todo efecto jurídico y, por tanto, la única condena que se impone al acusado es la contenida en la segunda».

No se infiera de lo anterior que nuestra jurisprudencia constitucional desconsidere absolutamente la faceta procesal del *ne bis in idem*. No es así, pero también es cierto que no parece ser la preponderante. Y pasamos ya a nuestro otro tema: el *ne bis in idem* como principio constitucional que gobierna la articulación entre la potestad jurisdiccional penal y la potestad administrativa sancionadora.

II. EL *NE BIS IN IDEM* COMO CRITERIO DE ARTICULACIÓN ENTRE LA POTESTAD PUNITIVA PENAL Y LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA: PREMISAS CONSTITUCIONALES

Desde el punto de vista constitucional, la potestad jurisdiccional penal y la potestad administrativa sancionadora han sido consideradas unificadamente en el artículo 25.1 de la norma suprema. Con ello el constituyente parece estar diciéndonos que lo esencial es la sanción en sí misma y lo accidental su imposición por una organización pública u otra, por un Juez o Tribunal o por una Administración pública. Dentro de ciertos límites, el más importante de los cuales es el representado por el artículo 25.3 de la Constitución (prohibición de que la Administración civil imponga sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad), el carácter penal o administrativo de una sanción está entregado a la libre configuración política del legislador que puede optar por uno u otro tipo de sanción según sus criterios de política criminal o —en general— sancionadora.

Ahora bien, puesto que, de acuerdo con la doctrina constitucional, el *ne bis in idem* está implícito en el artículo 25.1 de la Constitución, habrá de alcanzar a todo tipo de sanciones públicas, con indiferencia respecto a la organización que la imponga. En nuestra Constitución falta así la restricción contenida en el artículo 103 III de la Ley fundamental alemana que limita el *ne bis in idem* a las leyes penales generales. Si el *ne bis in idem* está implícito en el artículo 25.1 Constitución Española, como ha declarado el Tribunal Constitucional, entonces no es un principio interno al subsistema sancionador penal o al subsistema sancionador administrativo, sino un vínculo de articulación de estos dos subsistemas en un

sistema represivo o sancionador único. A la inversa de lo que sucede en Alemania, nuestro problema no es justificar la operación del *ne bis in idem* más allá de lo penal estricto, sino fundamentar por qué – pese a regir el *ne bis in idem* como regla del sistema sancionador global – hay casos en que pueden concurrir la sanción penal y la administrativa por un mismo hecho o en que la absolución penal no impide la ulterior sanción administrativa.

Para exponer la doctrina constitucional, distinguiremos convencionalmente de nuevo entre operación sustantiva o material y operación procesal, ahora con exclusiva referencia al problema de la concurrencia de sanciones o de procedimientos penales o administrativos.

A) *Aspecto material. El «fundamento» y las relaciones de supremacía especial. Doctrina constitucional en esta materia. La STC 234/1991, de 10 de diciembre: estudio de su doctrina*

Desde el *punto de vista material*, el problema principal es determinar cuándo, supuesta la identidad de hecho y de infractor, es posible sancionar de nuevo. La respuesta, si nos atenemos a los literales términos de la doctrina constitucional sería que o cuando hay diversidad de «fundamento» o cuando la sanción administrativa se impone en el seno de una relación de supremacía especial.

«Fundamento» es palabra ambigua si las hay. Arriesgando una propuesta definitoria, diríamos que hay diversidad de fundamento que permite la doble sanción cuando existe una razón jurídica para no entender agotada o consumida por la imposición de una sola sanción, esto es, cuando los objetivos caracteres de una situación permiten inferir que la punición adecuada, desde el punto de vista del derecho, resulta de una pluralidad de sanciones, impuestas por la misma o distinta organización pública (24). La presunción obviamente ha de ser que una sola sanción agota el castigo. De este modo, y contra su aparente distinción en la doc-

(24) Somos conscientes de que la definición posee patentes elementos de circularidad. *Faciunt meliora potentes*. Obvio es que la razón jurídica más comúnmente aducida será la diversidad del bien jurídico lesionado. Esta argumentación debe considerarse siempre sospechosa, y arrojar sobre quien la use la carga de proporcionar razones especialmente sólidas y bien trabadas. Como posteriormente veremos, la mera dualidad normativa debe considerarse totalmente insuficiente en sí misma para demostrar la diversidad de bienes jurídicos.

trina constitucional desde la **STC 2/1981** misma (25), la presencia de una relación de supremacía especial sería sólo un caso particular de diversidad de fundamento que permite la pluralidad de sanciones.

La «relación de supremacía especial» o «relación de sujeción especial» es concepto de procedencia foránea (26). En los clásicos del derecho público alemán, la *besondere Gewaltverhältnis* (literalmente, «relación especial de poder») se contraponía a la relación general, esto es, la que mediaba entre el Estado y cualquier persona considerada en su condición abstracta y general de súbdito. La expresión «relación especial de poder» se usaba para designar la voluntaria o coactiva inordinación de los individuos en ciertas esferas administrativas (escolar, penitenciaria, funcional y militar esencialmente). La idea rectora es que éstos eran ámbitos internos o domésticos de la Administración en que no regían los derechos fundamentales, sólo operantes en la relación general; en que el Ejecutivo podía actuar por propia autoridad y derecho sin necesidad de fundamento legal; y en que, por último, la protección jurídica era de grado inferior. No operaba en estas esferas la reserva de ley y se regían por preceptos administrativos y no jurídicos (27). Sirva una plástica frase de Walter Jellinek para resumir todo lo anterior: «El maestro puede, sin más, retener y encerrar al alumno perezoso» (28). Como si dijera: para privar la libertad a los vagos, el maestro no necesita fundamento legal; le basta su propia posición, su —por decirlo con los términos de Dürig— inherente *potestas* y *auctoritas* de educador. También al Rey por la gracia de Dios le bastaba su propia posición para mandar a sus súbditos.

Esta concepción clásica no podía sostenerse en sus prístinos términos vigente ya la Ley fundamental alemana, aunque su definitiva acta de de-

(25) El **ATC 612/1989**, de 18 de diciembre, no publicado, separa con particular claridad, en su **Fundamento Jurídico 3**, «fundamento distinto» y «especial relación de sujeción entre Administración y ciudadano».

(26) En la exposición que sigue, me inspiro especialmente en H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munich, 1985, págs. 129-132, y H. Faber, *Verwaltungsrecht*, Tubinga, 1987, págs. 218-219. No he podido consultar la afamada obra de W. Loschelder, *Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlichen-rechtlichen Sorderbindung* (De relaciones especiales de poder a vinculaciones especiales de derecho público), Colonia y otras ciudades, 1982.

(27) Por todos, E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1989, págs. 221-224; e I. de Otto, *Derecho constitucional (sistema de fuentes)*, Barcelona, 1987, págs. 218-219.

(28) Cita la frase Maurer, *op. cit.*, pág. 130.

función no fue levantada hasta la célebre sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 14 de marzo de 1972 (asunto de los presos, BVerfGE, 33,1). Por tanto, los derechos fundamentales se aplican también en las relaciones especiales de poder, pero conocen modulaciones derivadas de su peculiar naturaleza. La reserva de ley opera también en estas relaciones, pero con menor intensidad, de modo que el reglamento dispone de un campo más amplio y pueden dictarse reglamentos particulares, *Sonderverordnungen*, sin necesidad de habilitación especial (29). En fin, la preservación del regular funcionamiento de las instituciones y establecimientos donde subsisten relaciones especiales de sujeción hace nacer poderes administrativos de tipo especial, etc.

Esta versión actualizada de la doctrina de las relaciones especiales de poder o relaciones de supremacía o sujeción especial –según algunos, como Hartmut Maurer, simplemente *Rechtstaatlich aufpoliert*, pulida según el Estado de derecho (30)– es la recibida en nuestra jurisprudencia constitucional. Según la **STC 2/1987, de 21 de enero, fundamento jurídico 2**, «en virtud de esa sujeción especial (la de los reclusos), el *ius puniendi* no es el genérico del Estado y en tal medida la reserva de ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente». La **STC 219/1989, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 3**, llega a decir que, en relaciones de sujeción especial, basta una pura remisión del legislador «vacía de todo contenido sancionador material propio» para que la Administración que habilitada regular reglamentariamente infracciones y sanciones. Para la **STC 120/1990, de 27 de junio, fundamento jurídico 6**, la reclusión en un centro penitenciario origina una relación especial de sujeción determinante de que los derechos fundamentales de los reclusos «puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes», y así lo permite el artículo 25.2 de la Constitución Española.

Pues bien, lo primero que destaca en la doctrina constitucional sobre el *bis in idem* sancionador en las relaciones de supremacía especial es lo liberalmente que se aplica este concepto, aunque sin llegar a ciertos excesos de la jurisprudencia contencioso-administrativa, que ha colocado el marchamo de «relación de supremacía o sujeción especial» a bancos (**STS 18 de febrero de 1985**, Aranzadi 818), detectives privados

(29) Sobre la noción de *Sonderverordnungen*, Maurer, *op. cit.*, págs. 55 y 132.

(30) *Op. cit.*, pág. 132.

(STS 23 de marzo de 1977, Aranzadi 1761), titulares de licencias de auto-taxis (STS 29 de septiembre de 1988, Aranzadi 7280) o viticultores incluidos en un régimen de denominación de origen (STS 13 de diciembre de 1985, Aranzadi 6533) (31). Ya la STC 2/1981 incluía en esta noción a la «relación de servicio público» (concepto sumamente impreciso) y al «concesionario». El ATC 1264/1988, de 21 de noviembre, parece dar a entender que entre la Seguridad Social y un farmacéutico que despacha sus recetas oficiales media una relación de supremacía especial, y considera constitucionalmente justificable la concurrencia de una pena por estafa y una sanción administrativa de inhabilitación para despachar recetas de la Seguridad Social porque, aunque traigan causa del mismo hecho, esta última «constituye una sanción inherente a la potestad administrativa orientada a la protección de los intereses específicos y organizativos de la propia Seguridad Social frente a la conducta del farmacéutico como colaborador suyo en esta actividad prestacional». El ATC 413/1990, de 26 de noviembre, fundamento jurídico 4, califica también como de supremacía especial la relación que media entre un Abogado y el Colegio al que está incorporado, calificación también frecuente en la jurisprudencia contencioso-administrativa (por ejemplo, STS 2 de febrero de 1984, Aranzadi 1016). Ante semejante extensión del concepto, es casi confortador verlo aplicado, no ya a un médico de la Seguridad Social (ATC 721/1984, de 21 de noviembre), sino a un simple celador que pasaba cigarrillos de hachís (ATC 150/1984, de 15 de octubre). El ATC 781/1985, de 13 de noviembre, aplica el concepto de supremacía especial a un funcionario de policía sancionado penal y disciplinariamente por reyertas con sus compañeros y afirma que la Administración puede actuar independientemente del Juez penal «al establecer las consecuencias precisas de la conducta (sancionada penalmente) del funcionario dentro de la relación funcional indicada».

También la STC 234/1991, de 10 de diciembre, se refiere a un funcionario de policía. La correcta comprensión de su doctrina, en cuyo co-

(31) La mejor doctrina española ha desconfiado siempre del concepto y ha llamado la atención sobre sus riesgos: así, García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso, cit.*, II, Madrid, 1991, págs. 21, 166-167 y 180 (no compartimos la trascendencia que se da a la STC 61/1990, de 29 de marzo, pues posteriores autos y sentencias no manifiestan cambios significativos en la doctrina constitucional sobre las relaciones de supremacía especial); también J. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1988, págs. 867-870. Con especial referencia al *ne bis in idem*, R. García Macho, «Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción», *REDA*, núm. 72 (1991), págs. 515-527.

mentario merece la pena detenerse, obliga a señalar algunos antecedentes relevantes. El policía fue condenado por haber prestado falso testimonio en un juicio penal por accidente de circulación para favorecer a un conductor amigo. La condena fue de un mes y un día de arresto mayor, 20.000 pesetas de multa y la accesoria de suspensión de todo cargo público, oficio y derecho de sufragio por el tiempo de la condena. Se le abrió expediente disciplinario por la falta prevista en el artículo 206.b en relación con el 217 del Reglamento de policía gubernativa de 17 de julio de 1975, hoy derogado; es decir, por la falta disciplinaria consistente en «cualquier conducta constitutiva de delito doloso». La resolución sancionadora ordenó el cumplimiento de la «inhabilitación» (en realidad suspensión) y añadió además la sanción de traslado con cambio de residencia. Agotada sin éxito la vía contencioso-administrativa, el policía pidió amparo aduciendo violación del *ne bis in idem*.

El Tribunal Constitucional denegó el amparo. La Sala, centra correctamente el asunto al referir la infracción del *ne bis in idem* al artículo 206.b del Reglamento de la policía gubernativa: la Administración se había limitado a implicar exactamente aquel precepto, que cuenta con numerosos antecedentes en nuestro Derecho de funcionarios. Y no sólo antecedentes: el Reglamento en vigor de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, de 10 de enero de 1986, califica como falta grave en el apartado c) de su artículo 7.1 a «las conductas constitutivas de delito doloroso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados»; nótese, empero, que este precepto exige un nexo con el servicio de la conducta delictiva que no existía en el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos (32). Pues bien, según el Tribunal Constitucional, para que sea constitucionalmente admisible la doble sanción no basta la mera dualidad normativa (33), sino que es necesario que la normativa que prevé la segunda sanción pueda justificarse porque contemple «los mismos hechos desde la perspectiva de un interés protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción

(32) T. Quintana López, «El principio “non bis in idem” y la responsabilidad administrativa de los funcionarios», *REDA*, núm. 52 (1986), págs. 591 y 595, se refiere a este precepto del vigente Reglamento de régimen disciplinario.

(33) El razonamiento de la sentencia es extraordinariamente certero: si la dualidad normativa fuera condición suficiente para la constitucionalidad de la doble sanción, «el principio (constitucional) *ne bis in idem* no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle». Un ejemplo de *elegantia iuris*: concisión, exactitud, tino.

intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador o sancionado»; y a continuación contrapone el *ius puniendi* que el Estado ostenta para reprimir las conductas tipificadas como delito o falta dentro del territorio nacional, por un lado, y la potestad disciplinaria de la Administración (poder que ésta tiene en virtud de la relación jurídica estatutaria que vincula al funcionario con la Administración sancionadora). Hasta aquí, como se ve, no hemos salido de la doctrina clásica sobre las relaciones especiales de poder. La manera en que el Tribunal Constitucional contrapone el *ius puniendi*, que alcanza a todos quienes se encuentran en el territorio del Estado, y el poder disciplinario consustancial a una relación especial de sujeción que se traba voluntariamente y es fuente de especiales deberes (la funcionarial) no deja de evocar los más renombrados textos del Derecho público alemán del siglo pasado y principios del presente. Tal vez por eso la Sala cree oportuno añadir una precisión actualizadora de la clásica doctrina, y es ésta:

«La existencia de esa relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del derecho sino dentro de él y, por tanto, también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación.»

Después de moldear de esta manera las relaciones de sujeción especial para acordarlas mejor con el Estado de derecho, operación que contaba ya con el antecedente de la **STC 21/1981, de 15 de junio, fundamento jurídico 15**, añade la sentencia 234/1991 que comentamos –y aquí está la novedad– que para que sea admisible la posterior sanción disciplinaria de una conducta ya penalmente castigada son necesarias dos condiciones: que «el interés jurídicamente protegido sea distinto» y que «la sanción sea proporcionada a esta protección». Y a seguido la sentencia, sin tratar expresamente el punto de la proporcionalidad tal vez por juzgarla manifiesta, razona por qué en el caso había un interés jurídicamente protegido distinto, específico de la esfera administrativa: la conducta de los funcionarios al margen de su función propia no entra dentro del círculo de interés de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta salvo cuando esa conducta redunde en perjuicio

del servicio dada la naturaleza de éste; la tarea propia de la policía es averiguar los delitos y perseguir a los delincuentes y la eficacia de este servicio se vería perturbada si a sus agentes se les pudiera imputar aquello que tienen la misión de impedir; luego la irreprochabilidad penal de estos funcionarios es interés legítimo de la Administración suficiente para permitir la doble sanción (34).

No me parece compartible esta doctrina por las razones que siguen:

a) La tesis de la sentencia sería aceptable si el Código penal castigara con iguales penas a todos los ciudadanos haciendo abstracción de su condición profesional. Pero el Código penal tiene ya en cuenta la relación funcional –la relación especial de poder– y el interés legítimo de la Administración en la irreprochabilidad penal de sus funcionarios a través de las penas principales o accesorias que inciden en la relación funcional. En nuestro caso, el policía fue condenado a una accesoria de suspensión. Cuando esto sucede, la condena penal consume íntegramente la represión estatal y el *ne bis in idem* constitucional debe impedir que la Administración aumente la pena que recae sobre la relación funcional adicionándola una sanción disciplinaria *por una infracción que consiste justamente en haber sido condenado por el delito*.

Si a esto se objeta que las penas previstas en el Código son insuficientes en la perspectiva del interés de la Administración, habrá que responder que esa «insuficiencia» no es una calificación jurídica, consecuencia de un juicio jurídico, sino una valoración política, y precisamente una valoración de política legislativa penal. Si las penas que recaen sobre la relación funcional se creen insuficientes o mal reguladas, modifíquese

(34) El criterio o *test* propuesto por la STC 234/1991 podría sintetizarse así: la dualidad de normas represivas expresa o no expresa una dualidad de intereses –uno «general» (el representado por el Código penal) y otro «distinto» y «específico» de la Administración– suficiente para justificar la doble sanción? El *test* corre el riesgo de fluctuar entre el vaciamiento y la arbitrariedad, escollos que tantas veces se alzan cuando se pretende formular criterios para la decisión judicial. Riesgo de vaciamiento: puesto que hay dualidad de normas, hay dualidad de intereses (cada norma es portadora de un interés); y el interés protegido por la norma disciplinaria, precisamente por ser tal, es siempre «distinto» y suficiente para justificar la doble sanción. Riesgo de arbitrariedad: carecemos de toda pauta mínimamente precisa y estricta para calificar el interés administrativo como «distinto» y suficiente para justificar la doble sanción sin quebrantar el *ne bis in idem* constitucional.

el Código penal, cuyos defectos, supuestos o reales, no son razón para violentar el *ne bis in idem* constitucional (35).

Tampoco podría aceptarse el argumento de que –en casos como el de la STC 234/1991 o en los que proceda aplicar el artículo 7.1.c) del Reglamento de régimen disciplinario de 1986– no hay identidad de hechos porque en el proceso penal se castiga la conducta prevista como típica en el Código, mientras que en el procedimiento disciplinario se sanciona el hecho de haber sido objeto de condena penal. Las condenas penales, sin embargo, lo son por ciertos hechos punibles; si la condena penal se convierte en condición de la nueva sanción disciplinaria, lo único que se hace es permitir a la autoridad administrativa que añada al fallo penal condenatorio una nueva sanción. Se escribe así el apéndice disciplinario a la condena penal, pero siempre sobre unos mismos hechos sancionables. El argumento que criticamos es de un extremo formalismo, pues pretende hacer de la condena penal una especie de pantalla que aísla absolutamente la sanción disciplinaria de los hechos objeto del procedimiento penal. La sentencia condenatoria se convierte así en un título abstracto para la sanción administrativa; abstracto, porque la represión disciplinaria pretende separarse o abstraerse de los hechos por los que se condenó.

b) En consecuencia, la única interpretación constitucionalmente plausible de preceptos como el artículo 206.b) del Reglamento de la policía gubernativa y 7.1.c) del Reglamento de régimen disciplinario pasa por darles carácter subsidiario respecto al Código penal. Si éste ha previsto penas principales o accesorias que inciden en la relación funcional, preceptos disciplinarios como los citados se tornan inaplicables por

(35) Una variante del argumento anterior es la necesidad de depurar el aparato administrativo si las penas accesorias (o las principales que inciden en la relación funcional) no producen por sí esa depuración. De nuevo hay aquí una crítica meramente política al régimen de las penas previstas por el Código, que se reputa insuficiente; pero ahora esa crítica se alía con un elemento o factor que puede deparar discutibles resultados: la conveniencia de «depurar» la organización de agentes condenados penalmente. ¿Quién debe apreciar esa conveniencia depuradora no producida por aplicación del Código? Si se contesta que la autoridad administrativa, ¿qué precepto legal habilita a la autoridad administrativa –subordinada en cuanto tal a los jueces y tribunales, como veremos seguidamente– para valorar si una sentencia penal es o no satisfactoria desde este punto de vista purificador? ¿Cuáles son los criterios jurídicos que gobiernan la estimación, efectuada por la autoridad administrativa, de la suficiencia o insuficiencia «depuradora» atribuible a la resolución penal?

virtud del *ne bis in idem* constitucional. E inversamente, sólo si las penas por el delito doloso no inciden en la relación funcional podrá la Administración imponer una sanción disciplinaria siempre que, por emplear los términos de la **STC 234/1991**, el delito doloso *realmente* tenga una capacidad de perturbar el servicio y lesionar el interés de la Administración (bien jurídico del correcto funcionamiento del servicio) y, además, la sanción disciplinaria guarde proporción con las penas privativas de derechos que puedan incidir sobre la relación funcional y que el Código prevea para delitos de similar gravedad. Y esto por la primacía axiológica que ha de reconocerse al Código penal en materia represiva o sancionadora (36).

c) Los artículos 51 y 52 del proyecto del Código penal, que ha caído en caducidad por la convocatoria de elecciones generales mediante el Real Decreto 534/1993, de 12 de abril, se orientaban por este camino, único a mi entender para –recordando el título del célebre libro R. Dworkin– tomarse en serio el *ne bis in idem*. El artículo 51 de aquel proyecto convertía a la inhabilitación absoluta en pena necesariamente accesoria de la de prisión superior a diez años (37). El artículo 52 facultaba a los Jueces a aplicar motivadamente como accesorias de las penas de prisión de hasta diez años las de suspensión o inhabilitación especial si el empleo, cargo, profesión, etc., hubiera tenido relación directa con el delito; pero se condicionaba la facultad judicial de añadir accesorias funcionariales, primero, a la petición del Fiscal y, segundo, a la expresa motivación de que el órgano judicial está en las mejores condiciones para valorar la repercusión, incidencia y conexión del hecho punible con la relación profesional del condenado. En otro caso, correspondía a la Administración extraer las consecuencias disciplinarias de la conducta delictiva del funcionario.

(36) Nuestras consideraciones se refieren al injusto administrativo que está representado, bastante acabadamente, por el artículo 7.1.c) del Reglamento de régimen disciplinario de 1986. Al discreto lector toca sacar otras conclusiones si comparte nuestra premisa. Nuestra tesis está próxima en sus consecuencias prácticas a la patrocinada por E. Octavio de Toledo, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980. Pero, para nosotros, la consunción no opera en virtud de una regla de concurso de leyes, sino con base constitucional en la adecuada intelección de las dos vertientes del *ne bis in idem*.

(37) La inhabilitación absoluta produce «la privación definitiva de los concretos honores, empleos y cargos públicos que tuviere el penado» y la incapacidad para, durante el tiempo de la condena, obtener honores, empleos y cargos y elegir y ser elegido para cargo público (artículo 38 del proyecto). A la vista de ello, parece innecesario y perturbador que su artículo 51 disponga que la inhabilitación absoluta se producirá «durante el tiempo de la condena».

B) *Vertiente procesal*

Pasemos, por último, a la *vertiente procesal* del *ne bis idem* como articulación de lo penal y lo administrativo sancionador.

- a) La STC 77/1983. Vinculación de la Administración al planteamiento fáctico de los Tribunales penales: ¿*ne bis in idem* o efecto prejudicial?

Aparece aquí una de las sentencias constitucionales más célebres, la **STC 77/1983, de 3 de octubre**. El *fundamento jurídico* 4 de esta sentencia parece afirmar que el *ne bis in idem* constitucional no impide el enjuiciamiento y calificación independientes en el plano jurídico cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos. Pero no puede ocurrir lo mismo en el plano de los hechos, «pues unos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado». Ahora bien, la actuación sancionadora de la Administración queda subordinada a la judicial y debe esperar al pronunciamiento de los Tribunales penales; es decir, según el Tribunal Constitucional, nuestra norma suprema garantiza la preferencia del proceso penal sobre el procedimiento administrativo sancionador. Uniendo una y otra afirmación, se concluye que la Administración, cuando sancione *a posteriori*, deberá en todo caso respetar el planteamiento fáctico realizado por los Jueces y Tribunales penales.

Esta doctrina (38) ha sido invocada hasta la saciedad desde entonces (v.gr., **SSTC 62/1984, de 21 de mayo, fundamento jurídico 2**, y **107/1989, de 8 de junio, fundamento jurídico 4**), y ha encontrado acogida en multitud de leyes administrativas (39) hasta ser finalmente consagrada con alcance general el artículo 137.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, que limita la vinculación de

(38) Sobre esta STC, pueden consultarse —aparte las obras generales como García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso*, cit., II, págs. 180 y 181; Sanz Gandásegui, *op. cit.*, págs. 132-138; Garberí Llobregat, *op. cit.*, págs. 155-159; Queralto, *op. cit.*, págs. 10-11; Trayter Jiménez, *op. cit.*, págs. 123-133; y Nieto García, *op. cit.*, págs. 161-170.

(39) Unos pocos ejemplos: el artículo 77.6 de la Ley General Tributaria, el artículo 112 de la Ley de aguas de 2 de agosto de 1985, el artículo 32.2 de la Ley general de sanidad de 25 de abril de 1986, el artículo 96 de la Ley del mercado de valores de 28 de julio de 1988, el artículo 2 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito de 29 de julio de 1988, el artículo 30.3 de la Ley de Industria de 16 de julio de 1992.

la Administración a «los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes». Con todo, suscita alguna duda el que la vinculación de la Administración al planteamiento fáctico de los Tribunales penales represente verdaderamente una consecuencia del *ne bis in idem*. Lo que hace la **STC 77/1983** es dotar al «planteamiento fáctico» judicial de fuerza prejudicial vinculante para la Administración que sanciona. Ahora bien, el campo propio del *ne bis in idem* es el de lo negativo o excluyente, no el de lo positivo o prejudicial. Por ello cabría preguntarse si no sería más adecuado basar este tipo de vinculación prejudicial de la Administración en el deber de respeto a la cosa juzgada penal (artículo 118 Constitución Española) –y en el artículo 24 Constitución Española, en cuanto garantiza ese respeto– que no en el *ne bis in idem* y en el artículo 25.1 Constitución Española. De hecho la **STC 35/1990, de 1 de marzo, fundamento jurídico 3**, justamente en un caso de aplicación del artículo 7.1.c) de Reglamento de régimen disciplinario de 1986 en que el recurrente no adujo infracción del *ne bis in idem*, cita la famosa frase de que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado en el contexto de una supuesta infracción de la presunción de inocencia por la Administración, ya que, según el recurrente, en el expediente no existía la más mínima prueba de los hechos sancionados por la Administración... que no eran otros que los declarados probados por sentencia condenatoria. Esta sentencia reconoce además prudentemente que «es verdad que unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por la Administración y los Tribunales de Justicia».

En esta misma línea de prudencia la **STC 22/1990, de 15 de febrero, fundamento jurídico 6**, subraya que un auto de sobreseimiento provisional «no es en modo alguno sinónimo de la inexistencia de hechos sancionables a los efectos del procedimiento administrativo». Aunque el Tribunal no haya aclarado este punto, me inclino a pensar que el «planteamiento fáctico» que la Administración debe respetar comprende con seguridad los hechos probados de las sentencias así condenatorias como absolutorias y las declaraciones fácticas contenidas en los autos de sobreseimiento libre.

- b) La doctrina de la **STC 98/1989, de 1 de junio**:
hechos y calificación

La **STC 98/1989, de 1 de junio, fundamento jurídico 10**, niega la infracción del *ne bis in idem* en un caso célebre de absolución de un deli-

to de prevaricación y posterior sanción disciplinaria de separación del servicio por falta muy grave de intromisión en la aplicación o interpretación de las leyes dirigiendo órdenes o presiones (artículo 417.2.º Ley Orgánica del Poder Judicial). El Tribunal acepta la identidad de hechos determinantes de la absolución penal y de la sanción disciplinaria. Pero afirma que esta última ha respetado los hechos fijados en la sentencia penal; existe sólo una legítima diferencia en la calificación jurídica (la independencia de enjuiciamiento y calificación aludida en la **STC 77/1983**) que no supone quebranto del *ne bis in idem*. La doctrina de esta sentencia coincide con la que desde hace tiempo goza de mayor predicamento entre nosotros, y la reiteran los **AATC 413/1990, de 26 de noviembre, fundamento jurídico 4**, y **355/1991, de 25 de noviembre** (este último, no publicado, afirma tajantemente que el principio *ne bis in idem* no impide que sea compatible la licitud penal y la ilicitud administrativa de unos mismos hechos). Pero quizá cabría decir de manera más llana que en el caso decidido por la **STC 98/1989** se absolvió por unos hechos (no se dictó a sabiendas resolución injusta) y se sancionó por otros (hubo intromisión con presiones); o dicho de otro modo, los «hechos» por los que se absolvió penalmente no eran subsumibles en el tipo de la infracción disciplinaria e, inversamente, los «hechos» por los que se impuso la sanción disciplinaria no correspondían al tipo penal por el que se absolvió. En Alemania el Tribunal Supremo federal (*Bundesgerichtshof*) entiende por el «mismo hecho» a los efectos del artículo 103 III GG «el acaecimiento histórico (*geschichtlichen Vorgang*) que el Tribunal está en condiciones de sentenciar en el marco del auto de apertura (*Eröffnungsbeschluss*)» (40). Con arreglo a esta definición, tal vez hubiera cabido negar la identidad de hecho en el caso resuelto por la **STC 98/1989** y rechazar por esta razón el quebrantamiento del *ne bis in idem*. Por el contrario, si realmente hubiera coincidencia de hechos subsumibles en los tipos penal y administrativo, coincidencia en el contenido de injusto, más bien habría de sostenerse que la absolución cierra el camino a la ulterior sanción administrativa.

c) Concurrencia de sanciones firmes

Terminemos con un brevísimo apunte sobre un extremo poco tratado, pero que puede alcanzar importancia en la práctica: cuando concurren

(40) Rauball, *op. cit.*, pág. 587, y Wassermann, *op. cit.*, pág. 1219. Este último apunta que la noción de «el mismo hecho» ha de ser «ampliamente interpretada según la doctrina dominante, a lo que no ha puesto reparo el Tribunal Constitucional federal».

una sanción penal y otra administrativa y se aprecia infracción del *ne bis in idem*, ¿cuál debe invalidarse? El **ATC 1079/1987, de 30 de septiembre, fundamento jurídico 2**, se inclina por la anulación de la sanción administrativa «en virtud de la fuerza atractiva de la responsabilidad penal». En estos términos, la razón no es persuasiva. Más bien habría que decir que la subordinación de la Administración que sanciona a los Jueces y Tribunales penales, proclamada por la **STC 77/1983**, hace ilegítima la sanción administrativa, si ésta se ha impuesto sin respetar la preferencia de la vía penal, que impide actuar a la Administración mientras no se hayan pronunciado los Tribunales (41).

Pero el problema se complica si la sanción administrativa hubiera sido impuesta cuando no pendía proceso penal alguno –abierto posteriormente e incluso muy posteriormente– y hubiera quedado firme por haber sido consentida, o hubiera sido confirmada por sentencia contencioso-administrativa firme (42); podemos imaginar incluso que la temprana sanción administrativa hubiera ganado firmeza –o hubiera sido confirmada en vía contencioso-administrativa– antes de que se iniciaran las actuaciones penales, supongamos que a instancia de parte dentro del plazo de prescripciones del delito, que puede ser largo. Aquí podría llegar a darse un conflicto o colisión entre resoluciones sancionadoras firmes y es dudoso que hubiera de resolverse sacrificando, sin más, la sanción administrativa. Este conflicto o colisión corresponde resolverlo al legislador eligiendo el criterio –*favor rei*, cronológico– que impide la concurrencia, constitucionalmente prohibida, de sanciones firmes, y asimismo establezca los remedios para lograr la eliminación de la que proceda, respetando la subsidiariedad del amparo (cfr. **STC 185/1990, de 15 de noviembre, fundamento jurídico 5**). Con todo, es dable encontrar algún ejemplo que podría aducirse a favor del criterio cronológico, como la **sentencia de Tribunal**

(41) Quintana López, *op. cit.*, págs. 588-590, examina desde este punto de vista el párrafo primero del artículo 23 del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, de 10 de enero de 1986.

(42) Ha destacado este problema Nieto García, *op. cit.*, págs. 161-164.

(43) Según esta sentencia, el *ne bis in idem* «no permite, por unos mismos hechos, duplicar o multiplicar la sanción, sea cualquiera la autoridad que primeramente la haya impuesto, caso que es el de autos, puesto que la Hacienda pública ya impuso al presunto infractor una sanción».

Supremo, Sala 2.ª, de 12 de mayo de 1986, Aranzadi 2449 (43), y acaso la STC 159/1985, de 27 de noviembre, que alude a la anulación de la «sanción posterior» (44).

(44) En realidad, creo que la referencia a la sanción posterior en esta sentencia constitucional se explica porque presupone que el amparo basado en la infracción del *ne bis in idem* se dirigirá contra la segunda sanción. No parece que esta afirmación pueda elevarse sin más a criterio para resolver el conflicto entre resoluciones firmes, que es la cuestión de que se trata; pero indudablemente expresa una preferencia por la sanción cronológicamente anterior.

La «invocación preventiva» del *ne bis in idem* presupone obviamente el criterio cronológico; la primera sanción en el tiempo impide la posterior. Pero aquí nos planteamos un conflicto entre dos decisiones sancionadoras firmes (típicamente resolución administrativa y sentencia penal).

EL PRINCIPIO ACUSATORIO

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo. De la Carrera Fiscal.

Profesor de la Universidad

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.-2. EL PROCESO FINAL.-3. EL PRINCIPIO ACUSATORIO.-4. HOMOGENEIDAD Y HETEROGENEIDAD.-A) *Hay homogeneidad.*-B) *No hay homogeneidad.*-5. EXIGENCIAS PARA QUE SE CUMPLA EL PRINCIPIO ACUSATORIO.-6. EL ARTÍCULO 733 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.-7. TEORÍA GENERAL DEL PRINCIPIO ACUSATORIO.-8. RESPECTO A LA PENA.-9. SUPUESTOS DE CONFORMIDAD.-10. LA CONSTITUCIÓN, EL MINISTERIO FISCAL Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO.-11. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los problemas que derivan de la aplicación práctica del principio acusatorio son muchos y complejos aunque gracias a la doctrina sentada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (T.C.), y de la Sala Penal del Tribunal Supremo (T.S.) nos encontramos en un momento en el que muchas cuestiones son ya absolutamente pacíficas como vamos a ver seguidamente.

2. EL PROCESO PENAL

El proceso penal tiene unas características muy específicas y singulares. Desde su finalidad: descubrir la verdad real o histórica, pero no, desde luego, a cualquier precio, hasta las modalidades que determinados principios alcanzan cuando se incorporan a él, todo tiene una cierta originalidad. En este último sentido, por ejemplo, la presunción de inocencia que no admite la versión invertida, la igualdad que no se corresponde con la idea que de ella puede tenerse con carácter general, porque no hay un derecho de información del acusado respecto del acusador, en los mismos términos en que existe, en sentido inverso, en las posiciones del acusador y del acusado, en los concretos límites del juzgador que a veces, según la doctrina más generalizada, puede, en determinadas circunstancias, bajar la pena solicitada pero no elevarla, etc.

También la indisponibilidad de las normas y la imperatividad de su observancia confieren al proceso penal, dice Almagro Nosete, un carácter de necesidad que excluye la posibilidad de cualquier acuerdo o dispo-

sición privada para solucionar el conflicto originado por la producción del hecho delictivo.

La misma conformidad, atendidas sus características y limitaciones no puede asimilarse al allanamiento en el proceso civil.

Sin el proceso penal, el «*ius puniendi*», dice Gómez Orbaneja, carecería de realización y no sólo en el sentido de que la pena, en cuanto mira a la conservación del orden jurídico, estaría desprovista de eficacia, sino, más radicalmente, porque el efecto jurídico del delito sólo mediante el proceso puede hacerse efectivo.

3. EL PRINCIPIO ACUSATORIO

En este contexto hemos de situar el principio acusatorio que es un límite definitivamente importante a las posibilidades del juzgador y que simultáneamente confiere al Ministerio Fiscal (M.F.), un protagonismo excepcional como todos sabemos y vamos a tratar de precisar, enseguida, en el proceso penal.

Reflexionando de lo general a lo particular hemos de partir del principio esencial de proscripción de toda indefensión consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución Española (C.E.), que tiene, sin duda, una muy amplia vocación generalizadora. A continuación, con referencia específica a los derechos de naturaleza sancionadora, se dice en el apartado 2, que todos tienen derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. En otro momento hice un estudio pormenorizado de estos derechos examinando hacia qué direcciones concretas se encaminan cada uno de ellos.

Confluyendo todas estas exigencias en el proceso penal hay que preguntarse: ¿Hasta dónde debe llegar la información para que siendo completa y suficientemente expresiva respecto de la acusación en relación con el acusado, no se produzca indefensión? En esto consiste, en esencia, el principio acusatorio. Quien dispone de información puede defenderse de la acusación y aquella ha de referirse al momento de la detención, a las resoluciones privativas o limitativas de derechos (la motivación es una

forma de informar, artículo 120.3 C.E.) y, por supuesto, en el instante formal en que se mantiene un acusación, sea esta provisional o definitiva.

El tema se complica en la actualidad porque al lado del artículo 733 y complementariamente del 851.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se aplican en el proceso ordinario, ha surgido el 794.3 de la misma ley, en orden al proceso abreviado.

Vayamos por partes. La ley impone que exista un correlato entre la acusación y el fallo. En la zona en que esta correlación no exista, falta, sin duda, información, porque el escrito de calificación provisional o definitiva del Ministerio Fiscal, o de otra acusación, es precisamente el instrumento técnico jurídico-procesal que hace llegar al acusado la adecuada información.

La llamada, vinculación del juzgador a la acusación no es un capricho del legislador. Es una exigencia del principio de proscripción de toda indefensión.

Existen esencialmente dos tipos de vinculaciones, una, al título de imputación delictiva y otra a la pena asignada al tipo penal.

En este sentido y respecto del proceso ordinario hay que señalar que el auto de procesamiento no fija la pretensión punitiva, (STS 5 marzo y 20 mayo 1991 y 30 junio 1992).

Respecto, más en concreto, de la vinculación al título de imputación debemos recordar que coincide, como dice la Fiscalía General del Estado (F.G.E.), con el objeto de un determinado proceso. Es decir, el hecho que describe la acusación se convierte, dentro del sistema procesal, en el principio de identidad del hecho y el juzgador no puede salirse de él. Como ha dicho el Tribunal Supremo la determinación de cuando se está ante un mismo hecho o ante un hecho distinto, es tema que sirve tanto para establecer la existencia de cosa juzgada cuanto problema de la correlación entre acusación y defensa. En definitiva, la identidad no tiene que ser estrictamente matemática. En su crítica a la denominada «teoría naturalista», se dice que las modificaciones de tiempo y lugar son irrelevantes pues lo esencial es que existan estos elementos: hecho material, elemento psicológico y relevancia para la calificación jurídica (Ponencia de don Ramón Montero). Por ello hechos nuevos, lo son, incluso, los conexos, si no figuran en la calificación (STS 13 noviembre 1992). Sobre identidad de hechos: sentencia 24 noviembre 1992.

Por esta razón, si hubiera acontecimientos en el juicio oral que hicieran necesario un período intermedio de depuración, así habrá de acordarse. El artículo 746.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice: «Procederá la suspensión del juicio oral cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria.»

Este número 6 del artículo 746 reconoce a las partes, concretándose así el artículo 24.2 de la Constitución Española, el derecho a producir nueva prueba cuando revelaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios. Sin embargo, la nueva prueba debe ser pertinente en el sentido establecido por la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional. Desde este punto de vista sólo lo serán las pruebas que guarden relación con el objeto de decisión del proceso (sentencia 5 octubre 1988). Es decir, no cabe utilizar esta vía para preparar en el futuro una nueva prueba, teniendo en cuenta que la aportada se vislumbra insuficiente, pues ello acarrearía, a mi juicio, una inequívoca vulneración del principio procesal «non bis in idem».

Si de este concreto punto pasamos al proceso abreviado, el artículo 793.7 contempla el supuesto de que, en conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o aprecie un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, en cuyo caso, el juez o tribunal «podrá» conceder un aplazamiento de la sesión hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que esta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Trás la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas. «En mi opinión, si solicitado el aplazamiento, el Juez o tribunal no lo concediera se puede estar ante un supuesto inequívoco de indefensión y, por consiguiente, de vulneración de un principio constitucional.»

Por consiguiente, y ello vale para todos los procesos penales, en el instante en que las acusaciones formulan sus conclusiones definitivas, se produce, procesalmente hablando, una foto fija, inalterable ya, siendo esta la única que puede contemplar el juzgador para deducir de ella las correspondientes conclusiones. Por consiguiente, no puede el juzgador variar los hechos, tampoco las calificaciones, salvo como luego veremos, que se trate de un delito homogéneo más benignamente tratado, desde el

punto de vista penológico. En este sentido STC 20/1981 de 19 de febrero y SSTs de 18 de abril 1990 y de 30 de diciembre 1992.

Esto es, sólo dentro de este marco puede desenvolverse el juzgador sin vulnerar el derecho fundamental del artículo 24.2 de la Constitución Española que consiste en ser informado de la acusación.

El ajuste de la calificación acusatoria más grave ha de operar bajo este triple condicionamiento: que la pena impuesta no supere la gravedad de la solicitada, que no se varíen, por supuesto, los hechos que son objeto de acusación y que el delito por el que se condene guarde una relación de homogeneidad con el que fue objeto de acusación.

Con toda obviedad el correlato hecho-delito es, en general, insoslayable. Son raras las situaciones en que falta la relación parental entre el delito objeto de acusación y delito objeto de condena. El problema radica en establecer los límites de las afinidades en el sentido de saber cuando las disociaciones provocan indefensión. ¿Y que hay que decir de la pena? No olvidemos, otra vez, la esencia misma del principio acusatorio y traigamos nuevamente a la palestra el tema de la indefensión y, como relativa novedad, la institución de la individualización de la pena.

En el proceso ordinario la cuestión era ya pacífica. No se vulnera el principio si, aún rebasando la pena solicitada por las acusaciones, esta aparece situada dentro de los límites señalados por la ley al delito incriminado (sentencias de 30 de mayo 1983 y 4 de junio de 1984. En igual sentido las sentencias de 7 de mayo de 1986 y 12 de junio de 1989).

El Tribunal Constitucional ha precisado muy bien el problema y los límites del poder del juez. En las sentencias 17/1988 de 16 de febrero y 189/1988, de 17 de octubre se afirma que el principio cuestionado no impide que, dentro de los límites de la ley, fijando la pena al tipo delictivo correspondiente, remedie errores de la acusación, (si esta, por ejemplo, ha omitido pedir penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión o ha pedido penas inferiores a las que realmente corresponden) e imponga penas superiores a las solicitadas por el Fiscal cuando ello no suponga alteración de los hechos aducidos en el proceso y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondientes al tipo penal que resulte de la calificación jurídica de los hechos, formulada por la acusación y debatida en el proceso.

La conclusión que se obtiene, en general, de la jurisprudencia es que concurriendo la nota de inalterabilidad del título de imputación que comprende, tanto la identidad del hecho como la homogeneidad de los bienes jurídicos y las circunstancias que puedan tener trascendencia jurídico punitiva, se puede elevar la pena, siempre que la impuesta se halle dentro del marco legal.

Sucede, sin embargo, que, a partir de la entrada en vigor del artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que también consagra el principio acusatorio e incluso, según algunos, lo refuerza, al no ser ya un texto coincidente con el artículo 851.4, se discuten los efectos que haya de producir.

En efecto, aquel, es decir el 733 con el 851.4, se refieren a la prohibición de condenar por delito distinto cuando ello conlleve una diversidad de bien jurídico protegido a mutación sustancial del hecho enjuiciado con una evidente ampliación del supuesto. El artículo 794.3 está redactado en términos mucho más rigurosos, según parece, al menos, a primera vista. La sentencia, dice, no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando este conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado.

No se puede imponer pena que exceda de la más grave de las solicitadas por las acusaciones. ¿Qué quiere decir la ley? ¿Qué si se piden tres meses no se puedan imponer cuatro, por ejemplo? Una interpretación literalista puede perfectamente mantener este punto de vista, pero ello implica un desplazamiento, probablemente no querido por el legislador, de la tarea de individualización de la pena que debe corresponder, sin duda, a los jueces y no al Ministerio Fiscal. Son incluso bastantes los ordenamientos jurídicos en los que el Fiscal no solicita del tribunal una pena específica precisamente porque se entiende que su imposición es tarea eminentemente judicial.

Nosotros entendemos que este régimen de permisividad de desbordamiento de la pena solicitada por las acusaciones es aplicable al proceso abreviado.

Que lo es en el proceso ordinario no ofrece ninguna duda:

- 1) La STC 134/1986 de 29 de octubre, exige identidad en principio del hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y el de-

clarado probado y que ello constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de la condena y de la acusación.

- 2) La sentencia no puede variar el delito imputado salvo que sea absolutamente homogéneo y tenga asignada igual o menor pena (sentencias del Tribunal Constitucional 17-7-1986 y 16-2-1988 y del Tribunal Supremo 5-10-1987, 10-11-1987, 21-1-1988, 29-3-1988, 14-12-1988, 20-1-1990, 7-2-1990, 9-2-1990, 5-3-1990, 14-5-1990, 25-5-1990, 27-6-1990, 5-7-1990 y 7-7-1990).
- 3) La identidad del hecho abarca también a las circunstancias que tengan proyección jurídico-penal sobre el mismo (sentencias de 24-12-1985, 17-7-1986 y 28-2-1987, sin que quepan, por consiguiente, aditamentos en los hechos –sentencia de 4-6-1987–).
- 4) La libre apreciación de agravantes no invocadas supone vulneración del principio (sentencias de 4-11-1986, 2-4-1987, 21-4-1987, 30-9-1988, 17-6-1989, 22-2-1990, 5-3-1990 y del Tribunal Constitucional 205/1989, de 11 de diciembre). Tampoco puede elevarse el grado de participación.

Es decir, con un ejemplo se puede comprobar lo que venimos diciendo, para contrastarlo a lo que señala la Memoria de la Fiscalía General del Estado citada. Es correcto, conforme con esta doctrina del Tribunal Constitucional, imponer la pena de dos años y cuatro meses de prisión menor y privación del carnet de conducir durante diez años por un delito de imprudencia temeraria a pesar de que la única parte acusadora había solicitado un año de prisión y tres de privación.

La Fiscalía General del Estado entiende, en cambio, que el juzgador no puede imponer pena superior a la concreta pedida por la más grave de las acusaciones estimando que esta doctrina ha de ser extendida al procedimiento ordinario. Ello es, se dice, además, efecto del derecho constitucional de todo acusado a ser informado de la acusación formulada, ligado al derecho de defensa que comprende no sólo la información precisa sobre el delito acusado sino también sobre la pena solicitada. Únicamente así, se dice, se podrá conocer y refutar la imputación y ejercitar el legítimo derecho de defensa.

Comprendo las razones que expone la Fiscalía General del Estado pero no comparto sus conclusiones y en este momento me voy a limitar a una objeción que me parece muy seria. Los Jueces y Tribunales han de

aplicar tanto el principio de justicia (legalidad en cuanto taxatividad y certeza, como el de proporcionalidad que es consustancial a la justicia) y también el principio de igualdad, conforme al artículo 14 de la Constitución Española que impide un trato desigual si no concurren razones objetivas serias que determinen la desigualdad y todo ello ha de motivarlo, de acuerdo con el artículo 120.3 del texto constitucional. La infracción o vulneración de estos principios puede corregirse por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo que habrá de considerar no otra cosa que la sentencia judicial. Si el Fiscal frente a tres acusados por el mismo hecho y delito solicita, a pesar de que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cuatro, tres o un año de prisión menor y el Tribunal entiende que son merecedores los tres de la pena en el tramo punitivo más grave posible que sería el de la prisión menor en grado medio y dentro de él, el máximo, esto es cuatro años y dos meses no lo podría hacer ni podría motivar las diferencias si no las asume o el Ministerio Fiscal no las explicita y otro tanto sucedería si el Fiscal pide para todos dos años y el juzgador estima que las circunstancias concurrentes, no en sentido técnico penal de modificativas de la responsabilidad criminal, sino en el de datos conformadores de la personalidad de los sujetos, obligaban a individualizar las penas.

Obviamente, lo que no tendría sentido es que el sistema fuera distinto para el proceso ordinario y para el abreviado y si el propósito del legislador hubiera sido cambiar la estructura del proceso en este orden de cosas lo hubiera hecho. De forma tal que, a mi juicio, a pesar de la nueva redacción, todo sigue igual.

4. HOMOGENEIDAD Y HETEROGENEIDAD

Uno de los capítulos que parecen más complicados en el tema que venimos examinando es el de comprobar, en cada caso, si se cumple la exigencia de homogeneidad. En mi opinión, en estos casos lo más importante es situarse en la posición del acusado y preguntarse ¿en la concreta situación en que se encontraba el acusado me hubiera podido defender bien? Con ello se eliminan puros formalismos que crean zonas graves de impunidad y se mantiene la proscripción de toda indefensión que es, en definitiva, lo que interesa.

Veamos, ahora siguiendo la doctrina de la Sala segunda del Tribunal Supremo cuándo existe homogeneidad y cuándo heterogeneidad, remitiéndonos a anteriores trabajos nuestros respecto a la jurisprudencia más

antigua. En la exposición vamos a seguir, con algunas excepciones, el orden que se contiene en el Código Penal:

A) *Hay homogeneidad:*

Alevosia y abuso de superioridad, llamada también alevosia de segundo grado, es decir, calificado un hecho penal de alevoso se puede condenar por ese mismo delito con la agravante de abuso de superioridad, no lo contrario, sentencias de 18 de junio y 4 de octubre de 1991.

Pertenencia y colaboración con grupo armado, sentencia de 15 de febrero de 1991.

Desordenes públicos y robo o hurto de cosas públicas (artículos 506.6 y 516.1 C.P.). Se trata de un concurso de normas, sentencias de 2 de octubre 1992 con cita de las de 21 de enero, 13 de marzo y 7 de noviembre de 1992.

Atentado y desacato, sentencia de 10 de junio de 1992.

Atentado y resistencia, sentencia de 12 de marzo de 1991.

Falsedad del artículo 302.1 y 9 y falsedad del 304, sentencia de 5 de mayo de 1991.

Falsedad en documento mercantil con finalidad defraudatoria y estafa. El artículo 532.2 es más especial que el 303 en relación con el 304.4 del Código Penal, sentencia de 8 de julio de 1991.

Contra la administración de justicia del artículo 325 bis párrafo 1.º Código Penal, que incluye la intimidación, y el delito de amenazas, sentencia de 26 de junio de 1991.

Usurpación de estado civil y uso de nombre supuesto, caso en el que, se dice, es patente la homogeneidad, sentencia de 26 de marzo de 1991.

Salud pública, agravado el delito por difusión en establecimiento, y delito de salud pública en su versión normal, sentencia de 10 de mayo de 1991.

Cohecho del artículo 385 y el mismo delito previsto en el artículo 386, sentencia de 18 de febrero de 1993.

Estafa del artículo 531.1 y estafa del 528 y 529.7, sentencia de 15 de septiembre de 1992.

Estafa y cheque sin provisión de fondos. La sentencia estima que la extensión de los cheques no fue argucia engañosa, sino actuación comercial y la investigación y debate en el juicio oral giró sobre los cheques, sentencia de 2 de noviembre de 1992. En sentido contrario pero teniendo en cuenta que el soporte fáctico era distinto, sentencia de 13 de julio de 1982.

Prostitución del artículo 452 bis a) 1.º y cooperación locativa del número 2.º del artículo 452 bis d) pues se trata de delitos homogéneos siendo, en definitiva, diversas formas de auxilio a la prostitución habiéndose, por consiguiente, podido defender el acusado, sentencia de 21 de marzo de 1992.

Violación y agresión sexual, sentencia de 6 de mayo de 1991.

Rapto y detención ilegal, sentencia de 21 de mayo de 1992.

Robo con fuerza en las cosas del artículo 504.2 y el mismo delito tipificado en el 504.1. No se da la más mínima distonía y existe homogeneidad en los hechos, sentencia de 27 de junio de 1991.

B) No hay homogeneidad

Seguiremos con el mismo sistema de seguimientos del orden establecido en el Código Penal también con algunas pequeñas excepciones:

Falsedad en documento mercantil y uso de documento falso. Sobre este último no pudo defenderse, sentencia de 17 de marzo de 1992.

Concurso salud pública y contrabando y receptación, sentencia de 4 de septiembre de 1991.

Salud pública normal y salud pública, agravado el delito por la cantidad de droga, sentencia de 30 de enero de 1992.

Robo y receptación, sentencias de 29 de marzo de 1988, 10 de mayo de 1989, 29 de enero de 1991, 18 de septiembre de 1991, 7 de marzo de 1991, 29 de enero de 1991, 31 de octubre de 1991, 6 de julio de 1982, 21 de junio de 1991 y 13 de septiembre de 1991.

Robo y apropiación indebida, sentencia de 15 de junio de 1992.

Robo con fuerza en las cosas y receptación, sentencia de 18 de mayo de 1992.

Robo y coacciones, sentencia de 4 de diciembre de 1990.

Estafa y receptación, sentencia de 6 de septiembre de 1991. La razón es que cada delito tiene sus elementos perfectamente individualizados y distinguibles.

Estafa y alzamiento de bienes. Existe una diferencia sustancial, sentencia de 24 de octubre de 1991 y sentencia de 13 de octubre de 1992: La estrategia definitiva para hacer frente a las acusaciones discurre por vías distintas.

Estafa y cheque en descubierto, sentencia de 13 de julio de 1992. En sentido contrario la de 2 de noviembre de 1992 pero, como ya se dijo, los supuestos son distintos.

Estafa y receptación, sentencia de 29 de octubre de 1992.

Apropiación indebida y estafa (ver sentencia de 28 de febrero de 1990) porque tienen un carácter absolutamente heterogéneo en cuanto diferentes son los requisitos subjetivos. Por tanto absuelve, sentencia de 2 de diciembre de 1991.

Imprudencia temeraria e imprudencia con impericia.

Imprudencia con un delito de omisión de socorro. Absuelve, sentencia de 15 de julio de 1991.

Entre delitos dolosos y culposos, sentencia de 22 de marzo de 1991.

En la Ley de Control de Cambios artículos 6.a y 6.b. La diferencia es bien notoria. El primero incrimina acciones positivas y el segundo se sitúa bajo omisiones. La estructura de los hechos es, en consecuencia,

esencialmente diversa dado que la omisión (como se viene sosteniendo de forma generalizada) importa precisamente la negación de la acción, sentencia de 8 de marzo de 1992.

5. EXIGENCIAS PARA QUE SE CUMPLA EL PRINCIPIO ACUSATORIO

El establecimiento de los hechos constituye en el proceso penal la clave de bóveda de todo el sistema derivado del principio acusatorio del que el derecho a estar debidamente informado de la acusación es simple consecuencia (sentencia de 15 de julio de 1991).

En mi modesta opinión, el principio general es que nadie puede estar indefenso en un proceso, menos aún, si cabe, en el penal. De esta idea se obtienen una serie de consecuencias y es la técnica procesal la que habilita los medios necesarios y suficientes para que tal principio se cumpla sin excepción alguna.

Con carácter general hay que señalar que si se entiende bien el principio, las aplicaciones prácticas no deben ofrecer especiales problemas, como ya señalamos.

Por ello, la garantía del principio acusatorio es extensible a las medidas de seguridad o de cualquier otra naturaleza cuando tengan indiscutible contenido aflictivo, sentencia de 28 de enero de 1991. Sería un absurdo, a mi juicio, que la diferencia entre uno y otro hecho penal respecto de los delitos estuviera sujeta a tantas restricciones y, luego, el juzgador pudiera imponer una medida que pueda ser mucho más gravosa para quien haya de sufrirla, sin que nadie haya hablado de ella en el proceso y, por consiguiente, con incuestionable situación de indefensión, por ejemplo la prohibición de residir en un determinado punto geográfico, lo que como hemos anticipado puede ser más grave que la propia privación de libertad.

Por eso, a partir de la promulgación de nuestra Constitución, se aplica según ya se indicó el principio acusatorio también a las circunstancias agravantes: sentencias de 25 de enero de 1991, 27 de diciembre de 1991, 18 de marzo de 1992 y 3 de junio de 1992.

Y ello se refiere a las llamadas agravantes genéricas y, por supuesto, a las que dan lugar a la conformación de una modalidad penal agravada,

los llamados subtipos penales agravados. No es correcto aplicar el artículo 506.8 del Código Penal si, en la calificación definitiva (tampoco figuraba en la provisional, pero ello es indiferente), del Ministerio Fiscal no aparecía, sentencias de 31 de enero de 1992, 5 de noviembre de 1991, 7 de marzo de 1991 y 27 de noviembre de 1991.

Esta es la razón de que no pueda apreciarse la agravante de notoria gravedad en la cantidad de droga aprehendida si no fue apreciada por la acusación, sentencias de 8 de julio de 1991, 11 de diciembre de 1992 y 25 de diciembre de 1992.

La Sala Penal del Tribunal Supremo considera que, sin variar los hechos objeto de acusación, prueba e impugnación defensiva, es posible sin quebrantamiento del principio acusatorio y sin haberse producido indefensión, condenar por un delito formalmente distinto en la sistemática tipificadora del Código pero materialmente homogéneo, de la misma naturaleza y, desde luego, de menos gravedad penal, por ejemplo, estafa y cheque, como ya vimos.

Lo importante, en mi modesta opinión, es profundizar en este orden de cosas pero no en función de formulismos estériles, sino de autenticidades. El respeto al principio acusatorio exige que la pretensión punitiva se exteriorice (ver STC 163/1986) debiendo distinguirse entre acusación formulada incorrectamente y acusación inexistente. Al juzgador no le vincula la no correcta tipificación que de la conducta efectúa el acusador ni tampoco la sanción cuya imposición solicite, pero sí la ausencia de imputación: haber cometido un delito o ilícito penal y la correlativa petición de condena (STC de 28 de febrero de 1991), no cabiendo una acusación implícita (STC de 25 de junio de 1992 y también la 47/1991, de 28 de febrero, y las sentencias 163/1986 y 17/1989), salvo lo que luego se dirá respecto de las faltas.

Todo, repetimos, dentro de la sustancialidad del principio. Es por ello por lo que la modificación de conclusiones que autoriza el artículo 732 Ley de Enjuiciamiento Criminal y el equivalente en el proceso abreviado no origina indefensión, sentencias de 18 de noviembre de 1991 y 14 de abril de 1992.

En estos casos se pueden confundir dos situaciones que son, eso creemos, muy diferentes. La posibilidad de defenderse de una acusación se origina en función del escrito de calificación definitiva. En él está contenida la pretensión punitiva; si lo fuera en razón a la provisional, la prue-

ba del juicio oral, que es precisamente el centro mismo del proceso penal y donde los hechos y las participaciones han de probarse (nada llega a él probado, salvo en los supuestos excepcionalísimos de prueba preconstituida que son casos, si se me permite la expresión, de extraterritorialidad del juicio oral), para nada valdría. Ahora bien, lo que sucede es que cuando el Ministerio Fiscal o la acusación modifican las conclusiones provisionales se produce, esto no puede discutirse, o al menos puede producirse, una situación de sorpresa y frente a ella la defensa puede no estar en condiciones de rebatir las tesis acusatorias y, entonces, lo procedente es la suspensión de las sesiones hasta que el Abogado defensor esté en condiciones de articular los correspondientes argumentos. Pero son dos supuestos muy distintos. La determinación del objeto del proceso viene determinada por la calificación definitiva.

Y con el escrito de calificación definitivo termina la fase decisiva de fijar las posiciones y de estas no puede ya salirse el tribunal. En este sentido, es nulo el comiso establecido por resolución posterior a la sentencia, sentencia de 12 de noviembre de 1992. Por ello, también, si no se extendió la calificación definitiva al contrabando, sino a la salud pública, aunque sí se hiciera en la provisional, no se puede condenar por aquel delito (sentencia de 12 de diciembre de 1991).

Acaso, convenga en este momento llevar a cabo una breve reflexión sobre los tipos y los subtipos penales, tan frecuentes estos últimos en la actualidad. Es evidente que, prescindiendo ahora de otras consideraciones de más elevado rango, en la práctica, un asesinato es un homicidio con un plus: la alevosia, la premeditación, etc., y que un robo con fuerza en las cosas es un hurto con una circunstancia de agravación: el escalamiento, el rompimiento de puertas, ventanas, etc. En los subtipos creados últimamente, sucede otro tanto. El delito tipo, por ejemplo, en el tráfico de drogas es el artículo 344 del Código Penal. A él se añaden varios subtipos; así, la especial gravedad de la sustancia, la notoria cantidad, etc. Pues bien, no cabe duda de que el juzgador, si la acusación se mantiene respecto a un subtipo penal es absolutamente correcto que prescindiendo del «plus» se quede con el supuesto normal y condene por él sin indefensión alguna aunque, por supuesto, no al contrario. Si la calificación del acusador viene referida a un tipo normal, el juez no puede condenar por un subtipo agravado.

Las consecuencias que se producen, según las situaciones que se contemplan, son diferentes. Si entre el delito objeto de acusación y el que fue objeto de condena no hay homogeneidad el resultado no puede ser

otro que el de absolución; en cambio si la disociación se produce respecto del «plus» al que ya hemos hecho referencia, la consecuencia será eliminar, simplemente, el mismo.

En orden a la responsabilidad civil ésta ha de regirse de manera incondicionada por los principios del proceso civil. Ahora bien, no afectan estos a la nulidad de los contratos de usura aunque no se hubieran pedido por las acusaciones, porque ello es una consecuencia inherente, por imperativo legal, al delito, sentencia de 16 de junio de 1992.

Para el supuesto de sucesión de normas en el tiempo ver sentencia de 28 de febrero de 1991.

El principio acusatorio, como es bien sabido, es un todo, aunque con los adecuados temperamentos, aplicable al juicio de faltas. Por ello debe existir el correspondiente correlato entre acusación y el fallo de la sentencia (STC de 27 de enero de 1992 y 30 de septiembre de 1991 con cita de otras varias: 54/1985, 84/1985, 104/1985, 163/1986, 57/1987, 17/1988 y 168/1990). También las del mismo tribunal de 11 de noviembre de 1991 y 28 de mayo de 1992. También deben consultarse las SSTC de 28 de febrero de 1991 y 27 de enero de 1992. En esta última se ensancha y flexibiliza mucho el tema de la exigencia de acusación y se incluye la llamada acusación implícita en los juicios de faltas por accidentes de circulación. Ver, por ejemplo, las SSTC de 25 de junio y 30 de septiembre de 1991.

6. EL ARTÍCULO 733 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

No hay tiempo para hacer un estudio del artículo 733 citado. Si parece conveniente recordar que de acuerdo con la doctrina de la Sala Penal del Tribunal Supremo, de acuerdo a su vez con la Constitución, aquel ha de ser entendido, no como antes: portillo o vía legítima para resolver el juzgador lo que estimase procedente, sin sujeción al contenido de la casación sino como una mera y simple invitación del juez o tribunal a la acusación o acusaciones para que lleven a cabo una reflexión en orden a la más correcta calificación de los hechos penales. Es decir, el Ministerio Fiscal, por ejemplo, única acusación califica definitivamente los hechos como un delito de homicidio. El tribunal, en cambio, atendida la prueba practicada, entiende que aquellos son un delito de asesinato porque concurre la alevosía. Y así se lo hace saber al Fiscal. Este re-

flexiona, acaso consulta con el Fiscal jefe en los términos que estén establecidos y constituido otra vez el tribunal, el Fiscal actuante se reafirma en su posición inicial: no hay alevosia. En este caso el tribunal no podrá condenar por asesinato. ¿Por qué? La respuesta la veo llena de lógica en función de los principios a los que venimos haciendo referencia. La defensa tiene que luchar contra la acusación, no, jamás, frente al juez, porque entonces el tríptico acusador-acusado y juzgador desaparece. En tales supuestos ¿el tribunal habría de informar con la adecuada extensión a la defensa sobre las razones que le llevan a entender existente la alevosia? Esto es lo que hace el que acusa, no el que juzga. En este sentido, sentencia de 28 septiembre, 25 de octubre y 11 de diciembre de 1989 y 7 de febrero de 1990 citadas en sentencia de 4 de diciembre de 1990. Ver también sentencia de 21 de febrero de 1991.

7. TEORÍA GENERAL DEL PRINCIPIO ACUSATORIO

A grandes rasgos podemos indicar lo siguiente:

1) El juzgador no puede penar por un delito más grave que el que fue objeto de acusación formal. 2) Tampoco puede castigar respecto de una infracción que no haya sido objeto de acusación. 3) No puede penar por un delito distinto de aquel de que se acusó aunque las penas sean más benignas, a menos que exista una clara y manifiesta homogeneidad. 4) No pueden apreciarse agravantes genéricas ni subtipos agravados que no hayan sido invocados por la acusación. 5) Si se hace uso del artículo 733 Ley de Enjuiciamiento Criminal (o del equivalente en el proceso abreviado), es necesario para dar cobertura a la condena del delito y/o agravante objeto de la tesis, que alguna de las acusaciones, la asuma (sentencias de 1 de abril de 1991, 20 de septiembre de 1991, 6 de junio de 1991, 21 de junio de 1991, 22 de enero de 1992, 4 de mayo de 1992, 18 de mayo y 29 del mismo mes y años). 6) No puede apreciarse un grado de perfeccionamiento del delito más grave que el que fue objeto de la acusación, ni más grave participación.

Sobre planteamientos de la tesis y limitaciones, ver sentencia de 10 de octubre de 1991.

Para dar una mejor respuesta al problema penal entendemos que sería conveniente que la tesis (cuya eficacia puede ser muy grande, si se utiliza bien) abarcara al delito, a las circunstancias de agravación, al grado de perfeccionamiento y a las formas de participación. Ello podría

reducir considerablemente zonas de impunismo graves y, a veces, escandalosas y clarificar las sentencias haciéndolas más fuertemente motivadas y, al mismo tiempo, más inmunes a las improcedentes impugnaciones y recursos.

El Tribunal Supremo ha dicho que si la acusación estima que el delito fue frustrado no puede considerársele en la sentencia como consumado, (sentencia de 20 de febrero de 1991) y lo mismo respecto de la tentativa (sentencia de 15 de febrero de 1991), respecto de agravantes (sentencia de 28 de febrero de 1991).

Como ya indicamos, el hecho se fija en la calificación definitiva, sentencia de 11 de noviembre de 1992. Otra solución haría inútil la actividad probatoria del juicio oral (STC 12/1981, de 10 de abril, 20/1987 de 19, 2 y 91/1989, de 16 de mayo, así como el Tribunal Supremo de 18 de abril de 1987 y 19 de junio de 1990 y 18 de noviembre de 1991).

8. RESPECTO A LA PENA

Aquí se presenta otro problema que ya fue expuesto en el inicio de este trabajo ¿Hasta dónde vincula la petición de pena de la acusación o acusaciones? Dejando aparte el tema de la conformidad, al que enseguida haremos referencia, la solución no me parece que ofrezca demasiadas complicaciones. Respecto de la concreción de la pena, dice la sentencia de 15 de octubre de 1992, el juzgador tiene la facultad, que es también obligación, de fijarla, dentro siempre, por supuesto, del marco legal a través de un proceso de individualización, inseparable de la función de juzgar, con independencia de la posición de las acusaciones porque ello no supone ningún tipo de indefensión. Tampoco, por consiguiente, afecta a la cuantía de la multa, sentencia de 6 de julio y 25 de septiembre de 1991.

En este sentido la jurisprudencia es unánime: La extensión de la pena no afecta a este principio, sentencia de 5 de septiembre de 1991, 16 de septiembre de 1991: El Ministerio Fiscal no puede apartarse de la pena establecida en la ley... La individualización no está sujeta al artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (sentencia de 5 de julio de 1991, 11 de noviembre de 1991, 17 de septiembre de 1992, 15 de octubre de 1992). El tribunal no está vinculado a la pena: sentencia de 14 de diciembre de 1992.

Por supuesto, el tribunal de instancia no está vinculado por la petición errónea de pena que formuló el Ministerio Fiscal. Por tanto, en la medida en que la pena impuesta se corresponde con la establecida por la ley para el hecho, según la calificación del Fiscal, no cabe admitir vulneración alguna al principio acusatorio, sentencia de 14 de diciembre de 1992.

9. SUPUESTOS DE CONFORMIDAD

Incluso en los supuestos de conformidad el tribunal puede reducir la pena solicitada. En este sentido la sentencia de 4 de diciembre de 1990 con cita de los artículos 791.3 y 793.3 así como los artículos 655 y 688 todos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estos últimos, se dice, deben cubrir las correspondientes lagunas. La imposición de una pena inferior no contradice a ninguno de los principios procesales. Otra cosa, se dice, vendría a contradecir facultades inherentes a la función jurisdiccional.

La sentencia de 30 de septiembre de 1991 razona extensamente el porqué de esta solución: el Ministerio Fiscal se transformaría en un órgano de decisión. Ver también las sentencias de 17 de junio de 1991, 17 de junio del mismo año, es decir dos sentencias que llevan la misma fecha, también la de 12 de septiembre de 1991, etc.

En este sentido tengo personalmente, y dicho sea con toda clase de respetos para quienes no piensan así (y buena prueba de ello es la jurisprudencia del Tribunal Supremo acabada de citar) bastantes reservas. Así como son muchas las instituciones que cuando se incorporan al proceso penal adquieren unas características propias, en este sentido el principio de igualdad, como ya dijimos y la presunción de inocencia (la remisión a la magnífica obra del profesor Vázquez Sotelo es obligada), en cambio, el principio de dispensación de tutela judicial efectiva ha de ser común para todas las partes ¿Y qué sucede con la conformidad? Pues sencillamente que el acusado y su defensor, valorando la prueba existente y las circunstancias concurrentes optan por la conformidad respecto del delito, de su grado de perfeccionamiento, de la participación y de la pena y, a veces, también respecto de la responsabilidad civil. En tal situación ni el Fiscal u otra acusación, pueden ya argumentar nada sobre ninguna de estas gestiones porque pidieron una pena concreta y no otra ni tampoco puede razonar o argumentar nada la defensa. Todo queda fijo, inalterable, a través de la conformidad... también, a mi jui-

cio, la pena. Acaso de haberse celebrado el juicio la acusación hubiera puesto de relieve datos y circunstancias de todo tipo que contribuyeran, dentro del marco legal, a la conveniencia, dentro de criterios de justicia y de legalidad, por supuesto, a imponer una determinada pena. Otra cosa es que en la práctica nadie ponga dificultades a esta manera de proceder. Esta tesis parece que encuentra apoyo en el artículo 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el final del primer párrafo. Si la pena no excediera de seis años, el juez o tribunal dictará sentencia de estricta conformidad (no se pierda de vista la expresión) con la aceptada por las partes. En cambio, si no hay conformidad, puede el juzgador situar la pena dentro del marco legal en el punto concreto que estime procedente.

10. LA CONSTITUCIÓN, EL MINISTERIO FISCAL Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO

La trascendencia del Ministerio Fiscal ha sido siempre y hoy es extraordinariamente importante; cada día más. Es una institución decisiva en el proceso penal, pero no sólo en él.

El Fiscal decide si acusa o no. Elección difícil y comprometida en la que, a mi juicio, es preferible pecar por defecto que por exceso. Es decir, es mucho mejor pedir un sobreseimiento provisional o un archivo de esta naturaleza antes que precipitarse a la petición de una apertura de juicio oral sin el apoyo de una prueba sólida, nacida y desarrollada dentro de la más absoluta ortodoxia constitucional. Recordemos: entradas y registros, interceptaciones de correspondencia postal, telegráfica y telefónica, garantías en las declaraciones prestadas en la fase de investigación, presencia de abogado cuando haya lugar a ella, reconocimientos en rueda, intervenciones corporales, etc.

Si decide acusar, como acabamos de decir, debe contar, dentro de las normales previsiones, con la posibilidad de que la prueba se pueda practicar en el juicio oral de tal manera que todo se desarrolle bajo los principios de inmediación, contradicción y oralidad. Si se trata de los supuestos excepcionales (testigo que ha premuerto, que está en ignorado paradero o fuera del territorio nacional o actividad probatoria pericial incorporada al atestado o desarrollada en el curso de la investigación y no discutida por nadie), ha de procederse, de acuerdo con lo establecido en la doctrina ya muy extensa y consolidada del Tribunal Constitucional y de la Sala Penal del Tribunal Supremo.

Si esa prueba no se puede practicar, testigo, por ejemplo, definitivamente importante desde la perspectiva de la acusación, debe pedir la suspensión y razonar el porqué: la condena no podría producirse porque faltaría una actividad probatoria de cargo en los términos fijados por la doctrina antes indicada y si no se accede a su petición —todo ello, por supuesto, según mi modesto punto de vista—, debe hacer constar su protesta y, esto que voy a decir me parece importantísimo, tanto si la sentencia es condenatoria como si es absolutoria debe recurrir por una razón muy sencilla: El Ministerio Fiscal constituye un órgano básico en la estructura de un Estado de Derecho que debe, conforme a la propia Constitución, velar por la realización de la justicia (ver artículo 124 C.E. y Est. Orgánico) y si contempla una sentencia condenatoria, conforme a sus pretensiones, pero que no tiene soporte probatorio legítimo debe recurrir, porque esa sentencia es contraria a la legalidad constitucional. Otra cosa es que si pidió la suspensión del juicio y no accedió a ello el tribunal, pueda recurrir por quebrantamiento de forma y solicitar la nulidad del juicio y de la sentencia para una correcta celebración del mismo supuesto en el que con toda obviedad no se vulnera el principio, también muy importante, del «non bis in idem» procesal.

Si practicada la prueba, el Ministerio Fiscal encuentra que con los hechos que pueden considerarse probados hay una razonable duda respecto de la calificación jurídico-penal de los referidos hechos penales, debe formular unas conclusiones alternativas para cubrir todas las posibilidades que sean hacederas con un normal entendimiento del sistema jurídico-penal. Por ejemplo, se ha producido un robo de determinados objetos y en el mismo o al siguiente día o en fechas muy próximas, se encuentra en el domicilio de la persona que es acusada la totalidad de los efectos sustraídos. En las sucesivas declaraciones manifiesta que él no robó ni hurtó cosa alguna, pero interrogado sobre los efectos que se encuentran en su domicilio o no contesta nada o las respuestas que da son inverosímiles. Afirmar, a base de inferencias, que esta persona fue autor del robo o del hurto es, en principio, muy arriesgado, acaso imposible si no existen otros datos más significativos. En cambio, deducir que adquirió los efectos de persona desconocida, conociendo su ilicitud y con propósito de lucro puede estar en la zona de la lógica y de las reglas de la experiencia humana. Pero si respecto de este delito no hubo acusación, si se condena y se recurre habrá de absolverse, lo que constituye la única solución posible, conforme a derecho, pero que no es satisfactoria, desde el punto de vista de las legítimas exigencias sociales de justicia.

11. BIBLIOGRAFÍA

Entre otras obras y monografías he manejado las siguientes incluyendo los trabajos del autor más próximos al tema objeto de la Ponencia con la única finalidad de no alargar la extensión del trabajo pudiendo así el lector, si tuviera curiosidad en ello consultar las aportaciones, todas ellas muy modestas, del ponente:

AGUILERA DE PAZ: *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, Madrid, Reus, 1914.

ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA (se citan por el orden alfabético de sus apellidos): *Derecho procesal*, tomo II Proceso Penal, Tirant lo blanch, 4.^a edición, Valencia.

FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR: *La reforma procesal penal*, Madrid, Edersa, 1992.

GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, 10 edición, Madrid, 1987.

Instrumentos Internacionales: *Carta Internacional de Derechos Humanos*, 10 diciembre 1948; *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* de 4 de noviembre de 1950; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York...*

Memorias de la Fiscalía General del Estado, todas ellas de excepcional importancia y cuya doctrina alcanza, como es bien sabido, una muy especial consideración en el mundo del Derecho. Entre otras citamos la consulta núm. 3/1990 de 15 de octubre: Alcance de la prohibición contenida en el artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referida al proceso abreviado de imponer penas que excedan de la más grave de la pedida por las acusaciones. Otras varias Memorias tratan este tema desde otras perspectivas.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas desviaciones del principio acusatorio y la Ley de enjuiciamiento criminal*, «Revista General de Valencia», núm. 150.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal*, Revista «La Ley», 4, 1987, págs. 872 y sigs.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas consideraciones generales sobre la valoración de las pruebas en el juicio oral y otros problemas del proceso penal* «Boletín Informativo del Ministerio de Justicia», 15 de octubre de 1989.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas anotaciones sobre la construcción de la sentencia penal desde la perspectiva constitucional*, «Boletín Informativo del Ministerio de Justicia», 15 de enero de 1990.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Hacia una nueva casación penal*, «Boletín Informativo del Ministerio de Justicia», 25 de diciembre de 1990.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Prólogo a la obra de Carlos Rodríguez Devesa: «La Ley de Enjuiciamiento Criminal. Jurisprudencia y Doctrina de la Fiscalía»*, Aranzadi, 1990.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *El principio acusatorio en la jurisprudencia*, «Revista de Jurisprudencia Española», Ledico, abril-mayo, 1991.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional, de producirse algunas determinadas irregularidades procesales*, «Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial: “La prueba en el proceso penal”», Madrid, 1992. En esta obra se contienen interesantísimas aportaciones a las que nos remitimos en relación con los temas generales del proceso.

VÁZQUEZ SOTELO, JOSÉ LUIS: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Casa Editorial, S.A. Se trata de la primera y definitiva aportación científica con un gran valor para la aplicación práctica de uno de los principios esenciales del proceso penal.

ESCUCHAS TELEFONICAS: ALCANCE CONSTITUCIONAL Y PROCESAL

ANTONIO NÁRVAEZ RODRÍGUEZ

Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Teruel.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.-II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS.-A) *Concepto.*-B) *Naturaleza jurídica.*-III. REGULACIÓN LEGAL.-A) *Tratados Internacionales y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*-B) *Constitución española y doctrina del Tribunal Constitucional.*-C) *Regulación legal y doctrina jurisprudencial.*-a) *Evolución y desarrollo legislativo.*-b) *Regulación legal.*-IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En el decir del Magistrado López Barja (1), el Derecho Procesal Penal es un Derecho con una gran carga ideológica tras de sí.

No es únicamente una cuestión técnica el que la regulación del proceso penal se realice de una forma u otra, sin que su transfondo político aflore constantemente.

En efecto, lo que distingue a las sociedades democráticas, en las que rige el Estado de Derecho, de aquéllas sumidas en regímenes dictatoriales que conceden una escasa significación a los derechos individuales del ciudadano, anteponiendo el interés y seguridad del Estado sobre los valores fundamentales del respeto al ciudadano y a su intimidad personal es, precisamente, la defensa a toda costa de las garantías procesales en la investigación de los hechos delictivos, preservando con las necesarias medidas de control jurisdiccional el respeto a esos derechos fundamentales y procurando que los elementos probatorios que permitan el esclarecimiento de los delitos, la identificación de sus autores y el castigo, en su caso, de los culpables, se realice siempre con la más absoluta observancia de las reglas del juego procesal que contiene nuestro ordenamiento jurídico.

Sentadas, pues, las bases de lo que debe ser el ámbito de actuación de los órganos que tienen encomendada la investigación y persecución de

(1) Jacobo López Barja, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Iure, 1989, pág. 51.

los delitos, el presente trabajo se orienta al análisis de la utilización, dentro del proceso penal, de uno de los medios puestos a disposición por la moderna tecnología para la investigación de los delitos, como es el de la intervención de las comunicaciones telefónicas, con los sofisticados instrumentos que permiten, precisamente, introducirnos en una de las manifestaciones más sensibles de la intimidad humana como es la del secreto de las comunicaciones telefónicas.

Como dice el Magistrado del Tribunal Superior, Roberto Hernández (2), las escuchas telefónicas (practicadas por los servicios policiales) y su introducción (como medio de prueba) en el proceso penal, tienen extraordinaria repercusión por dos razones fundamentales: en primer lugar, por la extraordinaria importancia de las comunicaciones telefónicas en el momento actual, y en segundo término, por la creciente y progresiva injerencia e intromisión de los poderes públicos en la vida privada del individuo, facilitada por el veloz desarrollo de la tecnología en el campo de las telecomunicaciones.

Por todo ello, se hace preciso hacer un estudio estructurado de las normas y garantías procesales que deben tenerse en cuenta a la hora de introducir dentro del proceso penal, como elemento probatorio, la interceptación de comunicaciones telefónicas privadas por parte de los órganos policiales y también jurisdiccionales.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

A) *Concepto*

Podemos conceptualizar, siguiendo a López Fragoso (3), las intervenciones telefónicas realizadas en el marco de un proceso penal como «aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la Fase Instructora de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente, frente a un imputado, u otros sujetos de los que éste se sirva

(2) Roberto Hernández Hernández, «Las escuchas telefónicas: Medio probatorio en el proceso penal», *Revista Actualidad Penal*, año 1992, tomo II.

(3) Tomás López-Fragoso Álvarez, *Las intervenciones telefónicas en el Proceso Penal*, Editorial Colex, 1991.

para comunicarse, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar al delincuente y, en su caso, aportar al juicio determinados elementos probatorios».

Ciertamente, esta detallada definición de lo que es la interceptación de las comunicaciones telefónicas, conocidas familiarmente con la denominación de «escuchas telefónicas» deja entrever ya el necesario establecimiento de una serie de limitaciones que tienen por objeto, no sólo garantizar la autenticidad del contenido de la conversación telefónica (la presencia judicial en todo el proceso, bajo la fe del secretario judicial), sino lo que es más importante, la preservación del derecho fundamental a la intimidad personal, que analizaremos más detalladamente, permitiendo las intromisiones que estrictamente sean necesarias para el buen fin de la instrucción del procedimiento, durante el tiempo indispensable para ello.

B) *Naturaleza jurídica*

El análisis de los distintos elementos que componen la anterior definición apuntaban ya al cúmulo de problemas doctrinales y prácticos que plantea la adopción de este tipo de medidas, como pueden ser, por ejemplo, las de su objeto (es decir, si se trata sólo de escuchar, únicamente grabar, o escuchar y grabar), las de determinar el fin de la medida y su conexión con múltiples problemas que pueden plantearse, como por ejemplo, el de los descubrimientos casuales o sin conexión o fundamento de la orden de intervención telefónica, etc. Por todo ello, se impone, a continuación, la necesidad de determinar la naturaleza jurídica de las escuchas telefónicas.

En este sentido, hay que partir de la base de que dentro del conjunto de actuaciones que pueden desarrollarse en la etapa instructora, se pueden diferenciar dos grandes grupos, según el fin específico que pretenda alcanzar: de una parte, están los actos de investigación propiamente dichos, encaminados a comprobar el delito y a averiguar la identidad del delincuente, con la finalidad de servir de actos preparatorios para el juicio oral. De otra, nos encontramos con aquellas medidas cautelares o preventivas que pretenden asegurar, personal o patrimonialmente, la presencia del inculcado en el proceso y, sobre todo, en la vista del juicio oral, y la efectividad del fallo recogido en la sentencia.

Sin embargo, siendo clara esta distinción conceptual, durante la instrucción del procedimiento aparecen otra serie de actuaciones que no se pueden catalogar dentro de las anteriores, o, en el mejor de los casos, participan de los caracteres de estas anteriores categorías, pero que no se integran en ninguna de ellas. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a las diligencias de recogida y conservación de las armas, instrumentos o efectos del delito (artículos 334 y 338 de la LECrim.) en que, propiamente, no son, ni medidas cautelares, ni tampoco actos de investigación *strictu sensu*.

Pues bien, algo semejante ocurre con la medida de interceptación de las comunicaciones telefónicas. Cuando un Juez, mediante Auto motivado, considera necesario la intervención de un teléfono, está, de una parte, adoptando una medida que es, ante todo, restrictiva de un derecho fundamental, consagrado por el artículo 18, 3.º de la Constitución, pero también; tiene por objeto la preparación de elementos probatorios que van a permitir el esclarecimiento de los hechos delictivos y, en su caso, la implicación en los mismos de alguno de los interlocutores telefónicos, ya no podemos servirnos de la clasificación dual de partida, sino que hay que ir a otra mucho más variada, como la que propone Almagro Nosete (4), distinguiendo entre medidas instructoras, que persiguen un fin meramente investigador, es decir, comprobar y averiguar; medidas de investigación o de coerción, que restringen directamente derechos fundamentales; medidas preventivas o cautelares, que también pueden limitar importantes derechos fundamentales; y, finalmente, medidas de aseguramiento de elementos de prueba, y, en su caso, práctica anticipada de prueba.

De lo dicho se desprende que las medidas de interceptación de las conversaciones telefónicas (en lo sucesivo escuchas telefónicas) podrían encuadrarse, al decir de este autor y del ya citado López-Fragoso, dentro de la segunda de las categorías, constituyendo «una medida de investigación (con posible función probatoria) restrictiva del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones privadas», que, además, presenta una especial nota diferenciadora en relación con el resto de las medidas de esta naturaleza, como es la del dispar resultado que su utilización puede producir, porque en unos casos puede dar lugar a la aprehensión del

(4) José Almagro Nosete, Vicente Gimeno Sandra, Víctor Moreno Catena y Valentín Cortés Domínguez, *Derecho procesal. Tomo II. El proceso penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990.

cuerpo del delito (piénsese por ejemplo, en los supuestos de delitos contra la salud pública, o contra la vida), en otros casos, proporcionar una pieza de convicción, o, simplemente, encaminar la instrucción a la persona o los hechos oportunos.

En fin, esta medida cumple, por tanto, dos funciones básicas, por un lado desempeña una función probatoria aunque no es en sí misma un medio de prueba, sino más bien una fuente de prueba o, más exactamente, como dice enfáticamente algún autor italiano [Giulio Illuminati (5)] una operación técnica cuyo objeto —la conversación—, puede crear elementos de prueba. Y de otra parte, cumple, también, una importante función investigadora, en cuanto que constituye una herramienta muy útil para obtener otros elementos de prueba y para decidir sobre sucesivos actos de investigación.

III. REGULACIÓN LEGAL

La normativa legal que regula el ámbito procesal de las escuchas telefónicas en nuestro ordenamiento jurídico vigente es extraordinariamente complejo, porque viene tratado desde diversos puntos de vista.

Se ha pasado en esta materia, de la nula regulación preconstitucional, lo cual es evidentemente lógico si tenemos en cuenta el régimen político y jurídico anterior a la Constitución de 1978 a una prolija normativa que, bien de una manera frontal, bien de forma tangencial, incide en la protección de los derechos fundamentales de la persona que resultan afectados.

Por ello, hemos creído conveniente analizar la cuestión destacando tres niveles o estratos que van desde la norma convencional internacional, asumida por España a través de los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, que pasan a integrarse en el ordenamiento jurídico interno por la vía del artículo 96 de la Constitución; pasando por los preceptos de la Constitución de 1978, hasta llegar a las normas legales específicas, que regulan esta materia, no sólo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino en otras leyes orgánicas especiales.

(5) Giulio Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983. Esta cita está tomada del libro de López-Fragoso, ya referenciado.

A) *Tratados Internacionales y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Como es sabido, con carácter general, las normas de Derecho Convencional Internacional ratificadas mediante los correspondientes Instrumentos pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno de nuestro país a través de la vía que prevee el artículo 96 de la Constitución de 1978, pero en materia de Derechos Fundamentales, como el que estamos estudiando, existe un segundo cauce de incorporación aún mucho más directo y vinculante que es el propiciado por el artículo 10, 2.º de nuestra Carta Magna.

En efecto, «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», dice este artículo y ello ha permitido que las normas de las Naciones Unidas, contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948 y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (6), así como, sobre todo, las del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (7), pasen no sólo ya a formar parte de nuestro acervo jurídico, sino lo que es más importante, se erijan en criterios interpretadores de las normas y garantías procesales que han de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona.

Los artículos 12 y 17, respectivamente, de los dos primeros Textos Internacionales establecen con un texto legislativo idéntico, la salvaguarda, frente a injerencias arbitrarias, de la vida privada, la familia, el domicilio o la correspondencia, reconociendo el derecho de la persona a que la ley le proteja de toda clase de injerencias o ataques de esta naturaleza.

El artículo 8.º del Convenio Europeo, por su parte, después de recoger en su apartado 1.º del mismo reconocimiento de estos derechos que los dos Textos anteriores, dedica el 2.º a establecer una más detallada re-

(6) Ratificado por España mediante Instrumento de 13 de abril de 1977 («BOE» núm. 103, de 30 de abril).

(7) Ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1989 («BOE» núm. 243 del 10 de octubre).

gulación destinada a eliminar esa arbitrariedad que puede afectar a tales derechos fundamentales.

En este sentido, partiendo del principio fundamental de que «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho», establece, además, unos criterios de aplicación restrictivos de aquellos supuestos en que sí es posible la intromisión en la esfera de la intimidad privada, exigiendo, de una parte, el estricto respecto a principio de legalidad, de tal manera que es necesario que por el Estado signatario del Convenio se articule mediante ley (en nuestro ordenamiento jurídico, Ley Orgánica, por el principio de reserva exigido por el artículo 81, 1.º de la Constitución) el conjunto de supuestos en que es posible la «injerencia» en el ámbito de la vida privada, el domicilio o la correspondencia; y en segundo lugar, limita las circunstancias en que es soportable dicha intromisión, como son las de que «sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

De todas maneras, de la lectura de los tres preceptos que acabamos de mencionar y, sobre todo, del último de ellos, por su especial condición de estar respaldado en su aplicación por la existencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas decisiones son de obligado cumplimiento para nuestro país (8), no hacen referencia expresa al secreto de las comunicaciones, por lo que se ha cuestionado si el mismo queda excluido de la órbita de protección de estos derechos fundamentales o por el contrario podría incardinarse dentro de alguno de ellos.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH), aparte de en otras numerosas sentencias que se refieren como tema central a la restricción e interceptación de la correspondencia (9) (sentencias de 21 de febrero de 1975, caso Golder; 28 de junio de 1984, caso Campbell y Fell; 27 de abril de 1988, caso Boyle y Rice; y de 20 de junio de 1988, caso Schönenberger y Durmaz) se ha detenido en cuatro ocasiones para tratar el tema de los secretos de las comunicaciones y, en concreto, de la interceptación de las conversaciones telefónicas

(8) Así lo establece el artículo 53 del Convenio Europeo e, igualmente, así lo reconocen numerosas sentencias del Tribunal Constitucional 3/1992, 65/1992, 208/1992, 240/1993 o 157/1993, por citar algunas de las más recientes.

(9) López-Barja, *ob. citada*.

(sentencias de 6 de septiembre de 1978, caso Klaus y otros; de 27 de septiembre de 1983, caso Malone; y dos sentencias, ambas de 27 de marzo de 1990, relativas a los casos Huvig y Kruslin), dedicando una quinta resolución a tratar el tema de una escucha telefónica, centrando, sin embargo, la cuestión más en el aspecto de la licitud o ilicitud de la prueba obtenida mediante este procedimiento, que en la preservación del derecho a la vida privada y a la correspondencia, en el que se ha de incluir el derecho al secreto de las conversaciones telefónicas.

El TEDH estimó en el caso Klass que las comunicaciones telefónicas «se encuentran comprendidas en las nociones de vida privada y de correspondencia» y, en este sentido, añadió que «claramente, cada una de las medidas de vigilancia permitidas una vez ejecutadas contra un individuo dado, entrañaría una injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de los derechos del interesado respecto de su vida privada y familiar y de su correspondencia».

Con carácter general admitió que el mero hecho de la posibilidad de interceptación produce una limitación en el derecho a la posibilidad de comunicarse, pues declaró que «la legislación misma crea por su simple existencia para todos aquellos a los cuales se podría aplicar, una amenaza de vigilancia, ataca necesariamente la libertad de comunicación entre usuarios de servicios postales y de telecomunicaciones y constituye por sí una injerencia de autoridad pública en el ejercicio del derecho de los demandantes respecto de su vida privada y familiar, así como de su correspondencia».

En el caso Malone, el Tribunal reitera la inclusión de las comunicaciones telefónicas en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» y como se había producido una interceptación de una conversación telefónica, resultaba entonces claro que ello «implicaba una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de un derecho que el apartado 1 del artículo 8.º garantizaba al demandante».

Finalmente, en las dos sentencias de 1990 (casos Huvig y Kruslin) se trata el tema de las escuchas telefónicas, practicadas por funcionarios policiales por orden del Juez Instructor (en ambos casos, se trataba de dos resoluciones judiciales dictadas por Jueces franceses) y fundamentalmente la cuestión relativa a si la «injerencia» en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas estaba «prevista por la ley francesa», detenién-

dose a estudiar el Tribunal, como expone Roberto Hernández (10), el significado y el ámbito del término ley, conceptuándolo no sólo en su aceptación «formal», sino también «material», englobando a la vez textos de rango «infra legal» y el «derecho no escrito», jugando, también, un papel importante la jurisprudencia. Y, asimismo, lo que era mucho más significativo, el de la necesidad de que la ley prevea de una manera sistemática y preordenada el conjunto de situaciones en que un Juez puede autorizar la intervención telefónica. Precisamente, en este último requisito se apoyó el Tribunal para declarar la violación del artículo 8.º del Convenio Europeo.

Por ello y sintetizando la doctrina sentada por todas las sentencias expuestas, podríamos concluir recordando que las excepciones que únicamente admite el TEDH a los derechos consagrados por el número 1.º del artículo 8.º del Convenio son las que ya mencionamos anteriormente, es decir, las contenidas en el apartado 2.º conceptuándose, además, como un *numerus clausus* y ser objeto de una interpretación restringida. Así lo destacan, no sólo las sentencias que hemos comentado, sino otras varias que tratan derechos fundamentales distintos (sentencia de 26 de abril de 1979, caso *The Sunday Times*, en relación con la libertad de expresión; o sentencia de 18 de enero de 1978, caso de Irlanda contra el Reino Unido, sobre privación de libertad).

López-Barja (11), sintentizando los requisitos exigidos por el Tribunal para que una injerencia no viole el Convenio en esta materia, destaca los siguientes:

- Que su posibilidad se encuentre prevista en la ley interna del país.
- Que tales injerencias sean necesarias en una sociedad democrática.
- Que la necesidad esté incluida en alguna de las finalidades enumeradas en el apartado 2.º del artículo 8.º del Convenio.
- Que exista un recurso interno efectivo en la legislación del país mediante el cual poder recurrir la medida adoptada.
- Tal recurso ha de ser ante un Tribunal independiente, imparcial y mediante un proceso público, si bien, no tiene que ser necesariamente un órgano judicial.

(10) Artículo ya citado de la *Revista Actualidad Penal*.

(11) *Ob. ya citada*.

B) Constitución española y doctrina del Tribunal Constitucional

La Constitución de 1978 vino a consagrar en el artículo 18, número 3 el reconocimiento, como derecho fundamental, al secreto de las comunicaciones, en general, poniendo especial énfasis en las telefónicas, además de en las postales y telegráficas, al establecer que:

«Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.»

Este precepto tiene su complemento en el artículo 55, 1.º del mismo texto constitucional, que prevé la suspensión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en los supuestos de declaración de estado de excepción o de sitio, así como en los casos en que de forma individual y con la necesaria intervención judicial y adecuado control parlamentario, sea regulada por Ley Orgánica la suspensión de este derecho, junto con otros más previstos en el precepto, «para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas».

El estudio se va a centrar exclusivamente en el análisis de la problemática surgida de la interpretación del primero de los preceptos constitucionales que aluden a este derecho fundamental, por referirse a cuestiones más generales que el ámbito puramente específico de los supuestos de suspensión que contempla el segundo de ellos.

Por tanto, en relación con el artículo 18, 3 de la Constitución podemos comenzar afirmando que, la primera cuestión a resolver aludiría a la necesidad de determinar el carácter del derecho fundamental que se recoge en el mismo y su ámbito de cobertura, problemas ambos íntimamente entrelazados que exigen de un estudio conjunto.

En relación con el carácter de este derecho, hoy la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, se inclinan a destacar la naturaleza formal del mismo.

En este sentido, Jiménez Campo (12), saliendo al paso del criterio sustentado por otros autores, que partían de una interrelación entre los derechos consagrados por los números 1.º y 3.º del artículo 18 (13), des-

(12) *Comentarios a la legislación penal*, tomo VII, EDESA, 1986, pág. 8 y sigs.

taca que, mientras que el de la intimidad es un concepto material mediante el cual designa el ordenamiento el área que cada cual reserva para sí —o para sí y sus íntimos— apartándola, en mérito al contenido de la acción o situación de que se trate, del conocimiento de terceros, el concepto de secreto de las comunicaciones es en la Constitución rigurosamente formal (14).

El significado de esta formulación alude a que no se protege el secreto en virtud del contenido de la comunicación, ni tiene nada que ver esta protección con el hecho, jurídicamente indiferente, de que lo comunicado entre o no en el ámbito de la *privacy*, pues, como sostiene López-Barja, toda comunicación es para la norma fundamental secreta, aunque sólo algunas sean íntimas.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre destacó, precisamente, este carácter formal del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, al decir expresamente que «el concepto de secreto del artículo 18, 3.º tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado».

Por ello, tales afirmaciones permiten deducir que este derecho fundamental, en el decir de la sentencia citada, «consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y de modo expreso su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas».

Su ámbito de protección, pues, se extiende a la libertad de las comunicaciones, pudiendo conculcarse este derecho, tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra for-

(13) Pérez Luño, quien afirma que «la redacción del artículo 18 induce a pensar que el constituyente ha considerado los distintos supuestos que en él se enumeran, para ser objeto de tutela, como manifestaciones de un derecho único. (*Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984.)

(14) En el mismo sentido, se manifiestan López Barja y López Fragoso, en las obras anteriormente citadas, Víctor Moreno Catena («Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», *Revista Poder Judicial*, número extraordinario, dedicado a la «Justicia Penal», año 1987) así como el fundamento jurídico 7.º de la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre del Tribunal Constitucional.

ma, del proceso de comunicación), como por el simple conocimiento no autorizado judicialmente del contenido de lo comunicado.

Es más, el Tribunal Constitucional en esta sentencia amplía el ámbito de protección de este derecho al llamado procedimiento de «comptage», haciéndose eco de la doctrina sentada por el TEDH en el caso Malone, que ya hemos citado en el apartado anterior.

El procedimiento de «comptage» denominado así en el Derecho inglés (pen register en el Derecho de EE.UU.), traducido literalmente al castellano por López-Barja, como «recuento» o hacer la cuenta, consiste simplemente en el empleo de un mecanismo (un aparato contador combinado con otro impresor) que registra los números marcados en un determinado teléfono, la hora y la duración de cada llamada, sin permitir el acceso al contenido de las conversaciones que recogen dichas llamadas.

En el caso que enjuiciaba el TEDH se planteaba la cuestión de si podría considerarse como injerencia que violaba el artículo 8.º del Convenio Europeo esta práctica, consistente en la entrega a la policía, sin autorización judicial, de la información consistente en los números de teléfono marcados por un aparato telefónico, así como la duración de las llamadas realizadas, y a ello el Tribunal respondió que en tales datos se contenían informaciones (en especial, los números marcados) que son parte de las comunicaciones telefónicas y, por tanto, amparadas por el artículo 8.º del Convenio.

Pues bien, el Tribunal Constitucional español haciendo suya esta doctrina jurisprudencial extiende, en consecuencia, la protección constitucional del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, a este procedimiento o práctica expuesto.

Delimitado ya el carácter y el ámbito de cobertura constitucional de este derecho, la siguiente cuestión que suscita una viva polémica en la doctrina científica alude al alcance que ha de tener la interpretación de los términos «salvo resolución judicial».

Ciertamente, coincidimos con la generalidad de los autores que han estudiado este tema en afirmar que si el único requisito para limitar o suspender este derecho se reduce a la simple resolución judicial no amparada por una ley que específicamente delimite los supuestos, condiciones y circunstancias en que deben acordarse las interceptaciones de

las comunicaciones telefónicas, estaremos abriendo un enorme portal al abuso e, incluso, en determinados casos a la arbitrariedad.

Pensamos, con Jiménez Campos (15), que el precepto constitucional español, que no es más que un reflejo de lo que dispuso el constituyente alemán e italiano, en los artículos 10, 1.º de la Ley Fundamental de Bonn y 15 de la Constitución italiana, respectivamente, está exigiendo necesariamente una doble garantía que elimine toda arbitrariedad y ataque injusto en la intromisión al ámbito del derecho que estudiamos. De una parte, en efecto, ha de estar la garantía que supone la presencia judicial y la resolución motivada, pero de otra, es necesario que los Jueces dicten estas resoluciones amparándose en una norma que fije sus competencias y los supuestos en que deban acordar las limitaciones al derecho, porque, como dice, textualmente el autor citado, «los Jueces sólo son garantes de la libertad cuando deciden *secundum legem*, esto es, motivando su resolución en la decisión previa del legislador».

Este requisito, además, lo exige el artículo 8.º, número 2.º del Convenio europeo de Roma, en el que claramente y como ya se ha expuesto, las «injerencias» a los derechos fundamentales tutelados «han de estar previstas en la ley» y el propio Convenio se cuida precisamente de limitar en que determinadas intromisiones no constituyen injerencia a la intimidad individual.

El Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión hasta el momento de pronunciarse sobre este tema en relación con el derecho que estudiamos, aunque sí se ha referido al mismo al abordar el contenido de las garantías exigidas para su limitación, en relación con otros derechos.

Así, después de destacar ya desde los primeros años de su andadura jurisprudencial que la Constitución no es un mero catálogo de principios no vinculantes y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, sino que por el contrario, constituyen una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal «tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos... están sujetos a ella» y, por tanto, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero de la Constitución son directamente alegables ante los Tribunales y además, éstos y los poderes públi-

(15) Ob. ya citada.

cos están vinculados a su cumplimiento y observancia (16), se refiere en su sentencia 22/1984, de 17 de febrero, al derecho a la inviolabilidad del domicilio, y, en concreto, en el fundamento jurídico tercero dice textualmente que «la autoridad judicial está investida de la suficiente potestad para otorgar las autorizaciones de entrada y registro, *de la misma manera que ocurre en el apartado 3.º del artículo 18, donde se inviste a los Jueces de potestad para permitir el levantamiento parcial del secreto de las comunicaciones*».

Tal afirmación es a juicio de una parte de la doctrina enormemente peligrosa. Así, López-Barja (17) califica como «errónea» la postura del Tribunal Constitucional de mantener que la declaración constitucional sea por sí sola suficiente para conferir al Juez el poder de autorizar el levantamiento de las comunicaciones, pues continúa afirmando, que ello supone eludir en forma absoluta las demás precauciones que rodean en todo caso las violaciones constitucionales legalmente acordadas por órganos del Estado, aparte de criticar, además la equiparación que el Alto Tribunal hace entre un derecho fundamental y otro, dado que afirma que en el caso de la inviolabilidad del domicilio sí existe regulación en la ley ordinaria, a diferencia de la que rige para restringir el secreto de las comunicaciones, que en la actualidad podríamos calificar de muy limitada.

Por su parte, González Guitián (18) dice textualmente «la intervención de las comunicaciones orales por medios técnicos necesita una regulación más estricta, justamente porque son medios mucho más peligrosos, en general, y pueden ser en el caso concreto, más dañinos para la intimidad que la detención y apertura de la correspondencia o el registro de libros y papeles». Por ello, añade este autor que «la exigencia de autorización judicial no puede considerarse salvaguarda suficiente de la intimidad mientras suponga, como supone hoy, un mero trámite burocrático o, en todo caso, un cheque en blanco» y destaca la necesidad de un marco legal que delimite los supuestos y los requisitos que sirvan de base para la resolución judicial acordando la intervención telefónica.

(16) Sentencias, entre otras, 16/1982, de 28 de abril; 81/1982, de 21 de diciembre; 7/1983, de 14 de febrero; 53/1985, de 11 de abril; 129/1989, de 17 de julio o 254/1993, de 20 de julio.

(17) *Ob. ya citada*.

(18) «Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos», *Comentarios a la Legislación Penal*, EDESA, 1986, tomo VII, pág. 131.

Ciertamente, estos términos están formulados en fecha anterior a la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que reformó el artículo 579 de la LE-Crim. pero, como veremos más tarde, la Doctrina sigue manteniendo sus críticas por la insuficiente regulación de esta limitación al derecho fundamental.

Es lo cierto que frente a los autores citados y alguno más como Moreno Catena (19), que postulan la necesidad de un marco legal específico que dé satisfacción, de una parte, a lo establecido por el Convenio europeo de protección de los Derechos Fundamentales, y de otra, a preservar de abusos y arbitrariedades las intromisiones de los órganos del Estado en la esfera de los derechos fundamentales individuales, no han faltado otros que, para salvar el inicial vacío y la ulterior regulación insuficiente, no han dudado en recurrir a la aplicación analógica de las normas reguladoras de la apertura de la correspondencia (20), o a las que rigen en relación con las comunicaciones telegráficas en la LECrim. (21).

La opinión personal de quien redacta este trabajo es la de considerar que, sin perjuicio de analizar en el apartado siguiente las específicas deficiencias que presenta la actual regulación de la normativa procesal sobre esta materia, es lo cierto que si bien las normas constitucionales tienen un valor normativo claro y son de vinculación directa y eficacia inmediata para los poderes públicos, exigen de una normativa legal ordinaria que desarrolle específicamente los supuestos y los requisitos en que los derechos fundamentales, como el que analizamos, se vean limitados, a fin de evitar arbitrariedades y abusos a la hora de facultar mediante resolución judicial la intromisión en la intimidad personal.

Destacar, finalmente, para terminar este apartado que, como se ha expuesto anteriormente, el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión hasta el momento presente de abordar con profundidad el planteamiento de las cuestiones expuestas.

Únicamente se han dado algunos pronunciamientos que indirectamente y relación, por ejemplo, con la cuestión de la prueba ilícitamente

(19) Víctor Moreno Catena, artículo ya citado en la *Revista Poder Judicial*.

(20) Fariñas Matoni, *El Derecho a la intimidad*.

(21) Emilio De Llera y Suárez, «El régimen jurídico de las observaciones telefónicas en el proceso penal», *Revista Poder Judicial*, núm. 3 de la 2.^a época, correspondiente a septiembre de 1986.

obtenida alude tangencialmente a la interceptación de las comunicaciones telefónicas. Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia 111/1990, de 18 de junio, que vino a desestimar un Recurso de Amparo en el que el recurrente invocaba la violación de la presunción de inocencia por haberse fundamentado la Resolución del Tribunal Supremo que confirmó la anterior *fallo condenatorio* del Tribunal de Instancia, en la existencia de una prueba indiciaria de cargo suficiente como para desvirtuar dicha presunción. Decimos que ni siquiera con ocasión de esta resolución pudo el Alto Tribunal pronunciarse sobre el tema, toda vez que ya la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de febrero de 1988 —que más tarde comentaremos—, había acordado no tomar en consideración como prueba de cargo las grabaciones en cintas magnetofónicas realizadas por la policía con la correspondiente autorización judicial, de las conversaciones telefónicas sostenidas por el recurrente con otras personas, al no haber sido reproducidas en el juicio oral y, por tanto, no haber sido sometidas a debate contradictorio, aunque mantenía el pronunciamiento condenatorio fundamentándolo en otras pruebas indiciarias que se deducían de la causa, de ahí que todo el debate constitucional se limitara a la consistencia de los indicios, a efectos de desvirtuar o no la presunción de inocencia, pero no a la cuestión que había planteado el recurrente en amparo cual era, precisamente, la de que la resolución judicial que había autorizado las escuchas telefónicas no se apoyara en ningún precepto legal. (Esta cuestión el Tribunal Supremo la había ya resuelto en la sentencia impugnada de una manera peculiar, como veremos.)

C) *Regulación legal y doctrina jurisprudencial*

a) Evolución y desarrollo legislativo

La primera afirmación a destacar en este apartado es la extraordinaria dispersión legal que existe en nuestro ordenamiento jurídico relacionada con esta materia.

Así, en desarrollo de la previsión constitucional contenida en el artículo 55, 1.º de la C.E., la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio vino a regular los estados de alarma, excepción y sitio, y en relación con la materia que estudiamos, preceptuó en su artículo 18, 1.º que en los casos en que la suspensión de derechos fundamentales viniera autorizada por el Congreso de los Diputados, si dicha suspensión hubiera de extenderse al

secreto de las comunicaciones, ésta únicamente podría ser acordada «para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos, o el mantenimiento del orden público», exigiéndose, además, que la intervención haya de ser comunicada inmediatamente y por escrito motivado al Juez competente.

Por otra parte, en desarrollo del apartado 2.º del artículo 55 de la Constitución fue promulgada la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre «contra la actuación, de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55, 2.º de la Constitución» que sería derogada más tarde por la Disposición Final de la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal, pero en cuyo artículo 17 se establecía una regulación sobre la observación postal, telegráfica y telefónica, artículo, por otra parte, que junto con los demás de esta ley fue sometido a juicio de constitucionalidad en recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Pleno de los Parlamentos vasco y catalán y resueltos por el Tribunal Constitucional en sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, desestimando ambos recursos en relación con este precepto.

Se avanzó, también, un paso más en la preservación del secreto de las comunicaciones telefónicas con la tipificación penal de las conductas realizadas sin la debida autorización judicial por las autoridades, funcionarios públicos y particulares, al incluir los nuevos artículos 192 bis y 497 bis del Código Penal, en la Ley Orgánica 7/1984 de 15 de octubre.

Finalmente, fueron las Leyes Orgánicas 3/1988 y 4/1988, de 25 de mayo, las que introdujeron importantes reformas, tanto en el ámbito del Código Penal, con la tipificación de determinadas conductas delictivas cometidas por bandas armadas y organizaciones terroristas, así como con la modificación muy importante de toda la estructura del antiguo artículo 579 de la LECrim., pretendiendo establecer una regulación procesal de la interceptación de las conversaciones telefónicas al tiempo que, como se ha expuesto anteriormente, esta nueva normativa venía a derogar la existencia en materia de bandas armadas y organizaciones terroristas de 1984.

Pero la regulación legal de las intromisiones de los poderes públicos en el secreto de las conversaciones telefónicas no termina con esta descripción, dado que en el ámbito de la jurisprudencia militar, el Código Procesal Militar, aprobado por Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, viene a establecer en su artículo 188 la competencia de los Jueces Togados Militares para acordar la intervención y, en su caso, grabación, de las co-

municaciones telefónicas de cualquier persona, cuando hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia objeto del proceso.

Igualmente, en el ámbito penitenciario la Ley Orgánica General Penitenciaria, en su artículo 51, prevé la existencia de restricciones en cuanto a las personas y al modo de realizar toda clase de comunicaciones de los internos, y por tanto, de las telefónicas, por «razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento», desarrollando dicho precepto los artículos 89, 91, 1.º, 99 y 100 de su Reglamento, que establece notables limitaciones a este derecho fundamental, apoyándose en las motivaciones que con carácter de *numerus clausus* y basándose en el principio de una relación de especial sujeción(22), así reconocida jurisprudencialmente, constituye una situación peculiar a la del resto de los supuestos.

Asimismo, en otras esferas del ordenamiento jurídico, como es, por ejemplo, en el ámbito del Derecho Privado, el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, viene a considerar como intromisión ilegítima en el ámbito de protección de la citada Ley, entre otras «el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos y de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas», así como la utilización de estos aparatos, dispositivos o de cualquier otro medio para el conocimiento de esta vida íntima o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, incluyendo, también, su grabación, registro o reproducción.

Por último, el Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero vino a incorporar al ámbito de protección de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales entre los que se encuentra el del derecho de las comunicaciones telefónicas.

Como puede verse, existe una prolífica legislación en esta materia que, sin embargo, no colma, a nuestro entender, el conjunto de garantías que deben proteger el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, por las razones que en el siguiente apartado vamos a exponer.

(22) Sobre las relaciones de especial sujeción, sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, 137/1990, 11/1991 y 67/1991, entre otras.

b) Regulación legal

De la prolífica variedad de normas legislativas que hemos recogido en el apartado anterior, vamos a recoger las contenidas en las Leyes Orgánicas 7/1984 de 15 de octubre y 4/1988, de 25 de mayo, que establecieron, de una parte la tipificación penal sustantiva de los llamados delitos de «escuchas telefónicas», y de otra la regulación procesal de las garantías que deben observarse a la hora de limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Como ya se ha expuesto, la primera de estas normas legales procedió a la tipificación penal de «la colocación ilegal de escuchas telefónicas», incluyendo en el Código Penal, en distintos Títulos y Capítulos, los nuevos artículos 192 bis, y 497 bis, el primero fue insertado bajo la rúbrica «de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes» (Título II, Capítulo II, Sección 2.^a), y el segundo fue incluido en el Capítulo VII del Título XII, bajo la denominación del «Descubrimiento y revelación de secretos» (23).

Abandonado el Proyecto de Código Penal de 1980 y aparcado el Anteproyecto de 1983, sin duda éste último el intento más serio de seguir el camino que abrió el artículo 18, 3 de la Constitución, los principios que inspiraron ambos bocetos de cuerpos legislativos fueron tratados de asumir por la reforma del año 1984, una reforma que obedeció, como tantas otras que por desgracia se han producido en nuestro país, a un problema estrictamente coyuntural.

(23) *Artículo 192 bis*: La autoridad, funcionario público o agente de éstos que sin la debida autorización judicial, salvo, en su caso, lo previsto legalmente en desarrollo del artículo 55, 2 de la Constitución, interceptare las comunicaciones telefónicas o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo e inhabilitación absoluta.

Si divulgare o revelare la información obtenida por cualquiera de los precitados medios, se le impondrá la pena inmediatamente superior en grado a la prevista en el párrafo anterior.

Artículo 497 bis: El que para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento interceptare sus comunicaciones telefónicas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas. Si divulgare o revelare lo descubierto incurrirá en penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas.

Si analizamos brevemente los antecedentes legislativos de la Ley de 1984, veremos que su nacimiento vino condicionado por una urgente preocupación surgida en el seno del grupo parlamentario de la entonces Alianza Popular ante determinadas escuchas ilegales que supuestamente se habían producido en aquellas fechas, lo que motivó la presentación urgente de una proposición de ley por parte de este grupo que, bajo la rúbrica de la «tipificación penal de la colocación indiscriminada y arbitraria de escuchas telefónicas», postulaba la inclusión en el Código Penal de dos artículos, el 192 bis a), en el que se tipificaba el tipo base del nuevo delito, consistente en interceptar las comunicaciones telefónicas, y un subtipo agravado para cuando el delito fuese cometido por «autoridad, funcionario público o agente de éstos», o por persona perteneciente a «alguna compañía concesionaria o arrendataria del servicio telefónico o telegráfico del Estado», así como contenía, también, un último párrafo en el que se disponía que en ningún caso sería de aplicación la eximente de obediencia debida. Por su parte, el artículo 192 bis b), establecía una nueva agravación para el caso de que la infracción tuviera como sujeto pasivo a personas «amparadas por el deber de secreto profesional» (24).

Transcurrido el plazo de presentación de enmiendas, la Ponencia emitió un Informe en el que se aceptaron las enmiendas del Grupo Socialista, quedando la proposición de ley en unos términos fundamentalmente iguales a los que se han convertido en Derecho vigente.

La Ley Orgánica, una vez aprobada, respetaba la sistemática del actual Código Penal, distinguiendo según que el sujeto activo del delito fuera autoridad, funcionario público, agente de éstos, o particular, pero como ya destacaba González Guitián (25), la reforma nació ya con la consciente voluntad de no plantear una protección global del bien jurídico intimidad, sino solamente de establecer una protección penal para un caso concreto. Los dos tipos, añade este autor, se construyeron sobre una modalidad básica de *intrusión* en la esfera íntima de una persona valiéndose de medios técnicos y añadieron una modalidad agravada consistente en la *revelación* de lo descubierto, de tal manera que lo protegido era tan sólo una faceta de esa intimidad, que en expresión de

(24) *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados: II Legislatura*, núm. 48, 1 Serie B, 4 de julio de 1983.

(25) González Guitián: «Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas», *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo VII, EDESA, 1986, pág. 79 y sigs.

Bajo Fernández (26), debía concebirse como la «capacidad de control del sujeto pasivo sobre quien tiene acceso a sus informaciones reservadas» y, en concreto, «frente a quien utiliza aparatos de control auditivo como instrumentos lesivos de esa esfera personal en que se desarrolla la intimidad».

Pues bien, la primera cuestión que se suscita en orden al tema que tratamos es la de si podría deducirse por el intérprete, en su búsqueda por hallar dentro del ordenamiento jurídico una norma legal habilitante que colmara los requisitos exigidos por el artículo 8, 2.º del Convenio Europeo para establecer unos cauces procedimentales a los que poder atenerse el Juez que recibe una solicitud de intervención de un aparato telefónico.

No ha faltado alguna sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (27) dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1988, que creyó encontrar en los dos preceptos del Código Penal introducidos por la Ley de 1984 la norma legal validante para fundamentar la legalidad de una escucha telefónica llevada a efecto por la policía en causa seguida por delitos de contrabando y contra la salud pública.

En la sentencia que aludimos, se hace, en realidad, una interpretación claramente integradora de toda la legislación fragmentaria que regulaba en nuestro ordenamiento jurídico, el tema de las escuchas telefónicas, y se apoyó, precisamente, en los nuevos artículos introducidos por la Ley Orgánica 7/1984 y en los entonces vigentes preceptos de la Ley Orgánica 9/1984, relativo a bandas armadas y grupos terroristas, para afirmar la validez y licitud de la prueba obtenida por la grabación magnetofónica en cintas de las conversaciones telefónicas sostenidas por los procesados, aunque ya se destacaba en la resolución la necesidad de una ley futura que regulara este tipo de intervenciones.

Distinguía el Alto Tribunal dos niveles distintos: de una parte, el de la legitimidad de la prueba de grabación telefónica de la voz, que consi-

(26) Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Libertad y Seguridad*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1989, pág. 144.

(27) Sentencia de 5 de febrero de 1988 (Ref. Ar. 857). Ponencia del Excmo. señor don Enrique Ruiz Vadillo. Esta sentencia sería posteriormente objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que dictó la sentencia 111/1990, de 18 de junio, que denegó el amparo solicitado por el recurrente.

deraba ajustada a Derecho al efectuarse de acuerdo con las previsiones establecidas en las dos normas legales expuestas y existir autorización judicial validante. Y de otra, el de las circunstancias que habrían de haber concurrido para su validez como tal prueba, punto éste respecto del cual la Sala consideraba que no podía ser admitida dicha validez, por cuanto las cintas magnetofónicas que recogían las grabaciones no habían sido reproducidas en el acto del juicio oral y habían, por tanto, quedado vedados al Tribunal la percepción directa del sonido de las grabaciones, y no respetados los principios de contradicción y defensa. Pero, en relación con el tema que nos interesa, sí encontró el Tribunal la norma legal autorizante en los preceptos de las dos Leyes Orgánicas de 1984.

Ahora bien, como ya destacara un ilustre compañero de la carrera fiscal (28), «lo que se trata con el establecimiento de la garantía jurisdiccional, es de dotar a los ciudadanos de seguridad jurídica y no, de atribuir a los órganos de un poder determinado unas facultades omnímodas para suprimir o suspender tales derechos —los del secreto a las comunicaciones telefónicas, en nuestro caso—, con el sólo requisito de acudir o utilizar la sentencia, el auto o la providencia como formas en que puede plasmarse la resolución judicial».

El referido compañero ponía el «dedo en la llaga» de que la mera garantía jurisdiccional del Auto «fundado y motivado» autorizando directamente la escucha telefónica no colmaba suficientemente los requisitos necesarios para limitar este derecho fundamental.

Los artículos del Código Penal introducidos por la Ley de 1984, únicamente tipifican determinadas conductas y el requisito de la autorización judicial no es más que un presupuesto del tipo en uno de ellos, pero no establecen, como era de preveer, la existencia de una regulación procedimental que habilite los supuestos en que puede concederse esa autorización judicial y las condiciones para su concesión.

Por ello, se hacía necesario la modificación de las normas procedimentales que dieran entrada en el ámbito del proceso penal a las necesarias garantías que regularan esta intromisión en el ámbito privado.

(28) El Fiscal-Jefe de la Audiencia Territorial de Oviedo Excmo. señor don Odón Colmenero en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1984. Apartado «Otros estudios de interés», pág. 326 y sigs.

Para dar respuesta a esta cuestión se promulgó la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que dio nueva redacción al artículo 579 de la LECrim.

El nuevo texto legal, en sus apartados 2.º y 3.º dispone lo siguiente:

- 2.º Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.
- 3.º 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.

De la simple lectura de ambos preceptos destacaríamos ya la insuficiente regulación de la materia y, además, las contradicciones que se observan en la misma.

La mayor parte de la doctrina científica (29) viene a afirmar que el legislador español ha dado la espalda al Derecho Comparado y, lo que es más grave, a los principios postuladores del Convenio Europeo, tantas veces citado en este trabajo, así como a la jurisprudencia sentada por el TEDH.

Algún autor ha llegado a afirmar que «una primera lectura del precepto conduce a pensar que, en realidad, las carencias en la regulación de la materia son de tal importancia que equivalen a una ausencia de normativa» (30).

Y no deja, efectivamente, de faltarle razón porque en una materia tan importante como la de la regulación de las escuchas telefónicas, la par-

(29) González Cuéllar (*Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Editorial Colex, 1990), López-Fragoso Álvarez (*ob. citada*); López-Barja (*ob. citada*); Gimeno Sendra (*Derecho Procesal. Tomo II. Proceso Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989).

(30) López-Barja, *ob. citada*, pág. 182.

quedad y oscuridad de los preceptos que introduce la Ley afecta extraordinariamente al principio de seguridad jurídica.

Por ello, de lo que vamos a tratar, a continuación, va a ser de integrar esta normativa, de tal manera que con la escasa regulación que se nos ofrece, podamos salvar las deficiencias y lagunas que presenta.

Para comenzar en esta labor, el principio que debe subyacer ha de ser el de la proporcionalidad, entendida en el sentido de que el Juez, a la hora de dictar una resolución jurisdiccional autorizando la intervención telefónica, ha de ponderar los intereses en conflicto, que no son otros que los del *Ius Puniendi* del Estado, de una parte, y el derecho fundamental individual a la intimidad, de otra, teniendo en cuenta, además, que el ejercicio del primero por parte del Estado, no puede ser ilimitado, a fuerza de conseguir a cualquier precio la eficacia, sino que ha de estar matizado por el hecho de que el interés público, en determinados casos, ha de ceder ante el individual. Y para ello, el TEDH, en las resoluciones que hemos comentado anteriormente, nos está diciendo cuáles son los supuestos en que es admisible la «injerencia» en la intimidad individual, supuestos que no son otros, volvemos a repetir, que los del artículo 8, 2.º del Convenio Europeo.

Sobre la apoyatura, pues, de este principio y analizando los términos en los que se expresan los dos apartados expuestos, destacamos hasta tres posibles contradicciones terminológicas, puestas de relieve ya por López-Barja y Pérez Fragoso (31):

- La utilización del término «procesado», en el número 2.º; frente a la más genérica de «personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal».
- El empleo del término «intervención» de las comunicaciones telefónicas en el apartado 2.º, frente al «de observación» de dichas comunicaciones, en el número 3.º
- Finalmente, la ausencia de plazo de duración de la medida en el número 2, frente a la limitación del plazo a «tres meses, prorrogable por iguales períodos» en el número 3.º

De estas distinciones los dos autores mencionados extraen una serie de consecuencias que simplemente vamos a enumerar porque interesa

(31) *Obs. citadas.*

más, desde la práctica forense, constatar la posición jurisprudencial sobre los temas cuestionados.

En cuanto a la primera de las distinciones, ésto es «procesado» o «personas sobre las que existan indicios de responsabilidad penal», en una interpretación literal de los términos habría que concluir, como dice López-Barja, que la intervención de la conversación telefónica únicamente sería posible en aquellos supuestos en que se hubiese dictado ya Auto de procesamiento en la causa sobre una persona, de tal manera que habría que extraer de aquí estas dos conclusiones:

- a) Que únicamente podría afectar la intervención al aparato telefónico del ya procesado, y no de la persona que no se halle en esa situación.
- b) Que al hablar de procesado, en la medida en que únicamente subsiste en la actualidad este Auto de inculpación formal en los sumarios ordinarios, la intervención telefónica solamente podría ser acordada en las causas abiertas por delitos de extraordinaria gravedad, es decir, en aquéllos que conllevaran penas superiores a doce años de reclusión.

Frente a este apartado 2.º, el apartado 3.º estaría configurado para los procedimientos en que no estuviere previsto el Auto de procesamiento, bastando, entonces, con la existencia de «indicios racionales de criminalidad» sobre una determinada persona para poder autorizar judicialmente la intervención del aparato telefónico que utilice.

Pero en éste último caso, ya no sería posible la intervención del teléfono, sino, tan sólo, la mera «observación» telefónica, extrayendo como conclusión el precitado autor que al tratarse de una intromisión en la esfera de la intimidad personal de menor intensidad que la de intervención (que consiste en la aprehensión del contenido de la conversación telefónica), la mera observación entendida como «recuento» (o *comptage*, que hemos visto antes) podría ser autorizada en aquellos procedimientos seguidos por delitos de menor gravedad, apoyándose, además, en el principio de la proporcionalidad de la medida, que hemos comentado anteriormente.

En definitiva, concluye López-Barja afirmando que las primeras distinciones terminológicas que se han destacado, a lo único que atiende es a la intensidad de la medida, toda vez que las normas procesales del

apartado 2.º del artículo 579 de la LECrim. tienen por finalidad permitir al Juez autorizar la intervención del contenido de las conversaciones telefónicas en las causas seguidas por delitos muy graves, mientras que las del apartado 3.º de ese mismo precepto, sólo prevén que el Juez pueda autorizar la simple «observación» telefónica para aquellas causas seguidas por delitos de menor gravedad, siempre que existan indicios racionales de criminalidad en la persona cuyo teléfono es observado.

Esta interpretación no creo que sea la más acorde con la voluntad del legislador y, además, tampoco ha sido la seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha prescindido, por otra parte, de tales consideraciones semánticas para establecer, aunque sea por vía jurisprudencial, una regulación procesal del mecanismo de las escuchas telefónicas.

Y entiendo que no es la más correcta porque la misma no resiste una mínima interpretación sistemática de todo el conjunto del artículo 579, que estamos estudiando. En efecto, si leemos el apartado 4.º de este precepto (cuyo estudio sistemático no hemos incluido en este trabajo) veremos que, en caso de urgencia y para la averiguación de delitos (sin especificar su gravedad) cometidos por bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes, la Ley permite a la autoridad gubernativa (Ministro del Interior o en su defecto, el Director General de la Seguridad del Estado) adoptar la medida del apartado 3.º, es decir, la observación telefónica y lo que, evidentemente, no resulta lógico es, de una parte, pensar que esa observación telefónica se limite simplemente al recuento, es decir, a computar las llamadas telefónicas efectuadas por los integrantes de esos grupos citados, sin penetrar en el contenido de las conversaciones. Y de otra, tampoco es concebible interpretar que esta mera «observación» pueda ser permitida a la autoridad gubernativa únicamente para los delitos menos graves, cuando, por desgracia, la realidad social nos revela continuamente que los delitos cometidos por dichas personas son, sobre todo, atentatorios contra la vida, y, por consiguiente, de extraordinaria gravedad.

Por ello, considero, en definitiva, que las dos distinciones terminológicas tienen una valoración semántica, pero no de contenido que ambas aluden a una misma finalidad cual es la de acordar la interceptación del contenido de la conversación telefónica de aquellas personas sobre las cuales recaigan indicios racionales de criminalidad penal.

En relación con la tercera de las cuestiones controvertidas, ésto es la de la existencia de un marco temporal para las observaciones telefónicas

del apartado 3.º y la ausencia de mención alguna en el 2.º, coincidimos con la totalidad de la doctrina en afirmar que necesariamente una «injerencia» en el ámbito de la intimidad personal como la que estamos estudiando precisa de una limitación temporal.

En este sentido y volviendo a utilizar el criterio de la interpretación sistemática considero que no existen dificultades para considerar que el límite de los tres meses como máximo que prevee el apartado 3.º del precepto pueda ser extensivo al del número 2.º, apoyándonos para ello en las mismas razones expuestas. Por ello, la distinción creo que vuelve a ser más semántica que de técnica legislativa y que no se traduce en diferenciaciones prácticas. Mayor problema, como veremos, plantea la cuestión de las prórrogas de tres meses que son permitidas por el precepto y que, al no establecerse límites a las mismas por parte de este artículo 579, podrían en la práctica llevar al mantenimiento indefinido de la intervención telefónica con la, a nuestro juicio intolerable, intromisión en la esfera privada.

Otras cuestiones que ha destacado la doctrina y respecto a las cuales no se encuentra eco en el precepto que estudiamos, podríamos clasificarlas en los siguientes apartados:

- a) En primer lugar, la cuestión de saber ¿qué es lo que ha de intervenir?, es decir, lo que podríamos denominar el objeto de la intervención, que abarca múltiples problemas, pues aquí, entrarían cuestiones como la de si es posible la intervención telefónica, no sólo para la investigación de delitos ya cometidos sino también, para evitar que puedan cometerse en un futuro inmediato otros; ¿qué ocurre con los denominados *descubrimientos casuales*?, es decir, determinados delitos que pueden ser descubiertos como consecuencia de la intervención legítimamente establecida de un teléfono para proveerse de pruebas en el curso de una investigación policial iniciada como consecuencia de otro delito diferente; ¿pueden ser intervenidos los teléfonos profesionales de los letrados que asisten a inculcados en un determinado procedimiento cuando se tiene la certeza de que con su interceptación pueden obtenerse pruebas que inculpen a sus patrocinados?; ¿qué teléfonos pueden ser intervenidos: únicamente los que figuren bajo la titularidad del inculcado o, también, los que utilice habitualmente éste aunque no figuren a su nombre?

- b) En segundo lugar y en relación con el proceso, se nos ocurre preguntas como las que siguen: ¿es necesario que haya sido iniciado ya un procedimiento y, en su caso, de qué tipo, para acordar la intervención telefónica, o basta con unas simples diligencias indeterminadas para autorizar esta intervención? ¿Qué fines debe tener la intervención telefónica? ¿Qué duración han de tener estas medidas? ¿Cómo se va a realizar el control de la medida de intervención *a posteriori*, es decir, una vez que ha sido autorizada por el Juzgado, y ya se ha puesto en marcha, planteando cuestiones tan diversas como la de su preservación, manteniendo el contenido de la escucha al margen de toda posible manipulación o alteración y, además, sirviéndose de lo únicamente indispensable para el esclarecimiento del delito e identificación de sus autores, y su incorporación al proceso como prueba lícitamente obtenida? ¿Qué valor probatorio pueden tener estas intervenciones telefónicas en un procedimiento penal cualquiera?

Todas estas cuestiones han tratado de ser resueltas por la doctrina científica de distinto modo y manera, pero, sin duda, tratándose de un trabajo que persigue, ante todo, aportar soluciones a la práctica forense diaria, hemos tratado de recoger la última jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que ha tratado en profundidad tales cuestiones.

En este sentido, podemos adelantar ya que la resolución que, sin duda, ha marcado un hito importante en el tratamiento jurisprudencial de todas estas cuestiones no ha sido otra que la del Auto de 18 de junio de 1992 (Ref. Ar. 6.102) cuya ponencia correspondió al Excmo. señor don Enrique Ruiz Vadillo, Presidente de dicha Sala, quien, en realidad, ha llegado a abordar de modo exhaustivo todas las cuestiones que la insuficiente regulación del artículo 579 de la LECrim. venía planteando, llegando a afirmar textualmente 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».

Hasta la indicada fecha una serie de resoluciones dictadas por este Alto Tribunal habían venido abordando esta cuestión, aunque de manera tangencial. Así, por ejemplo, la sentencia de 5 de febrero de 1988 (Ref. 857) había aludido al valor probatorio de las cintas magnetofónicas que eran transcripción del contenido de conversaciones telefónicas sostenidas

por los procesados, pero, como ya se ha indicado anteriormente, se trataba de una sentencia pronunciada en fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, por lo que aún su apoyatura legal era mucho más precaria que en el momento actual.

Posteriormente, dos sentencias de esta Sala, de fechas 21 de febrero de 1991 (Ref. 1.335) y 2 de junio de 1992 (Ref. 4764) se refirieron al valor probatorio de las escuchas telefónicas, aunque centrándolo en el tema de la legitimidad e incorporación al proceso como medios de prueba de las transcripciones del contenido de las conversaciones telefónicas, más no abordaron totalmente las cuestiones que hemos planteado anteriormente.

Por ello, podemos decir que es a partir del citado Auto, dictado, como es sabido, en el curso de un procedimiento abreviado seguido contra varias personas entre las que se encontraba un aforado, diputado al Congreso, cuando la Sala Segunda, quizá motivada por una causa singular como era la que estaba enjuiciando y ante el planteamiento frontal de la cuestión por parte de las defensas de los inculpados, cuando decidió elaborar una completa doctrina jurisprudencial posteriormente continuada por sentencias más recientes (32), que ratifican, en temas puntuales, los postulados centrales de aquélla.

Pues bien, analizando el contenido de esta resolución podríamos decir que dos son los presupuestos generales sobre los que se asienta la doctrina jurisprudencial posterior, que aborda todo el tratamiento de esta materia:

A) En primer lugar, para que se dé la necesaria autorización judicial ante una determinada petición de intervenir una comunicación telefónica, es preciso que en el supuesto de autos existan indicios racionales de criminalidad.

La nota de la existencia de «indicios racionales de criminalidad» para acordar la medida de intervención u observación telefónica se revela, por tanto, como *conditio sine qua non* y premisa primigenia para que el Juez

(32) Sentencias de 17 y 30 de octubre, y de 1 de diciembre de 1992 (Refs. 8.337 y 9.899 del año 1992) y de 18 de febrero, 29 de septiembre y 3 de diciembre de 1993 (Refs. 1.356 y 6.903; la tercera no tiene hasta el momento Referencia de Aranzadi, pero puede localizarse en el número 133 de la *Revista Actualidad Jurídica* editada por Aranzadi).

conceda una autorización de esta naturaleza. De aquí se deduce, por tanto, que hayan de quedar excluidos de la autorización judicial todos los supuestos en que existan meras sospechas (33) fundadas o se pretenda intervenir un teléfono como mera medida precautoria, preventiva y exploratoria para averiguar de un hipotético y futuro delito (34).

El Auto destaca, en este sentido para la validez y licitud de una intervención telefónica autorizada judicialmente la concurrencia de «indicios racionales de criminalidad».

Dice, a este respecto, el fundamento jurídico segundo que:

«Los indicios racionales de criminalidad, y a ello equivale la palabra “indicio” del artículo 579, son indicaciones o señas, osea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, 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.»

Así pues, el primer criterio que debe presidir la actuación del Juez a la hora de tomar en consideración la solicitud, frecuentemente policial, de autorizar la intervención telefónica ha de ser siempre la concurrencia de estos indicios racionales no reputándose como tales «la simple manifestación policial, si no va acompañada de algún o algunos otros datos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de la proporcionalidad».

B) El segundo presupuesto general a observar, dice este Auto, ha de ser el de la proporcionalidad, que ha de ser entendida por el Juez en el sentido de que exista «un correlato entre la medida, su duración y su ex-

(33) En este sentido y en relación con la presunción de inocencia, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias 174/1985, 175/1985, 229/19888 o 94/1990, entre otras) como la del Tribunal Supremo, que veremos en este apartado, son tajantes al afirmar que los indicios racionales de criminalidad no pueden consistir en meras sospechas, sino que han de estar plenamente probados.

(34) Sobre este punto y en relación con el artículo 18, 3.º de la Constitución: Jiménez Campo, «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Comentarios al Código Penal*, tomo VII, EDERSA, 1986, pág. 36 y sigs.

tensión y las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia transcendencia social», añadiendo a ello que cuando se trata de limitar derechos fundamentales consagrados en la Constitución, el problema debe resolverse a través de «la llamada ponderación de intereses involucrados» entre dos derechos fundamentales, de una parte, el del Estado a investigar, enjuiciar y castigar, en su caso, los comportamientos constitutivos de infracción penal, y de otras, el derecho de los particulares a la reserva de su intimidad.

Pues bien, sobre la base de estos dos principios generales el Tribunal construye toda su doctrina, apoyándose, además, en la regulación procesal de la interceptación de la correspondencia privada y en otros supuestos semejantes. Y alude a una serie de requisitos que, a efectos sistemáticos y cronológicos vamos a estructurar en tres apartados:

1.º) Anteriores a la adopción de la medida:

Destacamos los siguientes:

a) Motivación de la resolución que acuerde la medida: el Auto del Juez que acuerde la medida debe estar motivado debe expresar las razones por las cuales la medida es adoptada, teniendo en cuenta, además, que la adopción de la medida, lógicamente, permanece en secreto para su destinatario. Sobre este punto, la Sala insiste y manifiesta que «respecto de la motivación, significa 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».

Además, incide el Tribunal en repetidas ocasiones en este requisito, destacando que, si bien, no se exige exhaustividad en la motivación (a veces, innecesaria e inconveniente, incluso), tampoco puede verse colmado este requisito recurriendo a meros formalismos impresos o expresiones estereotipadas. La exigencia de motivación tiene, no sólo ya una finalidad pedagógica, sino, sobre todo, permitir «que los destinatarios de la resolución conozcan la razón de la decisión», para posteriormente impugnarla.

Por tanto, en el Auto el Juez debe justificar los argumentos en los que se apoya para la adopción de la medida de intervención, exponiendo de modo claro, aunque sin ser exhaustivo los razonamientos de su decisión.

b) Delimitación subjetiva y objetiva de la medida: con ello, queremos afirmar que la autorización judicial debe delimitar con toda claridad, de un parte, el ámbito de las personas que van a quedar sujetas a la medida, así como los aparatos sobre los que se va a efectuar la intervención. Y de otra, limitarse a autorizar dicha medida cuando se trate de un catálogo determinado de delitos.

Sobre el primero de los temas vuelve a cobrar especial relieve la idea, ya expuesta anteriormente, de que la intervención únicamente podrá afectar a las personas sobre las que recaigan indicios racionales y fundados de criminalidad, no meras sospechas y, por supuesto, tampoco las «escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo».

La resolución del Tribunal es en este punto tajante, al decir que la resolución que autorice la intervención/observación telefónica deberá determinar «su objeto, número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas/observadas», así como «quienes han de llevarlas a cabo y cómo».

En otro fundamento jurídico —el tercero— refiriéndose a la apreciación de los indicios de responsabilidad criminal, el Tribunal marca la pauta de aquellos teléfonos que deben ser intervenidos u observados y que deben constar en la resolución judicial que autorice la medida, al expresar 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».

En cuanto al segundo de los temas, ésto es el de la naturaleza de los delitos que pueden motivar la adopción de esta medida, hemos de coincidir con la Sala en que el más absoluto respeto al principio de proporcionalidad, de una parte y a los postulados del artículo 8.º, 2.º del Convenio Europeo, ya citados, de otra, nos debe llevar siempre a criterios restrictivos, limitando el catálogo de los delitos a aquellos que por su gravedad supongan un ataque a la convivencia social, al interés general, o a la defensa del orden y la prevención del delito.

Sobre este punto se dice textualmente que «si no existe un catálogo cerrado de delitos, el Juez debe proceder a una interpretación restrictiva, de acuerdo con los mandatos y principios constitucionales», añadiendo más tarde que «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».

c) Necesariedad de la medida: la resolución judicial que acuerde la intervención u observación telefónica, en cuanto supone la intromisión en la esfera de un derecho fundamental, únicamente puede ser adoptada cuando no existan otros medios eficaces y menos gravosos, para conseguir el esclarecimiento de la comisión del delito o descubrir a sus autores.

El Tribunal se muestra tajante en este tema al sostener que «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».

Frente a estos requisitos, no exige la Sala, como parte de la doctrina postulada, la exigencia de haber recaído ya Auto de procesamiento o estar la «causa» en un trámite lo suficientemente avanzado como para deducir con garantías los «indicios racionales de criminalidad». Por el contrario, sostiene con firmeza que «la forma de 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». Es decir, lo único que se exige es que desde el mismo momento en que se solicite la adopción de la medida, el Juez acuerde la apertura de un procedimiento penal por los hechos que se pretende investigar.

d) Temporalidad de la medida: el Tribunal no alude para nada a este requisito a nuestro juicio, transcendental, si de lo que se trata es de mantener la efectividad del presupuesto de proporcionalidad que debe incidir sobre esta materia. Considero que ya desde el momento en que el Juez dicte la medida de intervención telefónica ha de establecer un plazo máximo de duración de la misma, sin perjuicio de que circunstancias sobrevenidas surgidas en el transcurso de su aplicación, puedan determinar la prórroga o prórrogas sucesivas, debiendo ser, en su caso, motivadas nue-

vamente cuando así sean acordadas y, además, teniendo en cuenta si subsisten o se han acrecentado los indicios racionales de las personas sujetas a la intervención telefónica.

Es, sin duda, éste un tema que suscita especial preocupación por parte de la doctrina (35) porque por la vía indirecta de las sucesivas prórrogas sin ninguna limitación que, por otra parte, el artículo 579 no prevé, puede llegarse a la arbitrariedad y a la intromisión ilegítima en la esfera íntima individual.

Creo que, en este sentido, la resolución del Tribunal, tal vez por no haberse suscitado el problema en el caso enjuiciado o no haber sido invocada la cuestión por las partes defensoras de los inculpadados, no ha entrado a valorar, siendo, como decimos, de especial transcendencia para respetar el presupuesto de la proporcionalidad.

2.º) *Simultáneas a la realización de la medida:*

Para preservar, en la medida de lo posible, el derecho a la intimidad conculcado con la necesaria adopción de la medida de intervención u observación telefónica, se destacan una serie de requisitos que han de observarse mientras se aplica, como son:

a) Control judicial de la aplicación de la medida: el Juez autorizante tiene como principal obligación, teniendo en cuenta los derechos fundamentales que están en juego, preservar, en la medida de lo posible, la intimidad personal de quienes sufren una medida cuya aplicación ignoran.

Para ello, dice el Tribunal que el Juez debe «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 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 aquéllas que no afecten al objeto de la investigación, siempre con la vigencia del princi-

(35) López-Barja, González Guitán, López Fragoso, Moreno Catena, en las *obs. ya citadas*.

pio de intermediación y, siendo posible, de contradicción y la obligada presencia del secretario judicial».

El Juez, por tanto, debe ordenar a la policía judicial (en la mayoría de los casos será ella) que durante la vigencia de la escucha telefónica le remita periódicamente las cintas originales de las conversaciones grabadas, debiendo proceder, bajo la fe del secretario judicial, a seleccionar aquellas conversaciones que se reputen necesarias para los hechos que se estén investigando y mantener en la más estricta intimidad, las conversaciones que no guarden relación con la causa, procediendo, además, a su transcripción mecanografiada y quedando las cintas depositadas en el Juzgado Instructor, en calidad de piezas de convicción.

b) Actuación de los que realizan la intervención u observación telefónica: lógicamente, los que llevan a efecto la aplicación de la medida, aparte de observar el más estricto secreto del contenido de las conversaciones telefónicas de que hayan tenido conocimiento, están obligados, de forma periódica, a dar cuenta al Juez autorizante de todas las incidencias acaecidas durante la aplicación de la medida, así como a aportarle, en correlación con el requisito que hemos visto antes, los originales del total de las grabaciones realizadas, sin que les esté facultado seleccionar determinadas conversaciones o partes de conversaciones realizadas por las personas sometidas a la medida, so pretexto de su inutilidad para la investigación, dado que ello puede acarrear la sospecha de su adulteración e, inclusive, de su alteración, pudiendo ser invocada por las defensas esta irregularidad y acarrear la nulidad del artículo 11, 1 de la L.O.P.J. considerándose, en su caso, como una prueba ilícitamente obtenida por conculcación de derechos fundamentales, y, en consecuencia, no poder ser tenida en cuenta en el proceso.

A ello se refiere, precisamente, el Tribunal, cuando dice que «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». Y añade la Sala, «actuando así, el Juez no puede captar con plenitud de conocimiento el significado del conjunto de las conversaciones, muchas veces en relación de interdependencia».

En relación con el importante tema de la aparición de nuevos hechos delictivos no incluidos en la resolución judicial habilitante de la medida de intervención telefónica y que surgen a la luz cuando ésta se está lle-

vando a efecto, debemos coincidir con el Tribunal (que sí se refiere a este aspecto) en que los funcionarios de la policía judicial que estén llevando a efecto la intervención han de ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez autorizante, para que éste ampare con una nueva resolución, si hubiere lugar a ello teniendo en cuenta la relevancia y gravedad del nuevo delito surgido, la implicación de la escucha al contenido de las conversaciones relativas a este nuevo hecho.

La Sala, apoyándose, en la jurisprudencia sentada por el TEDH en los casos que ya hemos comentado anteriormente, destaca textualmente, lo siguiente: «Respecto al problema de la divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga... basta con que, en el supuesto de comprobar la policía que el delito presuntamente cometido, objeto de la 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.»

Sobre este punto, el criterio del Alto Tribunal no deja de ser difícilmente sostenible, toda vez que la única razón que le ampara para sostener tal parecer, radica en un razonamiento puramente práctico, cual es la de que por una mera imprevisibilidad del resultado producido con la intervención telefónica y la consiguiente imposibilidad por parte del Juez autorizante, de extender los límites de la habilitación a otros delitos no relacionados con el que hasta el momento de dictar el Auto, le habían sido puestos de manifiesto, haya de quedar impugne esa nueva conducta delictiva surgida fortuitamente en el curso de las conversaciones interceptadas.

Estimo que tan tajante afirmación no deja de colisionar, hasta cierto punto, con el presupuesto de proporcionalidad que debe prevalecer en todo el proceso de aplicación de la medida. En efecto, si estamos afirmando que la resolución judicial habilitante de la intervención telefónica debe ser motivada y únicamente concedida cuando se trate de delitos de gravedad y de cierta relevancia, habrá de concluir, en pura conexión lógica con lo expuesto, que el descubrimiento de cualquier clase de delitos no podrá conllevar, sin más, y de modo automático la extensión de la autorización judicial a la policía para que amplíe el ámbito de la investigación a este nuevo delito. Entiendo que el criterio de proporcionalidad debe guiar al Juez en este punto y el mismo, con un criterio restrictivo, acordar la nueva habilitación siempre que se trate el nuevo, de un delito grave, de los que admite el propio Convenio Europeo.

Hay que reconocer, no obstante, que el Tribunal, a la hora de destacar las vulneraciones a los Derechos Fundamentales de los diputados, que estimó cometidas en el procedimiento de que trae causa este Auto, matiza ya en su inicial posición destacando que «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 controladas de manera directa por el Juez, provocan o pueden provocar el completo desconocimiento del principio de proporcionalidad».

De todas maneras, el Tribunal sigue sin abordar la cuestión de si es tolerable, aún con resolución judicial habilitante, la «injerencia» surgida *ex novo* durante el transcurso de las escuchas telefónicas de un nuevo delito, cualquiera que sea su gravedad, para que sin más se amplíe la medida a la investigación de este nuevo hecho.

Sin embargo, sí aborda, aunque muy tangencialmente y de pasada, para afirmar su legitimidad, la cuestión de si el nuevo delito surgido casualmente en el transcurso de la escucha telefónica es de naturaleza independiente a aquél que estaba siendo objeto de investigación (la resolución establece una comparación bastante gráfica afirmando, a título de ejemplo, el supuesto de que la investigación fuera iniciada por delito de asesinato y, en su transcurso, se derivara a otra por delito de robo), concluyendo, también de modo categórico, que «da lo mismo la naturaleza de las respectivas infracciones, lo decisivo es que el Juez las valore individualmente».

Tal afirmación colisiona frontalmente, a nuestro modesto entender, y desde un punto de vista teórico, con el contenido del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, que estamos estudiando, y los límites estrictos que establece el artículo 18, 3.º de la Constitución a la hora de permitir una intromisión en dicho derecho fundamental.

Si estamos hablando de que únicamente puede autorizarse, mediante resolución judicial motivada, la intervención de las conversaciones telefónicas cuando se trate de delitos graves, y siempre que concurren indicios racionales de criminalidad y sujetándose, todo ello, al presupuesto de la proporcionalidad, ¿hasta qué punto? la aparición de un hecho delictivo nuevo, distinto totalmente y de naturaleza diferente al que se está investigando, del que, por tanto, no existían, al menos para los investigadores y

para el Juez autorizante, indicios racionales de criminalidad en las personas sujetas a intervención, o que, incluso, no se tenía conocimiento de su comisión, puede el Juez ampliar esta autorización por dicho delito. Hay que pensar que el proceso penal es el cauce en el que se juzgan hechos y en el que el Derecho Penal que allí se aplica no puede transformarse, como dice el propio Tribunal, «en una especie de prospección del comportamiento genérico de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas».

Por ello, entiendo que en tales circunstancias la única solución procesal posible para evitar la impunidad no deseada, sería la de iniciar una causa totalmente diferente de la anterior, que tuviera por finalidad la averiguación de los nuevos delitos descubiertos que no guarden relación con los que se estaban investigando.

En la práctica, pues, se llega a la misma solución, tanto en uno como en otro caso, pero la solución propuesta considero que, en estricta técnica jurídica, sería mucho más respetuosa para el derecho fundamental reconocido, que la que propugna el Tribunal en su resolución, y, sobre todo, serían respetados los dos presupuestos generales previos que han de concurrir a la autorización judicial de la medida: la concurrencia de indicios racionales de criminalidad y el principio de proporcionalidad.

3.º) *Una vez finalizada la intervención telefónica:*

En esta fase adquiere especial importancia la preservación de los datos revelados por la medida de intervención, en orden, no tanto al esclarecimiento del delito, cuanto a la identificación de sus autores y a la acumulación de los necesarios medios de prueba que permitan posteriormente inculparles en el acto del juicio oral. Se trata, por tanto, de destacar aquellas exigencias que han de observarse una vez finalizada la medida, para que su resultado pueda ser incorporado con, preservación de todas las garantías, al proceso.

En este sentido, tales requisitos habrán de ser los siguientes:

a) Notificación de la existencia de la medida a la persona sujeta a la misma: en efecto, el más elemental derecho de defensa exige que, una vez alzado el secreto de la intervención telefónica, la representación de la persona que haya estado sujeta a la misma, pueda tener acceso al conjun-

to de las nuevas diligencias instructoras incorporadas a la causa y, respetando, también, el principio de contradicción, proponer aquellas actuaciones relacionadas con el contenido de las escuchas, que puedan contradecir los elementos de prueba de cargo que de aquéllas puedan derivarse.

La notificación, por tanto, de la realización de la escucha es un requisito para su legitimidad como ulterior medio de prueba en el acto del juicio.

Así se manifiesta el Tribunal en la resolución que estamos comentando, al decir textualmente que «si ordena el cese de la medida (el Juez), deberá ponerse en conocimiento de la persona o personas afectadas la operación llevada a cabo, para que desde ese momento ejercite las acciones, si lo desea, que puedan corresponderle». Añade el Tribunal que «sólo en casos excepcionales podrá mantenerse el secreto hasta ultimar la investigación y no frustrar el interés legítimo que con ella se persigue, aunque con el inexcusable límite temporal del fin de la misma investigación».

b) Necesaria incorporación al juicio oral: sobre este punto distintos pronunciamientos efectuados por la Sala Segunda, dictados antes y después del Auto que acabamos de comentar, sí han tomado en consideración la incorporación como medio de prueba de cargo de las cintas magnetofónicas que recogen las grabaciones de las conversaciones telefónicas intervenidas u observadas a los inculcados en un procedimiento.

En este sentido y del conjunto de la doctrina jurisprudencial más reciente dictada por la Sala 2.^a (36) del Alto Tribunal, podríamos extraer los siguientes requisitos:

a) Conservación por el órgano judicial, bajo la responsabilidad del secretario, de los originales que contengan la totalidad de las cintas magnetofónicas en que fueron grabadas las conversaciones telefónicas sostenidas

(36) Podemos citar, en este sentido, las sentencias de 21 de febrero de 1991 (Ref. 1.225), 2 de junio, 17 y 30 de octubre, 1 de diciembre de 1992 (Refs. 4.764, 8.337, 8.623 y 9.899, del año 1992), 18 de febrero, 16 de junio, 29 de septiembre y 3 de diciembre de 1993 (Refs. 1.356, 5.117 y 6.903 del año 1993. La última no tiene aún referencias de Aranzadi, aunque puede ser localizada en extracto en el número 133 de la *Revista Actualidad Jurídica de Aranzadi*).

por los inculpados, una vez efectuada la correspondiente selección por parte del Juez de aquellas conversaciones o parte de las mismas que tuvieran interés y relevancia para la causa, procediéndose a su transcripción mecanográfica, bajo la fe pública del secretario judicial, y a su incorporación al procedimiento.

b) Inclusión como prueba documental en los iniciales escritos de acusación o de conclusiones provisionales por parte del ministerio fiscal y, en su caso, de las acusaciones particulares personales, con especificación en dichos escritos de los folios concretos del procedimiento en que consten dichas transcripciones y, asimismo, de los restantes folios que contengan otra clase de pruebas preconstituidas, como pudiera ser, por ejemplo, la pericial de identificación de voces. Asimismo, deberán interesarse en los mismos, mediante OTROSÍ, que el Juzgado Instructor proceda a remitir al órgano de enjuiciamiento (ya sea el Juzgado de lo Penal, ya la Audiencia, en su caso), en calidad de piezas de convicción, la totalidad de los originales de las cintas magnetofónicas grabadas, que contengan las conversaciones telefónicas realizadas, así como, de haberse practicado la prueba pericial de identificación de voces, las cintas dubitadas o indubitadas utilizadas para el cotejo pericial de las voces.

c) Durante la celebración del juicio oral, deberá procederse a la audición de los originales de las cintas grabadas, sometiendo su contenido a los principios de publicidad y de contradicción, aprovechando el interrogatorio de los inculpados para requerirles sobre el contenido de dichas conversaciones. En su caso, y si durante la instrucción del procedimiento hubiera sido practicada prueba pericial de identificación de la voz, podrá, aunque no es preciso, la práctica de la prueba pericial propuesta para que los peritos que la hubieran realizado se ratifiquen o rectifiquen el contenido de sus informes y aclaren a las partes y al Tribunal los extremos que éstas les sometan a su consideración.

Finalmente, deberá interesarse el señor secretario del órgano de enjuiciamiento la lectura de aquellas transcripciones mecanográficas que, en su día, fueron efectuadas bajo la fe del secretario del Juzgado Instructor, para que queden incorporadas al plenario del juicio oral y sujetas a los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción exigidas.

De cumplirse todos los requisitos expuestos, se habrán cubierto todas las garantías constitucionales exigidas por los artículos 18, 3.º y 24, 2.º de la Constitución.

IV. CONCLUSIÓN

Como hemos podido comprobar a lo largo de este trabajo, la regulación de las normas legales que establecen el cauce procesal de las denominadas «escuchas telefónicas», es oscuro, deficiente y, sobre todo, no cumple con los compromisos asumidos por nuestro país al ratificar el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Es una regulación oscura, porque no establece con precisión los supuestos, las condiciones y las circunstancias en que es posible la resolución judicial que autorice la intervención u observación de las comunicaciones telefónicas, amén de utilizar una terminología ambigua y, sobre todo, tan imprecisa que deja la puerta abierta a arbitrariedades.

Es una regulación deficiente, porque no contempla muchas de las circunstancias que acabamos de exponer, tales como la delimitación más rigurosa de los límites temporales de las escuchas, las garantías procesales que deben observarse para la incorporación de las pruebas así obtenidas al proceso, por no citar las cuestiones semánticas que se han examinado en este trabajo.

Finalmente, es una regulación la del artículo 579 apartados 2.º y 3.º de la LECrim. que no da respuesta adecuada a los postulados recogidos por el artículo 8.º del Convenio Europeo, ni tampoco a las restantes normas convencionales de carácter internacional ratificadas por España, en la medida en que no prevé los supuestos concretos en que es posible autorizar judicialmente la intervención telefónica.

Por todo ello, y pese al esfuerzo realizado por la jurisprudencia para tratar de integrar en nuestro ordenamiento jurídico una doctrina homogénea que regule la intromisión en un derecho fundamental de la entidad del que estamos tratando, se impone la necesidad de modificar en su raíz la actual regulación procesal en esta materia acomodándola de una vez por todas a la normativa internacional incorporada a nuestro propio sistema jurídico, si queremos que no se vuelvan a producir acontecimientos jurídicamente tan lamentables como los del supuesto de hecho que determinaron la resolución de 18 de junio de 1992.

EL MINISTERIO FISCAL Y LA TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL

MANUEL MIRANDA ESTRAMPES

Fiscal de la Audiencia Provincial de Tarragona

SUMARIO: I. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PROCESO DE TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL.-II. LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PARA LA TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL Y DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES.-III. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.-IV. EL MINISTERIO FISCAL COMO SUJETO PROCESAL.-1) *Su condición de parte.*-2) *Legitimación activa.*-V. DINÁMICA DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.-VI. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ÁMBITO DEL ARTÍCULO 181 LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL.-VII. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.-VIII. DEPURACIÓN DE LAS CONDUCTAS DELICTIVAS.

I. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PROCESO DE TUTELA DE LIBERTAD SINDICAL

Una de las novedades más significativas de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 ha sido la introducción, dentro de las modalidades procesales (Título Segundo), de un Capítulo dedicado a la tutela de la libertad sindical (Capítulo Undécimo). Mediante dicha modalidad procesal se pretende tutelar los derechos de libertad sindical, consagrados en el artículo 28.1 de la Constitución Española (1), siempre que la lesión de los mismos ocurra con ocasión de una cuestión litigiosa que, por razón de la materia, corresponda al conocimiento de los órganos de la jurisdicción social (vid. artículos 2, apartado k y 174.1 de la Ley de Procedimiento Laboral).

Aunque el referido Capítulo Undécimo se rotula bajo el epígrafe «De la tutela de los derechos de libertad sindical» su ámbito de protección no se limita a los derechos de libertad sindical, sino que se extiende, también, a los demás derechos fundamentales y libertades públicas. El artículo 180 de la Ley del Procedimiento Laboral, contenido en el Capítulo Undécimo, declara que «las demandas de tutela de los demás derechos

(1) El artículo 28.1 de la Constitución Española declara que «todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como al derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato».

fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este Capítulo. En dichas demandas se expresará el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos».

Dentro de estos derechos habrá que incluir el derecho a la huelga consagrado en el artículo 28.2 de la Constitución Española (2).

La doctrina ha señalado que mediante esta novedad introducida en la nueva Ley de Procedimiento Laboral se ha venido a dispensar a los derechos fundamentales de una garantía jurisdiccional privilegiada, creando en el orden social un proceso especial, o modalidad procesal, que reúne las notas de sumariedad y preferencia y que se fundamenta en la peculiar materia a que su aplicación se reserva (3).

Dicha regulación ha venido a colmar una laguna legal existente en el ámbito del orden jurisdiccional social. La Ley 62/1978, de 26 de diciembre, instituyó en los órdenes jurisdiccionales civil, penal y contencioso-administrativo un proceso especial para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, en dicha ley no se hizo mención alguna a la garantía jurisdiccional social, no contemplándose, por tanto, la posibilidad de recabar de los jueces y Tribunales del orden laboral la tutela de los derechos fundamentales.

Ello no impidió que en la práctica los órganos de la jurisdicción social dispensarán esta tutela judicial efectiva ante violaciones de derechos fundamentales. El propio Tribunal Constitucional se pronunció en este sentido en sentencia 55/1983, de 22 de julio. En la misma el Tribunal Constitucional afirmó que «no contemplando la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de derechos fundamentales de la persona, la jurisdicción laboral para la protección de éstos, y extendiéndose la pro-

(2) El artículo 28.2 de la Constitución Española declara que «se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

(3) Valdés Dal-Ré, *El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, «Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral», Consejo Genmral del Poder Judicial, Madrid, 1991, pág. 647.

tección jurisdiccional del artículo 53.2 de la Constitución Española a todos los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y Sección primera del Capítulo II, es doctrina de este Tribunal que el cauce natural de protección de la jurisdicción ordinaria es el procedimiento laboral. Con esta acción integradora en respecto a la mencionada Ley 62/1978, el proceso laboral se convierte también en proceso de protección jurisdiccional de los derechos laborales de carácter fundamental».

Esta doctrina fue reiterada en posteriores sentencias, como la STC 47/1985, de 27 de marzo, en la que se indicó que «no teniendo la Ley 62/1978, de 26 de diciembre... una vía de acceso específica para la garantía laboral de los derechos fundamentales, hay que admitir que la única vía de acceso para pedir el amparo judicial de los derechos fundamentales es el proceso laboral». En definitiva, el Tribunal Constitucional declaró la viabilidad de la promoción ante la jurisdicción laboral de demandas de protección de derechos fundamentales.

La nueva modalidad procesal regulada en el artículo 174 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral obedece a la previsión constitucional del artículo 53.2 de la Constitución Española, siendo sus notas características la preferencia y sumariedad (4).

La preferencia comporta la prioridad absoluta en la tramitación de las demandas de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Según el artículo 176 de la Ley del Procedimiento Laboral «la tramitación de estos procesos tendrá carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el Juzgado o Tribunal. Los recursos que se interpongan se resolverán por el Tribunal con igual preferencia».

Por su parte, la sumariedad debe ser entendida como abreviación o disminución de trámites, es decir, celeridad, así como limitación de la cognitio judicial, ya que el objeto del proceso queda limitado al conocimiento de las lesiones de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 175 de la Ley de Procedimiento Laboral).

(4) Para un estudio de los caracteres del proceso laboral de protección de derechos fundamentales, vid. Valdés Dal-Ré, *El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, ob. cit., págs. 667 a 670.

II. LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PARA LA TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL Y DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES

La finalidad del presente trabajo no es realizar un estudio exhaustivo de la modalidad procesal instaurada por la Ley de Procedimiento Laboral para la protección del derecho de libertad sindical y demás derechos fundamentales, sino un objetivo más modesto, aunque no exento de dificultades, consistentes en analizar el papel que en tales procesos le corresponde actuar al Ministerio Fiscal.

El artículo 174.3 de la Ley de Procedimiento Laboral declara que «el Ministerio Fiscal será siempre parte en este proceso, adoptando, en su caso, las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas».

Dicho precepto ha supuesto una novedad importante en relación a lo establecido en la L.O.L.S., cuyo artículo 15 limitaba la actuación del Ministerio Fiscal «a los efectos de depuración de eventuales conductas delictivas». Dicho precepto disponía, cuando el órgano judicial considerase probada la violación del derecho de libertad sindical, la remisión de las actuaciones al Ministerio Fiscal. Resulta obvio que dicha remisión no sería necesaria si el Ministerio Fiscal hubiera intervenido como parte, con lo cual la L.O.L.S. parecía excluir dicha intervención (5).

Dos son las funciones que la Ley de Procedimiento Laboral atribuye al Ministerio Fiscal en la regulación de la tutela judicial de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales. En primer lugar, le atribuye la condición de sujeto procesal, en defensa de los derechos de libertad sindical, siendo siempre parte en estos procesos. En segundo lugar, se encomienda al Ministerio Fiscal la misión de depuración de las supuestas o eventuales conductas delictivas.

Las conclusiones que establecemos en el presente trabajo en relación a la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de tutela de la libertad sindical son, también, aplicables a las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del or-

(5) Martínez Emperador, *Tutela de la libertad sindical*, «Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, pág. 257.

den jurisdiccional social, a las que se refiere el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, en las que también debe ser parte el Ministerio Fiscal.

III. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

La justificación de su intervención en los procesos de protección de los derechos de libertad sindical, y en general en la protección de los demás derechos fundamentales, la encontramos en la propia configuración constitucional de la figura del Ministerio Fiscal.

Como ya tuvimos ocasión de señalar, el artículo 124.1 de la Constitución Española atribuye al Ministerio Fiscal la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. En iguales términos se pronuncia el artículo 1.º E.O.M.F.; y el artículo 3.º3 le confiere la función de velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas –entre los que se incluyen los derechos de libertad sindical– con cuantas actuaciones exija su defensa; y por último, el artículo 3.º12 le faculta para intervenir en los procesos judiciales de amparo.

Vemos como desde un punto de vista constitucional y legal está plenamente justificada la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de protección de derechos fundamentales, cualesquiera que sea el orden jurisdiccional en que dicha tutela se demande.

Tal intervención estaba prevista en la Ley 62/1978. En la Sección Tercera (Garantía Jurisdiccional Civil) se establecía la obligatoriedad de intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos como parte (artículo 12.3); también en la garantía contencioso-administrativa se regulaba su intervención (artículos 7.2, 7.6 y 8.4).

Dentro de los derechos de los ciudadanos, cuya protección se encomienda al Ministerio Fiscal, cobran especial relieve los derechos fundamentales, consagrados en nuestro texto constitucional (artículos 14 a 29), acentuándose, por tanto, su función protectora. A su vez, dichos derechos fundamentales están conectados, en un Estado de Derecho, con el «interés público» o «social» –el artículo 10.1 de la Constitución Española declara que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentales del orden político y de la

paz social»—, cuya defensa corresponde, también, al Ministerio Fiscal. Es lógico, por tanto, que el legislador al regular la vía de la tutela judicial de tales derechos fundamentales, la dote de las mayores garantías, entre las cuales no puede faltar la figura del Ministerio Fiscal (6).

Su intervención en tales procesos tiene como finalidad la defensa de los derechos fundamentales tutelados, en una posición neutral en relación con las posiciones adoptadas por las partes privadas, interesando la restitución del derecho tutelado cuando considere que ha sido vulnerado, o alegando su no vulneración cuando considere que el acto impugnado no lesiona tales derechos fundamentales.

El papel de garante de los derechos de los ciudadanos y el deber de procurar la satisfacción del interés social, que la Constitución Española atribuye al Ministerio Fiscal, en el que justifica su intervencionismo en este tipo de procesos.

Estas consideraciones son perfectamente trasladables al ámbito del proceso de los derechos de libertad sindical, actuando el Ministerio Fiscal como garante de los mismos. Desde esta perspectiva, la doctrina considera que la intervención del Ministerio Fiscal viene determinada por el interés público constitucional inherente al artículo 28.1 de la Constitución Española, ya que la libertad sindical afecta directamente con carácter individual o colectivo a quienes se encuentran en una determinada situación: la de la relación de servicios (7).

La actuación del Ministerio Fiscal puede juzgar, también, como elemento corrector de las desigualdades existentes entre el trabajador y el empresario. A su vez, la doctrina destaca que puede actuar como contrapeso de las posibles influencias tanto por parte de los particulares como del sindicato, siendo su presencia no sólo necesaria sino sumamente razonable y adecuada a la protección sindical (8).

(6) Carlos Millán, *Breve aproximación a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de libertad sindical*, ejemplar mecanografiado, págs. 5 y 6.

(7) Carlos Millán, *Breve aproximación a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de libertad sindical*, ob. cit., pág. 7.

(8) Carlos Millán, *Breve aproximación a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de libertad sindical*, ob. cit., pág. 7.

IV. EL MINISTERIO FISCAL COMO SUJETO PROCESAL

1) *Su condición de parte*

Examinada la razón de ser de la presencia del Ministerio Fiscal en los procesos de tutela de libertad sindical, cabe preguntarse si su intervención se sitúa al mismo nivel que la del actor y demandado, o por el contrario, se le atribuye una función más limitada, como sujeto informante.

Creemos que sobre este extremo no puede existir discusión alguna. El propio tenor literal del artículo 174.3 de la Constitución Española nos da la clave para la solución del problema. Su intervención no puede ser otra que la de parte en estos procesos y, por tanto, con las mismas posibilidades de actuación (alegaciones, pruebas, impugnaciones) que los demás intervinientes.

La propia finalidad de su intervención en estos procesos quedaría desdibujada, o incluso anulada, si se le reconociera un simple papel de sujeto informante o dictaminador.

Su intervención no tiene lugar como mero sustituto procesal, en cuanto que no defiende en el proceso derechos de otro, sino que actúa como defensor de la legalidad. Tampoco tiene la condición de interviniente principal, al no concurrir las características típicas de la intervención principal. Como advierte Serra Domínguez, el Ministerio Fiscal no introduce un objeto procesal nuevo, aunque conexo, sino que su intervención versa sobre el objeto introducido por las partes; y, por otro lado, no tiene por qué hallarse en oposición con todas las partes como ocurre en la intervención principal (9).

Hay que rechazar, también, la tesis que lo equipara al interviniente adhesivo, ya que no actúa como mero coadyuvante de alguna de las partes intervinientes. La postura que adopta es independiente de la que pueden adoptar las partes, puede incluso estar en contraposición con ambas partes; y en los casos en que su postura coincida con la defendida por

(9) Serra Domínguez, *El Ministerio Fiscal*, «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», 1979, núm. 3-4, pág. 654; aunque tales consideraciones se realizan en relación a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil, son perfectamente aplicables a los procesos de tutela de libertad sindical.

una de ellas, su actuación no viene motivada por la defensa de intereses particulares, sino por la coincidencia del interés social o público con el interés particular defendido por una de las partes.

El reconocimiento de su condición de parte se traduce en la posibilidad de ejercitar todas las facultades propias de las partes sin limitación alguna (10), en defensa de los derechos de libertad sindical; lo que conlleva la adopción de una postura propia, independiente de la que pueden adoptar las demás partes. Por consiguiente, podemos calificarlo de parte imparcial (11).

La doctrina le atribuye la condición de parte principal (12); sin embargo, en nuestra opinión, su intervención, no puede equipararse a la de las partes en sentido técnico; es decir, no es una parte *stricto sensu*.

En primer lugar, mientras las partes defienden intereses particulares, el Ministerio Fiscal interviene para garantizar el cumplimiento o realización de los derechos de libertad sindical, lo que no impedirá que su postura jurídica coincida, total o parcialmente, con la propuesta por cualquiera de las partes. El Ministerio Fiscal adoptará una posición concreta en el proceso, activa o pasiva, o incluso posiciones intermedias de defensa o de impugnación parcial, en función de lo que exija la tutela del ordenamiento jurídico (13).

En segundo lugar, su concreta postura no puede venir determinada, *a priori*, por el contenido de la demanda o de la contestación en el juicio de la parte demandada (14); si así fuera, carecería de la necesaria objetividad, siendo su posición incompleta. Su postura dependerá del resultado del proceso, y más concretamente, del resultado de las pruebas practicadas.

(10) Serra Domínguez, *El Ministerio Fiscal*, ob. cit., pág. 656.

(11) Herrero Tejedor. *El Ministerio Fiscal en los procesos no penales*. Ponencia presentada en el VIII Congreso Ordinario de la Asociación de Fiscales, marzo 1993, pág. 44.

(12) Baylos, Cruz Villalón, Fernández y Rodríguez Piñeiro, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Valladolid, 1991, pág. 200; Valdés Dal-Ré, *El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 679.

(13) Valdés Dal-Ré, *El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 679.

(14) Carlos Millán, *Breve aproximación a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de libertad sindical*, ob. cit., pág. 16.

Si atribuyéramos al Ministerio Fiscal la condición de parte *stricto sensu* caeríamos en el absurdo de considerarlo como parte demandada en todos aquellos procesos en que su intervención fuera preceptiva y no hubieran sido iniciados por el Ministerio Fiscal.

El propio texto de la Ley de Procedimiento Laboral refuerza la posición que adoptamos. Así al ocuparse de la citación para la audiencia preliminar señala que el Juzgado o Tribunal citará a las partes y al Ministerio Fiscal (artículo 177.2 de la Ley de Procedimiento Laboral), evitando la dicotomía parte demandante-parte demandada, y reconociendo al Ministerio Fiscal una posición distinta de las partes en sentido estricto.

El reconocimiento que el artículo 174.3 de la Ley de Procedimiento Laboral hace del Ministerio Fiscal como parte debe entenderse en el sentido de atribuir a éste las mismas posibilidades de actuación que a las partes *stricto sensu*, pero siempre teniendo presente que su actuación va encaminada a la defensa de la legalidad y del interés público que subyace siempre en los derechos fundamentales (15). La doctrina lo califica de órgano público encargado de la observancia de la ley que por ello ostenta algunos de los poderes genuinos de las partes (16).

El Ministerio Fiscal podría continuar el proceso con independencia de la voluntad del propio demandante, dado el interés público o social subyacente, y cuya protección le está encomendada.

De todas formas el Ministerio Fiscal no puede alterar el objeto del proceso introducido en la demanda, sino que debe ajustarse al mismo, sin perjuicio de admitir la posibilidad de que pueda introducir nuevos elementos fácticos, siempre que no supongan una variación sustancial de la demanda, lo que permitiría ampliar el ámbito de conocimiento judicial sin incurrir en el vicio de la incongruencia.

(15) Herrero-Tejedor, *El Ministerio Fiscal en los procesos no penales*, ob. cit., pág. 53, nos dice que «si se le califica de parte es sencillamente porque no existe en nuestro vocabulario procesal otro término que resulte más adecuado a la auténtica posición del Ministerio Fiscal». Aunque el autor se está refiriendo a la actuación del Ministerio Fiscal en el marco de la Ley 62/1978 (artículo 12.3), creo que estas conclusiones son perfectamente aplicables a su intervención en los procesos de tutela de la libertad sindical.

(16) Carlos Millán, *Breve aproximación a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de libertad sindical*, ob. cit., pág. 19.

2) Legitimación activa

La Ley de Procedimiento Laboral se limita a reconocer al Ministerio Fiscal su condición de parte (artículo 174.3 de la Ley de Procedimiento Laboral) sin atribuirle expresamente legitimación para incoar el proceso de tutela de la libertad sindical o de los demás derechos fundamentales; pero tampoco lo prohíbe expresamente. El artículo 174 de la Ley de Procedimiento Laboral atribuye dicha legitimación al trabajador o Sindicato, sin hacer mención alguna al Ministerio Fiscal, siguiendo la misma línea establecida por el artículo 13 L.O.L.S. Se plantea, por tanto, la cuestión de la legitimación activa del Ministerio Fiscal en tales procesos o modalidades procesales.

La doctrina no se ha pronunciado expresamente, salvo alguna excepción, sobre este punto, limitándose a estudiar los problemas que presenta la legitimación de los Sindicatos (17), y el asociacionismo empresarial (18).

En principio cabría argumentar en favor de tal legitimación activa que el artículo 124.1 de la Constitución Española configura al Ministerio Fiscal como garante de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley. Esta tesis fue mantenida por Montoro Puerto para conceder al Ministerio Fiscal la facultad de interponer el recurso previsto en la Sección Segunda (Garantía contencioso-administrativa) de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, al no atribuírsele expresamente por dicho texto legal (19). En opinión de dicho autor, al utilizar el texto constitucional la expresión «promover» está admitiendo dicha legitimación activa, sin necesidad de que la Ley lo establezca expresamente para cada caso en concreto, ya que promover no es incorporarse a un proceso en vías de tramitación, sino dar lugar al mismo.

En idéntico sentido, García Morillo, al analizar la Ley 62/1978, defendió con carácter general la legitimación activa del Ministerio Fiscal

(17) Valdés Dal-Ré, *El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 670 y sigs.

(18) Martínez Emperador, *Tutela de la libertad sindical*, ob. cit., págs. 246 a 251.

(19) Montoro Puerto, *Garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales y libertades públicas*, en «Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutia», Valencia, 1980, pág. 446.

en el amparo judicial, al ser absolutamente coherente con el tenor literal del artículo 124 de la Constitución Española, «sin presentar los riesgos que se correrían no estableciendo vinculación alguna entre legitimidad y titularidad del derecho tutelar» (20).

Sin embargo, esta tesis, que en principio es atractiva, no nos parece definitiva para otorgar legitimación activa al Ministerio Fiscal en los procesos de tutela de la libertad sindical y de los demás derechos fundamentales. A la misma se le podrían hacer las mismas objeciones que un sector de la doctrina hizo en el ámbito de la garantía contencioso-administrativa. Para Escuín Palop y Díaz Delgado el artículo 124 de la Constitución Española no define competencias concretas y directas del Ministerio Fiscal sino la misión del mismo dentro del poder judicial; es decir, el marco constitucional de actuación, precisando de una ley de desarrollo que defina sus competencias. Incluso el propio artículo 124.1 de la Constitución Española señala que su intervención se puede producir «de oficio» o «a petición de los interesados», siendo, por tanto, la ley la que debe determinar, en su caso, uno u otro modo de intervención (21).

Del análisis de las funciones que el Estatuto Orgánico atribuye al Ministerio Fiscal tampoco se deduce que pueda iniciar el proceso de tutela de libertad sindical o demás derechos fundamentales. La razón es obvia, por cuanto dicho Estatuto es anterior a la creación de dicha modalidad procesal por la Ley de Procedimiento Laboral de 1990. Pero además si examinamos el contenido del artículo 3.º de su Estatuto Orgánico no encontramos ningún supuesto en el que pueda incardinarse dicha legitimación activa del Ministerio Fiscal en la modalidad procesal que estamos estudiando. El artículo 3.3 E.O.M.F. le concede la función de «velar por el respeto... de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa»; y el artículo 3.12 la de «intervenir en los procesos judiciales de amparo». Veamos como se limita a prever su intervención, sin asignarle expresamente legitimación activa.

Quizá podría considerarse que dicha legitimación activa se encuentra implícita en su función de velar por el respeto de los derechos fundamentales, configurándola como una actuación necesaria para la defensa de los

(20) García Morillo, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, págs. 63 y 64.

(21) Escuín Palop y Díaz Delgado, *La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*, «Poder Judicial», núm. 12, diciembre 1988, pág. 12.

mismos (artículo 3.3. E.O.M.F.); pero si se sostiene la necesidad de que la ley decida expresamente en qué procesos y en qué medida interviene el Ministerio Fiscal (22), dicho precepto no parece fundamento suficiente para reconocerle legitimación activa. Además cuando se quiere atribuir al Ministerio Fiscal la posibilidad de interponer recursos o acciones la ley lo dice expresamente (artículos 3.4 y 3.10 E.O.M.F.).

De todas formas, en nuestra opinión, existe un argumento de mayor peso para reconocer dicha legitimación activa, aún admitiendo que no existe un precepto legal concreto que le atribuya expresamente dicha función. En el ámbito de la Ley 62/1978 se configura al Ministerio Fiscal como sujeto legitimado para acudir a la vida civil en defensa del ejercicio de los derechos fundamentales lesionados (artículo 12.1) (23). Por su parte, la mayoría de la doctrina, incluso aquella que considera que dicha legitimación activa no se puede fundamentar directamente en el artículo 124.1 de la Constitución Española ni en el E.O.M.F., definen su atribución al Ministerio Fiscal en el marco de la garantía contencioso-administrativa a pesar de que no se conceda expresamente por la Ley 62/1978 (24). Por consiguiente resultaría paradójico que admitida dicha legitimación activa para todos los supuestos regulados por la mentada Ley 62/1978 (garantía jurisdiccional civil y garantía contencioso-administrativa) se excluyera en el marco de la jurisdicción social.

No hay que olvidar que los derechos fundamentales son indisponibles e irrenunciables, y tales características parecen ser incompatibles con la atribución exclusiva de legitimación activa al trabajador o Sindicato (artículos 174.1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral). Si ante una presunta vulneración del derecho de libertad sindical el trabajador no instara

(22) Escuín Palop y Díaz Delgado, *La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*, op. cit., págs. 12 y 13.

(23) Cano Mata, *Comentarios a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (Doctrina del Tribunal Constitucional)*, EDESA, Madrid, 1985, pág. 252, considera que la legitimación del Ministerio Fiscal en el ámbito de la garantía jurisdiccional civil «debe entenderse dentro del realce otorgado por la Constitución española de 1978 a dicha figura», como garante de los derechos fundamentales de la persona.

(24) Curiosamente la Fiscalía General del Estado en la Circular número 2/1979, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, se mostró contraria a que el Fiscal interpusiera el recurso contencioso-administrativo contra los actos de la Administración que infringieran derechos fundamentales, salvo que actuara en defensa de menores, incapacitados, ausentes o impedidos.

el oportuno proceso (por ejemplo, por miedo a represalias) estaría impidiendo el efectivo restablecimiento del derecho fundamental vulnerado, cuestión que, en nuestra opinión, no sólo afecta a sus intereses particulares sino al conjunto de la sociedad. Esta efectiva disponibilidad de un derecho fundamental por parte de un particular, aunque sea directamente afectado, se obviaría con la concesión de legitimación activa al Ministerio Fiscal como sujeto imparcial y garante de la legalidad y de los derechos fundamentales.

Imaginemos que un proceso penal iniciado por la presunta comisión de un delito laboral finalizara mediante sentencia absolutoria por considerar que no existió infracción penal, pero de las actuaciones practicadas se infiriera la posible comisión de un acto atentatorio contra la libertad sindical; en este caso, si el trabajador no iniciara el proceso de tutela de libertad sindical, el Ministerio Fiscal no podría, de negársele legitimación activa, interesar su incoación, debiendo permanecer inactivo ante lo que se vislumbra como un atentado a un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución. Dicha consecuencia parece absurda y, en nuestra opinión, se opondría a la propia concepción de un Estado democrático y social de derecho.

Por último, la postura que defendemos podría apoyarse, también, en una interpretación amplia del término «interés legítimo» utilizado por el artículo 174.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa el Tribunal Constitucional considera que la expresión «interés directo» utilizada por el artículo 28.1.a), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa como criterio de legitimación para formular el recurso contencioso-administrativo, debía entenderse sustituido, después de la Constitución y a la luz del artículo 24.1, por el criterio más amplio de interés legítimo (STC 195/1992, de 16 de noviembre); criterio éste que no puede referirse exclusivamente al recurso de amparo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 162.1.b) de la Constitución Española, sino que debe extenderse a la fase previa prevista en el artículo 53.2 de la Constitución Española, «pues de otro modo la restrictiva interpretación de la legitimación en la vía judicial previa ante la que se recaba la tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia (artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), de las libertades y derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución (art. 53.2 de la Constitución Española), haría inoperante e impediría la amplitud de la legitimación activa con la que la Constitución ha configurado la

defensa de tales derechos por medio del recurso de amparo» (STC 40/1982, de 11 de octubre).

Para el Tribunal Constitucional el interés legítimo puede ser tanto individual como corporativo o colectivo, y también puede ser directo o indirecto (STC 195/1992, de 16 de noviembre). Desde esta perspectiva no existe ningún obstáculo en reconocer al Ministerio Fiscal un interés legítimo de carácter colectivo para iniciar el proceso de tutela de la libertad sindical, dado que le corresponde procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social (artículos 124 de la Constitución Española y 1 E.O.M.F.), íntimamente enlazado con los derechos fundamentales reconocidos en nuestro Texto Fundamental.

No ignoramos, sin embargo, las enormes dificultades que en la práctica tiene el Ministerio Fiscal para iniciar este tipo de procesos, al no existir los mecanismos adecuados para que pueda llegar a tener conocimiento, extraprocesalmente, de conductas presuntamente atentatorias contra la libertad sindical. Pero dicha dificultad práctica no es obstáculo para reconocerle legitimación activa.

De todas formas, entendemos que el legislador ha perdido una valiosa oportunidad, que hubiera evitado problemas interpretativos, para atribuir expresamente al Ministerio Fiscal legitimación activa en los procesos de tutela de libertad sindical creados en la nueva Ley de Procedimiento Laboral.

V. DINÁMICA DE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales se inicia con su personación en el acto de audiencia preliminar previsto en el artículo 177.2. de la Ley de Procedimiento Laboral, por lo que el Juez o Tribunal deberá acordar su citación para tal acto, debiéndole entregar copia de la demanda por aplicación de lo dispuesto en los artículos 80.2 y 82 de la Ley de Procedimiento Laboral, con la advertencia de que ha de concurrir con todos aquellos medios de prueba que considere oportunos relacionados con la suspensión o no de los efectos del acto impugnado por el acto en su escrito de demanda (artículo 177.1 y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral).

En dicha audiencia preliminar el Ministerio Fiscal comparecerá realizando las alegaciones oportunas y aportando las pruebas procedentes relativas a la suspensión de los efectos del acto impugnado, solicitado por el actor. Dichas alegaciones y pruebas pueden ir encaminadas no sólo a interesar la suspensión del acto, sino también, a que la misma no sea acordada, según lo exija la garantía de los derechos de libertad sindical.

Aunque no se diga expresamente en la ley (artículo 178 de la Ley de Procedimiento Laboral), debe intervenir, también, en los actos de conciliación y juicio, una vez admitida la demanda, para lo cual deberá ser nuevamente citado, y que se desarrollarán conforme a lo previsto en el artículo 83 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, debiendo acudir con las pruebas de que intente valerse, interviniendo en las pruebas propuestas por las otras partes en los términos previstos en la ley, realizando, a su vez, las alegaciones pertinentes.

Entendemos que su intervención deberá realizarse, siempre con posterioridad, a la de las demás partes, única forma en la que puede obtener una visión completa de los términos del debate y pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas.

Como líneas generales de actuación entendemos que son perfectamente aplicables las contenidas en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 3/1989, relativas a la intervención del Fiscal en el orden civil. En dicha Instrucción se declara que la intervención del Fiscal en los procesos en los que es parte debe ser activa y eficaz, abandonando viejas rutinas y posiciones meramente formularias, acudiendo a las comparecencias que requieran su presencia, ejercitando todas las facultades procesales legalmente reconocidas, e interponiendo o preparando, en su caso, los oportunos recursos, incluso el de casación.

Debe evitarse que, en la práctica, la intervención del Ministerio Fiscal se limite a concederle audiencia, emitiendo el correspondiente informe, lo que le configuraría como sujeto informante, y no como auténtica parte procesal.

No desconocemos, sin embargo, las dificultades prácticas con las que cuenta el Ministerio Fiscal a la hora de desarrollar con plenitud su intervención de este tipo de procesos. Su desconocimiento de la realidad extraprocesal, a la cual sólo tiene acceso a través de la visión parcial contenida en la demanda, y el breve lapso de tiempo que media entre la admi-

sión de la demanda y la celebración de la audiencia preliminar (artículo 177.2 de la Ley de Procedimiento Laboral) y de los actos de conciliación y de juicio (artículo 178.1 de la Ley de Procedimiento Laboral), imposibilitará, en la mayoría de las ocasiones, que pueda comparecer a los mismos aportando algún tipo de pruebas, dejando en este punto la iniciativa a las demás partes intervinientes.

Por último, en nuestra opinión no existe ningún obstáculo a la atribución al Ministerio Fiscal de la posibilidad de recurrir las sentencias dictadas en dichos procesos. Aunque la ley no lo diga expresamente, dicha conclusión se obtiene de su condición de parte y de la aplicación de las normas generales (artículo 100 y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral).

Al examinar la condición de parte del Ministerio Fiscal en este tipo de modalidades procesales ya vimos como se trataba de una parte principal a la cual se le concedían las mismas posibilidades de actuación que a las partes *stricto sensu*, entre las que hay que incluir la legitimación para recurrir las sentencias que se dicten. Dicha posibilidad de recurrir la sentencia no queda condicionada por la postura que en relación a la misma adopten la parte actora y la parte demandada. El Fiscal podrá recurrir la sentencia independientemente de si las partes la han recurrido o no.

También podrá recurrir, en reposición o súplica (artículos 183.1 y 184.1. de la Ley de Procedimiento Laboral), el auto que dicte el órgano judicial en la audiencia preliminar acordando o denegando la suspensión solicitada.

Aún cuando el Ministerio Fiscal no haya hecho uso del recurso deberá, también, intervenir necesariamente en la tramitación de los interpuestos por las demás partes.

VI. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ÁMBITO DEL ARTÍCULO 181 LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL

El artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral declara que «no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de Estatutos de los Sindicatos o de su modificación y las de impugnación

de Convenios Colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán, inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente».

En tales supuestos la intervención del Ministerio Fiscal debe ser, también, preceptiva. De todas formas, como señala la doctrina, su intervención debe ceñirse a la presunta lesión del derecho fundamental invocado, sin que le sea posible discutir o, en su caso, recurrir por cuestiones distintas a las de la legalidad constitucional; salvo que también le corresponda intervenir como parte en esa concreta modalidad procesal, como sucede en los procesos de impugnación de Estatutos e impugnación de Convenios, en cuyo caso esta limitación cesa (25).

VII. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

La falta de intervención del Ministerio Fiscal en la audiencia preliminar del artículo 177 de la Ley de Procedimiento Laboral y en los actos de conciliación y juicio puede venir motivada por su falta de citación, o bien porque citado en debida forma, no comparece a los mismos. Las consecuencias, en nuestra opinión, deben ser distintas según el supuesto de que se trate.

Si su incomparecencia viene motivada por la falta de citación en legal forma, la consecuencia no puede ser otra que la nulidad de las actuaciones practicadas sin su presencia, al ser parte necesaria en tales procesos. Aunque la ley no diga expresamente, tal consecuencia se obtiene por aplicación de la misma doctrina referida al proceso civil, sin perjuicio de que cuando sea posible se proceda a su subsanación (artículo 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial) (26). El Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 13 de noviembre de 1987 decretó de oficio la nulidad de actuaciones en un supuesto en que no había sido parte el Ministerio Fiscal.

Dicha nulidad podrá ser hecha valer por las partes mediante el recurso de suplicación en el apartado a) del artículo 190 de la Ley de

(25) Valdés Dal-Ré, *El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 679.

(26) Herrero Tejedor, *El Ministerio Fiscal en los procesos no penales*, ob. cit., pág. 60.

Procedimiento Laboral; independientemente de ello, el Juez o Tribunal puede en cualquier momento, antes de dictar sentencia, acordar de oficio dicha nulidad (artículos 238.3 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Cuando citado el Ministerio Fiscal en legal forma no compareciera, entendemos que pueden ser de aplicación lo dispuesto en los artículos 82.2 y 83.1 y 3 de la Ley de Procedimiento Laboral, para el caso de incomparecencia del demandado. De todas formas, en principio, sería aconsejable su suspensión —única solución posible cuando la incomparecencia fuere justificada—, sin perjuicio de poder celebrar el Juez los actos de conciliación y juicio, sin que dicha omisión provocara, en este supuesto, la nulidad de las actuaciones (27).

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 18 de octubre de 1991 declaró que «el artículo 174.3 de la Ley de Procedimiento Laboral al establecer que el Fiscal es parte en este proceso obliga al Juez a convocarle a juicio para que tenga oportunidad de intervenir con la plenitud de facultades y cargas procesales que le confiere su condición de parte, pero esto no significa que la validez del proceso quede supeditada a la comparecencia, pues si así fuera el demandante tendría limitado su derecho a la tutela judicial, ya que sólo con la incorporación de un tercero al proceso podría ver satisfecho su derecho a una respuesta judicial, lo que es contrario al artículo 24 de la Constitución española».

VIII. DEPURACIÓN DE LAS CONDUCTAS DELICTIVAS

La intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de modalidad procesal viene determinada, también por la depuración de conductas delictivas en que se haya podido incurrir con el acto lesivo de la libertad sindical (artículo 174.3. de la Ley de Procedimiento Laboral).

El artículo 177 bis del Código Penal castiga con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas a «los que impidieren o limitaren el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del derecho de huelga».

(27) Carlos Millán, *Breve aproximación a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de libertad sindical*, ob. cit., pág. 22.

En virtud de ello, cuando el Ministerio Fiscal considere que el acto lesivo de la libertad sindical pueda incardinarse en dicho artículo 177 bis del Código Penal deberá ejercitar, con arreglo a las disposiciones legales, todas las acciones penales que considere procedentes, en cumplimiento de la obligación que le impone no sólo la Ley de Procedimiento Laboral sin la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 105).

La ley no dice nada sobre el momento en que deben ejercitarse por el Ministerio Fiscal tales acciones penales, lo que permite concluir que podrá hacerlo en cualquier momento, desde que observe la concurrencia de indicios determinantes de la existencia de una conducta delictiva, sin necesidad de que tenga que esperar a que se dicte sentencia en el proceso laboral.

Sin embargo, como advierte la doctrina, el artículo 177 bis del Código Penal plantea múltiples problemas de interpretación al no determinar qué tipo de conductas concretas son las que deben entenderse como delictivas y cuáles son meras infracciones o ilícitos sujetos al régimen de sanciones previsto en la legislación laboral (28).

Al margen de dicho problema, cuya solución vendrá dada por la jurisprudencia que en torno a dicho tipo delictivo se vaya elaborando, dos son las cuestiones que plantea esta función del Ministerio Fiscal relativa a la depuración de las conductas delictivas.

En primer lugar, cabe preguntarse si, siempre que se produzca en el ámbito laboral una sentencia declarando la existencia de un hecho lesivo de la libertad sindical, ¿debe ejercitarse o no por el Ministerio Fiscal la oportuna acción penal? En nuestra opinión no siempre que se haya declarado la existencia de tal hecho lesivo en el ámbito laboral, determina necesariamente la existencia del tipo penal previsto en el artículo 177 bis del Código Penal. El Fiscal deberá valorar si concurren o no aquellos elementos, subjetivos y objetivos, que integran dicho tipo delictivo, y únicamente en caso positivo ejercitar la acción penal. Únicamente aquellas conductas más graves atentatorias contra la libertad sindical deberían encuadrarse en el ámbito del artículo 177 bis del Código Penal.

Mayores problemas se presentarían si existiera una sentencia penal condenatoria y una sentencia laboral que declarara la no existencia de

(28) Carlos Millán, *Breve aproximación a la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de libertad sindical*, op. cit., págs. 24 y 25.

vulneración de los derechos de libertad sindical. Dicha contradicción se podría producir, por ejemplo, cuando se hubiere iniciado el proceso penal con anterioridad al proceso laboral; o se iniciara un proceso penal estando pendiente el proceso laboral.

Al objeto de evitar tales contradicciones la única solución posible sería la admisión de una cuestión prejudicial penal. Por consiguiente, una vez conocida la existencia de un proceso penal pendiente por los mismos hechos que han dado lugar a un proceso laboral, sin perjuicio de continuar la tramitación de este último hasta la finalización del juicio, deberían suspenderse las actuaciones posteriores hasta que se dictara sentencia en la vía penal. Esta solución puede encontrarse su apoyo legal en el artículo 86 de la Ley de Procedimiento Laboral.

EL PAGARE EN GARANTIA DE OPERACIONES DE CREDITO: NOTAS ACERCA DE LOS PODERES DEL JUEZ EN EL DESPACHO DE EJECUCION

JUAN DAMIÁN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de León.

SUMARIO: I. EL PAGARÉ EN BLANCO COMO MODO DE ELUDIR LA EJECUTIVIDAD DE LAS PÓLIZAS DE CRÉDITO.- II. EL DESPACHO DE EJECUCIÓN: LA SOSPECHA DE FRAUDE COMO MOTIVO DE NULIDAD.-III. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES.- IV. CONCLUSIÓN.

I. EL PAGARÉ EN BLANCO COMO MODO DE ELUDIR LA EJECUTIVIDAD DE LAS PÓLIZAS DE CRÉDITO

Desde hace algún tiempo viene siendo habitual en la práctica bancaria utilizar pagarés como instrumentos que sirven de base para garantizar la efectividad de determinadas operaciones de crédito (*préstamos*, para ser más exactos) (1). Las razones de tal comportamiento se deben fundamentalmente a las dificultades con las que se encuentran las entidades financieras para ejecutar las pólizas amparadas en el número 6.º del artículo 1.429 de la L.E.C., sobre todo a la vista de la interpretación que de este precepto ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional en relación con el artículo 1.435 (STC 14/1992 de 10 de febrero), en virtud de la cual la posición procesal del deudor de tales pólizas aparece rodeada de mayores garantías formales a los efectos de la ejecución que se pretende despachar (2).

En este sentido, no cabe duda que respecto de estos títulos, los poderes del juez en cuanto al control *ex officio* de los requisitos relativos a la

(1) El origen parece haber surgido según Saraza Jimena («El pagaré en blanco: La historia interminable» en *Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1993, págs. 63-68), en las XXXI Jornadas de Asesores Jurídicos de Cajas de Ahorros, celebradas en Lisboa en mayo de 1989, idea que, según dicho autor, fue desarrollada posteriormente por Sastre Papiol, «El pagaré como instrumento de garantía de las operaciones de crédito», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1991-4, pág. 1.015.

(2) Para un análisis global y sistematizado de esta sentencia, vid. el trabajo de González-Cuéllar Serrano, «La constitucionalidad del artículo 1.435.4.º de la L.E.C.» en *Estudios de Jurisprudencia*, COLEX, 1, 1992, pág. 9.

obligación que se trata de ejecutar, admiten mayor flexibilidad en la actividad investigadora a la hora de examinar y valorar la fuerza ejecutiva del título presentado con la demanda, integrando de esta manera la normativa vigente en relación con las garantías constitucionales consagradas en el artículo 24 de la Constitución Española.

Pero como suele suceder y acredita el propio desarrollo histórico del juicio ejecutivo, las necesidades del tráfico en cuanto a la celeridad de la respuesta judicial frente a las reclamaciones documentadas en títulos donde conste la certeza de una deuda, alimentan la imaginación de quienes se favorecen de las operaciones de crédito, hasta el punto de que dicha exigencia es precisamente la que ha venido condicionando la creación de los títulos a los que la ley otorga el privilegio de llevar aparejada ejecución (3). En nuestro caso, el instrumento elegido para reforzar el crédito en vía ejecutiva lo constituye uno de los que regula la Ley Cambiaria (L.C.C.H.), el pagaré, si bien podría haberse escogido cualquier otro de los que regula la citada legislación cambiaria.

El mecanismo es, pues, bastante sencillo. Quien pretenda beneficiarse de la concesión del préstamo viene obligado a suscribir un pagaré en blanco como garantía de la operación, siendo así que, en caso de impago, el acreedor tiene abierta la vía del juicio ejecutivo sobre la base del título derivado de dicho pagaré, una vez hayan sido completados los extremos que participan su acceso a la acción ejecutiva (artículo 12 L.C.C.H.). Como es lógico, el pagaré, habitualmente «no a la orden» (lo que supone ciertamente, salvo en los supuestos de cesión ordinaria —artículos 14 y 67 L.C.C.H.— una mayor protección del librador en cuanto a la posibilidad de esgrimir sus excepciones personales frente al ejecutante), es emitido por el prestatario, siempre a favor de la entidad acreedora, incorporado como parte de las estipulaciones derivadas de dicho contrato, actuando como garantía en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo y quedando su importe en blanco a resultas de la liquidación que en su día se haya de practicar para la determinación de la cantidad exigible (4).

(3) Un amplio estudio de esta materia se encuentra en las primeras ediciones de Prieto-Castro, *Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1956, pág. 188.

(4) Podría aducirse que el pagaré que responda a estas características carece de la liquidez necesaria para acceder al juicio ejecutivo, por lo menos en cuanto a los intereses devengados al tipo cambiario estipulado en el título, lo que no sucederá si se trata de pagarés pagaderos a la vista y en las condiciones a las que se refiere el artículo 6 de la Ley Cambiaria (artículo 96 L.C.C.H.). Por tanto, una vez deducidas las cantidades pagadas a cuenta de la

En consecuencia, es fácil de advertir que las ventajas del procedimiento son indudables. De esta manera se eluden gran parte de los inconvenientes inherentes a la ejecutividad de las pólizas de crédito, sobre todo en relación al control jurisdiccional del despacho de ejecución a la luz de la doctrina constitucional dada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 10 de febrero de 1992, permitiendo al acreedor, no sólo obviar la intervención de fedatario en muchos casos sino, lo que es más importante, fijar unilateralmente el saldo deudor, por lo menos a los efectos de la dimisión de la demanda y embargo de los bienes del deudor.

Mas esta situación, en principio perfectamente admisible, no deja de plantear ciertas dudas en cuanto tropieza, amén de sus connotaciones penales que puedan resultar de la actitud de la entidad (5), con la posible duplicidad que pueda existir respecto de una misma obligación en la medida en que, como es sabido, el contrato de préstamo tiene atribuido un carácter real, contrariamente a lo que sucede con el pagaré, el cual incorpora una obligación de naturaleza personal, que si se ejercita en vía ejecutiva, abstrae además de su condición las eventuales consideraciones causales de las que dimana. Es más, quizá debido a esa duplicidad, cabe dentro de lo imaginable que, ejecutado el título, el acreedor pudiera intentar entablar una nueva acción declarativa en la vía ordinaria en virtud del propio contrato de préstamo, con lo que el éxito de la correspondiente excepción que pudiera esgrimir el demandado quedaría supeditada a las propias resultas de lo acreditado en el primer proceso, pues los efectos de la cosa juzgada no serían tan fácilmente deducibles de lo que aparentemente pudiera parecer.

Nótese en todo caso que si la emisión del pagaré en estas condiciones se lleva a cabo en garantía de la operación crediticia, la ejecución del mismo supone la novación misma de la obligación principal que entra en juego, siendo así que, mientras subsista la vida del contrato, no podrá ejecutarse aquél. Por el contrario, si se ejercita la acción cambiaria es porque se ha producido la extinción de la obligación originaria por el propio efecto novatorio que ocasiona dicho ejercicio.

deuda, si es que existieran (antigua *protesta de abonar los pagos legítimos*), bastará con que el actor consigne en su demanda la cantidad reclamada, siendo los intereses devengados objeto de determinación posterior, tal como autoriza expresamente el párrafo 2.º del artículo 1.169 del Código Civil y corrobora en el ámbito del proceso el artículo 927 de la L.E.C.

(5) Como se indica más adelante (*vid nota 12*), no se descarta la posibilidad de ejercitar las acciones penales correspondientes cuando el acreedor haya obrado con engaño bastante como para producir error en el librador del pagaré, induciéndole a realizar un acto ilícito en su propio perjuicio (artículo 528 Código Penal).

En definitiva, toda esta problemática que en síntesis acabamos de describir, ha conducido a que en la práctica muchos de los juzgados que se encuentran ante una situación que responda a las características indicadas, se cuestionen realmente la procedencia o no de despachar ejecución, siendo así que la mayor de las veces se inclinan por denegar el despacho de la ejecución instada por el acreedor, lo cual y a la vista de los antecedentes que han sido expuestos, parecería la actitud más razonable, teniendo en cuenta que los presupuestos informan el acceso a la vía ejecutiva, sobre todo cuando se pone en duda la propia validez del título esgrimido, así como la actitud fraudulenta del actor (6).

Sin embargo, en ocasiones, los argumentos que sirven para rechazar de plano la demanda por la que se ejecuta un título bajo la apariencia de un título de esta clase, esconde una filosofía que trasciende a la mera función del juez en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, anteponiendo consideraciones más sociológicas que puramente jurídicas, puesto que en muchas ocasiones es humanamente imposible apreciar *prima facie* las eventuales causas determinantes de la nulidad del título (7), lo que sí cabe es dictar la correspondiente sentencia de remate (8).

La cuestión se centra por tanto en determinar si las facultades del juez en esta fase procesal, esto es, en trance de despachar ejecución, alcanzan al examen del título propiamente dicho, tal como es deducido o, si por el contrario, el juzgador ha de tener en cuenta otra serie de consideraciones que técnicamente corresponden a un momento procesal posterior, como es, la oposición del demandado a la ejecución despachada, sobre todo cuando el actor omita en su escrito de demanda la existencia del contrato

(6) Esta postura es precisamente la defendida por Saraza Jimena, en «El pagaré en blanco...», *cit.*, págs. 63-68, donde se incluye un amplio catálogo de razones en favor de la negativa al despacho de ejecución y cuya difusión ha permitido que esta tesis haya sido acogida por muchas resoluciones judiciales como fundamento para el rechazo de este tipo de demandas.

(7) En este sentido se pronuncia expresamente Cortés Domínguez (Gimeno Sendra y Moreno Catena), *Derecho Procesal. Proceso Civil*, Valencia, 1993, pág. 410.

(8) En todo caso, la falta de validez de la declaración cambiaria (artículo 67.1.^a L.C.C.H.), como cuestión de hecho, ha de ser denunciada por el demandado en su escrito de oposición y sometida al correspondiente debate contradictorio, si bien algún autor ha propugnado la posibilidad de que el juez pueda apreciar de oficio este extremo si estima la improcedencia de haber despachado ejecución por este motivo, en el entendimiento de que la ausencia del requisito esencial del que dependa la validez de un acto lleva consigo la nulidad del mismo (Prieto-Castro en «Nulidad del juicio sumario ejecutivo declarada de oficio», en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, I, Madrid, 1950, pág. 277.

causal, limitándose a acompañar en el documento del que resulte la duda que se reclama.

En este sentido, nuestra postura se inclina en favor de la interpretación que en principio más favorece al ejercicio del derecho de tutela del actor, en el entendimiento de que dicho ejercicio no puede ser menoscabado por la mera conjetura o sospecha de fraude, pues éste, de existir, habrá de ser acreditado por los cauces que al efecto se establecen en nuestro ordenamiento jurídico.

Creemos no obstante, que no puede denegarse el despacho de ejecución, sobre la base de un conocimiento extraprocesal de la materia objeto de enjuiciamiento y menos si de la demanda no se deduce el menor atisbo de una actitud fraudulenta por parte del acreedor. Todo lo demás supondría una actitud contraria a los principios derivados del derecho a la tutela jurisdiccional que ha de amparar a quien afirma la titularidad de un derecho ante los tribunales y no sustituyendo indebidamente la actitud procesal que corresponde a las partes intervinientes.

II. EL DESPACHO DE EJECUCIÓN:

LA SOSPECHA DE FRAUDE COMO MOTIVO DE NULIDAD

A la vista de todo cuanto aquí se ha expuesto, conviene por tanto llevar a cabo algunas precisiones en torno a las facultades del juzgador al momento de despachar la ejecución de estos pagarés y que suelen servir para oponerse a las maniobras fraudulentas que aparentemente encubre la actitud del acreedor ejecutante.

En un principio, la presentación del pagaré como título en el que se funda la acción ejecutiva tropieza con las mismas dificultades de orden dogmático que presentan el resto de los títulos enunciados en el número 4 del artículo 1.429 de la L.E.C. Se trata en ambos casos de títulos que precisan en cuanto su fuerza ejecutiva de una posterior integración a la vista de la normativa recogida en su ley reguladora. Por tanto, son títulos que acceden, salvo en los casos en que las firmas hayan sido intervenidas, al juicio ejecutivo sin gozar de la autenticidad que históricamente ha caracterizado a los documentos que han de llevar aparejada ejecución, esto es, sin el reconocimiento previo de firmas que, como trámite previo, se exigía en la normativa anterior.

Esta circunstancia hace de ellos instrumentos que dificultan enormemente el juicio acerca de la legitimidad del documento cambiario a los efectos prevenidos en el artículo 1.440 de la L.E.C., permitiendo decretar el embargo del deudor antes de darle la oportunidad de hacer alegaciones acerca de la autenticidad de la firma, si bien, frente al automatismo de la medida, se introduce un nuevo elemento corrector que dulcifica el rigor del sistema, facultando al juez a alzar el embargo, si lo considera procedente, a la vista de las circunstancias del caso, siempre que concurren los requisitos contemplados en el artículo 68 L.C.C.H.

Con todo, el perfil al que se sujeta el juicio ejecutivo cambiario en este aspecto no deja de representar el modelo del tradicional proceso documental, aunque el régimen de excepciones oponibles haya modificado en gran parte su naturaleza jurídica como juicio sumario. En cualquier caso, es evidente que el elemento documental del juicio sigue manteniéndose intacto y de ahí que los poderes del juez a la hora de despachar ejecución hayan de centrarse en la regularidad del propio título que se trata de ejecutar. No es por otra razón por la que el legislador ha sido extremadamente cauteloso a la hora de establecer los presupuestos que ha de considerar el juzgador para repeler de oficio la acción ejecutiva, tal como aparecen enunciados en los apartados 1.º y 2.º del artículo 1.467 (artículo 1.440 L.E.C.).

Ni que decir tiene que este planteamiento supone al menos tomar partido acerca de las dudas doctrinales surgidas desde la aprobación de la Ley Cambiaria en cuanto a la interpretación que ha de darse al artículo 67 L.C.C.H. relación con la aplicabilidad del aquel precepto a los efectos del despacho de ejecución cuando se ejercite de la acción cambiaria. No obstante, al contrario de lo que pudiera parecer, dicha confusión es más teórica que real, en la medida en que, como es fácilmente deducible de su contexto, la norma cuestionada se está refiriendo a los efectos del catálogo de excepciones oponibles y que operan en sustitución de las comprendidas en la L.E.C. (9).

No se oculta que esta solución, aceptada por la mayoría de la doctrina (10), se perfila como una de las hipótesis posibles, pero no la única. No faltan opiniones en el sentido de afirmar que el ámbito propio de las facultades del juzgador en esta sede han de circunscribirse única-

(9) Soto Vázquez, *Manual de oposición cambiaria*, Granada, 1992, pág. 105.

(10) Cortés Domínguez, «Derecho Procesal», *cit.*, pág. 426.

mente los extremos a los que alude el artículo 1.435 de la L.E.C. y aquellos otros relativos a la concurrencia o no de los defectos extrínsecos del título que se pretende ejecutar (artículo 1.467.2.º L.E.C.) (11). Por tanto, siguiendo esta segunda interpretación, mucho más restrictiva desde luego, no entraría ni siquiera dentro de las atribuciones del juez pronunciarse sobre las nulidades previstas en el apartado primero del citado artículo 1.467 de la L.E.C..

A la vista de ello, descartadas por inaplicables las posibilidades de abstenerse de despachar la ejecución por las causas indicadas en el apartado segundo del mencionado precepto, incluida la iliquidez de la deuda, por las razones ya apuntadas (*vid. nota 4*), el único motivo al que cabría acogerse no puede ser otro que el de la propia nulidad de la obligación o del título, que como vimos, presenta serias dificultades en orden a su acreditación formal en esta fase procesal.

Así las cosas, es indiscutible desde nuestro punto de vista el que pueda utilizarse como argumento determinante de la nulidad de títulos afectados bajo la sospecha de fraude acudiendo al expediente que sanciona el artículo 11.2 de al L.O.P.J. en el sentido de que la presentación de una demanda ejecutiva fundada en un pagaré suscrito a favor de una entidad financiera sea automáticamente merecedora de tal carácter. En este aspecto, y por las mismas razones, habría que negar la ejecución a cualquiera otros títulos que entrañen una mera novación de obligaciones originadas por operaciones de crédito.

En definitiva, parece que si lo que se ejecuta es el pagaré, haciendo abstracción del contrato subyacente, el mero hecho de la personalidad del ejecutante acredita o no la existencia del fraude, según sea el sujeto a cuyo favor está librado dicho pagaré, una entidad financiera u otra persona que no ostenta dicha condición. Y ello comporta, en detrimento de la seguridad de éste y otros instrumentos cambiarios, un peligro nada desdeñable.

En consecuencia, se presume a simple vista que so pretexto de la norma de cobertura que ofrece la Ley Cambiaria en cuanto a la ejecutividad del título que nos ocupa (artículos 12, 96 y 97 L.C.C.H.), se está

(11) Moreno Catena, «Algunos problemas del juicio ejecutivo cambiario», en el estudio monográfico dedicado a la *Ley Cambiaria y del Cheque*, Documentación jurídica, 49/50, Madrid, 1986, pág. 148.

intentando eludir la aplicación del artículo 1.435 en relación con el recogido en el número 6 del artículo 1.429 de la L.E.C., referido a las pólizas de crédito, presunción que por otra parte, si se deduce de los términos de la propia demanda y demás documentos acompañados, deja de serlo para convertirse en un auténtico motivo de nulidad, y, de ser así, es claro la actitud del juez sería procesalmente correcta. Bastará con que el deudor acredite que la cantidad reclamada por el pagaré coincide con la que resulte del saldo de la cuenta que con toda seguridad se habrá abierto al efecto, para desenmascarar el autor poniendo de relieve la maniobra que pretende ocultar.

Sin embargo, como ante la falta de un reconocimiento más o menos explícito a la hora de exponer los fundamentos de su demanda, revelador de la actitud del propio acreedor, nada autoriza al juez a barajar la hipótesis de un fraude fundado solamente en la presunción derivada del examen del título, se acude a un insólito recurso consistente en decretar unas *diligencias para mejor proveer* cuando surge la duda acerca del origen causal del título, debido precisamente a la suspicacia que produce esta modalidad de la contratación en algunos juzgados.

La función de estas diligencias es claro, en cuanto destinadas a requerir al acreedor ejecutante la documentación complementaria al objeto de llegar a un mayor convencionalismo de la situación que subyace al contrato causal, antes de decidir acerca de la admisión de la correspondiente demanda. Mas tales diligencias, además de improcedentes, por contrariar la propia finalidad de las mismas, suponen la creación de una especie de incidente preparatorio de la ejecución que se pretende despachar con el fin de confirmar la validez de título que, en sí mismo, la ley considera como plenamente eficaz a los efectos del ejercicio de la acción cambiaria en vía ejecutiva (artículo 66 L.C.C.H.), anteponiendo la decisión del proceso a una fase inidónea para la resolución, prejuzgando el éxito o el fracaso de la pretensión ejercitada al mismo momento de la presentación de la demanda.

Ha de insistirse por tanto en que la mecánica procesal del juicio ejecutivo, fundada en la aparente certeza de una deuda, no consiente, como hemos visto, la capacidad de cuestionar la validez del título sobre la que se justifica la pretensión deducida, puesto que a pesar de la dicción contenida en el artículo 1.440 de la L.E.C. en relación con las causas recogidas en los números 1.º y 2.º del artículo 1.467 del mismo texto legal, que facultan *inaudita parte* denegar la ejecución solicitada, sólo la 2.ª tendría una aplicabilidad efectiva a la hora de despacharla, sin entrar dentro de

sus atribuciones apreciar en este estado del juicio los demás defectos que puedan concurrir y respecto de los cuales habrá de resolver en la sentencia definitiva.

En consecuencia, la eventual nulidad de la obligación o del título *ex art. 1.467.1.º L.E.C.* derivada de la imputación de un fraude ha de deducirse de los propios términos en los que esté redactada la demanda y no de simples deducciones derivadas del conocimiento privado del juez que en modo alguno hayan podido ser acreditadas, pues es fácil que ocurra que en verdad se trate de un pagaré y no lo que el juez se imagina que es. Por lo mismo habría que concluir que la mera sospecha de la existencia de cualquier otro vicio invalidante del consentimiento (error, violencia, etc.) puede llegar a ser suficiente para el rechazo de la demanda (12).

Por consiguiente, tal como ha revelado la doctrina más autorizada (13), el despacho de ejecución no puede pasar de una comprobación de los requisitos concernientes al título. Como prueba bastará acudir a la interpretación de los principios que se extraen del artículo 1.433 de la L.E.C. cuyo contenido es bastante ilustrativo de la naturaleza de este trámite en cuanto que, tratándose de un documento privado (y el pagaré como hemos visto participa de dicha naturaleza a los efectos del juicio ejecutivo), bastará que se reconozca la firma, aunque se niegue la deuda, para que quede preparada la ejecución, con lo que se demuestra el valor privilegiado del título frente a la obligación subyacente (14).

En este punto, creemos por tanto que no es trasladable al supuesto contemplado, la doctrina que respecto a los poderes *ex officio* del juez en trance de despachar ejecución ampara la doctrina sentada por la sentencia de 10 de febrero de 1992 referida a las pólizas de crédito, precisamen-

(12) La fuerza ejecutiva del título así emitido decaería igualmente por la propia nulidad del acto que le hubiera dado fuerza de tal (artículo 1.464.1.ª L.E.C.), pues obviamente afecta la validez de la declaración cambiaria (artículo 67.1.º L.C.C.H.) y en la cual se subsumen los motivos que invalidan el consentimiento (artículo 1.301 Código Civil) (Cortés Domínguez, *Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1986, pág. 884). Es más, como apuntamos anteriormente (*vid. nota 5*), cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa (artículo 1.305 Código Civil), pueden existir motivos suficientes para pensar en la existencia de un delito de estafa, pudiendo por este motivo obtenerse la suspensión del juicio ejecutivo promoviendo la correspondiente acción criminal (artículo 362 L.E.C.).

(13) Prieto-Castro, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, II, Pamplona, 1985, pág. 112.

(14) Alcalá-Zamora, «Sobre el carácter ejecutivo de las primeras copias de escrituras de arrendamiento», en *Clínica Procesal*, México, 1982, pág. 64.

te por la propia naturaleza de los títulos amparados en estos instrumentos de crédito.

Las condiciones a las que se sustrae la aplicación de lo ordenado en el artículo 1.435 de la L.E.C. atienden fundamentalmente a la eficacia probatoria que ha de darse al saldo resultante de la liquidación practicada en la forma determinada en la póliza, siendo así que, en la ejecución del pagaré, el control judicial en esta fase en modo alguno puede ser tan profundo como se pretende. Baste indicar, como se ha puesto de relieve por la doctrina, que los títulos a los que hace referencia el mencionado precepto presentan una particularidad frente a los demás títulos: las obligaciones que de ellos traen causa son ilíquidas, lo que hace imposible que la cantidad exigible sea determinada con base a lo pactado en el propio título, como sucede con los restantes títulos ejecutivos (15).

Nos parece por tanto por extrapolar las consideraciones vertidas por el Tribunal Constitucional para justificar el tratamiento procesal que ha de tener el artículo 1.435 en relación con tales pólizas, extendiendo la argumentación al resto de los títulos, no responde a la realidad y supone enfocar el problema desde una perspectiva distinta a la que dio origen al conflicto resuelto en la instancia constitucional.

Si de alguna manera ha podido entenderse que el despacho de ejecución pudiera incorporar una previa *cognición* (16), ésta en modo alguno puede, a nuestro entender, rebasar los límites impuestos al juez para delimitar la aptitud del título para el ejercicio de la acción ejecutiva, sin que las eventuales sanciones que en materia disciplinaria sea posible imponer al juez por este motivo (si es que alguna procede) deban en principio actuar como elemento disuasorio para justificar la medida adoptada (17).

(15) González-Cuéllar Serrano, «La constitucionalidad del artículo 1.435.4.º de la L.E.C.», *cit.*, pág. 17.

(16) De la Plaza (*Derecho Procesal Civil Español*, II, Madrid, 1945, pág. 393), al interpretar el contenido del artículo 1.440 de la L.E.C., niega expresamente tal carácter de *cognición* (porque «no merece ese nombre»), la facultad de examinar si existe o no título ejecutivo».

(17) Al momento de redactar estas notas, la facultad de imponer las costas al juez como corrección disciplinaria prevista en el artículo 1.475 L.E.C. se encuentra pendiente de ser suprimida por las modificaciones que en este punto lleva a cabo la reforma de la L.O.P.J. En todo caso, para su procedencia ha de mediar una actitud calificada de dolosa o gravemente culposa, sin que sea imputable cuando se derive de la mera discordancia entre criterios que puedan ser dudosos o por lo menos opinables (Vázquez Sotelo, «Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Madrid, 1985, pág. 736).

III. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES

Cuanto se acaba de indicar en este aspecto, incide sobre otra de las vertientes que frecuentemente se aducen para justificar la negativa a despachar la ejecución: al carácter abusivo de dicho instrumento frente a la normativa de consumidores y usuarios consagrada en la Ley 26/1984, de 19 de julio (L.C.U.), argumento que pese a su innegable virtualidad para la decisión de la causa, escapa igualmente al ámbito propio de esta fase procesal, sobre todo cuando es incorporado de oficio por el propio juez que ha de conocer del proceso.

La idea sobre la que discurre el presupuesto encuentra su sustento legal en la idea de que el juez ha de asumir la protección jurídica en situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión de los consumidores, siendo en este sentido, nulos los actos realizados vulnerando las disposiciones de dicha normativa (artículo 2.1. L.C.U.). Según esto, procedería denegar la ejecución amparándose en la nulidad (artículo 10.4 L.C.U.) por existencia de cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudican de manera desproporcionada al consumidor o que comporten una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes (artículos 10.3.º L.C.U.).

Sin embargo, a poco que se medite se observará que afrontar la cuestión de esta manera supone invertir los términos en los que se desarrolla el debate procesal en cuanto a la aplicación del derecho material discutido. A cualquiera se le alcanza que los actos ilícitos, provengan de donde provengan, generan un problema al que la sociedad debe responder. No obstante, el sistema de garantías atribuidas a los particulares se convertiría en algo totalmente inútil si no incluyese los remedios adecuados para la satisfacción de sus intereses en el marco que el artículo 24 de la Constitución Española encomienda a los jueces en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. La efectividad de la tutela jurídica que garantiza nuestro texto constitucional no es ajena a la consideración esencialmente imparcial del juez en el proceso.

Por tal motivo, en el supuesto examinado, la fortuna del argumento no se resiste a la crítica en cuanto que la posición procesal del juez frente al consumidor perjudicado deba inclinarse por la protección de la parte aparentemente más débil frente al poderoso, representado en este caso por el acreedor ejecutante, sobre todo cuando la convicción del juez provenga de datos que no aparezcan acreditados en esta fase procesal.

En este sentido, abundando en lo ya dicho, quizá convenga incidir nuevamente en lo peligroso que puede resultar el establecer calificativos previos a la actitud de los litigantes por el mero hecho de que unos aparezcan como demandados o como demandados cuando se trata de exigir la reclamación judicial de una deuda. Y si de eso se tratara, podría incluso llegar a cuestionarse cuál de ambas partes es objetivamente la más débil, la que no cobra o la que no paga.

En segundo lugar, aunque se entendiera que, en efecto, el tenedor del pagaré hubiera actuado vulnerando las disposiciones relativas a la protección del consumidor, su relevancia procesal sólo cabe ser tomada en cuenta en el momento de la oposición del demandado y no antes, pues la normativa relativa a la protección del consumidor no le atribuye prerrogativas especiales (18) en cuanto al equilibrio procesal que ha de existir entre los litigantes, tal como reconoce el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia. En este aspecto, no es ocioso indicar que un mal entendimiento del derecho a la tutela judicial efectiva puede llegar a quebrar dicho equilibrio, pues la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española se circunscribe esencialmente al ámbito respecto del cual se desarrollan las garantías procesales.

IV. CONCLUSIÓN

Ahora bien, de lo que no cabe la menor duda es que acreditada la existencia de un contrato de préstamo, cuya concesión se supedita a la suscripción de un pagaré en blanco, constituye una práctica totalmente abusiva y reprobable, que atenta contra las más mínimas garantías concedidas al deudor en nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo en esa línea interpretativa que respecto de estas operaciones de crédito ha marcado

(18) En efecto, según sostiene De Angel Yagüez («La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos», en *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, Bilbao, 1994, pág. 58), no cabe admitir que bajo la expresión *derechos del consumidor* se cree la impresión de que ostenta unas prerrogativas especiales, como si se tratara de un titular de derechos de carácter privilegiado, siendo así que la variada reglamentación de lo que concierne al fenómeno del consumo es un simple producto de la aplicación de las reglas de derecho sobre unas determinadas hipótesis que la realidad económica suministra, limitando así, entre otras cuestiones, el ámbito del dogma clásico de la autonomía de la voluntad en la contratación. Por tanto, si esto es así, estimamos que mucho menos este privilegio pueda ser trasladado al proceso, pues, la igualdad procesal actúa como presupuesto de su validez en cuanto a las posibilidades de alegación y prueba de los hechos debatidos.

nuestro Tribunal Constitucional y el legislador de la Ley 10/1992. Por todo ello, no ha de llevarse al ánimo del juzgador la sanción de que, debido a su actitud, pueda quedar el deudor demandado indefenso por el mero hecho de despachar ejecución, si el título reúne los requisitos necesarios, puesto que en modo alguno queda sustraído a la imposibilidad de ejercitar su legítimo derecho de defensa, alegando las excepciones que estime conveniente. Y mucho menos pesar que el exceso de celo en la protección de la parte aparentemente más débil constituye la función primordial del juez en un Estado de Derecho.

La justicia, en su dimensión procesal, que es la que aquí interesa, se lleva a cabo mediante la aplicación imparcial de la ley en el bien entendido que el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución Española no legitima al juez para impartir cualquier tipo de justicia sino la que se deriva de la aplicación jurisdiccional del derecho objetivo. En este sentido, de generalizarse la tesis defendida por algunos en cuanto a la ampliación de las facultades materiales del juzgador a la hora de despachar la ejecución de títulos de esta clase, las ventajas que proporciona el juicio ejecutivo irán poco a poco cediendo en favor de la arbitrariedad y con ella los principios que informan el proceso civil y en mayor medida aquellos destinados a la protección de determinadas relaciones jurídico materiales.

EL NOMBRE Y SU DETERMINACION.
(ANTES Y DESPUES DE LA REFORMA [1994]
DEL ARTICULO 54 L.R.C.)

MARÍA DE LOS ANGELES CASORRÁN GUIRAO
Fiscal del Tribunal Supremo de Justicia de Murcia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.-II. DETERMINACIÓN DEL NOMBRE Y PROBLEMAS QUE PLANTEA.-III. CONCLUSIONES PROVISIONALES.-IV. LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 20/1994, DE 6 DE JULIO.

I. INTRODUCCIÓN

1. Uno de los problemas capitales de la relación jurídica civil es el de la identificación de la persona sujeto de la misma.

Para que la vida jurídica y aun la vida social se desarrollen en el marco de unas condiciones mínimas de seguridad, resulta imperativo que sea posible la determinación de que la *persona* que asume la titularidad de los derechos y deberes que en la relación se producen es *precisamente aquélla* a la que están deferidos legítimamente.

2. Esta identificación se realiza mediante un signo artificial que llamamos *nombre*. Este puede ser simple (integrado por un solo vocablo) o compuesto (por dos o más).

En nuestro Derecho, el nombre civil es un nombre compuesto, integrado por dos elementos: el *nombre propio* o de pila, y los *apellidos* o nombre familiar.

El sistema español presenta una peculiaridad importante con respecto al comúnmente seguido en el continente europeo: la utilización de un doble apellido, el paterno y el materno. Sistema, éste, que ofrece la ventaja de reducir los supuestos de homonimia e implica, además, un respetuoso reconocimiento de la personalidad de la madre (curiosa situación, sin duda, pues se ha contrapuesto sociológicamente con frecuencia el caso de Estados «machistas» como Italia o España al de los «civilizados», flemáticos y liberales Estados del Norte en este tema...). En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la L.R.C.:

«Las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la ley ampara frente a todos.»

Durante muchos años el régimen jurídico del nombre estuvo relegado al Derecho consuetudinario y a los usos sociales. Su regulación legal es muy reciente. Nuestro Código Civil, no contenía normas sobre el nombre. El nuevo artículo 109, redactado según la Ley 11/1981, se limita a establecer que *la filiación determina los apellidos conforme a lo dispuesto en la Ley*, introduciendo la novedad de que el hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos.

En España, es la legislación registral de 1957-1958 la que ha abordado el régimen jurídico del nombre, tanto en sus aspectos sustantivo como registral.

3. Dos son las concepciones fundamentales y contrapuestas en orden a la *naturaleza jurídica del derecho al nombre*:

a) Según una de ellas, el nombre es una institución de Derecho público que goza de protección general, pero no atribuye un derecho particular, ésta es la opinión, por ejemplo, de Planiol, que considera el nombre como una institución de «policía civil», una forma obligatoria de designación de las personas, que impone la ley en interés general y que constituye, por consiguiente, más una obligación que un derecho.

b) Según la otra, y más generalizada, el nombre constituye un bien jurídico que pertenece al individuo, un derecho subjetivo de carácter privado, y sólo se discute la naturaleza de este derecho, que unos consideran como un derecho de propiedad, otros como un derecho de familia y, finalmente, muchos como un derecho de la personalidad.

En nuestros días prevalece la doctrina que considera al nombre como un *derecho de la personalidad*, en cuanto constituye un medio de individualización de las personas, inherente e inseparable de la personalidad misma.

c) No faltan, claro es, teorías mixtas (*ad ex*. De Buen) que entienden que el derecho al nombre *patronímico* es un derecho de estado o de familia, porque constituye el signo exterior distinto del estado de las personas que resulta de la filiación. Esta teoría encuentra obstáculos en el Derecho patrio, pues cuando el niño, cuyo nacimiento se ha de inscribir, no tiene

padres conocidos, el Encargado del Registro, que está obligado por ley a inscribir apellidos completos, como si correspondieran al paterno y materno (L.R.C., artículo 55), es el que elige el nombre patronímico al no conocerse los apellidos de la familia.

En cambio, el derecho a *otras manifestaciones del nombre*, como el nombre individual o el seudónimo es uno de los hechos que se llaman innatos a la personalidad.

4. Son *características del nombre*, fundamentalmente, las siguientes (*ad ex. Batlle*):

- Es oponible **erga omnes**, como todos los derechos de la personalidad y, en general, los denominados derechos absolutos (L.R.C., artículo 53: *la Ley lo ampara frente a todos*).
- Inestimable económicamente.
- Suele expresar una relación familiar, si bien esta nota sólo se refiere a los apellidos.
- Tiene un componente de obligación; sancionada por las leyes al hacer obligatoria la designación del nombre en la inscripción de nacimiento.
- Es inmutable en cuanto a su objeto, estando autorizado en cambio únicamente en ciertos y limitados supuestos.
- Es imprescriptible.
- Es intransmisible, como lógica consecuencia de su inmutabilidad y obligatoriedad.

II. DETERMINACIÓN DEL NOMBRE Y PROBLEMAS QUE PLANTEA

5. El nombre es el primero y fundamental de los signos individualizadores de la persona física y su exteriorización, a efectos jurídicos, se produce normalmente a través de la constancia del mismo en la inscripción de nacimiento. Así, pues, en los libros del Registro Civil debe reflejarse su atribución inicial y las variaciones que éste sufra en el curso de la vida. Es por ello que su ordenación jurídica se contiene en la L.R.C. y su Reglamento, interpretados por las resoluciones de la D.G.R.N. que colman las numerosas lagunas del Código Civil en esta materia.

6. *La imposición del nombre* se efectúa en el momento en que se inscribe la inscripción de nacimiento, y la facultad para determinarlo corresponde a los padres o, en su defecto, a sus «guardadores» (R.R.C., artículo 193), siendo tal la improrrogabilidad de la obligación que, cuando no se cumpla en el plazo de tres días, o cuando el nombre propuesto sea inadmisibles, el Encargado del Registro suplirá su falta (L.R.C., artículo 55).

7. En principio, la Ley consagra la libertad de los padres para fijar el vocablo que ha de constituir el nombre. También de ello se hace eco «jurisprudencia» reiterada de la D.G.R.N., pudiéndose citar, por ejemplo, las resoluciones de 22 de octubre de 1980 (1), de 15 de abril de 1986 (2), de 22 de junio de 1987 (3), de 23 de marzo de 1992 (4) y de 16 de julio de 1992 (5).

La circular de la D.G.R.N., de 2 de julio de 1980, sienta criterios interpretativos de la normativa vigente en la materia de imposición de nombres propios. Después de destacar, en su Preámbulo, «las profundas transformaciones producidas en los últimos años en la sociedad española, como consecuencia de la implantación de un régimen político democrático y pluralista, que inciden en múltiples aspectos en la regulación del Registro Civil», señala:

- a) El principio general es el de la libertad de los padres para imponer al nacido el nombre que estimen conveniente. La excepción viene constituida por los límites y prohibiciones contenidas en los artículos 54 de la L.R.C. y 192 del R.R.C., que tienen su justificación en el respeto a la dignidad de la persona del nacido y en la necesidad de evitar confusiones en su identificación.
- b) Tales prohibiciones por su propia naturaleza han de ser interpretadas restrictivamente, de modo que no cabe rechazar el nombre elegido por los padres sino cuando claramente, y de acuerdo con la realidad social actual, incida en alguna prohibición legal.

Se han establecido legalmente, sin embargo, restricciones o limitaciones a esa facultad, que vienen exigidas por razones más o menos justifica-

(1) Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, 1980, núm. 3.791.

(2) *La Ley*, 1984, núm. 4, 973 (171-RN).

(3) *La Ley*, 1987, núm. 4, 796 (230-RN).

(4) Archivo, 1992, núm. 10.614.

(5) Archivo, 1992, núm. 10.663.

bles y van cambiando a lo largo del tiempo, siguiendo una línea uniforme decreciente, y que originan, en no pocas ocasiones, serios problemas de interpretación.

Todas ellas están contenidas en los artículos 54 de la L.R.C. y 192-193 del R.R.C. Vamos a analizarlas someramente (6).

8. El artículo 54 de la L.R.C. prohíbe los nombres extravagantes, impropios de personas, irreverentes o subversivos, así como la conversión en nombres de apellidos o seudónimos.

Ya en general, y sin perjuicio de lo que se dirá enseguida, cabe apuntar que los términos «extravagantes» e «impropio de personas» que la Ley utiliza son de por sí tan vagos e imprecisos que albergan un amplísimo espectro interpretativo, lo que supone una diversidad de criterios calificativos, según el talante y temperamento de los múltiples Registradores Civiles, y, en definitiva, una desigualdad en la admisibilidad o tolerancia de unos lugares a otros, dependiendo incluso del entorno y de circunstancias religiosas y sociales.

9. El término *extravagante*, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es «lo que se hace o dice fuera del orden o común modo de obrar» y también «lo raro, extraño, desacostumbrado, excesivamente peculiar u original», luego una interpretación rigurosa e incluso recta del mismo llevaría a rechazar cualquier nombre que quede fuera del «conjunto» acostumbrado o usual en un determinado lugar.

(6) No subsiste en la actualidad la exigencia de que los nombres imponibles pertenezcan al Santoral Romano, que, con exagerado rigor, había establecido la Orden de 18 de mayo de 1938.

Con la reforma del artículo 54 de la L.R.C. (Ley de 4 de enero de 1977) y de los artículos 192 y 193 del R.R.C. (Real Decreto de 1 de diciembre de 1977) han desaparecido importantes restricciones a la libertad de imposición de nombres contenidos en la regulación anterior: la relativa a la obligada concordancia entre el nombre civil y el impuesto en el bautismo, y la relativa a la obligada consignación en castellano de los nombres propios de los españoles, con prohibición del empleo de nombres regionales, siempre que tuvieran traducción al castellano.

La reforma del R.R.C., operada por RD de 29 de agosto de 1986 sigue la misma línea liberalizadora, continuando con todo vigente la norma básica del artículo 54 de la L.R.C.

Ello, además de absurdo, resulta negativo para la consecución de su finalidad identificativa, pues lleva a una masiva utilización de los nombres más tradicionales, que obliga a acudir al apellido e incluso al ser estos también coincidentes (piénsese, por ejemplo, en núcleos pequeños de población en los que la mayoría de sus habitantes están emparentados) a la identificación por el nombre del padre o de la madre.

En consecuencia, la apertura del círculo de los nombres no sólo no es negativa sino que parece aconsejable. ¿No debería, entonces, suprimirse esta restricción?

En esta línea se enmarca la «jurisprudencia» de la D.G.R.N. contenida en resoluciones como la de 18 de junio de 1980:

«En principio pueden utilizarse como nombre propio, no sólo los vocablos habitualmente usados con tal fin, sino otros adecuados y entre ellos los que tienen significación apropiada para designar a la persona, como puede ser por su eufonía y significado, en el caso, el nombre de Olmo aplicado a un varón» (7).

10. Respecto a la restricción encarnada en la frase *impropio de persona*, cabría decir que, en sentido amplio, coincide con la anterior prohibición, es decir, la negativa a admitir todo vocablo inusual o desacomumbrado, y, por las mismas razones expuestas (*supra* parágrafo 9), debería asimismo ser eliminada.

En un sentido más estricto, haría referencia a nombres cuya aplicación a personas puede resultar indecoroso, inmoral e incluso vejatorio (por sí mismo o, en algunos casos, en combinación con los apellidos), situación ésta que indudablemente resulta necesario evitar.

11. A distintos aspectos de esta idea, se refieren los términos *irreverentes*, referido a los nombres que pueden ser contrarios a la moral o a la religión, y *subversivos*, referido a lo que resulte ofensivo con la concepción política dominante o principios políticos del Estado. A los que se podría añadir *indignos*, que llevaría a rechazar los vocablos que, desde la óptica más elemental y de buen sentido, se aprecien improcedentes

(7) Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, 1980, núm. 2.540.

(nombres de animales, objetos o cosas que la segura agudeza del lector sabrá poner).

12. Abogamos, en fin, por la sustitución de la frase «impropio de persona», que se nos antoja exclusivamente amplia y de interpretación muy subjetiva, por el término *indigno*, que junto con los de *irreverente* y *subversivo* cerraría el círculo de lo obligadamente inadmisibile.

13. Debe citarse de nuevo la circular de la D.G.R.N. de 2 de julio de 1980, que como reglas interpretativas relacionadas con las restricciones que se acaban de comentar, ofrece las siguientes:

- a) No deben considerarse extravagantes, impropios de personas ni subversivos los nombres que se refieren a valores recogidos en la Constitución.
- b) Para fijar los conceptos tan subjetivos de «impropiedad» y «extravagancia», hay que tener en cuenta no sólo la tradición católica sino también la realidad actual de nuestra cultura y organización política pluralista.
- c) El concepto de irreverencia, no ha de referirse sólo a la Religión Católica, sino, por imperativo de los principios de libertad religiosa y confesionalidad de nuestra Constitución, a todas las creencias religiosas de la sociedad española.

14. La prohibición de convertir *en nombre los apellidos o seudónimos*, obedece a la finalidad de evitar la confusión que podría derivarse del uso como nombre propio de vocablos ordinariamente utilizados como apellidos o seudónimos. Sí se aprecia, en cambio, con frecuencia en la práctica la utilización como apellidos de vocablos que normalmente encarnan el nombre de pila de las personas (Ramón, Pedro, Juan...).

Por lo que respecta a los seudónimos, no siempre será fácil determinar cuándo un vocablo lo es o no, y por ello su rechazamiento o admisión dependerá de que incurra o quede fuera de las demás prohibiciones.

15. Poco comentario suscita la restricción que impide poner al nacido el *nombre de un hermano* a no ser que hubiera fallecido, pues ella deriva de la más elemental exigencia individualizada y diferenciadora del

hombre, que se vería gravemente afectada si se permitieran homonimias familiares.

16. Finalmente, el nombre debe servir *para identificar el sexo*. Tradicionalmente, han utilizado nombres referidos exclusivamente a varones o a mujeres, o se han distinguido por su terminación, de ahí la prohibición de los nombres ambiguos que de por sí no indican el sexo de la persona que los ostenta.

17. De todas las restricciones establecidas, la que, hasta ahora, ha originado mayores discordancias interpretativas ha sido la relativa a *nombres en lengua extranjera*.

Anteriormente era obligatorio que el nombre elegido se consignara en castellano, estando, pues, prohibido que éste se expresara incluso en cualquier otra de las lenguas habladas en España.

Ya en la reforma del artículo 54 de la L.R.C. operada por la ley de 4 de enero de 1977 y de los artículos 192-193 del R.R.C. llevada a cabo por RD de 11 de diciembre de 1977, fue modificada, entre otras, la obligación de expresar el nombre en castellano, permitiendo hacerlo en cualquiera de las lenguas españolas.

No obstante, el artículo 192 del R.R.C. permite la imposición de nombres extranjeros siempre que no tuvieren traducción a cualquiera de las lenguas españolas, siendo éste un portillo que abre una diversidad de criterios interpretativos, lo que en la práctica produce graves problemas debidos a enfrentamientos entre puntos de vista muy dispares que, en determinadas ocasiones (bastante frecuentes), mantienen los padres o guardadores del nacido y el Registrador Civil.

Ello supone, no pocas veces, el planteamiento del recurso que el artículo 29 de la L.R.C. establece para los supuestos de divergencia de la parte con el criterio calificativo del Registrador.

El órgano decisor en vía gubernativa (la D.G.R.N.) sigue en sus resoluciones una línea interpretativa poco uniforme u homogénea, que le lle-

va a admitir nombres como Iban o Ivan (8), Rosalba (9), Isolda (10), Aitana (11), María Yomar (12), y en cambio a rechazar Esther y Christian, por su ortografía extranjerizante (13), Gisele (14), Jacqueline (15), Serges (16), Katy (17) y otros. Incluso nombres como Carla y Elisabet han sido admitidos en ocasiones y rechazados en otras (18).

En la línea cada vez más aperturista se propugna por algún autor (Lucas Gil) que debe entenderse por «traducción usual» la efectuada comúnmente por el pueblo, sin necesidad de una especial investigación filológica. Esta tendencia ha sido recogida, en relación a nombres como los Jhonnatan y Michael, por la D.G.R.N. en algunas resoluciones (19).

18. ¿Por qué no suprimir esta limitación? La realidad social, como es evidente, así lo demanda, y si en principio podría parecer lógico que el nombre de las personas físicas «transmitiera» su origen geográfico y cultural, ¿es esta «lógica» tan fuerte como lo que al fin y al cabo no es sino una manifestación de la libertad de las personas: la libre elección de su signo de identificación?

Una vez más, la circulación de la D.G.R.N. de 2 de julio de 1980 aporta una regla orientativa en los siguientes términos:

«Son admisibles los nombres extranjeros que no tengan equivalente onomástica usual en las lenguas españolas, los de personajes históricos, mitológicos, legendarios o artísticos, bien pertenezcan al acervo cultural universal, bien al de determinada nacionalidad o región española, los geográficos que, en sí mismos, sean apropiados para designar persona y

(8) Resolución de 31 de mayo de 1971.

(9) Resolución de 6 de agosto de 1960.

(10) Resolución de 18 de octubre de 1972.

(11) Resolución de 5 de mayo de 1980.

(12) Resolución de 22 de octubre de 1980.

(13) Resoluciones de 28 de abril de 1986 y de 11 de mayo de 1984, respectivamente.

(14) Resolución de 19 de julio de 1983.

(15) Resolución de 13 de febrero de 1984.

(16) Resolución de 6 de diciembre de 1983.

(17) Resolución de 17 de enero de 1984.

(18) Carla: admitido en la resolución de 24 de abril de 1984, y denegado por resolución de 13 de junio de 1980; Elisabet: denegado con anterioridad en varios casos, fue admitido por resolución de 13 de mayo de 1986.

(19) Resolución de 27 de noviembre de 1971 o de 21 de octubre de 1991.

en fin cualquier nombre abstracto, común o de fantasía que no induzca a error en cuanto al sexo.»

III. CONCLUSIONES PROVISIONALES

19. A modo de conclusión, diremos, como principio general, que es preciso un mayor reforzamiento de la libertad de los padres en la elección del nombre que deseen para sus hijos. Consideramos que esa decisión no tiene por qué entenderse como caprichosa e irreflexiva, sino derivada de múltiples factores o condicionantes dignos de respeto.

Un nombre puede revelar un origen, una cultura o tradición, unas creencias e incluso una ideología, siendo pues tan personal y relevante que un planteamiento basado en la intromisión e intervencionismo del Estado en su elección puede resultar intolerablemente odioso.

20. No obstante, entendemos que son absolutamente imprescindibles ciertas restricciones de la capacidad de determinación del nombre. Restricciones que deben tener como único y exclusivo fundamento el respeto a la dignidad de la persona, lo que llevaría a rechazar el uso de todos aquellos vocablos que desde la lógica y el sentido común repugne aplicar a la identificación de las personas.

Y asimismo debe limitarse todo lo que perjudique la función distintiva e identificadora que el nombre tiene por antonomasia, evitando la homonimia entre hermanos y los vocablos que claramente induzcan a confusión respecto al sexo.

21. Propugnamos, en fin, la desaparición de conceptos tan vagos e imprecisos como *extravagante* e *impropio de persona*, tantas veces utilizados como cobertura de una intolerable intransigencia, así como la eliminación de cualquier limitación al uso de nombres en lengua extranjera.

IV. LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 20/1994, DE 6 DE JULIO

22. Transcurridos unos meses desde la conclusión de este breve comentario al artículo 54 de la L.R.C., que fue recogido en la Memoria de la Fiscalía del T.S.J. de Murcia correspondiente a 1993, se lleva a

cabo por Ley 20/1994, de 6 de julio, una nueva redacción del citado artículo (20).

23. La reforma responde a los imperativos sociales del momento, que demandaban una mayor libertad para los padres en la elección del nombre a imponer a sus hijos, y una mayor concreción en la determinación de las limitaciones precisas a esta facultad.

Era necesaria, y así se ha producido, la supresión de la prohibición, ya obsoleta, de escoger para el nacido nombres en lengua extranjera a no ser que tuvieran traducción a alguna de las habladas en territorio español. Tema, éste, que ha sido el que mayores inconvenientes ha suscitado, y sobre el que se han producido las mayores diversidades interpretativas, que la D.G.R.N., en muchas ocasiones, ha tenido necesidad de resolver.

24. El nuevo artículo 54 de la L.R.C. queda redactado como sigue:

«En la inscripción se expresará el nombre que se da al nacido, si bien no podrá consignarse más de un nombre compuesto ni más de dos simples.

Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, así como los diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan en su conjunto a error en cuanto al sexo.

No puede imponerse al nacido el mismo nombre que ostente uno de sus hermanos, a no ser que hubiere fallecido, así como tampoco su traducción usual a otra lengua».

La versión acordada en la reforma de 1994 no puede por menos que recibir la opinión favorable de quien escribe, pues es fiel reflejo de las conclusiones a que se llegó en el comentario dedicado a su anterior redacción.

(20) Ley de reforma del artículo 54 de la Ley del Registro Civil («BOE», núm. 161, 7 julio de 1994, pág. 21736-37).

No obstante, no podemos soslayar un cierto desacuerdo con una de las limitaciones recogidas en la nueva redacción por lo que tiene, a nuestro juicio, de vaga e imprecisa. Nos referimos a la que alude a *los nombres que hagan confusa la identificación*. Entendemos que, de forma concreta, esa salvedad está ya contenida en el texto en los dos claros supuestos en los que se prohíben, por un lado, aquellos vocablos que hagan confuso el sexo y, por otro, la homonimia entre hermanos.

CAUSAS, EVOLUCIÓN Y CARACTERIZACION DE LA REFORMA LABORAL

CARLOS MOLERO MANGLANO

*Profesor ordinario y Director del Departamento de Derecho del Trabajo.
Facultad de Derecho. UPCO-ICADE. Abogado*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: LAS CAUSAS DE LA FIEBRE REFORMISTA.-II. LAS CAUSAS DE LA RIGIDEZ Y DE SU REFORMA.-1. *Causas remotas*.-2. *Causas próximas*.-3. *Causas inmediatas*.-III. EVOLUCIÓN Y CALENDARIOS.-A) *Evolución general*.-B) *El calendario específico*.-IV. CARACTERÍSTICAS.-1. *En cuanto a su formalización jurídica es una reforma fragmentada*.-2. *En cuanto a su gestación es una reforma impuesta*.-3. *En cuanto a su alcance, se trata de una reforma intermedia por compensación de errores y excesos*.-V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: LAS CAUSAS DE LA FIEBRE REFORMISTA

Nuestro modelo sociolaboral viene estando aquejado de dos graves problemas: el incremento insostenible del gasto social y la rigidez de las relaciones laborales.

En efecto, en primer término es ostensible y patente que los gastos comúnmente denominados como sociales que en la última Ley General de Presupuestos, la correspondiente a 1994, alcanzan un 46,7 por 100 del presupuesto total, vienen sufriendo incrementos difícilmente sostenibles (1).

Hay tres factores fundamentales que coadyuvan a ello y que, además, se interrelacionan entre sí:

1.º Elevación del presupuesto en asistencia sanitaria, en particular, gastos farmacéuticos, médicos y hospitalarios (2).

2.º Aumento disparado del gasto en prestaciones (contributiva y asistencial) por desempleo (3). Los 3,5 millones de parados, aunque en un cierto porcentaje hay un consenso generalizado que no son reales, están

(1) Para 1994, el presupuesto del Estado es de 28,9 billones de pesetas, y el gasto social supone 13,45 billones (Ley 21/1993, de Presupuestos Generales del Estado para 1994).

(2) En total, 3,2 billones, 11 por 100 del total del Presupuesto (estimación propia a partir Ley 21/1993).

(3) Dos billones, un 6,9 por 100 del total (*ibidem*).

originando un déficit del Instituto Nacional de Empleo, INEM, de 0,5 billones de pesetas. A la par, es evidente que se cuenta con esa misma referencia negativa en número de cotizantes.

3.º Crecimiento del colectivo de pensionistas. No sólo es que su número es de por sí excesivo, al tratarse ya de unos seis millones, sino que además ellos resultan especiales consumidores de asistencia sanitaria, si podemos decirlo así. Debe añadirse la expectativa de que la tendencia ha de incrementarse, por anticipación de la edad de retiro; y por supuesto todo ello originará una nueva reducción del número de cotizantes (4).

La consecuencia obvia de la interrelación de estos tres factores es que nuestro modelo social cuenta en este momento con un pasivo (desempleados o pensionistas) por cada 1,5 activo cotizante. Ello supone aproximadamente en cifras globalizadas que por 13 millones de personas que configuran nuestra población ocupada contamos con 9,5 millones de pasivos, entre desempleados y pensionistas de diversa índole.

Tengamos en cuenta este primer problema no porque guarde una relación directa con la materia que aquí nos ocupa, sino por constituir el marco en que se produce el segundo de los fenómenos problemáticos que he enunciado y que, éste sí, es la causa directa e inmediata de lo que he llamado la fiebre reformista por aludir a esa extraña unanimidad que a partir de mediados de 1992 se crea en nuestro país con respecto a la necesidad de modificar el modelo de relaciones laborales. Ese segundo problema no es otro que la llamada «rigidez» de nuestras relaciones laborales.

El primer punto de obligado análisis es el de la conceptualización de lo que deba entenderse por rigidez en las relaciones laborales. En una inicial aproximación podríamos decir que se trata de un exceso de trabas a la utilización económica de los recursos humanos de la empresa; si se prefiere una forma de expresarlo más vulgar, pero más gráfica, podríamos decir que se está aludiendo a la sensación asfixiante que el empresariado viene sufriendo ante los requerimientos de la legislación, la jurisprudencia y la política sindical en materia de relaciones laborales.

De todos modos, más que de rigidez o de sobreprotección he preferido siempre utilizar el concepto de «disfunciones» y ello porque creo que no

(4) El total de pensiones más subsidios alcanza un 25 por 100 del Presupuesto total, 7,2 billones (*ibidem*).

se trata sólo y tanto de que los recursos humanos en la empresa, como consecuencia de un alto nivel de protección social, resulten menos rentables de lo que podrían, sino que además, y eso es lo más importante, incluso en el plano social llegan a producirse efectos sociales contraproducentes con respecto a los pretendidos; y las relaciones laborales resultan aquejadas, como es general hoy reconocer respecto a las nuestras, de esa sobreprotección.

Podría afirmarse simplemente que cuando se desborda la cuota de presión social que una economía de mercado es capaz de soportar aparece la disfunción como un fenómeno negativo no sólo en el orden de las consecuencias económicas sino incluso en la médula de las propias consecuencias sociales.

Pues bien, llega ya el momento de sostener la primera idea básica: la reforma de la que hoy hablamos va dirigida esencialmente al segundo de los problemas y mucho más residualmente al primero, sin que ello permita que olvidemos aquél que, como ya dije, constituye un marco muy a tener en cuenta, pues no se puede valorar igual el problema de la rigidez cuando se está ante un modelo social exigente como el nuestro que si se estuviera ante un modelo socialmente pobre. Los reproches que puedan hacerse a las necesarias rectificaciones, aunque inicialmente tengan una apariencia o tinte de regresión social, han de ser fuertemente matizados por la primera consideración.

En concreto, los problemas de rigidez a los que la reforma se enfrenta son los siguientes, enumerados en virtud del momento en que concurren:

1. Problemas relativos al acceso al mercado de trabajo (nacimiento de la relación laboral).

Esencialmente aquí se apreciaba un grave problema de ineficacia del I.N.E.M. en su actuación como agencia de colocación, actuación que no compartía con ningún otro organismo al tener atribuida en exclusiva dicha función. La reforma abordará la cuestión regulando las empresas de trabajo temporal, hasta ahora totalmente prohibidas, y modificando el régimen de colocación bajo criterios más flexibles.

Junto a éste, aparece también un segundo problema de retracción del empresariado para contratar nuevas relaciones laborales ante la tradicional e intensa tendencia del ordenamiento al carácter indefinido de los

contratos de trabajo, lo que supone para muchas organizaciones empleadoras compromisos difíciles de asumir.

En este aspecto, las aportaciones más notables de la reforma son el nuevo contrato de aprendizaje, el llamado contrato-basura, y las nuevas regulaciones del contrato en prácticas y a tiempo parcial. En cambio, se pone fin al contrato de fomento de empleo en sus términos actuales, remitiéndolo a programas anuales muy sensibles a los avatares políticos.

2. Problemas relativos al mantenimiento en el mercado de trabajo (desarrollo y contenido de la relación laboral).

Los problemas de esta fase son sustancialmente dos:

- 1.^a Graves dificultades para el empresario en orden a la optimización de los recursos humanos. Ello es consecuencia, de un lado, de las importantes trabas legales que existen para atribuir o enmendar al trabajador cualquier tipo de función o reponsabilidad que no encaje estrictamente en las definiciones propias de la ordenanza o reglamentación del sector; éste es el motivo principal por el que se solicita la derogación de las mismas, a pesar de la utilización que vienen prestando.
- 2.^a Importantes limitaciones a la hora de incentivar salarialmente o de cualquier otro modo al trabajador en atención a un mejor rendimiento, productividad o interesamiento en los objetivos empresariales. La inflexibilidad de las normas sobre salarios, que dificultan extraordinariamente las diferenciaciones individuales, junto con los recelos que levanta en la jurisprudencia todo lo que parezca sustitución del convenio colectivo, más la ambiciosa aplicación que se está haciendo del principio de igualdad, entorpece gravemente, sobre todo en las grandes empresas, que el empresario diferencie en el orden retributivo a los buenos de los malos, en el sentido de desinteresados o ineficaces, trabajadores.

La desregulación, consistente en que sean los convenios colectivos quienes fijen libremente las estructuras salariales, es la principal aportación de la reforma en la materia.

3. Problemas correspondientes al momento de la salida del mercado de trabajo (extinción de la relación laboral).

Aquí la reforma aborda, junto al insostenible crecimiento de los gastos de desempleo, fundamentalmente la suavización de nuestro severísimo régimen de despido, tanto en el orden individual como en el colectivo. Baste señalar que la indemnización ordinaria en casos de despido disciplinario individual, de 45 días de salario por año de servicio, es más de dos veces superior a la media comunitaria europea.

Igualmente es reseñable que, en materia de despido colectivo, somos ya prácticamente el único país de la Europa comunitaria (junto a Holanda en ciertos aspectos) que conserva la doble exigencia de que, ante la necesidad de reducir plantilla, el empresario primero deba mantener consultas y negociaciones con los representantes laborales, y después tenga que solicitar del Ministerio de Trabajo, o autoridad laboral correspondiente, autorización administrativa para poder proceder a la reducción, sin la cual los ceses que decida serán calificados como despido nulo.

Junto a estas dos notables características de nuestro sistema, también es destacable el severísimo régimen de penalizaciones que conllevaba entre nosotros el despido que se calificase por el juez como nulo; régimen que tampoco tiene parangón en el Derecho comparado de nuestro entorno.

II. LAS CAUSAS DE LA RIGIDEZ Y DE SU REFORMA

Podríamos hablar de tres distintas causas en esta materia; las remotas (más conceptualmente que temporalmente, ya que en este aspecto son relativamente cercanas), las próximas (vinculadas a la llamada «década socialista») y las inmediatas, aquéllas que dan lugar ya a las medidas que analizaremos.

1. *Causas remotas*

Como tal debe entenderse sin duda alguna el conjunto de las que podemos englobar en un fenómeno unitario que describiríamos como la absorción del modelo franquista de relaciones laborales por el del sistema democrático. Y me explico.

El franquismo constituyó un modelo laboral de máxima protección a nivel individual y cuyo exponente máximo fue la Ley de Relaciones Laborales de 1976, que nos situó a la cabeza del mundo en cuanto a protec-

ción del contrato de trabajo o, si se prefiere decir así, del trabajador individualmente considerado; naturalmente la contrapartida de esta sobreprotección individual fue la negativa a aceptar la lucha de clases y cualquiera de sus manifestaciones en el ámbito de las relaciones laborales. Las Leyes Fundamentales, tanto el Fuero del Trabajo de 1938 como el Fuero de los Españoles de 1945 o la Ley de principios del movimiento nacional de 1958, definieron la empresa como «una comunidad de intereses y una unidad de propósito» queriendo aludir así a que la integración del factor trabajo con el factor capital no se admitía que lo fuese de una forma dialéctica sino en un plano de colaboración por el que ambos buscaban las mismas finalidades y perseguían idénticos propósitos. Es conocida la fobia del «Movimiento Nacional» por lo que se dio en llamar la sopa de siglas y los excesos sindicales en clara alusión a las realidades más negativas del período republicano con evidente e injusto olvido de sus elementos positivos (5).

Pues bien, por el motivo que fuese, lo cierto es que el franquismo no admitía la oposición entre capital y trabajo y por ello tampoco sus manifestaciones laborales principales como eran el sindicalismo de clase, la negociación colectiva como acuerdo de paz entre dos factores enfrentados, o la huelga como conflicto acreditativo de una tensión dialéctica entre uno y otro; en su lugar, constituyó el sindicato vertical como pieza básica de una organización sindical de corte corporativista negó siempre la existencia de huelgas aunque éstas fueran evidentes, aludiendo a irregularidades laborales bajo la más variada semántica siempre excluyente del término huelga; y no admitió hasta 1958 los convenios colectivos, y entonces lo hizo bajo la ficción de que la mejora de las condiciones de trabajo que eso suponía tenía contrapartida la mejora de la productividad, nunca la paz social (6).

Para pagar la factura de esta negación de las libertades laborales colectivas el franquismo construyó, por un lado, un sistema de Seguridad Social ambicioso y, por otro, un sistema laboral individual de enorme protección para el trabajador desde el nacimiento del contrato hasta

(5) Más en extenso, en mis *Fundamentos de las Relaciones Laborales Colectivas*, Ed. Reus, Madrid, 1990, pág. 289 y sigs.

(6) La primera Ley de Convenios Colectivos fue la de 24 de abril de 1958.

su extinción pasando por las diversas incidencias y fenómenos de su desarrollo (7).

Cuando sobreviene la democracia a partir de 1975, y decididamente a partir de la Constitución de 1978, naturalmente todas las libertades laborales colectivas van a dejar de ser negadas; y no sólo eso, sino que, como habrá ocurrido en todos los modelos constitucionales más recientes, los alumbrados tras prolongadas etapas dictatoriales, nuestra Constitución va a proceder a este reconocimiento con una gran amplitud y con una enorme ambición social (8). Junto a ese elemento positivo, sin embargo, se acumulará, por formar ya parte de una tradición o cultura jurídico-laboral, el proteccionismo individual y el sistema de Seguridad Social que se arrastraba del franquismo. No hace falta decir que la consecuencia de todo ello será un modelo social que por una parte recoge las más avanzadas esencias en materia colectiva y por otra parte conserva la más refinada protección en materia individual.

Por si fuera poco, ese modelo se construye en una transición en la que sociológicamente la figura del empresariado es objeto de una depreciación valorativa tan inoportuna como injusta, lo que marca los primeros pronunciamientos normativos y aplicativos del nuevo modelo, un modelo social que nos sitúa sin duda a la cabeza del mundo.

2. *Causas próximas*

Durante la década socialista es cierto que se liberalizaron considerablemente los contratos temporales que llamamos no estructurales, para excluir a los que de siempre han existido como temporales porque no puede ser de otra manera dada su naturaleza (contrato para obra o servicios, eventuales, interinos).

En efecto, en 1984, después de que el P.S.O.E. accede al poder, se regulan los contratos para fomento del empleo y los contratos en prácticas, piezas claves para la regeneración del empleo que allí comenzará, a la vez que otros de menor importancia como el de lanzamiento de nueva actividad, el de relevo o algún otro. Esa reforma de los contratos tempo-

(7) Su máximo exponente fue la Ley de Relaciones Laborales de 1976. Su artículo 35, sobre el despido, ha sido el único precepto occidental que ha consagrado la readmisión forzosa con carácter general.

(8) Así, artículos 1.1, 7, 28.1, 28.2, 35, 40, 42 y concordantes.

rales ha sido glosada abundantemente por los propios socialistas, que incluso han llegado a hablar desde el Gobierno de la «reforma» o «modelo» de 1984.

Ya hemos visto que de ninguna manera pueden considerarse las medidas sobre contratos temporales de 1984 como un modelo social; nuestro modelo social venía de muy atrás y tiene características mucho más generales e importantes. Pero es que tampoco se ha dicho que, siendo cierta esa liberalización de los contratos temporales, durante la década socialista tienen lugar otros muchos fenómenos o, si se prefiere decir así, se conceden contraprestaciones sociales abrumadoras, como son las siguientes:

1.^a Una regulación privilegiada de la actividad sindical, como será la que produce la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1984; en ella se dará amplia cabida a la actividad de las secciones sindicales; se regulará en régimen de cuasi impunidad (artículo 5) la actividad y responsabilidad por sus actos y los de sus afiliados de los sindicatos; se dispensará a esa actividad una protección judicial privilegiada, reforzando de ese modo las garantías que ya ofrecía el Estatuto de los Trabajadores. Añádase a ello la cuota de poder e influencia que va a dispensar a las organizaciones sindicales la Ley sobre información de contratos, única en nuestro contexto de Derecho Comparado (9).

2.^a Una potenciación de la severidad sancionadora de la Administración tan importante como la que constituye la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social de 1988 (10). Y debe pensarse en la importancia que tiene este espaldarazo al intervencionismo sancionador de la Administración laboral en contacto con el dinamismo y la potencia de la actividad de nuestros sindicatos. En principio, parece que un modelo social debe jugar a una u otra cosa; pero el nuestro potencia ambas, aunque ambas recaigan a menudo de una forma abrumadora sobre el empresario.

3.^a Verdadera extremosidad en la protección del despido. Al modelo que ya era tradicional entre nosotros, como se ha dicho; a la protección que ofrecía ya el Estatuto de los Trabajadores de 1980 para los trabajadores ordinarios, y las Leyes sindicales para los representantes; a todo ello

(9) Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación.

(10) Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

(11) En particular, artículos 108 y concordantes del Título IV sobre ejecución.

en 1990 la nueva Ley de Procedimiento Laboral añade una regulación sobre el despido, y en particular sobre el despido que deba calificarse como nulo, verdaderamente rigurosa. Menos las penas de infierno a todo se condena al empresario que incurra en un despido calificable como nulo (11). De este modo el vínculo laboral se convierte probablemente en el más estable de los que existen en nuestra sociedad, muy por encima del conyugal, el paternofilial, el societario o cualquier otro.

A estas contraprestaciones sociales con las que el partido en el Gobierno palía generosamente su apertura en materia de contratación temporal deben añadirse factores extranormativos también reseñables, como son:

1. El reforzamiento de la audiencia política de los sindicatos de clase, no de los profesionales, de su capacidad económica (patrimonio sindical, subvenciones...) y de su presencia empresarial. Los fondos de pensiones de empleo son probablemente un ejemplo inmejorable. No puede evitarse que la experiencia de estos últimos años convierta en particularmente oportuna la afirmación que Margaret Thatcher ha incluido en sus memorias de reciente publicación: «a diferencia de alguno de mis colegas, yo siempre he pensado que en igualdad de condiciones el nivel de desempleo está en relación con el alcance del poder sindical» (12).

2. El favorecimiento de la orientación jurisprudencial tuitiva. Nuestra jurisprudencia laboral de siempre ha sido enormemente progresista; a ella se debe no sólo el alumbramiento de conceptos básicos de nuestro ordenamiento laboral, sino la evolución y transformación de éste en sus aspectos más avanzados; pues bien, dicha tendencia no cabe duda que viene a reforzarse en los últimos años por el conjunto de medidas de índole político-constitucional que se adoptan para favorecer la integración en los órganos jurisdiccionales de jueces progresistas.

3. El sometimiento indiscriminado a las exigencias europeas. Mientras se producen los factores que estamos enumerando, aparece en paralelo esa aspiración compulsiva que algunos de nuestros dirigentes políticos, y en particular los señores González y Solchaga, sufren para integrar a España no sólo en la Comunidad Económico Europea sino también en lo que sea en el futuro del grupo de cabeza de la Unión Europea que preconiza el Tratado de Maastricht. El contraste de este factor con los anterior-

(12) M. Thatcher, *Los años de Downing Street*, Ed. El País-Aguilar, pág. 263.

res empieza a desencadenar la necesidad ineludible de la reforma. Por un lado, vamos endureciendo el modelo social, y de otro queremos situarnos a la par de países que cuentan con requerimientos sociales muy inferiores, y que por tanto empiezan a significar las distancias que el modelo español guarda con respecto a ellos, los riesgos económicos que ello encierra y la traba que supone para nuestra integración en su nivel (13).

3. Causas inmediatas

Las causas inmediatas de la reforma hay que encontrarlas posiblemente en la propia proposición de la misma, que prolonga injustificada y peligrosamente la adopción de medidas necesarias. Ya en enero de 1993, el entonces Ministro de Trabajo Martínez Noval y el entonces Ministro de Economía Carlos Solchaga habían anunciado pública y explícitamente la necesidad de la reforma y alguna de sus líneas maestras; pero posiblemente por razones electorales ésta no tendrá lugar hasta después de las elecciones de junio; la recesión económica y el paro no esperarán, sin embargo, hasta las elecciones, y se harán notar durante los tres primeros trimestres de 1993 de una forma acelerada y progresiva, lo que acabará de deteriorar la realidad a reformar (14).

III. EVOLUCIÓN Y CALENDARIOS

Vamos a distinguir lo que ha sido la evolución general de la reforma de lo que podríamos denominar su calendario específico. Por la primera entenderemos el desarrollo de las grandes referencias que han venido a configurar esta modificación de la normativa laboral; por el segundo, la sucesión cronológica puntual de las fechas que marcan cada uno de los hitos de la misma.

A) Evolución general

A partir del cuarto trimestre de 1992 se produce la descomposición del modelo económico y, por tanto, la ascensión vertiginosa de las ci-

(13) Vid. J. Serrano, «Mercado de trabajo y política de convergencia con la C.E.E.», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1992, pág. 85 y sigs.

(14) Vid. Círculo de Empresarios, «El mercado de trabajo español: reforma y creación de empleo», diciembre 1993.

(15) Para estas fechas, y según ha revelado el 20-22 de febrero de 1994 el periódico *El Mundo*, F. González plantea su dimisión a favor de N. Serra, Vicepresidente del Gobierno.

fras de desempleo y del consiguiente malestar general. Tras los gastos de la Expo 92, las Olimpiadas y la Capitalidad Cultural de Madrid sobrevienen rápidamente las crudas realidades de la recesión, el desempleo, la presión europea, la necesidad de afrontar los compromisos electorales y la patente y espectacular huida de la inversión española (15).

Como ha señalado Palomeque, tres son los documentos que aparecen como clave en esta evolución general: el programa de convergencia con la Comunidad Europea, la solicitud de dictamen que el Gobierno remite al Consejo Económico y Social y el programa electoral del P.S.O.E. (16).

1.º El programa de convergencia con la Comunidad Europea. Fue aprobado por el Congreso de los Diputados el 12 de mayo de 1992 y en él se afirma ya con rotundidad la necesidad de flexibilizar el mercado de trabajo; resulta hoy día casi curioso constatar que en aquel documento en lo que se hace más hincapié de todas las reformas laborales es en la derogación de las ordenanzas.

Este documento viene marcado sin duda por la presión que supone que tanto en el informe anual de la Comunidad Europea de 1991 (17), en el que ya se reprochaba nuestra rigidez, como en el de 1992, se nos sitúa a la cabeza de Europa en materia de rigidez laboral y se destacan los desproporcionados costes que los despidos acarrearán entre nosotros (18).

2.º La solicitud al Consejo Económico y Social de dictamen sobre la reforma del mercado de trabajo. Fue remitido por el Consejo de Ministros de 26 de febrero de 1993 al Consejo Económico y Social, y es sin duda el más importante de los tres documentos que estamos tratando (19).

A pesar de tal transcendencia, mi opinión ha sido siempre negativa con respecto a tal documento; fundamentalmente, porque echo a faltar

(16) *Relaciones Laborales*, núm. 16, agosto-septiembre 1993, pág. 10 y sigs., «La reforma del mercado de trabajo y las transformaciones del Derecho de Trabajo».

(17) Anexo al Informe Económico Anual de la Comunidad de 1991.

(18) En el Informe sobre Empleo de la C.E.E. de 1993 se opone a la media europea de 22 semanas, las 40 de España (semanas de salario). Aquí se computan todo tipo de despidos. En los individuales las diferencias son aún mayores.

(19) Vid. J. López Gandía, *Tribuna Social*, octubre 1993, págs. 16 a 20.

en él tanto un diagnóstico de los males o vicios que puedan aquejar a nuestro mercado de trabajo como un tratamiento decidido que, aunque sea a nivel de propuesta, constituya una decisión de gobierno considerada inequívocamente como necesaria y conveniente.

Pues bien, el documento no hace ni lo uno ni lo otro; por un lado evita reconocer esa rigidez o esas disfunciones que aquejan a nuestro mercado de trabajo, probablemente porque le llevaría a reconocer al propio tiempo algo poco favorable políticamente como la necesidad de facilitar un balón de oxígeno al empresario. Pero por otro lado, las medidas que se pide que estudie el Consejo Económico y Social no se articulan como un paquete de iniciativas necesario sobre las que el Gobierno tenga la convicción de su conveniencia, sobre las cuales decididamente el Gobierno proponga su adopción. Por el contrario, el Gobierno solicita el dictamen siempre en términos de que se estudien las consecuencias que tendría adoptar tal medida o tal otra, pero sin un carácter de propuesta y, por tanto, sin un carácter de tratamiento que relacione los vicios, defectos, males o insuficiencias del mercado de trabajo con las medidas que se están proponiendo. Se solicita el estudio de unas y no de otras, por lo cual cabe deducir que el Gobierno piensa que éstas son las que deberían adoptarse, pero tampoco se explicita.

Junto a ello, vuelve a haber alusiones desmesuradas al mal llamado «modelo de 1984 y nuevamente se recurre al argumento de la Comunidad Europea como una de las causas que hacen necesaria la reforma, sin reconocer que la única necesidad que proviene de Europa es de carácter económico y no jurídico-laboral. El ordenamiento laboral español cumple y con creces, por exceso, los mínimos que exige del Derecho Social Comunitario. Por tanto, el argumento comunitario sólo puede utilizarse justificadamente si es para afirmar la necesidad de reformar nuestras relaciones laborales con fines económicos, para ganar en competitividad y situarnos al nivel de los demás países; no por ningún otro motivo.

Junto a estas consideraciones hay algunos errores específicos, a mi modo de ver, en el documento. En primer lugar, la fobia contra el contrato de fomento de empleo, lo que supone una concesión a la reiterada reivindicación sindical que viene acusando en los últimos años a nuestro mercado de trabajo de precariedad. Frente a esta facilona acusación, lo cierto y verdad es que el contrato de fomento de empleo ha servido para activar fuertemente los niveles de contratación, ha procurado ocupación a cientos de miles de trabajadores y en conjunto ha constituido una experiencia altamente positiva; con frecuencia, además a la finalización del

mismo, los trabajadores valiosos han consolidado una plaza con contrato indefinido en las plantillas de las empresas. A pesar de ello, el documento da por sentada la desaparición de este tipo de contratos, luego veremos con qué contradictorias consecuencias.

Por otro lado, se plantea la regulación de las empresas de trabajo temporal, de las que por aquellas fechas se había remitido ya un anteproyecto al Consejo Económico y Social, pero dejando intocado el régimen del Estatuto de los Trabajadores sobre cesión de mano de obra (20), y crean-

(20) El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores establecía:

«Cesión de Trabajadores.

1. Se prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores, sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan.

2. Los empresarios que infrinjan la prohibición anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores en la Seguridad Social, a resultas de dichos actos prohibidos, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan de dichos actos. Podrán presentar las oportunas denuncias los trabajadores afectados y sus representantes legales en el centro de trabajo al que estuvieran adscritos.

3. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho, a su elección, a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba. En la nueva empresa sus derechos y obligaciones serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador de la misma categoría y puesto de trabajo, si bien la antigüedad se contará desde el inicio de la cesión ilegal.»

Y ahora el artículo 2 del Decreto-Ley de 3 de diciembre de 1993 señalaba, como luego hará la Ley 10/1994, artículo 2, igualmente:

«Cesión de trabajadores.

1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. Los empresarios que infrinjan lo señalado en el apartado anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

3. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho, a su elección, a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba.

En la nueva empresa sus derechos y obligaciones serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo puesto de trabajo o equivalente, si bien la antigüedad se contará desde el inicio de la cesión ilegal.»

Se deroga el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (Disposición derogatoria única núm. 1 de la Ley 10/1994).

do así en esta materia un modelo que he calificado de «esquizoide» en tanto en cuanto por una parte se prohíbe taxativa y severamente la cesión de mano, y por otro lado el ordenamiento se prepara para permitir y legalizar aquella manifestación más genuina y prototípica de cesión de mano de obra, la que llevan a cabo las empresas de trabajo temporal. Me parece que es necesario armonizar más coherentemente ambos factores a fin de evitar esa divergencia desconcertante a que me refiero.

Especial hincapié hace también dicho documento en la supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo (21).

Sobre esto, ciertamente hay una primera impresión bastante generalizada de que supone una importante ayuda al empresariado. En los últimos años la necesidad de acudir al Ministerio de Trabajo a solicitar autorización para proceder a despidos colectivos venía siendo una pesadísima carga para las empresas, que finalmente se estaba traduciendo en elevadísimos costes. Porque el Ministerio de Trabajo viene siendo muy reacio a conceder estas autorizaciones si el expediente no venía previamente consensuado por los sindicatos; y para conseguir ese acuerdo con los sindicatos es evidente que tenía que llegarse a contraprestaciones económicas verdaderamente gravosas. Por todo ello y en principio, la supresión de la autorización administrativa podría considerarse muy positiva.

Pero la verdad es que, nuevamente se podía llegar a una situación contraproducente si se levantaba sin más el requisito de la autorización previa, pero se dejaba todo el procedimiento de despido sin tocar. En un país con un régimen de revisión del despido tan exigente como es el nuestro, suprimir la autorización previa suponía que el empresario, sí, despidiera a un colectivo de trabajadores sin problema, pero que éstos inmediatamente, de forma individual o colectiva, acompañado además de conflictos sindicales, etc., acudan ante los órganos judiciales, que dictarán sentencia unos meses después, porque también el retraso es consustancial a nuestro sistema, y tengan que aplicar unas normas sobre despido que difícilmente van a permitir a los jueces considerar esos despidos como justificados en cuanto al fondo y correctos en cuanto a la forma y procedimientos seguidos. De esta manera, la revisión judicial posterior podría constituirse, a pesar de ser mejor en sí misma que la autorización administrativa previa, en un factor contraproducente.

(21) Capítulo VI, pág. 52 y sigs.

Por último, de esta iniciativa del Gobierno me interesa subrayar que el único que considero verdadero acierto del documento es una propuesta que se incluye casi vergonzantemente al final del mismo sobre la necesidad de diversificar el estatuto laboral de las empresas por razón de su dimensión; ha quedado relegado y en el olvido, sin tratamiento alguno posterior.

Hubiera sido ésta una ocasión oportuna para terminar de una vez con el irritante igualitarismo que nuestro ordenamiento laboral observa respecto a las empresas con independencia de que éstas sean el más modesto comercio familiar o la más individual de las oficinas de un profesional liberal que responde con su propio patrimonio de cualquier incidencia, que El Corte Inglés o el Banco Bilbao-Vizcaya. Hacen falta los mismos trámites y documentación para abrir el negocio, arrostrar los mismos costes laborales en supuestos de incidencias o de extinciones de contrato; los empleadores han de pagar conforme a los mismos criterios en materia de Seguridad Social, sufrir los mismos requerimientos sindicales, estar sometidos a las mismas posibilidades sancionatorias de la Inspección de Trabajo, etc. No hace falta extenderse más para que se aprecie lo absurdo de la situación. Por eso era muy esperanzador que el documento viniese a proponer que se crease un estatuto laboral más distendido para las empresas pequeñas, para las que yo llamaría empresas no institucionales; pero en absoluto ha sido recogido tal sugerencia, por cierto no extraña en el Derecho Comparado.

3.º El programa electoral de 1993 del Partido Socialista.

Como recordaba a comienzos de 1994 el Ministro de Trabajo Griñán (22), en el programa electoral del P.S.O.E. para las elecciones de junio de 1993 estaban ya esbozadas las grandes líneas que la reforma posteriormente va a contemplar, aunque entonces todavía se habla allí con gran optimismo de un pacto social para el empleo; pero está ya consagrado, aunque de un modo genérico y suficientemente discreto en función de los potenciales votantes, el problema de la eliminación de rigideces en el mercado de trabajo mediante una «reforma urgente y profunda».

(22) *El País*, 26 de enero de 1994, pág. 20, «Reforma Laboral, un compromiso y una necesidad».

B) *El calendario específico*

Muy sucintamente tenemos que recordar que en los meses precedentes a las elecciones de junio es cuando van a tener lugar la remisión a que ya hemos aludido del Anteproyecto sobre empresas de trabajo temporal (marzo 1993) y el envío por el Gobierno al Consejo Económico y Social de la solicitud de dictamen, que después popularizará bajo la denominación de «libro verde» (abril 1993).

En el período mayo-junio 1993, a la vez que se paraliza el desarrollo de la reforma, tiene lugar la difusión del programa electoral del P.S.O.E. al que también hemos aludido.

Pero será pasados los comicios electorales cuando se impulse con verdadera decisión la reforma, sin perdonar siquiera el tradicional paréntesis del período estival. De 13 de agosto a 2 de septiembre tendrá lugar el envío de documentación por el Gobierno a la U.G.T., CC.OO., C.E.O.E. y C.E.P.Y.M.E. En septiembre de 1993 estas organizaciones tendrán editadas sus respectivas propuestas, que los sindicatos mayoritarios llamarán «bases para un acuerdo para el empleo» mientras que C.E.O.E.-C.E.P.Y.M.E. hablarán de «medidas activas para el crecimiento de la competitividad y el empleo en España en el horizonte 1994-1996». Ni en aquellos principios, ni desgraciadamente después, será posible observar asomo alguno de acuerdos o de criterios comunes entre los contenidos de unos y otros documentos; ni de éstos con respecto al del Gobierno (23).

En octubre de 1993 tendrán lugar dos acontecimientos que deben considerarse significativos. En primer lugar, el Fondo Monetario Internacional instará al Gobierno español a mantener la reforma con medidas radicales. Y a fines de ese mes, los expertos del Gobierno en el Consejo Económico y Social (Montalvo-Matía-Borboila) proponen la reforma «intermedia» que será la que va a prosperar casi en su totalidad. A partir de esa propuesta que ni recoge todo lo que el Gobierno proponía en septiembre ni cede al espíritu de lo que los sindicatos plantean, tendrá lugar una perceptible intensificación de las negociaciones.

Noviembre de 1993 es posiblemente el mes clave en la primera fase de la reforma. El día 4 se vota en el Consejo Económico y Social sin

(23) Publicados en el núm. 20 de Relaciones Laborales, octubre 1993.

conseguir un acuerdo sobre la reforma globalmente considerada. La propuesta del Gobierno no recibe el apoyo ni de los sindicatos ni de los empresarios.

El día 11 el Gobierno retira su propuesta de incompatibilizar el desempleo y la indemnización por despido; y el día 30 se producirá la ruptura definitiva de negociaciones con los sindicatos. A pesar de ella, el Gobierno anunciará que ha incluido en la reforma a tramitar parlamentariamente hasta 25 modificaciones que tienen su origen en las propuestas de los sindicatos.

El 2 de diciembre se remitirá el documento definitivo del Gobierno a los agentes sociales, y al día siguiente el Consejo de Ministros aprobó el Decreto-Ley de medidas sobre ocupación a que luego me referiré. Por cierto que casi por esas mismas fechas, el día 5 de diciembre, la Comunidad Europea aprueba su libro blanco sobre el empleo, cuyos contenidos poco tienen que ver con los que se están conociendo en España.

El 21 de diciembre, en el Consejo Económico y Social, se aprobará el dictamen correspondiente al Anteproyecto de Ley de Reforma del Estatuto de los Trabajadores con la oposición de los sindicatos, pero esta vez con el apoyo de los empresarios a la postura del Gobierno; después aclararán que se trata de un apoyo matizado, que no quiere decir que les parezca suficiente la reforma, pero que por parecerles necesario que al menos se adopten esas medidas han dado su apoyo. El 28 el Congreso convalidará el Decreto-Ley de Medidas de la Ocupación por 317 votos a favor, manifestándose en contra exclusivamente Izquierda Unida; y al día siguiente el Consejo de Ministros aprueba los Anteproyectos de Reforma del Estatuto de los Trabajadores y el de la regulación de empresas de trabajo temporal. Además, el nuevo salario mínimo interprofesional, las cuantías mínimas de las pensiones y el Reglamento de desarrollo del Decreto-Ley de Medidas de la Ocupación. De este modo culmina el año 1993 con la reforma totalmente encarrilada, por decirlo así.

A comienzos de 1994, es ilustrativo que el diario *El Mundo* publique el día 4 un sondeo de Sigma-2 en virtud del cual el 79 por 100 de los encuestados considera que las medidas adoptadas en la reforma laboral no son adecuadas para generar empleo. A pesar de ello, Marcos Peña, el gran negociador frente a los sindicatos, declarará que en los próximos meses es posible que se lleguen a suscribir de 30 a 40.000 contratos de aprendizaje.

Frente a esta optimista previsión, lo que es realidad más allá de toda duda es que el 27 de enero se convoca la huelga general contra la reforma por los sindicatos mayoritarios y que ésta, sin constituir un éxito rotundo, es ciertamente seguida por una amplia capa de la población. Como siempre, por motivaciones muy distintas, incluso por sectores sociológicos nada afines a los sindicatos y que aprovechan para manifestar su descontento con la política económica del Gobierno; pero con seguimiento ciertamente generalizado, mayor que el abstencionismo frente a la huelga, sin duda.

A lo largo de la tramitación parlamentaria, con fuerte resonancia social y abundantes referencias de prensa, los sindicatos CC.OO. y U.G.T. se plantean una estrategia de presión que tiene como bazas más fuertes la que desarrollarán ante el Congreso federal del P.S.O.E. y, por otro lado, ante los parlamentarios socialistas, incitándoles a romper la disciplina de voto. Ni uno ni otro intento tendrán éxito.

La reforma se aprobará en el Congreso de los Diputados a finales de marzo, gracias al apoyo decidido de Convergencia I Unió que, eso sí, logrará introducir nada menos que treinta enmiendas en el texto; a finales de abril se salvará la aprobación por el Senado gracias al apoyo pactado a última hora con el P.N.V. El primer pleno del mes de mayo dejará ya los textos legales listos para su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», lo que ocurrirá el 23 de mayo de 1994 con respecto a las Leyes 10/1994 y 11/1994, las relativas a medidas de ocupación y reforma del Estatuto y Ley de Procedimiento; en cambio, la Ley reguladora de Empresas de Trabajo Temporal, Ley 14/1994, no aparecerá publicada hasta el 2 de junio.

IV. CARACTERÍSTICAS

El conjunto de modificaciones operadas sobre la normativa laboral configuran, a mi entender, una reforma fragmentada en su formalización jurídica, impuesta en cuanto a su gestación y de alcance intermedio en cuanto a su contenido. Trataré de justificar cada una de estas afirmaciones.

1. *En cuanto a su formalización jurídica es una reforma fragmentada*

En efecto, en lugar de haberse articulado mediante una sola norma,

como parece lo más natural en principio, esta reforma se contiene en cuatro textos normativos diferenciados, a saber:

a) El Decreto-Ley de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, de 3 de diciembre de 1993, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» del 7 de diciembre y que entró en vigor el día siguiente de dicha publicación. Fue desarrollado por el Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre. Su contenido se reproducirá en la Ley 10/1994, de 19 de mayo, publicada incluso con la misma denominación que el Decreto-Ley.

b) La reforma de las prestaciones de desempleo se lleva a cabo en virtud de la Ley de Reforma de la Función Pública y de Protección de Desempleo (obsérvese el heterogéneo contenido de esta Ley) y entró en vigor el 1 de enero de 1994 (24).

c) La Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, apareció en el «Boletín Oficial del Congreso» de 4 de enero de 1994, y se publicó, como se acaba de decir, el 2 de junio.

d) Asimismo el 4 de enero de 1994 el «Boletín del Congreso» publicó el Proyecto de Ley por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. Era éste sin duda el Proyecto de mayor transcendencia como lo es la Ley aprobada ya, Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

Debo advertir que entre las materias que aborda la Ley de Reforma del Estatuto de los Trabajadores se encuentran la modificación del procedimiento de elecciones sindicales; pero, sin embargo, es una materia de la que no me ocuparé como contenido de esta reforma, ya que es un tema, éste sí, pactado previamente y hace tiempo entre el Gobierno y las centrales sindicales y que se ha incluido ahora aquí por puras razones de oportunidad, para evitar dos Proyectos de Ley distintos y en paralelo, ambos sobre el Estatuto de los Trabajadores. Pero no forma parte propiamente de la reforma.

(24) Propiamente, Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección del desempleo («BOE», 31-12-1993).

Como no forma parte de esta reforma tampoco, aunque algunos autores lo hayan indicado así en ciertas ocasiones, el Proyecto de Ley de Huelga, que en este momento ni siquiera es tal, y que en los dos años últimos constituyó objetivo político, ciertamente bien peculiar en su evolución, y que ahora se encuentra totalmente olvidado. Incluso podríamos decir que la filosofía que inspiraba el último texto del Proyecto de Ley de Huelga resulta difícilmente compatible con los objetivos que ahora se persiguen con esta reforma.

Pero digamos algunas palabras sobre el distinto objeto de cada uno de los cuales textos normativos que he enunciado.

a) El primero de ellos, Ley de fomento de ocupación, se ocupa exclusivamente de la reforma de las instituciones del mercado de trabajo (I.N.E.M., agencias privadas de colocación, cesión de mano de obra) y muy particularmente de los contratos formativos y de tiempo parcial, es decir, contrato de aprendizaje, contrato en prácticas y el contrato a tiempo parcial.

Su artículo 5 prevé programas anuales de fomento de empleo que tienen ya poco que ver con los antiguos contratos de fomento de empleo, pues van destinados exclusivamente a perceptores de pretensión por desempleo (no simplemente trabajadores inscritos) que sean contratados por pequeñas empresas.

El eje central de esta disposición lo constituye sin duda el nuevo contrato de aprendizaje, el que los ámbitos sindicales han denominado «contrato-basura», y que realmente viene a ser un contrato de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, con previsiones para que su coste salarial (25) y de Seguridad Social (26) resulte verdaderamente asequible para los empresarios. Se juega, por tanto, a menos ventajas y protección para los titulares de este contrato a cambio de activar el mercado de trabajo y permitir paliar el desempleo juvenil, favoreciendo la incorporación de jóvenes trabajadores.

b) La Ley de 29 de diciembre de 1993, en el Título que dedica a la reforma del desempleo, se ocupa fundamentalmente de establecer, junto

(25) Según años 70, 80 ó 90 por 100 del salario mínimo interprofesional (artículo 3.2.f). Y artículo 11 del Decreto.

(26) No incluye desempleo ni I.L.T. (artículo 3.2.g).

(27) Artículos 30 a 43.

a unas pequeñas restricciones en cuanto a la cuantía de las prestaciones contributivas y asistenciales por desempleo, de la necesidad de cotizar a la Seguridad Social durante la percepción de las prestaciones contributivas y un endurecimiento y especificación de las sanciones que podrán imponerse por fraude o percepción indebida de las prestaciones de desempleo, con particular incidencia sobre cualquier tipo de colaboración de los empresarios (27).

En definitiva, como se ve, reducción de las cuantías, en particular a nivel de topes máximos, cotización a Seguridad Social y mayores y más sanciones. Esta materia del desempleo se completará después con la previsión que contiene la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1994 en el sentido, a diferencia de lo que la jurisprudencia venía estableciendo, de que las prestaciones por desempleo también tributan al impuesto de la renta sobre las personas físicas.

c) La Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal se ocupa en primer lugar de definir este tipo de empresas, así como los requisitos y especialísimas garantías que las mismas deben prestar para funcionar en el mercado de trabajo, y que han sido muy criticados por los afectados; a continuación se regula el contrato en virtud del cual estas empresas ceden a uno de sus trabajadores a otra, contrato que se denomina «de puesta a disposición» y sobre el cual se especifica las situaciones en que resulta posible, su duración y exclusiones. Tras prever también las relaciones laborales en la propia empresa de trabajo temporal para distinguirlas de las que cada trabajador ha de mantener con la empresa usuaria, cierra la Ley el inevitable capítulo de infracciones y sanciones.

d) La Ley de reforma del Estatuto de los Trabajadores, la sustancial como ya dije, resulta más difícil de sintetizar en cuanto a sus contenidos. Con afán de no proceder a una enunciación engorrosa de aspectos puntuales, podría decirse que sus grandes contenidos son los siguientes:

- 1.º Todo lo que podríamos incluir bajo la rúbrica genérica de flexibilización de las relaciones laborales, y que abarca desde la desregulación del salario y la jornada hasta las nuevas previsiones sobre movilidad funcional o geográfica (28).

(28) Artículos 1 a 5.

- 2.º El núcleo básico y centro neurálgico de la reforma, que es sin duda alguna el constituido por el conjunto de preceptos que vienen a reformar el tratamiento del despido, tanto en su vertiente colectiva como en su vertiente individual.

Como se sabe, en el aspecto colectivo se procede a eliminar la necesidad de autorización administrativa previa, tema al que ya me he referido, pero en aquellos casos en que los despidos no afecten a diez trabajadores o más o al 10 por 100 del número de trabajadores de las empresas grandes, a la vez que se agilizan los trámites en el sentido de presumirse la autorización transcurridos los plazos preceptivos.

En materia de despido individual se recoge la más reciente jurisprudencia, que incluso se ratifica y amplía, en el sentido de limitar mucho los supuestos de despido nulo, los que ya dije al comienzo que provocaban las más graves consecuencias para el empresario; de acuerdo con la Ley, el despido nulo queda ahora reservado exclusivamente a los supuestos en que haya discriminación, o violación de derechos fundamentales; los defectos de forma del despido, subsanables y otros casos antes dudosos ahora quedan claramente incluidos en el despido improcedente y por ello acaba siendo posible el cese del trabajador con la correspondiente compensación económica, sin que exista el peligro de la readmisión obligatoria o el incremento desmesurado de contraprestaciones económicas que hasta este momento sufría el empresario (29).

- 3.º Reformas, casi mejor sería decir retoques, sobre la negociación colectiva, en el sentido de permitir que los convenios colectivos posteriores se encuentren menos atados que en la actualidad por el convenio colectivo precedente, rompiendo así de alguna manera la consolidación progresiva de derechos que a medida que se prolonga en el tiempo va resultando cada vez más asfixiante para el empresario. Y también la posibilidad de descuelgue salarial de las empresas (30).

- 4.º En materia de contratación, derogación, ahora sí, del contrato de fomento de empleo, lo que es concesión evidente, como ya dije, a

(29) Artículo 5.

(30) Artículo 8 que modifica los artículos 82, 85, 86, 87, 88 y 89 del Estatuto de los Trabajadores.

la recuperación del principio de causalidad en los contratos tantas veces invocada por los sindicatos cuando reprochaban la precariedad de nuestro mercado de trabajo (31).

- 5.º Por último, y como ya avancé, recoge también el texto legal la reforma del procedimiento electoral, que ahora no ocupa nuestra atención.

Las modificaciones sustantivas anteriores originan inevitablemente la necesidad de efectuar las correspondientes y correlativas reformas procesales de la vigente Ley de Procedimiento Laboral. Además, recuérdese cómo ya señalé que fue precisamente la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 la que había endurecido más el régimen del despido; ahora tiene, por consiguiente, que ser modificada en sentido contrario y conforme a los nuevos criterios que esta Ley sienta.

Una vez señalados los textos en que la reforma se contiene y sus objetivos respectivos, surgen, sin embargo, algunas preguntas al observador de manera inevitable. La primera de ellas es la siguiente: ¿a qué criterios corresponde esta fragmentación? Porque es evidente que ninguno de los que podría barajarse explican la fragmentación. No lo explica la urgencia, pues parece igual o más urgente modificar el régimen del despido que el del contrato a tiempo parcial, pongamos por caso; y no se ve por qué se regulan antes las agencias privadas de colocación que las empresas de trabajo temporal, siendo ambas figuras constitutivas de instituciones del mercado laboral, etc. Tampoco puede verse una graduación en función de la importancia de los temas, pues sin duda ninguna lo más importante es lo contenido en el Proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores que no ha sido el más temprano. Tampoco hay requisitos constitucionales o legales que impongan esta fragmentación; es más, igual que el Gobierno ha utilizado la vía del Decreto-Ley para las medidas de ocupación, podría haberlo hecho para todo el conjunto de la reforma, procediendo más tarde a su convalidación como Proyecto de Ley; y, sin embargo, no lo ha hecho.

Una segunda cuestión que asalta a analista sociolaboral es la de si se justifica y hasta qué punto la utilización de la figura del Decreto-Ley tal como se hizo en esta ocasión para las medidas de ocupación. Y realmente debe señalarse que no parece ésta una situación de las que contemple

(31) Nueva redacción del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores e inviabilidad legal del Decreto de 17 de octubre de 1984.

el texto constitucional como justificativas del Decreto-Ley. Parece aquí que no concurría esa perentoriedad, esa imposibilidad o conveniencia manifiesta de no esperar a la tramitación ordinaria de un Proyecto de Ley, ni siquiera con una tramitación a la que se imprimiera la debida celeridad. Pero en cualquier caso, si existían motivos justificativos del Decreto-Ley, mucho más existirían para las reformas que, sin embargo, no han sido formalizadas a través de la posibilidad normativa (32).

En estas circunstancias no queda más remedio que admitir que estamos ante un proceso o una decisión de dosificación política de la reforma condicionada probablemente por la peculiar composición de la mayoría parlamentaria.

Pero lo importante es que esa fragmentación ha creado problemas técnicos de integración muy delicados, y que hacen particularmente necesarios los textos refundidos sobre el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Procedimiento Laboral (¿Por qué no sobre la Ley infracciones y sanciones del orden social?) que se han anunciado.

Pero aun así, la legislación delegada difícilmente podrá salvar los «gap» que origina el que la materia contractual laboral, por ejemplo, se vea afectada por tres textos legales nuevos más el anteriormente vigente; y que por todo ello tenga que coexionarse con su tratamiento adjetivo en la Ley de Procedimiento Laboral, también reformada parcialmente. Ese puzzle diabólico tenía que haberse evitado, pues las consecuencias negativas no se harán esperar.

2. *En cuanto a su gestación es una reforma impuesta*

Viene a la memoria inevitablemente la afirmación contenida en el Informe Dahrendorf: «La flexibilidad del mercado de trabajo no debe convertirse en un arma utilizada por un grupo contra otro. Si esto se produjera, habría conflictos que impedirían todo progreso» (33).

Pues bien, en nuestro caso, indudablemente, aunque no ha habido la utilización de un grupo sobre otro de la reforma laboral, sí es cierto que se ha producido un enfrentamiento a propósito de la misma de caracteres

(32) En el mismo sentido, I. Coello de Portugal, «El Decreto-basura de reforma laboral», *El Mundo*, 10 de diciembre de 1993, pág. 4.

(33) Un desarrollo en extenso en J. Almunia, «A vueltas con la flexibilidad laboral», *El País*, 18 de febrero de 1994, pág. 44.

preocupantes. Podríamos hablar de un doble fracaso: el del pacto de rentas y el del pacto social. El «pacto social de progreso», de 1991 ya resultó una frustración; el «pacto social por el empleo» intentado en julio de 1993 terminó, como ya he dicho, en noviembre de ese mismo año, con una ruptura total tras más de 32 reuniones y más de 100 horas de conversaciones. La Delegación del Gobierno que encabezaba Marcos Peña, Secretario General de Empleo, no consiguió el objetivo apetecido.

Tampoco en el Consejo Económico y Social la votación para el dictamen de la reforma que tuvo lugar el 4 de noviembre de 1993 consiguió éxito, como también se ha reseñado; frente a los votos del Gobierno, 38 votos en contra, los de empresarios y sindicatos, terminan con la ilusión de un consenso.

El 22 de diciembre de 1993, cuando se vota en ese mismo Consejo Económico y Social el Anteproyecto de Reforma del Estatuto de los Trabajadores, éste sólo saldrá adelante con el voto de los empresarios que, como se ha indicado, ha de considerarse un voto prestado para evitar el estancamiento de la reforma.

Sin embargo, el arco parlamentario no refleja en absoluto esa falta de adhesión; en la convalidación del Decreto-Ley de Medidas de la Ocupación, son 317 los votos afirmativos contra sólo 22 en contra; integrarán los primeros los de los partidos Socialista, Popular, C.I.U., Partido Nacionalista Vasco y Partido Aragonés Regional.

Los documentos de agosto de 1993 son bien elocuentes con respecto a esta falta absoluta de entendimiento. Frente a las opiniones del empresario, el análisis de las «bases» sindicales acredita que las posiciones carecen de cualquier denominador común; no es que no haya acuerdo sobre determinados puntos, es que falta la más mínima aproximación de posiciones. Y debe decir que el contenido de esas bases sindicales pone de manifiesto también una absoluta falta de sensibilidad con respecto a los problemas evidentes del modelo laboral. Los sindicatos seguían allí insistiendo en viejas cantinelas demagógicas como el fraude fiscal la participación en el Instituto Nacional de Empleo y hasta llegan a defender un endurecimiento todavía mayor con respecto al despido individual; por supuesto no quieren oír nada de supresión de la autorización administrativa previa en los despidos colectivos ni de cualquier medida que pueda flexibilizar la jornada a los salarios; tampoco consideran necesaria en absoluto reforma alguna en materia de negociación colectiva. Las propuestas que en la tramitación del Proyecto de Ley del Estatuto harán al Par-

lamiento serán ya mucho más pragmáticas y realistas. Pero en toda esta primera fase de la negociación de la reforma harán oídos sordos a cualquier realidad de rigidez por evidente que ésta sea (34).

El enfrentamiento sindical llegará a su culminación con la huelga general del 27 de enero de 1994. La huelga como ya dije no tendrá un seguimiento ni total ni aplastante, pero no puede negarse que es mayoritariamente atendida por amplias capas de la población. Desde luego por todo el sindicalismo militante y por los sectores de trabajadores de la industria; mucho más reducidamente por el sector servicios; y también con diferencias sustanciales en función del tipo de población de que hablemos y hasta de los barrios o segmentos de que se trate. Pero quizá lo más importante es la conclusión que se obtenía del sondeo realizado por Demoscopia tras la huelga y que publicara el periódico *El País* el 29 de enero de 1994: el 58 por 100 de los españoles quería que el Gobierno negociase con los sindicatos tras la huelga.

Con respecto a este carácter impuesto que estamos desarrollando, dos son los aspectos en que fundamentalmente merece la pena detenerse:

1. ° Las posibles consecuencias que pueda tener esa falta de aceptación sindical rotunda sobre la reforma. Es verdad que no dependía de los sindicatos finalmente el contenido de la reforma, sino de los partidos políticos con representación parlamentaria. Es verdad que la Administración laboral al igual que los Tribunales del orden social van a estar vinculados por las normas que se aprueben, cualquiera que sea la opinión de los sindicatos. Pero no puede negarse que un repudio total a la reforma por parte de éstos va a tener diferentes virtualidades. En primer lugar, la de la presión y la influencia entre los propios partidos políticos, la Administración y los jueces; particularmente significativa puede ser la convicción que llegue a alcanzar el sector progresista del poder judicial sobre los contenidos de la reforma; nuestros jueces laborales han aplicado restrictivamente aquellas instituciones sociales que han nacido viciadas de regresión social. Dicho de otro modo: cuando los jueces piensan que una regulación en materia social es injusta, su andadura por nuestros Tribunales va sufriendo una aplicación tan severa, tan escrupulosa y tan restrictiva que difícilmente lleva a consolidar como una práctica diaria.

Junto a esta posibilidad, hay otra todavía más preocupante en razón a que sólo depende de los propios sindicatos. Me refiero a la negociación

(34) Relaciones laborales, octubre 1993, pág. 118 y sigs.

colectiva. Muchas de las reformas que la Ley del Estatuto contiene van a tener su última plasmación en las previsiones que los convenios colectivos establezcan; pues bien, si los sindicatos actúan bajo la consigna de repudiar el régimen de la Ley, posiblemente crisparán cuanto sea necesario la negociación colectiva hasta que las fórmulas convencionales claramente tiendan a desvirtuar las previsiones legales. Y eso puede desembocar en un modelo verdaderamente espinoso.

2.º La actitud sindical durante el proceso de la reforma ¿ha sido suficientemente madura y responsable? Como ya he dicho, lo más preocupante de todo el proceso ha resultado la falta absoluta de diálogo o el diálogo de sordos, si se prefiere decir así. Junto a discrepancias sindicales absolutamente comprensibles, porque hay muchas instituciones en el contenido de la reforma que son opinables, que son discutibles o incluso que son claramente mejorables, hay algunas realidades que sólo la inmadurez puede negar o de las que sólo la tendenciosidad puede hacer abstracción. En ese sentido la actitud sindical no parece encomiable. Pero, como también se ha señalado, no debe olvidarse que no por ello ha dejado de haber influencias sindicales. La mejor prueba de ello es que el contenido de la reforma hoy en día no convence a nadie, ni siquiera a los sectores presuntamente favorecidos por ella. Eso es sintomático de que ha aceptado muchas de las indicaciones o muchos de los requerimientos que los sindicatos han planteado, a pesar de no haber atendido todo; es difícil saber si se trata de 25 propuestas, como afirma el Gobierno en algún momento, más o menos, pero es innegable que no es una reforma que, por el hecho de que los sindicatos la hayan repudiado, haya aceptado todas las tesis del empresario o haya dejado inmodificadas las propuestas iniciales del Gobierno. Pero éstas son ya consideraciones que pertenecen a la tercera de las características que pasamos a desarrollar.

Lo que ocurre es que probablemente no es posible estar diez años sindicalizando la vida social para luego pasar bruscamente a desatender la opinión de los sindicatos en lo que más les afecta y que constituye su más genuina competencia.

3. *En cuanto a su alcance, se trata de una reforma intermedia por compensación de errores y excesos*

Así se comprueba, y por las razones que veníamos ya iniciando, a lo largo de sus cinco grandes contenidos, que brevemente debemos repasar.

1.º Instituciones y régimen ocupacional

En este sentido se mantiene el Instituto Nacional de Empleo, cuya reforma se pospone, pero se elimina su monopolio. Ni se cae, pues, en el radicalismo de la supresión del INEM ni se conserva el monopolio del mismo. Reforma intermedia.

Se permitirán las agencias privadas de colocación, pero sólo las que no tengan ánimo de lucro; un análisis detenido de cómo se consigue esa ausencia de ánimo de lucro arroja la conclusión de resultar muy problemático el deslinde entre unos y otros tipos de agencias, aunque la finalidad es loable, pues se trata en definitiva de salvar ese conjunto de servicios de índole benéfica, corporativa o académica que interviniendo en el mercado de trabajo, resulta burdo que se sitúen en la ilegalidad.

En materia de empresas de trabajo temporal, éstas se legalizan, pero con un régimen severo en cuanto a las garantías que las mismas deben cumplir, que de alguna manera permite hablar de un trato desigual o restrictivo frente a las mismas (35).

Se elimina la contratación obligatoria a través del Instituto Nacional de Empleo, pero se mantiene la necesidad de depositar y notificar las correspondientes contrataciones.

Finalmente, se mantiene el régimen de cesión de mano de obra tal como estaba hasta el momento concebido por el Estatuto de los Trabajadores, pero se amolda a la legalización de las empresas de trabajo temporal, cayendo probablemente en el modelo esquinozoíde al que me he referido.

2.º Contratación

Por de pronto se ha rechazado el continuismo que hubiera supuesto limitarse simplemente a racionalizar el sistema vigente de contratos temporales. Piénsese que ésta hubiera podido ser una opción perfectamente lícita; mantener los contratos existentes, incluido el de fomento de empleo, pero limitar el número posible de sus contrataciones, el porcentaje de trabajadores a contratar por estos sistemas, el número de años que

(35) En este sentido el Informe de Geesta, Asociación de Empresas de Trabajo Temporal, enero, 1994.

como máximo cualquier trabajador podría estar contratado en régimen de temporalidad, etc.

Se suprime prácticamente, como ya se ha dicho, el contrato de fomento de empleo. Insisto en mi opinión de que ésta no es una reforma que resultase necesaria ni acreditada por los resultados obtenidos por este tipo de contratos desde 1984.

Mucho menos se comprende el progresismo social que pueda tener la derogación del contrato de fomento de empleo cuando se observa que su contrapartida es la creación del nuevo contrato de aprendizaje que verdaderamente, no sé si llamar «contrato-basura», como se ha dicho, pero sí desde luego y en todo caso es un contrato degradado para el trabajador en su régimen de contraprestaciones y garantías, tanto laborales como de Seguridad Social; es simplemente un contrato barato para el empresario a cualquier coste. Y en ese sentido parece mucho más acertado el contrato de fomento de empleo, que dispensaba un régimen pleno de derechos laborales y de previsión al trabajador y hasta contaba con una indemnización apreciable en el momento de su extinción (36). La experiencia francesa y la marcha atrás impuesta al Gobierno Balladur por los jóvenes es aquí bien significativa.

Por otro lado, el nuevo contrato de aprendizaje, vuelve a incurrir en el defecto tradicional y ya excesivamente prolongado de nuestro sistema de aprendizaje, la enseñanza auténtica de un oficio, sino suponer simplemente un contrato de jóvenes.

Finalmente, en esta materia se restringe la titulación que posibilita suscribir el contrato de prácticas, pero se mantienen sus ventajas tanto para el trabajador como para el empresario.

Como se ve en esta materia de la contratación se obtendrá el carácter intermedio de la reforma, pero a base de contrapesar errores, a base de que unos defectos neutralicen a los contrarios, no por haber elegido términos medios ponderados a la hora de plantear la cuestión.

3.º *Flexibilidad*

Se suprimen las viejas ordenanzas laborales, pero manteniéndolas has-

(36) Doce días por año de servicio según el artículo 3.4 del Decreto de 17 de octubre de 1984.

ta 31 de diciembre de 1994 y con posibilidad de ser sustituidos hasta entonces por convenios colectivos.

Las reglamentaciones y ordenanzas laborales han acreditado su utilidad; ni en plena fiebre democrática de la transición los propios sindicatos de clase se atrevieron a proponer su derogación. Por el contrario, han sido las representaciones sindicales las que con más frecuencia las han invocado. Ciertamente se trata de manifestaciones normativas anómalas y cuya existencia sólo puede comprenderse desde el origen en un sistema corporativista como es el franquismo (37). Pero siguen siendo útiles mientras nuestros convenios colectivos no ganen en amplitud codificadora, mientras sigan básicamente unas tablas de salarios y de tiempo de trabajo, con algún aditamento residual. Los amplísimos huecos que están dejando los convenios por esa falta de previsión, por esa falta de ambición normativa completa, debida posiblemente a la crispación en que normalmente se negocia, está siendo sufrida por las ordenanzas laborales. La derogación de éstas se convierte así en una iniciativa posiblemente precipitada. Y la responsabilidad no es más que de los agentes sociales que no han sido capaces hasta ahora de sustituirlas debidamente.

En materia de movilidad del trabajador se mantienen las trabas actualmente impuestas al empresario, pero se introduce la causa económica como posible fundamento de activación a medida de movilidad.

En materia de jornada y salarios, se procede a una importante desregulación de los mismos. Con la jornada máxima legal pasa prácticamente a desaparecer de nuestro sistema, ya que las posibilidades de computarla hasta en términos anuales hace que desaparezca en su concepción tradicional; también hay que decir que esa concepción tradicional hoy en día posiblemente esté fuera de lugar, cuando ya han desaparecido afortunadamente aquellos abusos de la revolución industrial que llevaban a jornadas extenuantes y agotadoras no sólo a trabajadores maduros, sino también a niños, mujeres embarazadas, etc.

En materia de salarios, la desregulación creará posiblemente muchos más problemas que los que actualmente se plantean gracias a la eficacia

(37) Traen su origen de la Ley de 16 de octubre de 1942, pero suponiendo regulaciones sectoriales mediante Orden Ministerial y sin cobertura legal alguna.

clasificadora y sistemática del Decreto y la Orden de Salarios (38). Es éste uno de los temas que la tramitación parlamentaria debería haberse planteado quizá.

Los convenios colectivos no perderán vigencia a su término, como en algún momento me ha llegado a proponer como reforma más radical, pero tampoco quedan totalmente como están; será posible que el convenio posterior derogue al anterior, y no se considerarán derechos irrenunciables los consagrados en ese convenio precedente. Además, se mantiene la aplicación universal y obligatoria para todas las empresas, pero previendo su posible descuelgue salarial si se sufren dificultades económicas que lo justifique.

4.º *Despido*

En esta crucial materia ni se ha producido el abaratamiento generalizado del coste del despido individual, reduciendo los famosos 45 días por año de servicio, ni se ha suprimido tampoco con carácter general la autorización administrativa previa en despidos colectivos tramitados a través del oportuno expediente de regulación de empleo (39).

Pero tampoco se ha optado por la alternativa más conservadora de limitarse a racionalizar el sistema anterior.

Como hemos visto, de un lado se suprime la autorización administrativa previa para los despidos «pequeños» en número, por utilizar la terminología francesa, se agiliza el expediente de regulación de empleo, pero se mantiene sus numerosísimos defectos actuales y se admite la causa económica para los despidos que ahora resulten individuales, y que los franceses hubieran llamado pequeños despidos colectivos. La gran consecuencia económica de todo ello es la posibilidad de a partir de este momento despedir por causas económicas u organizativas a un número de trabajadores de hasta diez o de hasta el 10 por 100 en empresas mayores a razón de veinte días de salario por año de servicio (40). Naturalmente, queda por ver la reacción que los jueces de lo

(38) Decreto de 16 de agosto de 1973 y Orden Ministerial de 26 de noviembre de 1973. El Estatuto de los Trabajadores los declaró subsistentes, y su espíritu se refleja en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores.

(39) Artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. Debe tenerse en cuenta que la autorización previa sólo subsiste en Holanda y Grecia entre los países de la C.E.E.

(40) Esos son los porcentajes que utiliza la Directiva Comunitaria de aplicación, de 10 de febrero de 1975.

social adoptan frente a esta posibilidad, y los márgenes que aplican a la misma, si generosos o restrictivos.

También debe destacarse la reducción de los supuestos de despidos individuales nulos, que en este momento venían a constituir la gran carga de nuestro régimen de relaciones laborales. Y en esta materia, sin embargo, hay que reconocer que la jurisprudencia había ya puesto los pilares que han permitido ahora sin violencia alguna esta reforma (41); y recuérdese que la gran consecuencia práctica de la nulidad era la readmisión forzosa, esto es, que el empresario no podía despedir ni indemnizando.

Aquí la compensación de errores se consigue no cortando los abusos del sistema anterior (en particular los de la Administración laboral al otorgar o no autorización previa y el exceso de proteccionismo judicial frente al despido individual), pero suprimiendo parcialmente la autorización previa y la necesidad de que concurra causa disciplinaria para proceder al despido individual (42).

5.º Desempleo

Aquí es donde más claramente se observa quizá el carácter intermedio que vengo predicando con respecto al alcance de la reforma. De un lado, no se ha materializado la reforma más radical, la que suponía incompatibilizar la indemnización por extinción del contrato con el disfrute de una prestación de desempleo; esa incompatibilidad hubiera sido verdaderamente terrible y hubiera acarreado unos problemas jurídicos inmensos. Sin duda alguna hubiera resultado disuasoria para proceder ficticiamente en los supuestos de despido, pero la crispación que hubiera generado y la injusticia a que hubiera conducido en los casos más sangrantes de despidos injustificados nunca hubiesen compensado sus ventajas económicas (43).

(41) Así, Sentencia del Tribunal Supremo, de unificación de doctrina, de 23 de marzo de 1993, Sala 4.ª

(42) En contra de suprimir barreras al despido como medida de empleo, R. Tamames en su magnífico artículo «Reflexiones contra el paro», *El Mundo*, 24 de febrero de 1994, pág. 58.

(43) En el primitivo Anteproyecto, de septiembre de 1993, se preveía un nuevo artículo de la Ley de Protección por Desempleo de 2 de agosto de 1984, que rezaba así:

«Artículo... Cuando el trabajador, en los ciento ochenta días anteriores a la situación legal de desempleo, hubiere percibido o hubiera tenido derecho a percibir cantidades en concepto de vacaciones no disfrutadas, incumplimiento de plazos de preaviso, o indemnizaciones por extinción de la relación laboral cualquiera que sea su causa o modalidad de pago, la prestación o, en su caso, el subsidio por

Desechada esa medida tan radical, sin embargo, se han aceptado las restricciones en las cuantías, se han sometido a cotización las ayudas de desempleo y asimismo se ha considerado constituyen renta de las personas físicas a efectos de retenciones (del 1 al 11 por 100) y de tributación posterior. El tope mínimo de las prestaciones se sitúa ahora con carácter general en el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional y no en el 100 por 100 como estaba (44).

V. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de recapitulación de lo expuesto, algunas reflexiones vienen inevitablemente a la mente del analista:

1.º Ciertamente nuestras relaciones laborales no están sufriendo un proceso suave y equilibrado, sino fuertes bandazos y cambios legales excesivamente bruscos.

En sólo veinte años han pasado desde el más puro franquismo a esos coletazos finales del régimen anterior que buscaron la liberalización dentro de los rígidos moldes ideológicos del sistema; de ahí a un planteamiento radicalmente distinto asentado sobre bases políticas democráticas. Y de 1984 en adelante, tal como se ha expuesto, liberalización contractual, acompañada y seguida de fuerte sindicalización hasta llegar a la asfixia para inmediatamente proceder a una nueva y también brusca liberalización.

2.º Cada vez parece más claro que la reforma ha sido tan necesaria en su elaboración como discutible en su articulación. No me voy a extender

desempleo comenzará a percibirse o podrá reanudarse, transcurrido el plazo durante el cual la pérdida de rentas pueda ser compensada con dichas cantidades.

El plazo a que se refiere el párrafo anterior se calculará dividiendo el total de las cantidades citadas por la base reguladora diaria de la prestación por desempleo del trabajador, reduciéndose dicho plazo a un tercio a fin de que las cantidades que correspondan a tal período permitan al trabajador suscribir convenio especial con la Seguridad Social.»

(44) Para un análisis de contenido más detallado puede estarse a la documentación de la Escuela de Práctica Jurídica, U.P.C.O.-I.C.A.D.E., del ciclo de conferencias sobre «Las nuevas normas laborales» (enero-febrero 1994, con ponencias, en particular, de Conde Martín de Hijas, Martínez Emperador y Molero Manglano).

más sobre esta segunda reflexión, ya que a ella ha estado en definitiva dedicado el epígrafe anterior.

3.º A la reforma le aguarda un futuro imprevisible. Concurren demasiados condicionantes pendientes aún de decantarse: la actitud judicial; la de los protagonistas sociales en la negociación colectiva de los próximos años; la propia imaginación empresarial, que lleva demasiados años adormecida en una cultura jurídico-laboral distinta a la que ahora se le propone, etc.

Si he de ser sincero confesaré para terminar que el conjunto de todas estas consideraciones me produce una desasosegante reacción: me alegro de que se haya hecho la reforma, pero no me gusta.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

II. Notas y comentarios

LA IMPERICIA E IMPRUDENCIA PROFESIONAL EN LA ACTIVIDAD SANITARIA

JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ
Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.-II. LA IMPRUDENCIA MÉDICA.-
1. *Consideraciones estadísticas.*-2. *Dos conductas constitutivas de negligencia profesional.*-A) Cirujanos.-B) Pediatra.-C) Médico de cabecera.-D) Anestesta.-E) Médico encargado de suministrar radioterapia.-F) Practicante.-G) Comadronas.-III. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Fue la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 la que dio en su Base 18 una nueva redacción del artículo 565 del Código Penal y aunque el Decreto 168/1963, de 24 de enero, articuló las propuestas de reforma de la Ley, tal normativa de desarrollo fue desordenada y presentó modificaciones no previstas (1), por lo que tuvo que ser el Decreto 691/1963, de 28 de marzo, el que dio el texto íntegro. Si bien en el punto que ahora interesa, con evidentes modificaciones con el Decreto precedente, al punto de variar la redacción con referencia del artículo 565 del texto penal (2).

El Código de 1944, siguiendo precedentes desde 1848, distinguía dos clases de imprudencia punible constitutiva de delito: la más grave, denominada imprudencia temeraria y la simple imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos. En el Libro III (artículo 586, 3.º) se ubicaba la simple imprudencia sin infracción reglamentaria referida a los daños personales y en el artículo 600 referida a los daños en las cosas. Pero en el último párrafo del artículo 565 se establecía una agravación de la pena cuando la infracción fuera consecuencia de impericia o negligencia profesional y se produjesen muerte o lesiones graves, imponiéndose la pena en el grado máximo.

(1) José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, *Derecho Penal Español. Parte General*, decimoquinta edición, Dykinson, Madrid, 1992, pág. 120.

(2) *Ibidem*.

Parecía que tal agravación se condicionaba por la comisión de la infracción con vehículos de motor (3). Así lo entendió la jurisprudencia sin ninguna vacilación, negando su aplicación a los conductores de tranvías —sentencia de 13 de junio de 1959— y ello motivó la crítica de los tratadistas, Antón Oneca (4), Luzón (5), Quintano (6) y Del Rosal (7), quienes pusieron de relieve el disparate de la no extensión a otras actividades igualmente peligrosas.

La Fiscalía del Tribunal Supremo en su Memoria de 1958 se manifestó totalmente acorde con lo expresado en la sentencia de la Sala II de 16 de abril de 1952, entendiendo que el referido párrafo comprendía dos supuestos: el caso de la impericia y el de la negligencia profesional.

La impericia, como faz negativa de la pericia, que es equivalente, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a «sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte», fue asimilada por los antiguos tratadistas a negligencia o imprudencia en una auténtica sinonimia (8).

Con razón se puso de relieve por la Fiscalía del Tribunal Supremo que tal falta de pericia lo mismo pudiera ser apreciada en el carente de la misma, por no poseer conocimientos, ni título acreditativo, que al que debiéndola poseer por tener la debida aptitud, no la demuestra cuando fuera preciso. Tal duplicidad fue acogida por la jurisprudencia en su sentencia de 15 de noviembre de 1957. Desde la pura terminología, Luzón apuntó la equivalencia de la negligencia profesional con la imprudencia dentro de la respectiva actividad, por lo que se produce siempre que se

(3) José Antón Oneca *Derecho Penal*, I, Parte General, en la obra con J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1949, pág. 227; «...pues están en el mismo párrafo que la primera, y así lo corrobora la alusión final a la retirada del permiso de conducir».

(4) *Ibidem*: «Más resulta extraño que no se tengan en cuenta para estos fines agravatorios otras imprudencias que pueden costar miles de vidas, como el hundimiento de una casa mal construida, el incendio en un local de espectáculos o la explosión de un polvorín.»

(5) Manuel Luzón Domingo, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal. Con especial referencia a los delitos de imprudencia*, Barcelona, 1960, tomo II, pág. 345.

(6) Antonio Quintano Ripollés, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona, 1958, pág. 546.

(7) Juan del Rosal, *Derecho Penal Español (Lecciones)*, 3.^a edición, Madrid, 1960, vol. I, pág. 436.

(8) Luis M. Díaz Valcárcel, *La revisión del Código Penal y otras Leyes penales. Decreto de 24 de enero y 28 de marzo de 1963*, Barcelona, 1964, pág. 309.

hable de culpa en una determinada profesión, puede existir negligencia profesional (9).

El Tribunal Supremo aplicó la agravación al chófer de profesión –sentencia de 10 de octubre de 1958– estimándose como un elemento adjetivo y no sustantivo de la propia conducta, que ha de revelar la falta de aptitud en la conducción de vehículos –sentencia de 28 de diciembre de 1959–, no aplicándose al industrial aunque conduzca un vehículo de motor para la satisfacción de un derecho que le compete como ciudadano –sentencia de 25 de abril de 1956–.

Tal agravación se refiere, por tanto, a la actuación culposa y no a la mera consideración personal del agente –sentencia de 10 de abril de 1954–, pues la palabra «profesional» no funciona como un predicado nominal que enuncie una cualidad del sujeto, sino como un predicado verbal que denota una determinada cualidad de la acción imperita, aplicable a las dos clases de culpa, temeraria y antirreglamentaria –sentencias de 16 de octubre y 27 de noviembre de 1962–.

Como hemos visto, la reforma ha extendido la agravación a toda clase de actividades y no sólo a las automovilísticas.

Para Cuello Calón en los casos en que el resultado dañoso sea originario, v.gr. por falta de preparación profesional o por defectuosidad física, puede serle imputado al agente cuando tenga conciencia de que su impreparación o su deficiencia son causa posible de consecuencias perjudiciales para otros. El cirujano imperito que emprende una delicada operación quirúrgica o el maquinista daltónico serán responsables de las consecuencias dañosas originadas por sus actos profesionales, ya que pudieron prever su producción (10).

Para Díaz Palos (11) a quien sigue Rodríguez Devesa en este punto (12), la impericia radica en la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión o arte y puede derivar, tanto de la total falta de conoci-

(9) *Ob. cit.*, pág. 209.

(10) Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal*, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, tomo I (Parte General), 16.^a edición, vol. I, Barcelona, 1974, pág. 446.

(11) Fernando Díaz Palos, «Derecho Penal y procedimiento penal en materia de circulación por carretera», en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, 1962, núm. 12, pág. 248.

(12) *Ob. cit.*, pág. 489.

miento (ignorancia), como de un error en el juicio —como el diagnóstico equivocado— o en la defectuosa ejecución de un concreto acto —inhabilidad, torpeza, ineptitud—.

Parecido concepto puede encontrarse en otros autores extranjeros, como Altavilla (13), que estima equivalente la impericia a «l'inobservation des règles d'art» de los franceses. Sin embargo, entiende Lezger (14) que el error (Kunstfehler) o la falta técnica, suponen meros conceptos científicos que no entrañan *eo ipso* la culpa que supone un concepto jurídico.

Para la aplicación de la agravante de impericia se requiere en el sujeto el título profesional, pues en otro caso pudiera existir una infracción reglamentaria, pero no la circunstancia que nos ocupa.

Díaz Palos (15) distingue claramente entre la culpa del profesional, la imprudencia o negligencia común cometida por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio y la culpa profesional. En el mismo sentido se pronuncia Rodríguez Devesa (16). La jurisprudencia lo ha aplicado a la imprudencia misma y no a la condición del sujeto, o sea, cuando la imprudencia acredita una conducta de desconocimiento de las normas técnicas exigibles. Sin embargo, la doctrina casacional a partir de la sentencia de 30 de septiembre de 1959, no obligó a la apreciación de la agravante. Más tarde la sentencia de 29 de diciembre de 1975, señala los siguientes requisitos: a) En cuanto al *sujeto activo* que realice los actos en el ejercicio de su profesión, *de la cual hace su medio de vida* ordinario y de dedicación laboral. b) Respecto a *la conducta* debe pertenecer a los actos que *de manera habitual*, son exigidos y se practican ordinariamente por los profesionales del ramo. c) Sobre el *resultado* de la conducta activa u omisión ha de producir muerte o lesiones graves. d) En cuanto a la *culpabilidad*, es preciso que el resultado se produzca a consecuencia de impericia o —disyuntiva— negligencia profesional y con la profesionalidad caracteriza *el plus de culpa sobre la temeraria*, pero referido a los deberes de la profesión. e) La apreciación de tales factores ha de hacerse con un criterio de relatividad, con consideración de las circunstancias, personas y

(13) E. Altavilla, *La culpa. El delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico*, traducción de Ortega Torres, 1956, pág. 10.

(14) Citado por Quintano, *ob. cit.*, págs. 420 y 432.

(15) *Ob. cit.*, págs. 420 y 432.

(16) *Ob. cit.*, págs. 420 y 432.

actividad desarrollada –sentencias de 16 de junio de 1972, 4 de mayo y 21 de junio de 1974, etc.–.

En la sentencia de 25 de febrero de 1981, se destaca «que además de los elementos ordinarios de la culpa en su más grave grado de temeraria concurren los especiales que afectan a la profesional, al actuar con olvido de las normas de prudencia técnica y de los principios rectores de la circulación viaria a fin de evitar esta clase de riesgos...». «La figura agravada de la llamada imprudencia profesional –dice la sentencia de 2 de noviembre de 1981– acogida en su párrafo quinto del artículo 565 de nuestro vigente Código Penal y que pone de relieve cómo el legislador patrio tuvo en cuenta las facultades subjetivas del agente, combinando acertadamente ambos criterios, porque si en el juicio referente a si el autor ha respetado la medida media de cuidado que se estima necesario para la evitación del resultado, puede aplicarse solamente un criterio objetivo, ello no parece suficiente para situar los límites naturales y éticos de la exigibilidad, sino que para un mayor acierto y justicia del juicio a emitir deben ser asimismo consideradas las circunstancias subjetivas del agente que éste poseía y no utilizó...»

Repiten las de 2 de enero y 3 de febrero de 1984, que el otorgamiento de un título profesional crea, indudable y fundamentalmente, una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiendo por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente, pudiendo así distinguirse, y esto es lo importante, entre culpa profesional que al fin y al cabo no es más que la imprudencia o negligencia comunes, cometida por el profesional en el ejercicio de su arte, oficio o profesión y la culpa propiamente profesional que descansa en la impericia. La de 24 de noviembre de 1984 señala que actúan como agravantes específicas, creando una subtipo agravatorio con operatividad independiente... existe una vulneración de la *lex artis*, y que la diligencia profesional tiene su apoyo en la infracción de los deberes inherentes a la profesión, por lo que la infracción del deber nace no de un modo genérico de la actividad que se desarrolla, sino de las características de la profesión, por lo que también se la conoce como vulneración de la *lex funtionis*. Ello se repetirá en la sentencia de 23 de febrero de 1985. El otorgamiento de un título profesional crea una presunción de competencia –dice la sentencia de 30 de septiembre de 1985– que encuentra su fase negativa en la impericia, incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión con causa en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto.

Las sentencias de 18 y 28 de febrero de 1986 vuelven a reiterar tal distinción, que se repetirá en las de 28 de septiembre, 27 de octubre y 28 de noviembre de 1987, 27 de mayo, 7 y 14 de junio de 1988, 27 de abril y 5 de octubre de 1989, 14 de septiembre y 5 de noviembre de 1990, 7 de marzo de 1991, etc.

La sentencia de 4 de septiembre de 1991, hace un estudio general para negarla en el caso concreto. Ya la sentencia de 22 de abril de 1988 se refiere a la imprudencia profesional cometida por profesional, persona especializada en la técnica y en los entresijos de una profesión, arte u oficio, incurriendo el infractor en un *plus* de antijuricidad consecutivo a la inobservancia de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, siendo totalmente imperdonable e indisculpable que una persona que pertenece a la profesión o actividad de que se trate y a la que se presumen especiales conocimientos y el dominio de la técnica. Pero la sentencia de 18 de enero de 1988 señala que la posesión de un permiso de conducción de la clase indicada no confiere ninguna condición de profesionalidad para la conducción de vehículos como el dirigido por el procesado. Las limitaciones se señalan en la sentencia de 18 de enero de 1991, al destacar que el mayor reproche penal tiene que apoyarse en un incumplimiento extraordinario de la precaución y cautela, basado en una impericia inexplicable, inaudita, también extraordinaria. Rememorando la sentencia de 24 de noviembre de 1989 recoge que las exigencias del principio de legalidad impide elevar a la categoría ordinaria una agravación, que legalmente aparece como excepcional —sentencia de 18 de noviembre de 1991—.

La de 23 de abril de 1992 —síndrome tóxico— destaca que el carácter profesional de la imprudencia, no se debe entender de una manera puramente formal y por tanto, limitada al ejercicio de una profesión titulada... no se puede limitar ni a las profesiones tituladas, ni a la impericia, toda vez que la finalidad del reproche más elevado es precisamente una mayor protección de los bienes jurídicos afectados por actividades que requieren un cuidado especial en su ejercicio.

II. LA IMPRUDENCIA MÉDICA

1. Consideraciones estadísticas

Si tenemos en cuenta que la casación penal no se implanta, con carácter general hasta la Ley de 18 de junio de 1870 —el Decreto de 20 de

junio de 1852 la había establecido tan sólo para el contrabando y la defraudación— y que debido a la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, están sustraídos a dicho recurso los delitos castigados con penas inferiores a seis años de privación de libertad, por lo cual las negligencias médicas se enjuician y fallan por los Juzgados de lo Penal, con eventual apelación a la Audiencia Penal repectiva, se patentiza el destacado valor de la doctrina jurisprudencial.

Con independencia de la cifra negra, no sólo los supuestos en que la propia enfermedad encubre y enmascara el error del facultativo, existen también supuestos, muy escasos, de conjuras médicas y hospitalarias, los casos conocidos por la Sala Segunda del Tribunal Supremo desde la generalización de la casación penal hasta finales de 1993 arrojan un total de 106 resoluciones.

La imprudencia temeraria alcanza el 57,54 por 100 del total y, dentro de ella, la denominada profesional alcanza tan sólo el 18,03 de aquélla y el 10 por 100 del total. Los casos vienen referidos: cuatro a cirujanos, y uno a pediatra, médico de cabecera, anestelistas, encargado de la aplicación de radioterapia, practicante y comadrona. Aún pudiera añadirse un caso de un ginecólogo, condenado por la Audiencia como autor de un delito de imprudencia simple antirreglamentaria, recurriendo el Fiscal la sentencia y postulando la aplicación de temeraria. El Tribunal Supremo apreció, al estimar el recurso del Ministerio Fiscal, un reproche de mayor culpabilidad, pero que no pudo acogerse por las limitaciones de la casación (sentencia de 19 de enero de 1972).

Los casos de cirujanos representan un 40 por 100 del total y cada uno de los grupos de los profesionales enumerados, el 10 por 100 de los casos apreciados.

Del total de los casos apreciados, el 60 por 100 fueron confirmatorios de la resolución de instancia y el resto por estimación del recurso de la acusación, oficial o particular. En tres casos se aceptó el recurso del Ministerio Fiscal y en dos de la acusación particular. Salvo un caso de un recurso contra una sentencia absolutoria y otro contra una condena por imprudencia simple antirreglamentaria, los demás venían condenados por imprudencia temeraria.

Entre los supuestos confirmatorios de la resolución recurrida, figura la sentencia de 27 de mayo de 1988 referida a un pediatra, que fue condenado por imprudencia temeraria profesional a cuatro años, dos meses y

un día de prisión menor, pese a lo cual, la acusación particular pretendía una sentencia más severa y cuyas pretensiones fueron rechazadas por el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, apreciando el recurso del acusado, retiró la agravación de negligencia profesional en tres casos referidos a anestelistas –sentencia de 26 de junio de 1980–, ginecólogo –sentencia de 29 de marzo de 1988– y psiquiatra –sentencia de 24 de noviembre de 1989– y desestimó pretensiones de la acusación –particular u oficial– en dos casos de anestelistas, uno procedente de un fallo absolutorio –sentencia de 22 de abril de 1988– que el órgano de casación condenó por imprudencia simple, con reproche al laconismo de la sentencia de instancia, y el otro que mantuvo la imprudencia temeraria –sentencia de 4 de septiembre de 1991– de un ginecólogo, cuya absolución se confirma –sentencia de 4 de octubre de 1992– de un médico especialista en aparato circulatorio, que fue condenado por imprudencia temeraria y que el Supremo desestimó el recurso del Fiscal, que postulaba la agravación de negligencia profesional –sentencia de 14 de septiembre de 1990– y otro tanto hizo con los recursos de la acusación particular en un caso referente a médicos de prisiones –sentencia de 5 de noviembre de 1991– y de contagio transfusional del SIDA –sentencia de 1 de noviembre de 1991–.

2. Conductas constitutivas de negligencia profesional

A) Cirujanos

a) La sentencia de 25 de noviembre de 1980, se refiere a una operación para corregir un subluxación congénita de rodilla, que se desarrolló con normalidad, pero pasados cuatro días el paciente se quejó de cosquilleos y dolores que fueron intensificándose, limitándose el cirujano a recetar Valium y Ansiowar y dando de alta al enfermo con un volante para el médico de cabecera, señalando en el enfermo cuadros neurológicos. Remitido al Hospital por el médico de guardia de la Seguridad Social, se le apreció tétanos de grado II y pronóstico muy grave, que determinó su fallecimiento.

b) La sentencia de 5 de febrero de 1981 contempla la conducta de un cirujano que operó a una niña de unas lesiones y al presentarse dos días después síntomas de gangrena, en vez de explorar de visu la herida, receta «Acetuber» porque el análisis de orina dio una cruz de acetona y que

tras haber sido examinada la enferma por el médico de guardia y llevada al hospital y, levantado el apósito, se observó la tumefacción de los bordes de la herida y sospechando gangrena gaseosa, ordenó realizar una radiografía. Pero al no dar existencia de gases, descartó tal posibilidad y ordenó choque masivo de antibióticos, pero el padre de la niña acordó su traslado a Madrid, dándole el alta el procesado, pero sin medicamentos, ni historia clínica...

c) La sentencia de 31 de mayo de 1988 se refiere a un cirujano maxilo-facial que extirpó un tumor localizado en la región transmandibular derecha, que afectaba a la parótida de ese lado y en base a la visualización y palpación del tumor, creyendo que se trataba de un tumor maligno, sin realizar pruebas que podían realizarse en dicho centro, extrajo totalmente la parótida junto con el nervio facial que arrancó en su totalidad, a pesar de la naturaleza benigna del tumor, comprobada después, lo que ha producido una parálisis facial irreversible, dificultad de masticación y deglución, desviación antiestética de la boca al lado izquierdo e imposibilidad de cerrar el ojo derecho.

d) La sentencia de 20 de febrero de 1991 se refiere a una colecistectomía por cálculos en vesícula biliar, pero tres o cuatro días después la enfermedad aquejó molestias y anormalidades del posoperatorio -ictericia progresivas, dolor en hipocondrio derecho, fiebre de 39°, coluria y acolia- adoptando el procesado actitud de espera y dándola de alta con un volante para el médico de cabecera, por una posible hepatitis, pero éste ordenó unos análisis y ante su resultado, dijo al marido de la intervenida que se los mostrara al procesado, proponiendo éste una nueva intervención quirúrgica, pero negándose la paciente. Fue llevada a la Seguridad Social e intervenida extrayéndosele de la cavidad peritoneal 6 litros de bilis y observándose que el procesado, en lugar de haber seccionado el conducto cístico, se había hecho ligadura en el hepático común. La paciente tuvo que sufrir varias operaciones invirtiendo en su curación 575 días.

B) Pediatra

Tras examinar por rayos X a un niño que tenía fiebre alta y se quejaba de dolor en una pierna, diagnosticó faringoamigdalitis, ordenando Acetuber y Dolotanderil, persistiendo al día siguiente los vómitos, continuando con el mismo tratamiento y Cibalgina. La madre hizo una prueba de acetonemia y salieron varias cruces, pese al tratamiento, pero el

procesado no acudió y se limitó a decir por teléfono que continuará con la medicación. A los pocos días y ante la insistencia de los familiares le visitó y tras una mirada rápida a la garganta, se limitó a prescribir Acetuber, Salvacolina, Cibalgina y otros medicamentos y más tarde ante la agravación del niño diagnosticó epilepsia e inyectó Valium, marchando a su consultorio privado, los padres lo trasladaron a la capital, pero se encontraba en coma profundo y nada pudo hacerse ya (sentencia de 27 de mayo de 1988).

C) Médico de cabecera

Un joven venía padeciendo úlcera gastroduodenal y hernia diafragmática y por tener fuertes dolores abdominales, avisó al servicio de urgencia de la Seguridad Social. Llevado al Hospital del Aire, un capitán médico residente de neurocirugía, no obstante los antecedentes, por sólo la palpación y auscultación, procedió a inyectarle Espasmolítico y Diacopán y diagnosticó aerocolia y recetó Aero-red sedante y volviéndolo a su domicilio. Por agravarse el estado del enfermo, el padre avisó a un médico del Ejército del Aire, que sin ver al enfermo y, pese a los antecedentes, diagnosticó cólico nefrítico. Trasladado urgentemente al Hospital Gómez Ulla ingresó ya cadáver (sentencia de 5 de julio de 1989).

D) Anestesista

La sentencia de 1 de diciembre de 1989 contempla el caso de un anestesista que conociendo que el aparato de anestesia carecía de alarma y que el monitor tenía desconectada la señal acústica o que se puso tan baja que no era audible, por el tipo de operación, los paños impedían la visibilidad del tubo anestésico-respiratorio, conectado al enfermo por su nariz y tráquea. Pese a ello, abandonó durante diez minutos el quirófano, teniendo que ser avisado por un A.T.S. y volvió a ausentarse y fue buscado por una enfermera y tras una tercera ausencia de diez minutos, al mirar el aparato vio el electroencefalograma plano y al levantar los paños descubrió que el tubo que suministraba oxígeno estaba desconectado lo que provocó la descerebración y posterior muerte del paciente.

E) Médico encargado de suministrar radioterapia

La sentencia de 11 de diciembre de 1989 se refiere a un acusado que no realizó en su presencia la aplicación de radioterapia, sino que encomendó ello a una persona no facultativa como encargada de aplicar las segundas tandas de sesiones radiológicas a la paciente, que sufrió una radiodermatitis grave.

F) Practicante

Acudió este profesional al domicilio del paciente, la esposa le advirtió *expresamente* que el médico había ordenado hacer una prueba intradérmica antes de inyectar «Bactosone strepto», añadiendo que su marido había sufrido años atrás una intoxicación por antibióticos, el procesado leyó la composición en la que entraba el Cloranfenicol y la Estreptomicina sulfato y dijo que era muy simple y no se precisaba prueba alguna. La esposa insistió nuevamente, repitiendo lo anterior, pero el procesado comenzó a inyectar y a los dos minutos el enfermo comenzó a sentirse mal, dándose cuenta el practicante de que se trataba de un shock anafiláctico y, pese a poner los remedios a su alcance, y trasladarlo a una ciudad sanitaria, falleció el enfermo a las pocas horas (sentencia de 14 de diciembre de 1978).

G) Comadrona

La sentencia de 5 de mayo de 1988 contempla el caso de una comadrona, al cuidado de una mujer que había tenido numerosos abortos y padecía de una lues silenciosa, al ponerse la enferma de parto, no avisó a médico alguno y a pesar de los cuidados, se dio anoxia fetal, faltó durante algunos momentos del parto el riesgo cerebral, resultando la criatura con una encefalopatía incurable que le produce imposibilidad perpetua, ausencia de todo movimiento voluntario, parálisis que afecta a todo el cuerpo sin poder sostener la cabeza, ni quedarse sentada, ni coger objetos, carece del control de sus esfínteres vertical y rectal, padece asimismo crisis convulsiva.

III. CONCLUSIÓN

Lo primero que hay que destacar de la doctrina jurisprudencial es la medida y ponderación con que ha sido administrada la imprudencia profesional por el Tribunal Supremo (17). Ello ha ocurrido, no sólo por el tono de benignidad que suele presidir las resoluciones judiciales, sino porque pese a la finalidad esclarecedora de la doctrina científica y de la jurisprudencia, el éxito no ha acompañado siempre tales esfuerzos, al presentarse esta agravación con matices subjetivos-objetivos de difícil apreciación en determinados casos concretos (18).

El criterio jurisdiccional sobre la imprudencia profesional ha sido combatido por la doctrina científica. Bustos Ramírez llega a mantener que no existe criterio posible de distinción dentro de la actividad profesional del sujeto entre la imprudencia temeraria y la negligencia profesional, por lo cual este concepto carece de utilidad para determinar una agravación (19).

Más duramente, Cobos Gómez de Linares estima que la infructuosa búsqueda de un criterio diferenciador determina una inseguridad jurídica y considera impracticable tal distinción sobre todo con un examen de la jurisprudencia (20).

El criterio restrictivo se ha utilizado en base al artículo 9.3 de la Constitución, pero lo más grave es que la interpretación de la agravación no ha sido siempre unívoca, utilizando la distinción de culpa profesional y culpa del profesional, sino que se ha acogido a otros criterios en ocasiones, atendiendo a un extremado pero común descuido, así como al artículo 9.3 del Texto Fundamental (21).

(17) José M. Martínez-Pereda Rodríguez, *La imprudencia punible en la profesión sanitaria según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Colex, Madrid, 1985, pág. 149. También, *La responsabilidad del médico y el sanitario*, Colex, Madrid, 1990, pág. 177.

(18) J. M. Martínez-Pereda Rodríguez, *La responsabilidad penal...*, cit., pág. 177.

(19) Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Ariel, Barcelona, 1989, pág. 236.

(20) M. A. Cobos Gómez de Linares, «El problema de las lagunas “conscientes” y la jurisprudencia “creativa” a través de un ejemplo: la distinción culpa profesional y culpa del profesional», en *Poder Judicial*, 1990, núm. 18, pág. 125.

(21) Alberto Jorge Barreiro, «La imprudencia profesional» en *Cuadernos de Derecho Judicial. La imprudencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 253 y 258.

Ello es cierto y es justo consignarlo, pero también hay que reconocer que la doctrina de la casación ha atendido en su restricción aplicativa, a que la mayoría de las infracciones imprudentes de los galenos sancionados se acercarían demasiado a las sanciones señaladas a idénticos resultados dolosos, lo que no parece justo en ningún caso y menos aún en las actividades médicas llenas de peligro, aceptados implícitamente por el propio enfermo y sus familiares en casi todas las ocasiones (22).

El reproche culpabilístico del cirujano procesado –sentencia de 26 de junio de 1980– se debe al cúmulo de desatenciones, errores, omisiones, descuidos y desaciertos en que incurrió.

Un plus de culpa sobre la temeraria que radica en la torpeza o descuido inexcusable del profesional –sentencia de 21 de febrero de 1986– no pudiendo apreciarse cuando no consta que la acusada transgrediera, abierta y flagrantemente la *lex artis* de la profesión, siendo de todo punto, imperdonable e indisculpable su comportamiento o dando pruebas singulares de impericia o ignorancia –sentencia de 22 de abril de 1988–.

Se estima la agravación porque debiendo saber, dada su profesión de comadrona, que carecía de la pericia necesaria para asistir, ella sola, a un parto de las características... que por ser distócico no era normal y que reglamentariamente le estaba prohibido intervenir... (sentencia de 5 de mayo de 1988).

Ciertamente que los límites entre la «culpa del profesional» y «la culpa profesional» son confusos... tal agravación resulta muy discutible y dudosa, a menos que se eleve lo que tenía que ser excepcional y, por tanto, circunstancial al rango de la figura primaria normal y ordinaria que es lo que no parece querer el legislador –sentencias de 21 de enero y 24 de marzo de 1984, 3 de febrero y 30 de septiembre de 1985, 28 de septiembre, 27 de octubre y 28 de noviembre de 1987–. Por otra parte, el respeto al artículo 90.3 de la Constitución española exigió evitar que se eleve a la categoría de ordinaria una agravación que legalmente parece como excepcional –sentencias de 29 de marzo y 7 de junio de 1987 y 14 de noviembre de 1989–. La conducta del procesado unificada por la Sala de instancia de temeraria no tiene que conllevar el aditamento aflictivo

(22) J. M. Martínez-Pereda Rodríguez, *La responsabilidad penal...*, cit., págs. 177 y 178.

de la culpa profesional, como ha puesto de relieve la sentencia de 28 de septiembre de 1987 (sentencia de 4 de septiembre de 1991).

El mayor reproche penal tiene que apoyarse en un incumplimiento extraordinario de la precaución y cautela basado en una impericia inexplicable, inaudita, también extraordinaria –sentencia de 18 de noviembre de 1991–.

La actuación del primer acusado no significa, meridianamente, que su culpa suponga la negación de la profesionalidad, sino sólo un extremado pero común descuido. Las circunstancias que rodearon, en aquel entonces, el debate cuestionado en las presentes diligencias penales así lo confirman (sentencia de 18 de noviembre de 1991).

No existiendo en la sentencia rasgos de la denostada ignorancia atribuible a los citados facultativos, ni tampoco la ejecución imperfecta de la terapia indicada... ninguna de las dos modalidades que se han apuntado pueden darse en este caso (sentencia de 29 de septiembre de 1992).

Si el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 llega a buen término, desaparecerá la agravación de la imprudencia temeraria constitutiva de impericia o de negligencia profesional, pues el artículo 148.1 castiga al que por imprudencia grave causare la muerte de otro, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a tres años y la causación por imprudencia leve es constitutiva de falta y sancionada con multa de uno a dos meses –artículo 600.2–.

Para las lesiones ocurre otro tanto, por imprudencia grave –artículo 160– para las lesiones de los artículos 157 y 158, como constitutivas de delito y como falta, los supuestos de los artículos 600.1 y 3.

Hay que decir que el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal se ha separado en este punto de su antecedente remoto de 1980, que dentro del capítulo IV –Disposiciones comunes– del Título I del Libro II –Delitos contra la vida e integridad personal– cuyo artículo 176 establecía que «cuando la muerte o las lesiones graves fueren causadas por impericia o negligencia profesional... los Tribunales impondrán las penas previstas en el artículo anterior para los supuestos de imprudencia grave, sin que puedan bajar de la mitad del máximo».

La Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 ya no contenía referencia alguna a la imprudencia profesional. Las referen-

cia a la imprudencia en el artículo 156.1 para la causación de muerte y 156.2 para la causación de lesiones graves, distinguen tan sólo la gravedad de la imprudencia en orden a la sanción.

Ninguna observación crítica o propuesta doctrinal se hizo en defensa de mantener en el texto la agravación por la impericia profesional (23).

Si desaparece esta agravación específica, no es cuestión de lamentarse, tampoco pensar que para evitar poner penas demasiado elevadas, como hace el actual Código Penal vigente, debiera reducirse a una privación temporal del ejercicio de la profesión (24).

Creo, por el contrario, que más que preocuparse por estas situaciones de gravedad más intensa, el legislador debiera contemplar los casos de gran extensión, los que la doctrina designa con el impropio término de imprudencia *catastrófica*, a que se refiere el último inciso del párrafo segundo del artículo 565 del Código Penal, «cuando el mal acusado fuere de extrema gravedad». Algunos casos, como el contagio del SIDA por transfusión sanguínea hospitalaria, las muertes por el acelerador de Zaragoza, o el de un médico de un centro de Plasmaféresis del que se ocupó la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1989, que se refería a un hecho con 45 lesionados, algunos de los cuales falleció. Aquí el Tribunal Supremo no se ha llegado siquiera a estrenar y otro tanto cabe decir de los Tribunales de instancia. Estos casos tristemente empiezan a no ser raros entre nosotros.

(23) Ver *Documentación Jurídica* «Observaciones y críticas formuladas por la doctrina penal española a las Propuestas de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983», tomo XIV, abril-junio 1987-54, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, pág. 149.

(24) Alberto Jorge Barreiro, *ob. cit.*, pág. 259.

LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL. EL ABOGADO ANTE LA PRUEBA CIVIL (*)

VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. SITUACIÓN LEGAL. BREVE REFERENCIA A LOS PODERES DEL JUEZ Y DE LAS PARTES EN MATERIA PROBATORIA.—II. SITUACIÓN REAL EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA. EXAMEN.—III. LA DIFICULTAD DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE CONFESIÓN Y DE LA DE TESTIGOS.—IV. LA NECESIDAD DE ACUDIR A LA PRUEBA DOCUMENTAL. PROBLEMÁTICA.—V. CONCLUSIÓN Y DESIDERATA.

(*) El presente trabajo se corresponde al texto de una conferencia que con el mismo título impartió el autor en un curso sobre «La prueba» que organizó el Ilmo. Colegio de Málaga el día 11 y 12 de marzo de 1994.

I. INTRODUCCIÓN. SITUACIÓN LEGAL. BREVE REFERENCIA A LOS PODERES DEL JUEZ Y DE LAS PARTES EN MATERIA PROBATORIA

No es nada novedoso afirmar que en nuestro sistema procesal civil existen tales carencias que en teoría y en la práctica hacen de él un sistema ineficaz.

Con ocasión de los actos conmemorativos del Centenario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, celebrados en Barcelona en abril de 1981, es decir, hace ya trece años, pude afirmar que nuestro proceso civil, y en concreto el sistema probatorio vigente en ese proceso, dejaba mucho que desear; afirmaba que la Ley propiciaba un sistema en el que característica fundamental era que se dejaba todo el poder a las partes convirtiendo al juez en un mero espectador de lo que éstas hacían en el período probatorio. Afirmaba entonces que ése era un sistema que no se sostenía doctrinalmente y que si la tutela jurisdiccional está a disposición de los interesados, si dejamos que éstos determinen el material de hecho y el objeto sobre el que el órgano judicial debe decidir, no había razón jurídica alguna para que la dirección material del proceso estuviera en manos de las partes y no del juez.

Poníamos, pues, el acento en la necesidad de un cambio legislativo que en materia probatoria potenciara los poderes del juez y redujera los poderes de las partes hasta límites razonables y concordes con las partes hasta límites razonables y concordes con las legislaciones de otros países europeos.

Nada ha cambiado desde entonces. En efecto, las grandes modificaciones que ha sufrido la Ley de Enjuiciamiento Civil con posterioridad a aquella conmemoración de su Centenario no han significado cambios sustanciales en el panorama legislativo; en concreto, ni la reforma de 1984 ni la más reciente de 1992 han supuesto modificaciones sustanciales en orden a los poderes del órgano judicial en materia probatoria por lo que tenemos configurado un sistema en el que fundamentalmente la iniciativa y la potestad probatoria está en manos de las partes. Cabe recordar, aunque sea de forma esquemática, que el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Civil admite que el pleito se falle sin que se practique prueba cuando las partes estén de acuerdo en ello; que el artículo, 613 impone al juez en determinadas ocasiones, es decir, cuando ambas partes estén de acuerdo con la celebración de la prueba, que se practique la de peritos produciéndose un ejemplo de ineficiencia por exceso, pues únicamente el juez parece que está en condiciones de valorar la necesidad de que se practique esta prueba, ya que sólo él conoce si tiene o no las máximas de experiencia suficientes como para valorar determinados conceptos o juicios sobre hechos que o están en las normas jurídicas o están en los contratos; no olvidemos, en esta línea que el juez no tiene la oportunidad, en período probatorio de practicar de oficio ninguna prueba y menos, por ser la más llamativa, al de peritos; indiquemos, por último, que el entendimiento de la prueba de confesión judicial como una afirmación o negación de una posición fáctica y el entendimiento de la prueba de testigos como un interrogatorio de parte a parte, impide que el juez pueda realizar un verdadero interrogatorio a las partes y a los testigos; recordemos, y de esto hablaremos más adelante, que nuestra prueba de confesión nada tiene que ver con el interrogatorio formal de las partes que el juez alemán o el juez austriaco puede hacer en base a lo que Klein llamaba el interrogatorio de clarificación, que permite al juez y a las partes clarificar las demandas, las defensas, las alegaciones o las excepciones que una y otra parte hacen y presentan en el proceso.

Si a estas carencias añadimos los poderes del juez en materia probatoria, tan reducidos que cabe exponerlos en muy poco espacio de tiempo, nos haremos idea de cual sea el panorama legislativo especial; el artículo 652 permite al juez levísimos poderes en materia de prueba testifical: puede el juez pedir al testigo cuantas explicaciones crea convenientes para el esclarecimiento de los hechos acerca de los cuales hubiese sido examinado, pero obsérvese que no se trata de un interrogatorio sino de una clarificación de las respuestas que el testigo haya podido dar; puede, por aplicación de los artículos 649 y 659 preguntar el juez

al testigo sobre la razón de ciencia de su conocimiento y de su declaración. Puede, y es quizá el culmen de los poderes judiciales en materia probatoria testifical, de acuerdo con el artículo 634, interrogar libremente al práctico en el terreno cuando se trata de la práctica de la prueba de reconocimiento judicial.

Estos poderes, los parecidos que se otorgan en materia de prueba de confesión (artículo 588) y, la posibilidad de practicar pruebas como diligencias para mejor proveer, son los únicos que puede ejercer el órgano judicial en materia probatoria. Pero obsérvese que en cuanto a las diligencias para mejor promover existen legalmente unas limitaciones que las enturbian realmente: de un lado, el juez sólo puede realizar prueba sobre hechos que previamente han sido objeto de la misma a petición de las partes; de otro lado, el juez sólo tiene esos poderes una vez concluido el período probatorio por lo que siempre serán poderes subsidiarios a la actividad de las partes; son pruebas, en fin, en donde las partes sólo tienen la intervención que el juez le conceda.

Hemos querido hacer esta breve aproximación a la realidad legal para poder poner de manifiesto que lo que se dijo hace ya tantos años sigue plenamente vigente. Tenemos la legislación que otorgando todos los poderes a las partes deja a éstas al socaire de como realmente quieran ejercitarlos sin que el órgano judicial pueda servir de elemento moderador y, sobre todo, de elemento compensador entre los poderes reales de las partes, en modo tal que propicie que el proceso sea realmente un mecanismo justo, adecuado y sobre todo que ofrezca igualdad de condiciones e igualdad de posibilidades a ambas partes. Con nuestro sistema procesal aquella parte que esté en condiciones de inferioridad con respecto a la otra difícilmente va a poder realizar una prueba con garantías de igualdad y de contradicción, porque no podrá utilizar los recursos procesales que un órgano judicial, con plena dirección material en el proceso, le ofrecería.

II. SITUACIÓN REAL EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA. EXAMEN

El panorama que hasta ahora hemos descrito, aunque sea muy brevemente, nos pone de frente a un sistema de prueba procesal que es francamente ineficaz; las razones que hemos ido señalando a lo largo de nuestra exposición nos hacen ver que muy difícilmente se podrá conseguir un buen resultado probatorio, y, sobre todo, que se adecue a la verdad, en la

medida en que ésta se pueda conseguir, con un juez maniataado por las partes y unos medios de prueba que en muchas ocasiones tienen su asiento y fundamento en instituciones centenarias que hunden sus raíces en el Derecho común.

Junto a este panorama legislativo, la situación real que se produce en al práctica judicial añade no pocos problemas a la eficacia del sistema probatorio.

En efecto, aunque no se puede generalizar, dadas las distintas características de los Juzgados y Tribunales sitos en las diversas poblaciones españolas, sí que podemos afirmar que en gran medida los jueces y magistrados no cumplen con el *principio de inmediación*; eso quiere decir que los actos procesales, y en concreto las pruebas, se desarrollan y se practican fuera de la presencia judicial. La lucha que hemos mantenido para imponer la práctica del principio de inmediación no es ni mucho menos caprichosa, y en este sentido tenemos que alzar de nuevo la voz especialmente contra determinados estamentos judiciales que no parecen ver la importancia de la inmediación, posiblemente porque detienen su mirada en el agobio de trabajo o en la comodidad. La inmediación no sólo permite la protección de los derechos, poderes y facultades de las partes en el proceso, sino que, en el caso de los actos probatorios, permite al juez una justa valoración de la prueba. No creo que debamos extendernos en aclarar algo que todos ustedes ya tienen sumamente claro, pero si tuviéramos que poner un ejemplo diríamos que el juez que no oye al testigo, que no presencia su manera de comportarse durante el testimonio, difícilmente podrá con posterioridad llegar a un buen resultado valorativo de la prueba.

La inexistencia del juez a la práctica de la prueba permite que ésta se practique ante un personal que no está capacitado para ello, por mucho tiempo que lleve haciendo de forma rutinaria actos procesales probatorios. En el argot judicial se utiliza la expresión «pasar la prueba delante del oficial», lo que indica que en el subconsciente de los prácticos una cosa es *pasar la prueba* y otra cosa distinta es *practicar la prueba*, que es el término que se usa cuando se lleva a cabo a la presencia judicial. Esas personas que *pasan* la prueba no tienen capacidad para rechazar preguntas, o posiciones, para exigir aclaraciones, para denegar la palabra al testigo o a la parte, o al abogado de las partes. Todo esto hace que los abogados y los procuradores nos sintamos en esas pruebas *pasadas* como monigotes de un guiñol movidos por los hilos de alguien que está en la

sombra, pero sin capacidad alguna para mover el resultado de una prueba que ya está, con anterioridad, decidida en su contenido.

La práctica judicial hace, pues, el sistema probatorio mucho más ineficaz de lo que nos podamos imaginar y coadyuva junto con la legislación obsoleta que tenemos a que el período probatorio en materia civil sea cada vez más inoperante y cada vez menos necesaria.

En realidad, quitando aquellos casos en los que se necesita una prueba pericial o una prueba de reconocimiento judicial, la apertura del período probatorio dejaría de ser necesaria si no tuviéramos todavía una especie de inercia y de decoro que nos lleva a solicitar la práctica de la prueba de confesión y la de testigos, pues en gran cantidad de casos con la prueba documental tendríamos de sobra.

III. LA DIFICULTAD DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE CONFESIÓN Y DE LA DE TESTIGOS

Las dificultades que el órgano judicial tiene para valorar la prueba cuando no asiste a su práctica, ha colaborado igualmente a que determinados medios de prueba pierdan prácticamente su utilidad. Me estoy refiriendo a la prueba de confesión y a la prueba de testigos.

Es evidente que la prueba de confesión hunde sus raíces en el derecho de siglos pasados y que hoy día no tiene una gran justificación. Es igualmente evidente que existe una determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivocada en su origen, por tanto en sus conclusiones, que ha llegado a establecer ya de forma definitiva que la confesión es una prueba más que ha perdido su carácter de prueba legal.

A este resultado se llegó, primero, porque se confundió a la confesión judicial con la *declaración de parte*, siendo así que la declaración hace referencia a una manifestación de la parte acerca de los distintos elementos fácticos en los que se concreta el objeto del proceso, y la confesión, por su lado, no es sino inquirir la afirmación o la negación acerca de una posición fáctica que una parte presenta a la contraria.

Es lógico que la declaración de parte no pueda ser valorada de forma rígida y formal; lo lógico es que se valore por el juez de acuerdo con las demás pruebas, porque lo que se obtiene con ellas es una complementa-

ción, una adición o declaración de las alegaciones efectuadas por la parte en el proceso. Pero cuando lo que se plantea a una parte es que diga sí o no, no a hechos más o menos deligados entre sí, sino a una posición fáctica elaborada por la parte contraria, nada impide que la Ley, tal como lo hace el Código Civil, otorgue a la afirmación que perjudica al confesante la categoría de prueba legal, porque en definitiva está aplicando una máxima de experiencia que es indiscutible: *nadie miente para perjudicarse*, de ahí que no se tome en cuenta la afirmación favorable a los intereses del que confiesa, pues también es una máxima de experiencia que normalmente podemos mentir a fin de obtener un beneficio.

Pues bien, este desenfoque sobre la naturaleza y el sentido de la confesión y su confusión con la declaración de parte, unido a la inasistencia del órgano judicial a la práctica de la prueba, impide o ha impedido que los órganos judiciales admitan la confesión judicial con el valor probatorio establecido en el Código Civil. Mi experiencia profesional, que ya se remonta a veinticinco años, sólo ha registrado un caso en el que la confesión haya sido decisiva, y en honor a la verdad no fue un caso estrictamente de confesión, pues se trataba de unas diligencias de reconocimiento de firma en el juicio ejecutivo.

Si el abogado sabe las dificultades que ofrece la prueba de confesión, si el abogado sabe, porque también lo práctica él, que la defensa letrada de la parte contraria ha advertido a su cliente de cómo debe confesar y la falta de consecuencias jurídicas que conlleva la negación que falta a la verdad, es lógico que no ponga ningún interés en esta prueba, que la pida por rutina o que, si vence la inercia, deje de pedirla por sistema. Se ha producido, pues, un hecho que en absoluto, era querido por el legislador, pues éste cuando completó el sistema procesal civil y, en concreto, el sistema de prueba, puso uno de los pilares probatorios precisamente en la confesión judicial.

En lo que se refiere a la *prueba de testigos*, que es el otro supuesto que queremos estudiar como ejemplo de pérdida de eficacia probatoria de un medio que debía ser el más importante, me parece oportuno señalar las siguientes circunstancias que, creo, han colaborado a que hoy día esta prueba esté considerada como secundaria, cuando no superflua.

Es verdad que el sistema legal de la prueba de testigos no es el adecuado, porque no puede serlo aquél en el que el testigo sabe de antemano qué es lo que le van a preguntar y, en consecuencia, tiene el tiempo sufi-

ciente para preparar concienzudamente las respuestas a cada una de las preguntas que se le van a realizar. Incluso con un abogado que tenga una cierta práctica judicial, ese testigo, utilizando el sistema legal que nos rige, puede tener preparadas las contestaciones a las posibles repreguntas que en su momento se le formulen.

Por tanto, es verdad que el sistema no favorece la eficacia de la prueba, como tampoco lo favorece el hecho de que el Código Civil (artículo 1248) tome una posición de reserva ante los testigos cuando se trata de probar negocios que normalmente se documentan en la vida ordinaria. Si el legislador ya toma estas precauciones, cuáles no tomará el juez en el momento de la valoración de la prueba de testigos. Junto a esto, en fin, la falta de sanción penal al testigo que miente en el proceso civil es un argumento más para que desde la legalidad se predique la ineficacia de la prueba.

Pero aún siendo cierto lo anterior, es evidente que si un testigo presta su testimonio ante el órgano judicial y si éste se empeña en obtener la certeza sobre, *primero*, lo que se denomina generales de la Ley, *segundo*, sobre lo que reconocemos como razón de ciencia e incide, *tercero*, sobre las explicaciones y aclaraciones de aquellas respuestas que las necesiten, el testigo no estará en una posición tan cómoda como la que normalmente tiene en el proceso, y, por tanto, con la prueba de testigos se alcanzará una mayor eficacia y un mayor grado de verdad.

Vamos, aunque sea muy brevemente, a fijarnos en cada una de esas cuestiones que hemos planteado más arriba.

En relación con las *generales de la Ley*, no se le da en la práctica la gran importancia que tienen; de hecho la pregunta se hace de forma tan rutinaria a los testigos que éstos no son conscientes de la necesidad de contestar finalmente a lo que se les pregunta. El juez no le explica al testigo la incidencia de que puede tener la pregunta, qué se entiende por interés, o qué grado debe tener éste para que sea admitido como tal por el testigo. En nuestra práctica judicial hemos encontrado jueces que hacen una interpretación absolutamente inapropiada de la norma jurídica, pues, aún en los casos en los que el testigo ha admitido de forma clara y terminante que tiene interés en que alguna de las partes gane el pleito, el órgano judicial ha inquirido si ese interés se haría faltar a la verdad, y la contestación negativa del testigo ha sido suficiente para que no se tome en cuenta sus afirmaciones.

El juez debe hacer un examen serio al testigo en orden al cual es su interés en el pleito, porque sólo con esa base podrá posteriormente calibrar en sus justos términos si el relato de hechos que efectúa el testigo se adecúa o no a la verdad y, sobre todo, podrá precisar y calibrar los matices que tan importantes son en todo testimonio.

Difícilmente vemos en la práctica de esta prueba a un juez preguntar por *la razón de ciencia* que tiene el testigo; y es fundamental. Porque sólo conociendo cuál ha sido la fuente de información que ha utilizado el testigo para poder afirmar o negar hechos, sólo en esa situación se podrá tener la capacidad de valorar convenientemente la prueba. Pero si por el contrario lo que ocurre normalmente es que el juez lee al final de la tramitación del pleito un folio en el que se recoge el acta de la práctica de la prueba, en el que se puede leer algo tan sumamente inexpresivo como, por ejemplo, «a la segunda: que no es cierto», «a la tercera: que es cierto», es absolutamente imposible valorar convenientemente esta prueba.

Se produce, entonces, un efecto perverso: los abogados observan cómo el testimonio del testigo que ha dicho verdad no es tenido en cuenta por el órgano judicial; y si observa este resultado con reiteración (sin temor a equivocarnos, muy pocos serán los casos en los que el abogado pueda contar que ganó o perdió el pleito por un testimonio), es lógico que surja la inercia y que la prueba de testigos o bien no sea pedida o bien sea abandonada a su suerte.

La tercera circunstancia en la que deberíamos detenernos es la facultad del juez de *pedir aclaraciones, explicaciones o incluso formular preguntas al hilo de las contestaciones que el testigo dé a lo largo de su testimonio*. Aquí, como en los casos anteriores, si el juez no las pide, o no asiste a la práctica de la prueba, nos encontraremos ante una cierta incapacidad para la valoración. Si el testigo dice que sí, o afirma una serie de hechos, o relata unas circunstancias fácticas de una determinada manera, la explicación de lo que está diciendo o la aclaración de los términos confusos o de los relatos oscuros, es un medio imprescindible para poder establecer si está diciendo o no la verdad. En definitiva, se trata de hacer en el proceso civil lo que normalmente se hace en el proceso penal, es decir, poner encima de la mesa el número mayor posible de datos que permitan valorar al juez convenientemente el testimonio. Esta valoración no se podrá hacer si previamente el juez no tiene claro el contenido mismo del testimonio, porque labor previa a la *valoración* es siempre la *interpretación*.

IV. LA NECESIDAD DE ACUDIR A LA PRUEBA DOCUMENTAL. PROBLEMÁTICA

Lo dicho hasta ahora nos pone de manifiesto que bien por razones estrictamente legales o bien de práctica judicial, al abogado no le queda más remedio en el proceso civil que acudir a la *prueba documental*. Si la prueba de confesión y la de testigos presentan las carencias que hemos visto, si la prueba de reconocimiento judicial tiene unos límites tan estrechos para su utilización, no queda más remedio que usar y abusar de la prueba de documentos.

Pero la utilización de la prueba de documentos choca, bajo nuestro criterio, con distintos elementos que igualmente pueden hacerla bastante ineficaz. Queremos referirnos a alguno de ellos.

En primer lugar, al tener el abogado conciencia de que el pleito se va a resolver a favor de aquella parte que mejor tenga fundado su derecho en documentos, se producirá un fenómeno muy curioso que incluso puede empeñar la propia actividad de asesoramiento del abogado: me refiero a la necesidad de *preconstituir la prueba*. ¡Cuántas veces nos vemos obligados a tomar excesivas precauciones para no producir documentos de parte en los que ni directa ni indirectamente se pueda pensar que existe un reconocimiento de derecho, un reconocimiento de la posición jurídica contraria o cualquier otra cosa que pueda tener incidencia en un pleito futuro y posterior! Hasta tal punto esto es así que no es extraño recibir borradores de contratos y cartas de colegas sin membrete o incluso sin firma, lo que es índice de la desconfianza que se produce entre abogados lo que, en determinadas ocasiones, puede incluso perjudicar al cliente.

Pero de otra parte, preconstituir una prueba puede producir efectos negativos en el proceso futuro; muchas veces equivocamos los conceptos y en lugar de preconstituir la prueba lo que hacemos es modificar la naturaleza jurídica de las pruebas, intentando cambiar su sentido y su significado. ¿Cuántas veces nos hemos encontrado con que alguien quiere convetir un testimonio en un documento, o en el que se quiere sustituir la prueba de reconocimiento judicial por la de un acta de presencia, que ni siquiera está levantada por un fedatario público? Este cambio que se pretende no produce más que distorsiones que, al final, afectan a la exacta valoración de la prueba y a la eficacia de ésta en el proceso, porque mucho mejor sería en esos supuestos pedir el testimonio del testigo con

todas sus garantías establecidas en la Ley o pedir el reconocimiento judicial también con todas sus garantías y ventajas.

Hay una segunda circunstancia que resta eficacia a la prueba documental. En muchas ocasiones necesitamos presentar documentos en el proceso que no están en nuestras manos, que están en poder de terceros o, lo que es peor, en poder de la parte contraria.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la reforma de 1984, regula de manera más o menos acertada la presentación de documentos por aquellas personas, ajenas al proceso, que los tienen en su poder; y el ordenamiento jurídico, fundamentalmente el Código de Comercio, aunque también la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan desde hace ya mucho tiempo la posibilidad de pedir la exhibición de aquellos documentos que forman los libros, registros y papeles de una de las partes procesales. Pero las limitaciones legales en uno y en otro caso hacen bastante ineficaz el sistema que se regula.

En efecto, en lo que se refiere a los documentos que están en poder de terceros, es claro que el legislador no ha establecido un sistema que claramente apueste por la obligación del tercero de presentar los documentos que tienen en su poder y que fundamentan el derecho de una de las partes; las cautelas que rigieron la modificación legal en 1984 impiden en la práctica que se pueda utilizar una prueba documental que en ocasiones es esencial, máxime porque la práctica judicial, casi siempre movida por la inercia, ha impuesto una aplicación restrictiva del artículo 602 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Por otra parte, la regulación que el Código de Comercio de y la Ley de Enjuiciamiento Civil hacen de la presentación de documentos que están en manos de la contraparte, presentan unas limitaciones evidentes que hacen a la diligencia probatoria parcialmente eficaz; recuérdese que sólo es posible obligar a la contraparte a presentar documentos, que puedan favorecer a la otra, cuando se trata de comerciantes, no en aquellos otros casos en donde el litigante no tiene esta condición.

En este orden de cosas, las diligencias preliminares están reguladas en el artículo 497 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil son igualmente inoperantes para los fines que estamos tratando.

En efecto, entre las diligencias que están recogidas en la norma citada, sólo las que están comprendidas en el número 3 y en el número 5 permi-

ten la petición de documentos a los efectos de presentar el juicio. En el primer caso, se trata de un supuesto muy particular que, como sabemos, hace referencia a la exhibición del testamento, codicilo o memoria testamentaria del causante de la herencia o del legado por aquel que se pretenda heredero, coheredero o legatario.

En el segundo caso, aun cuando pueda en principio parecer que estamos ante un caso muy particular, sin embargo, puede tener una gran aplicación en la práctica, pues se trata de la posibilidad que tienen los socios o los comuneros de pedir la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad cuando estén en poder de ésta o de otro u otros socios.

Es evidente que por este camino se podría conseguir en muchas ocasiones tener a disposición del futuro actor toda la documentación necesaria para interponer con todas las garantías pleitos de enorme importancia y transcendencia; por este camino, pleitos sobre rendición de cuentas, de responsabilidad de los administradores y otros, podrían encontrar solución a las dificultades que en la mayoría de los casos tenemos los abogados para conseguir un buen planteamiento y un buen éxito probatorio.

Desgraciadamente, la regulación que se hace de las diligencias preliminares es insuficiente, no sólo porque los supuestos están limitados, sino porque la negativa a la exhibición ordenada por el juez da lugar a un incidente con una tramitación larga y tediosa; en concreto, hay que llevar a cabo un proceso declarativo de incidentes para intentar preparar el verdadero e importante proceso de declaración.

Si a todo esto añadimos que, a la postre, la negativa a la exhibición de los documentos lo que comporta es la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieren ocasionar, la situación nos pone ante una panorámica legislativa muy deficiente.

Digamos, pues, que las dificultades en preconstituir racional y eficazmente la prueba, junto con las dificultades de traer al proceso los documentos que están en manos de terceras personas, o de disponer de ellos para poder organizar la defensa de los derechos de los clientes, hacen muy difícil al profesional tener en todo momento la base documental necesaria y eficaz.

Junto a esto, y por último, es significativo y muy importante que tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1992 ya no es posible

censurar en casación las equivocaciones que pueda tener el juzgador en la valoración de la prueba documental. Ello propicia una situación en la que, fundamentalmente, la Audiencia Provincial, en el trámite de apelación, puede llegar a interpretaciones y valoraciones probatorias totalmente contrarias a la regla general que rige en materia de valoración probatoria de los documentos privados y públicos que reúnan la condición de auténticos. Si no existe el freno de la casación, y si, previamente, ha existido una jurisprudencia, ciertamente peligrosa, que ya empezó a manifestar que la prueba de documentos, al igual que la prueba de confesión, no era distinta a las demás pruebas, nos encontramos con un panorama alarmante porque desfigura la única prueba que nos queda para intentar conseguir que se tutelen nuestros derechos y nuestros intereses legítimos.

Entiendo que la situación es, pues, difícil y que necesita de una rápida modificación.

V. CONCLUSIÓN Y DESIDERATA

Ante esta situación parece absolutamente imprescindible que se modifique la Ley y, en consecuencia, la práctica judicial. Hemos mantenido en otros foros la conveniencia de ir a una Ley de Enjuiciamiento Civil que fundamentalmente tiene que pasar por las siguientes pautas en materia probatoria:

Deben regularse unas *diligencias previas* en modo tal que se posibilite en todo caso el ejercicio efectivo del derecho a la tutela judicial; eso permitirá al juez, bajo los apercibimientos correspondientes, ordenar al posible demandado o a terceros, la entrega o exhibición de los documentos que sean necesarios para la presentación de la demanda y de la información que sea requerida a tales efectos; todo ello con las cautelas que sean necesarias para evitar el perjuicio de terceros y, sobre todo, la utilización fraudulenta de los trámites procedimentales.

Se echa de menos en nuestra legislación las prácticas judiciales, de carácter cautelar, que son muy comunes en el derecho anglosajón y que permiten la utilización a los abogados de toda la documentación con que cuenta la contraria, se haya presentado o no en el proceso; y no sólo eso, sino que permite que el futuro actor tenga para poder interponer su demanda en su poder toda la documentación precisa que esté en manos del futuro demandado. La creación de interventores depositarios que hagan posible la utilización responsable de la documentación a los solos efectos

de la defensa y la imposición de penas gravísimas al que viole el mandato legal, incluso con la pérdida de la condición de abogado, son mecanismos que deberíamos tener en nuestra legislación a finales del siglo XX y nos permitirían observar el proceso desde una perspectiva de esperanza, sobre todo a la hora de obtener resultados probatorios adecuados con la existencia y circunstancia del derecho que se pone en juego.

Por otra parte, el órgano judicial debería estar investido de efectivos de dirección material del proceso, cuyos límites deberían ser la aportación de hechos, la admisión de hechos y los principios de la carga de la prueba. *La aportación de hechos*, porque el órgano judicial no debe ir más allá de lo alegado por las partes, ya que traspasando esa línea lo que hace, en definitiva, es ejercitar el derecho que ponen en juego las partes, o, si queremos, compararlo fuera de los límites queridos por las partes. *La admisión de hechos*, porque en un sistema dispositivo como en el que nos movemos, dado que nuestro ordenamiento jurídico está, en el campo privado, compuesto por derechos e intereses de este carácter, es absolutamente necesario que el órgano judicial resuelva de acuerdo con el material de hecho en el que haya contradicción, aceptando como fundamento de su sentencia los hechos en los que las partes están concordes, aún cuando no sean ciertos. *Los principios de la carga de la prueba* porque son, entre otras cosas, un mecanismo que garantiza la imparcialidad judicial que, como sabemos, es una garantía constitucional de la propia jurisdicción.

Desde estas bases tan amplias como aquí son formuladas, creemos que se debería modificar, en lo que se refiere a los medios de prueba, lo siguiente:

- habría que buscar un nuevo concepto de documento, en modo tal que en él puedan entrar medios probatorios que actualmente no tienen un acomodo en las normas legales (cintas videomagnéticas, cintas sonoras, etc...);
- se debería regular la declaración de las partes como medio probatorio, con amplísimos poderes judiciales;
- hay que instituir el interrogatorio de los testigos por las partes y por el juez evitando el encorsetamiento de la legislación actual;
- se deberían determinar los casos en los que el órgano judicial puede practicar de oficio la prueba de peritos;

- habría que potenciar el carácter legal de la valoración de la prueba de documentos auténticos;
- por último, deberíamos prescindir de las normas referentes a la prueba de confesión y juramento y aquellas otras que regulan las llamadas diligencias para mejor proveer.

Todas estas reformas no surtirán el efecto deseado si no se consigue la regulación de un proceso civil que, con excepción de los actos alegatorios, se desarrolle de forma oral en una única vista con una o varias sesiones. La eficacia probatoria va aparejada a la existencia de un proceso oral, en el que la inmediación es absolutamente imprescindible, de ahí que se esté propugnando en los medios oficiales la idea del proceso fundamentalmente oral.

Pero, mientras tanto, mientras que llega la deseada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es absolutamente imprescindible que los jueces cumplan con la Ley, cumplan con el principio de inmediación y, sobre todo, ejerzan puntualmente con los escasísimos poderes que la Ley les da en materia probatoria. Sólo así se conseguiría que se estuviera en condiciones de poder valorar pruebas que actualmente no se valoran o se valoran negativamente, y sólo así se conseguiría que los abogados volviéramos a la utilización de esos medios de prueba olvidados, alcanzándose, a la postre, un mayor grado de eficacia probatoria.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

III. Resumen de jurisprudencia

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

FERNANDO HERRERO-TEJEDOR ALGAR

JOSE RAMÓN NOREÑA SALTO

Fiscales ante el Tribunal Constitucional

**SENTENCIA del Tribunal Constitucional 188/1994, de 20 de junio.
Ponente Gimeno Sendra. Sobre acceso al recurso en materia de derechos fundamentales.**

Se trata de una resolución del Tribunal Constitucional de excepcional trascendencia a la hora de establecer los recursos contra sentencias en el procedimiento especial contencioso-administrativo de la Ley 62/1978, en que el Ministerio Fiscal es siempre parte.

En materia de recursos, el artículo 9.1 de la Ley 62/1978 establecía que:

«Contra la sentencia podrá interponerse, en su caso, recurso de apelación, en un solo efecto, ante el Tribunal Supremo.»

Ahora bien, tal precepto hay que entenderlo formalmente derogado por la Disposición Derogatoria 2.^a de la Ley 10/1992, que suprime todas las referencias al recurso de apelación en materia contencioso-administrativa. La nueva normativa sólo hace mención expresa de la Ley 62/1978 en su apartado 2.c) para excluir de la casación las sentencias dictadas en materia de derecho de reunión (artículo 7.6).

La Ley 62/1978 no contiene ya referencia expresa alguna a los recursos. Por tanto, el tenor literal de la legislación vigente nos llevaría a la aplicación supletoria de la L.J.C.A (en virtud de la remisión efectuada por el artículo 6 de la Ley 62/1978). Cabría, pues, recurso de casación contra sentencias (sin perjuicio de los Autos de inadmisión y suspensión:

artículo 94 L.J.C.A.) en todos los casos —y sólo en ellos— previstos en el artículo 93 L.J.C.A. Habría que excluir, por tanto —como sucedía en la legislación anterior, según la interpretación dada a la locución «en su caso»—, los asuntos de personal y aquellos cuya cuantía no exceda de seis millones de pesetas, «cualquiera que fuera la materia».

Ahora bien, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos ha venido a alterar profundamente tal panorama. Aunque está dictada para resolver la procedencia constitucional de la inadmisión de un recurso de apelación contra la sentencia dictada en un procedimiento de la Ley 62/1978, entendemos que su doctrina es perfectamente aplicable al actual recurso de casación.

Su fundamento jurídico 1.º centra el problema que va a ser objeto de examen por el Tribunal Constitucional:

«Alegan los demandantes de amparo que la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo ha incurrido en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los recursos, pues las previsiones generales que en materia de acceso a la apelación se contienen en la Ley Jurisdiccional no pueden aplicarse supletoriamente de manera automática a los supuestos en los que se pretende recurrir contra una sentencia dictada en el marco del procedimiento especial diseñado por la Ley 62/1978.»

Tras un análisis de la cuestión, concluye el máximo intérprete de la Constitución, en el fundamento jurídico 4.º de la sentencia que citamos:

«Siendo el de la Ley 62/1978 un procedimiento específicamente ideado para la defensa judicial de los derechos fundamentales, no es razonable que, a los efectos de la apelación, se esté mecánicamente al criterio y a las exigencias establecidas para el caso de los recursos intentados en un procedimiento ordinario que, como es el caso del contencioso-administrativo, aparece informado por el principio de única instancia. (...) Cuando lo planteado en el proceso sea manifiestamente un problema directamente relacionado con la tutela de los derechos fundamentales, es necesario permitir la segunda instancia y darle ocasión al Tribunal Supremo a fin de que pueda restablecer el derecho fundamental vulnerado.»

Es decir, que si el procedimiento se encuentra debidamente admitido a trámite, por discutirse en él un acto administrativo que repercuta en el

ejercicio de un derecho fundamental, la intervención del Tribunal Supremo debe («es necesario») permitirse siempre.

No hace falta resaltar la importancia de tal doctrina a efectos prácticos. De hecho, viene a modificar incluso la sentada anteriormente por el propio Tribunal Constitucional, que consideraba ajustada a las exigencias del artículo 24.1 de la Norma Suprema la inadmisión del recurso de casación cuando la materia se refería a cuestiones de personal. Dado que también en esa materia pueden lesionarse derechos fundamentales, hay que concluir que debe admitirse la intervención del Tribunal Supremo. Y por supuesto —ésa era la problemática planteada en la sentencia que citamos— el hecho de que la cuantía del pleito no alcance los seis millones de pesetas o no es óbice alguno para la inadmisión del recurso de apelación (hoy de casación).

La ampliación del ámbito de la casación a todas las sentencias rectamente dictadas por el cauce de la Ley 62/1978 no dejará de levantar polémica. Por su interés, reproducimos los fundamentos jurídicos esenciales de la citada STC 188/1994:

«3. Se trata ahora, por tanto, de examinar si de la interpretación que de la legislación procesal aplicable al caso ha asumido el Tribunal Supremo se deriva o no lesión alguna del derecho a la tutela. A juicio del Abogado del Estado, la Sala Tercera ha interpretado de manera razonable la expresión «en su caso» utilizada por el artículo 9.1 de la Ley 62/1978 a la hora de determinar si son o no apelables las sentencias dictadas en primera instancia a través de ese procedimiento esencial; en su opinión, sostener que aquella expresión implica una remisión a la ordenación general de recursos contenida en la Ley Jurisdiccional y que, en consecuencia, la apelación sólo cabe, en lo que ahora importa, superada la cuantía mínima reseñada en el antiguo artículo 94.1.a) de la L.J.C.A., es algo que, además de ser razonable y conforme con la literalidad el precepto, aparece perfectamente razonado en la sentencia ahora impugnada. El Ministerio Fiscal, por el contrario, entiende que, si bien no cabe admitir que la apelación ha de ser siempre posible en el marco de la Ley 62/1978, resulta contrario al artículo 24 haber inadmitido un recurso de apelación como el intentado por los demandantes, pues no es razonable atenerse al criterio de la cuantía cuando el objeto del litigio no es en realidad cuantificable.

4. Atendida la literalidad del artículo 9.1 de la Ley 62/1978, una de sus posibles interpretaciones sería entender que dicho precepto, al per-

mitir el recurso de apelación «en su caso», se remite a lo dispuesto, en materia de ordenación de recursos, en la Ley Jurisdiccional y que, por tanto, los límites que ésta establece son también aplicables en el marco de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. Es más, este Tribunal, como recuerda el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, ha confirmado semejante interpretación de la legalidad ordinaria.

Ahora bien, el hecho de que, con carácter general, se haya admitido esa interpretación no significa que, en todo caso, la aplicación supletoria de la L.J.C.A. sea siempre conforme con las exigencias derivadas del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Y ello porque, entre los criterios seguidos por este Tribunal para determinar si la aplicación de una causa legal de inadmisión es o no razonable y conforme con el derecho a la tutela judicial, figura también, como igualmente recuerda el Abogado del Estado, el de la naturaleza y finalidad del proceso en el que pretende ejercitarse el recurso inadmitido. Siendo el de la Ley 62/1978 un procedimiento específicamente ideado para la defensa judicial de los derechos fundamentales, no es razonable que, a los efectos de la apelación, se esté mecánicamente al criterio y a las exigencias establecidas para el caso de los recursos intentados en un procedimiento ordinario que, como es el caso del contencioso-administrativo, aparece informado por el principio de la única instancia; será posible ese criterio cuando, como por desgracia sucede con no poca frecuencia, por la vía de la Ley 62/1978 se haya encauzado un litigio en el que manifiestamente no se planteen cuestiones relativas a supuestas lesiones de derechos fundamentales o cuando la reparación de las mismas se haya producido ya en la primera instancia y con la apelación no se pretenda otra cosa que discutir ante un Tribunal superior cuestiones de estricta legalidad ordinaria. Pero, cuando lo planteado en el proceso sea manifiestamente un problema directamente relacionado con la tutela de los derechos fundamentales, es necesario permitir la segunda instancia y darle ocasión al Tribunal Supremo a fin de que pueda restablecer el derecho fundamental vulnerado.

En el presente caso, la cuestión planteada por los demandantes de amparo se refería con claridad a la materia propia de la Ley 62/1978, pues no se invocaban meros derechos legales, sino los derechos fundamentales tan señalados como los reconocidos en los artículos 14 y 16.2 de la Constitución. Ello sería ya suficiente, habida cuenta del indiscutible encuadramiento de la materia litigiosa en el ámbito del procedimiento especial, para haber permitido el acceso a la apelación, posibilitando con

ello la intervención del Tribunal Supremo, al que, como cúspide de la jurisdicción ordinaria, le compete con carácter preferente –no subsidiario, como es el caso con este Tribunal Constitucional– la defensa de los derechos fundamentales, y con cuya intervención última en vía ordinaria se asegura un efecto unificador de la doctrina legal que sirve a fines tan relevantes como garantía del principio de seguridad jurídica o del principio mismo de igualdad en la aplicación de la ley.

En definitiva, la expresión «en su caso» del artículo 9.1 de la Ley 62/1978 podía interpretarse en el sentido en que lo ha hecho la sentencia impugnada si la materia objeto de debate fuese manifiestamente ajena a los derechos fundamentales, pero no cuando lo que se pretenda sea un pronunciamiento sobre cuestiones en las que tales derechos aparezcan evidentemente implicados. En el supuesto de autos esa conexión era, según se ha dicho, manifiesta; además, y como apunta el Ministerio Fiscal, la aplicación del criterio limitativo de la cuantía era más que discutible, debiéndose, por ello, estar a la interpretación más favorable para el acceso al recurso. Y era discutible porque, en puridad, la lesión de derechos denuncia no era susceptible de valoración crematística; existía, ciertamente, la cuantía del porcentaje de la cuota a liquidar por los recurrentes, pero lo discutido no era el importe de ese porcentaje –abonable en todo caso–, sino la finalidad que habría de dársele, articulándose el criterio de los actores en favor de un determinado destino, precisamente, en consideración de orden religioso y de igualdad. El problema planteado era, en fin indiscutiblemente, relevante desde la perspectiva de los derechos fundamentales, en cuya defensa a este Tribunal Constitucional le asiste sólo la última y no la primera palabra.»

SENTENCIA del Tribunal Constitucional 117/1994, de 25 de abril. Ponente Gabaldón. Efectos de la revocación del consentimiento de materia de derechos a la propia imagen.

Esta sentencia, tras perfilar el contenido del derecho a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución, reconoce la eficacia del consentimiento prestado en esta materia, siempre que no se le otorguen efectos de pasado. Cara al futuro es posible, pero habrá que tener en cuenta las garantías del resarcimiento que pueda causarse a terceros.

Reproducimos sus fundamentos jurídicos 3.º y 6.º, donde se recoge lo fundamental de su doctrina:

«3. El derecho a la propia imagen, reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución al par de los de honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz. El derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada, intervención que en el derecho que ahora nos ocupa manifestarse tanto respecto de la observación y captación de la imagen y sus manifestaciones como de difusión o divulgación posterior de lo captado. Estos derechos, como expresión de la persona misma, disfrutan de la más alta protección en nuestra Constitución y constituyen un ámbito exento capaz de impedir o limitar la intervención de terceros contra la voluntad del titular. Sin perjuicio de las salvedades que puedan tener lugar en relación con las imágenes captadas en público, especialmente las de personajes públicos o de notoriedad profesional cuando aquellos derechos colisionen con los de artículo 20.1.d) y 4 de la Constitución Española puesto que el relativo a la imagen forma parte de aquéllos, éste es irrenunciable en su núcleo esencial y por ello aunque se permita autorizar su captación o divulgación será siempre con carácter revocable.

Cierto que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas debe afirmarse que también en tales casos el consenti-

miento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado. Mas, en esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio; y corresponde a los Tribunales ordinarios la ponderación de los derechos en conflicto en tales casos, sin perjuicio de la que a este Tribunal compete, únicamente desde la perspectiva constitucional.

6. La dicción literal del artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982 deja fuera de toda duda que la revocación puede producirse “en cualquier momento”, prescripción que se refiere al momento de ejercicio de aquella, pero no siempre al tiempo de sus efectos ni por tanto autoriza para que éstos se apliquen a situaciones pretéritas, troncando retroactivamente en ilegítimas intromisiones antes consentidas. Por otra parte, cuando existe una autorización contractual que atribuyó a la imagen un valor patrimonial poniéndola en el comercio, los efectos de la revocación, ya se dirija a la persona primitivamente autorizada ya a terceros que de ella traen causa, habrá de tener en cuenta (como antes decimos) los condicionamientos o requerimientos que resulten de las relaciones contractuales existentes. Cuando menos, como se desprende de la regulación legal, habrá de acreditar algunas circunstancias como la de proceder del propio titular del derecho, expresar de modo concreto e indubitado la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por la persona o personas a quienes se dirige (incluso publicación en caso necesario), tener lugar en momento en el que todavía el derecho cedido pueda ejercitarse, no atribuirle con carácter retroactivo (o sea invalidatorio de los efectos ya producidos) y, por último, mediante la indemnización de los daños y perjuicios; requisito este último que en muchos casos no podrá relegarse íntegramente al futuro sino que habrá de influir en el modo, tiempo y circunstancias de la revocación, particularmente en cuanto a la garantía de las indemnizaciones procedentes. Y la incidencia de estas circunstancias, que es sin duda de apreciación por los Tribunales civiles, podrá ser examinada por este Tribunal tan sólo en cuanto dicha apreciación judicial hubiera podido lesionar el derecho fundamental.»

SENTENCIAS 183/1994, de 20 de junio. Ponente Díaz Eimil, y 197/1994, de 4 de julio. Ponente Vives Pi-Sunyer. Sobre intervención de las comunicaciones del interno con su letrado defensor, por Acuerdo del Centro Penitenciario.

Ambas sentencias (la segunda se limita a remitirse al contenido de la primera) aclaran un punto fundamental de la Ley Orgánica General Penitenciaria: El Director del Centro Penitenciario carece de facultades para limitar las comunicaciones del interno con su letrado. Tal medida sólo podrá acordarse judicialmente y con la debida fundamentación y proporcionalidad.

«El problema a resolver consiste en determinar si la intervención de las comunicaciones orales y escritas acordada, según el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, por el Director del Centro Penitenciario y ratificado por su Junta de Régimen y Administración, puede aplicarse, sin lesión para el derecho fundamental de defensa, a las comunicaciones específicas a que se refiere el artículo 51.2 de la misma Ley Penitenciaria, es decir, del interno, acusado de terrorismo, con su abogado defensor.

Según disponen los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución todo acto limitador de un derecho fundamental requiere la adecuada cobertura de la Ley, lo cual proyectado a las comunicaciones del interno en un establecimiento penitenciario, en el que están implicados o bien el derecho a la intimidad personal –artículos 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria– o bien el derecho de defensa –artículo 51.2 de la misma Ley–, significa que es presupuesto habilitante inexcusable de la intervención de las mismas una previsión legislativa clara y terminante que autorice a adoptarla, tal y como disponen, en relación concreta con esos derechos, el artículo 25.2 de la Constitución y el 8.2 del Convenio de Roma.

Los Acuerdos administrativos recurridos, al igual que las Resoluciones judiciales que los confirman, pretenden encontrar esa habilitación legal en el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en cuanto este precepto autoriza al Director del Establecimiento a suspender o intervenir motivadamente las comunicaciones orales y escritas previstas en el mismo artículo, en cuyo número 2 se incluyen las comunicaciones de los internos con su abogado, y se permite que sean suspendidas o intervenidas por “orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terro-

rismo”; frase esta última que les conduce a entender que el Director del establecimiento puede extender su facultad de suspensión a esta específica clase de comunicaciones, en los supuestos de terrorismo.

Esta interpretación aunque se haya hecho referencia a ella en la STC 73/1983, en una declaración accidental o de *obiter dictum*, no se aviene con el sentido más estricto y garantista que merece atribuirse al artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y además responde a una confusión entre dos clases de comunicaciones que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados.

Es evidente, en efecto, que el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, distingue entre las comunicaciones, que podemos calificar de generales, entre el interno con determinada clase de personas –artículo 51.1– y las comunicaciones específicas, que aquél tenga con su abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (artículo 51.2); la primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del artículo 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas “por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento”, según precisa el artículo 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del artículo 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario.

Este carácter de régimen singular, que para las comunicaciones con el Letrado establece el artículo 51.2, se prolonga más allá de la Ley, manteniéndose con toda claridad en su Reglamento de 8 de mayo de 1981, en el que las comunicaciones orales con el abogado se regulan en Sección distinta de la dedicada a las comunicaciones del régimen general y en el que, al tratar de las comunicaciones escritas, con el abogado, el artículo 18.4 ordena de forma explícita que “no tendrán otras limitaciones que las establecidas en el punto 2 del artículo 51 de la Ley General Penitenciaria”.

Esta diferenciación esencial que existe entre el artículo 51.5 –régimen general cuya única remisión válida es el artículo 51.1– y el artículo 51.2, pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones

SENTENCIAS 183/1994, de 20 de junio. Ponente Díaz Eimil, y 197/1994, de 4 de julio. Ponente Vives Pi-Sunyer. Sobre intervención de las comunicaciones del interno con su letrado defensor, por Acuerdo del Centro Penitenciario.

Ambas sentencias (la segunda se limita a remitirse al contenido de la primera) aclaran un punto fundamental de la Ley Orgánica General Penitenciaria: El Director del Centro Penitenciario carece de facultades para limitar las comunicaciones del interno con su letrado. Tal medida sólo podrá acordarse judicialmente y con la debida fundamentación y proporcionalidad.

«El problema a resolver consiste en determinar si la intervención de las comunicaciones orales y escritas acordada, según el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, por el Director del Centro Penitenciario y ratificado por su Junta de Régimen y Administración, puede aplicarse, sin lesión para el derecho fundamental de defensa, a las comunicaciones específicas a que se refiere el artículo 51.2 de la misma Ley Penitenciaria, es decir, del interno, acusado de terrorismo, con su abogado defensor.

Según disponen los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución todo acto limitador de un derecho fundamental requiere la adecuada cobertura de la Ley, lo cual proyectado a las comunicaciones del interno en un establecimiento penitenciario, en el que están implicados o bien el derecho a la intimidad personal –artículos 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria– o bien el derecho de defensa –artículo 51.2 de la misma Ley–, significa que es presupuesto habilitante inexcusable de la intervención de las mismas una previsión legislativa clara y terminante que autorice a adoptarla, tal y como disponen, en relación concreta con esos derechos, el artículo 25.2 de la Constitución y el 8.2 del Convenio de Roma.

Los Acuerdos administrativos recurridos, al igual que las Resoluciones judiciales que los confirman, pretenden encontrar esa habilitación legal en el artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en cuanto este precepto autoriza al Director del Establecimiento a suspender o intervenir motivadamente las comunicaciones orales y escritas previstas en el mismo artículo, en cuyo número 2 se incluyen las comunicaciones de los internos con su abogado, y se permite que sean suspendidas o intervenidas por “orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terro-

rismo”; frase esta última que les conduce a entender que el Director del establecimiento puede extender su facultad de suspensión a esta específica clase de comunicaciones, en los supuestos de terrorismo.

Esta interpretación aunque se haya hecho referencia a ella en la STC 73/1983, en una declaración accidental o de *obiter dictum*, no se aviene con el sentido más estricto y garantista que merece atribuirse al artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y además responde a una confusión entre dos clases de comunicaciones que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados.

Es evidente, en efecto, que el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, distingue entre las comunicaciones, que podemos calificar de generales, entre el interno con determinada clase de personas –artículo 51.1– y las comunicaciones específicas, que aquél tenga con su abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (artículo 51.2); la primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del artículo 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas “por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento”, según precisa el artículo 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del artículo 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario.

Este carácter de régimen singular, que para las comunicaciones con el Letrado establece el artículo 51.2, se prolonga más allá de la Ley, manteniéndose con toda claridad en su Reglamento de 8 de mayo de 1981, en el que las comunicaciones orales con el abogado se regulan en Sección distinta de la dedicada a las comunicaciones del régimen general y en el que, al tratar de las comunicaciones escritas, con el abogado, el artículo 18.4 ordena de forma explícita que “no tendrán otras limitaciones que las establecidas en el punto 2 del artículo 51 de la Ley General Penitenciaria”.

Esta diferenciación esencial que existe entre el artículo 51.5 –régimen general cuya única remisión válida es el artículo 51.1– y el artículo 51.2, pone de manifiesto la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones

de “orden de la autoridad judicial” y “supuestos de terrorismo”, que en el mismo se contienen, así como derivar de ello la legitimidad constitucional de una intervención administrativa que es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales. Dichas condiciones habilitantes deben por el contrario, considerarse acumulativas y, en su consecuencia, llegarse a la conclusión que el artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su abogado sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones.

En su virtud, la aplicación de los Acuerdos recurridos a las comunicaciones del interno demandante de amparo con su Letrado defensor vulneró, al carecer de la necesaria habilitación legal, el derecho de defensa que garantiza el artículo 24.2 de la Constitución; acuerdo que, por consiguiente, debe ser anulado en relación con dicha clase de comunicación específica, por haberse limitado a este tema el recurso, en el que no se combatió el acuerdo en cuanto intervino genéricamente otra clase de comunicaciones. Este limitado efecto del recurso de amparo no debe, sin embargo, servir de impedimento para afirmar que también en su aspecto general los Acuerdos recurridos carecen de motivación suficiente, imponen una medida de intervención desproporcionada por su indeterminación temporal y no fueron seguidos de un cumplimiento debido de la obligación de dar cuenta inmediata a la autoridad judicial competente.»

AUTO del Tribunal Constitucional número 50/1992, de 18 de febrero, J.C. T. XXXIII, pág. 947. Prisión provisional tras condena. Artículos 17 de la Constitución Española y 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«...mientras no expire el plazo de recurso contra el fallo condenatorio, o no sea resuelto si se llega a interponer, los órganos de la justicia criminal han de limitarse a ejercer su potestad de prisión provisional, cuya regulación principal se contiene en los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A este respecto es esencial el párrafo 5 de este último precepto, que dispone: «Una vez condenado el inculcado, la prisión

provisional podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiera sido recurrida.»

Lo que en el presente asunto está en entredicho no es directamente la duración de la prisión provisional, sino la fundamentación material de la medida adoptada. Es evidente que no se trata de la prolongación de una previa prisión provisional, que sería inaceptable una vez agotado el plazo máximo legal (STC 40/1987), pues el inculpado se encontraba en situación de libertad provisional. Es igualmente evidente que en la causa concurrían las circunstancias previstas por el artículo 503 Ley de Enjuiciamiento Criminal; pues una vez recaída sentencia condenatoria por ocho delitos, entre ellos dos de asesinato castigados con más de veinte años de reclusión mayor cada uno, había constancia de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito (artículo 503.1), aparecían motivos bastantes para creer responsable criminalmente al afectado (número 3 del mismo artículo), y la pena era superior a la prisión menor (número 2). El nervio de la impugnación consiste en negar que este último factor pueda ser considerado, una vez agotada la prisión provisional dictada durante el sumario; y sin que pueda admitirse una nueva decisión de prisión provisional, dado que no se había producido incomparecencia alguna (artículo 504.1), ni que la medida pueda acogerse a nuevos plazos máximos de prisión más largos, puesto que no se trata de la prolongación de una prisión existente en el momento de dictarse en instancia la condena (artículo 504.5).

Esta alegación es manifiestamente insuficiente para fundar la pretensión de amparo. Su apoyo en el derecho fundamental a la libertad personal, que anuncia el artículo 17 de la Constitución, ha de ser apreciado desde la doctrina declarada en la STC 108/1984, que otorgó el amparo instado contra la denegación a cancelar una fianza de libertad provisional, tras una sentencia absolutoria que se encontraba pendiente de recurso de casación. Allí se sostuvo que las medidas cautelares relativas a la libertad del imputado en un proceso penal han de ser adoptadas por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada debe basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes; toda medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso (fundamento jurídico 2.b). Esa misma sentencia reconoció que, una vez dictado el fallo por el Tribunal de instancia, es posible mantener medidas que cumplan una función cautelar, y, especialmente, recordó que tanto el artículo 5.3 del Convenio de Roma como el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos admiten que se im-

pongan garantías «en orden a la comparecencia para la ejecución del fallo que pueda dictarse eventualmente en casación, si se estimara el recurso» (fundamento jurídico 4).

La solución, desde estos parámetros, deviene evidente, pues no parece dudoso que, cuando ha recaído sentencia condenatoria, imponiendo una pluralidad de penas de una extraordinaria gravedad varias de ellas, por delitos independientes, resulta razonable y proporcionado acordar la prisión provisional del condenado inicialmente en la instancia.

Que el sometido a proceso no haya dejado de comparecer a ningún llamamiento judicial (como prevé el artículo 504.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) resulta entonces irrelevante. Lo determinante es la gravedad de las penas impuestas, aun sin firmeza, tal y como previene el número 2 del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que justifican sobradamente el temor judicial de que el afectado tratará de sustraerse a la acción de la justicia. Sin que resulte impertinente recordar que este Tribunal confirmó, en la sentencia 56/1987 (fundamento jurídico 4 *in fine*), el fundamento de una prisión provisional decretada contra un acusado de asesinato, siendo en aquel caso suficiente un solo delito, y que la acusación hubiera sido plasmada en el escrito de calificación del Fiscal.

Asimismo, que el acusado haya consumado dos años de prisión provisional durante la instrucción de la causa también resulta indiferente, pues al recaer condena por sentencia, aun cuando no firme, los plazos legales máximos son ampliados hasta la mitad de las penas impuestas (artículo 504.5), en términos que cubren holgadamente la situación del actor. Sin que resulte convincente la lectura sesgada que hace su defensa del verbo «prolongar» empleado en dicho precepto. Porque lo que realiza la Ley es prolongar el tiempo máximo de prisión provisional tasado en el anterior párrafo 4 de este artículo 504. Plazo más amplio, que puede ser consumido prorrogando la situación de prisión existente en el momento en que se dicte la sentencia condenatoria o, como en este caso, decretando una nueva resolución cautelar de prisión. La cual, como toda medida de aseguramiento, ha de adaptarse permanentemente a las sucesivas circunstancias por las que atraviese el proceso (artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ATC 94/1982, fundamento jurídico-3).

COMENTARIO: Este Auto distingue claramente, de una parte, entre prolongación de prisión provisional y la prisión provisional acordada respecto de persona que se encontraba en libertad, y, de otra, los límites

de la prisión provisional referidos a la tramitación de la causa, y su ampliación una vez recaída sentencia condenatoria, a la mitad de la pena impuesta.

AUTO del Tribunal Constitucional 246/1992, de 25 de agosto, J.C. T. XXXIII, pág. 765. El Auto de archivo en diligencias previas, por no constituir el hecho infracción penal, equivale al sobreseimiento libre. Artículo 789.5.1.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«...archivo y sobreseimiento, en el artículo 789.5.1.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son sustancialmente equivalentes, ofreciendo las dos clases esterotipadas. En tal aspecto, *el sobreseimiento con fundamento en que los hechos no son constitutivos de delito invocado en el primer lugar de la antedicha norma sólo puede ser calificado de libre*, que pone de manifiesto a la vez, la coincidencia textual en el número dos del artículo 637 donde se regulan los supuestos de tal tipo de decisión, por una parte y por la otra, la misma redacción de frase inmediata, que tiene un sentido alternativo cuando indica que si, aún pudiendo ser el hecho constitutivo de delito, no hubiera autor conocido, acordará el “sobreseimiento provisional, ordenando el archivo”. A la conclusión propugnada no obsta el que la decisión se adopte por el juez, no por la Audiencia, como en el procedimiento ordinario, ni que las dos modalidades yuxtapuestas sean impugnables en apelación, mientras que en casación sólo lo es el sobreseimiento libre, porque el procedimiento en que se producen pretende una desconcentración funcional que por ello se compensa con el control posterior de la Audiencia en vía de recurso.»

El Auto en el cual se acuerda o decreta el sobreseimiento libre participa de la cosa juzgada y, por ello, su efecto inmediato consiste en cercenar la posibilidad de reabrir el procedimiento o incoar uno nuevo sobre los mismos hechos.

COMENTARIO: Como se indica en el encabezamiento, el Tribunal Constitucional equipara el Auto de archivo en Diligencias Previas con el de sobreseimiento libre del artículo 637.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No ha sido éste el criterio expuesto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de diciembre de 1991 que estima que el archivo de las Diligencias Previas equivale a un sobreseimiento provisional.

AUTO de 26 de octubre de 1993 (Sala Primera del Tribunal Constitucional, R.A. 1420/1992). Principio Acusatorio: imposición de pena mayor a la solicitada por las acusaciones. Artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«...nuestra sentencia 17/1988 denegó el recurso de amparo a quien había sido condenado —como autor de un delito de imprudencia temeraria— a las penas de tres meses de arresto mayor y privación del permiso de conducir durante un año, a pesar de que el Fiscal (única acusación en la causa) se había limitado a solicitar pena de multa y privación del permiso por tres meses. Y lo hizo con fundamento en que el principio acusatorio vincula al juzgador a los hechos y a su calificación jurídica, dentro de los términos del debate procesal; pero “esta vinculación, si bien impide que la resolución judicial imponga una pena mayor que la correspondiente al delito efectivamente imputado en el proceso, no impide que, dentro de los límites de la señalada por la ley al tipo penal incriminado, el juzgador... imponga penas superiores a la solicitada por el Fiscal” (fundamento jurídico 6).» *El único límite constitucional a la potestad judicial de imponer penas consiste en: a) no alterar los hechos aducidos en el proceso; y b) que la fijación de la pena lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación jurídica de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso (STC 17/1988, fundamento jurídico 6).*

Es evidente que en el presente asunto estos límites fueron respetados por las sentencias impugnadas, que condenaron por las maquinaciones que habían sido objeto de la acusación, y se movieron dentro de los límites de la pena de multa establecida por la Ley (artículo 539 del Código Penal). El juicio es inequívoco porque, en contraste con el caso que resolvimos en la STC 17/1988, aquí no se impuso una pena de arresto que no había sido solicitada, sino que el Juzgado se limitó a agravar la cuantía de la multa pedida por el acusador. Lo cual, por lo demás, se encuentra doblemente justificado: no sólo porque “el juez se halla sometido a la ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, según su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito” (STC 17/1988, fundamento jurídico 6); sino también porque así lo dispone expresamente la ley en el artículo 63 del Código Penal, para adecuar la cuantía de las multas a las circunstancias previstas en dicho precepto.»

COMENTARIO: Este Auto se refiere a sentencia dictada en Procedimiento Abreviado; ya la sentencia recurrida en amparo había argumenta-

do que el artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no había significado una derogación de las reglas de determinación de las penas, criterio que, implícitamente, y al menos desde la perspectiva constitucional, es ratificado por el Tribunal Constitucional.

AUTO del Tribunal Constitucional número 282/1993, de 28 de septiembre. Testimonio de referencia de policías que declaran lo que les confesó el acusado. Artículo 24.2 de la Constitución Española; 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«El recurrente considera prueba ilegal las declaraciones en juicio oral de los policías investigadores que relataron que el recurrente en amparo confesó los hechos delictivos en una conversación con ellos con anterioridad al atestado, conversación que tuvo lugar en un hotel, sin asistencia de Letrado y sin información previa de derechos.

La prueba realmente tenida en cuenta por el Juzgador fue de naturaleza testifical consistente en el testimonio de los policías en el plenario declarando haber oído a los acusados admitir, en el curso de una conversación informal y sin que mediara coacción o amenaza alguna, haber cometido los hechos delictivos por los que luego fueron condenados. Esa prueba testifical –llevada a cabo en el juicio, con todas las garantías y sometida a contradicción por la defensa– no vulnera, como tal, derecho fundamental alguno.

...Ningún elemento viene a acreditar la tesis del recurrente según la cual la confesión fue obtenida con la vulneración de sus garantías constitucionales o legales. Consta la inexistencia de coacciones o amenazas destinadas a provocar la confesión. Es más, la sentencia de la Audiencia Provincial..., el recurrente se prestó incluso voluntariamente para ir a buscar al otro coautor del delito y a conducirlo hasta el hotel donde se encontraban los policías. Tampoco consta –el recurrente ni siquiera lo afirma– que los policías hicieran uso de argucias o malas artes para provocar la confesión, ni que ocultaran su condición de funcionarios de policía encargados de la investigación.

Por otro lado, si bien el artículo 24.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de toda persona a ser informado de la acusación for-

mulada contra ella y el artículo 118 Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce a toda persona a quien se le impute un delito la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y a ser informado de la existencia de la imputación y de las actuaciones procesales seguidas en relación con la misma, es obvio, sin embargo, que en el momento de su confesión, el recurrente en amparo tampoco tenía aún la condición de imputado. De la lectura de las resoluciones judiciales impugnadas ahora en vía de amparo se deduce, al contrario, que en el momento de producirse la confesión del recurrente no existía todavía un procedimiento judicial en curso sino una simple investigación policial sobre hechos que podrían revelarse —como así ocurrió a la postre— delictivos. En el supuesto examinado, por consiguiente, los agentes de policía no se encontraban obligados, al menos antes de oír la confesión del recurrente, a poner en su conocimiento los hechos delictivos que se le imputaban —suponiendo que en aquel momento el recurrente ya fuera sospechoso— a informarle de sus derechos y a llamar a su Letrado.»

COMENTARIO: Como puede observarse, en este Auto, el Tribunal Constitucional otorga validez al testimonio de referencia vertido por los policías actuantes, referente a declaraciones efectuadas espontáneamente por el posteriormente condenado, cuando aún no existían indicios para considerarle imputado.

AUTO del Tribunal Constitucional número 84/1992, de 23 de marzo, J.C. T. XXII. Prolongación de prisión provisional. Falta de audiencia del imputado subsanada al resolver el recurso de reforma. Artículos 17 de la Constitución Española y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«...la garantía que para el inculpado constituye la previsión del artículo 504.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de que la prolongación de la prisión se acuerde mediante auto, con audiencia previa del inculpado y del Ministerio Fiscal, ha de situarse no ante una de las formas de privación de libertad a las que el artículo 17.1 de la Constitución Española alude, sino ante un modo o procedimiento de adoptar la decisión judicial de prolongar la prisión provisional. En consecuencia, así como este Tribunal ha declarado que no tiene la misma relevancia constitucional “el incumplimiento del plazo de prisión que el incumplimiento del plazo para adoptar la decisión de prolongación de la pri-

sión" (ATC 527/1988), es necesario distinguir también, desde el punto de vista constitucional, entre la prolongación de la prisión fuera de los casos previstos en la ley (prohibida por el artículo 17 apartados 1 y 4 de la Constitución Española) y la prolongación de una prisión provisional que es conforme con el artículo 17 de la Constitución Española y con los supuestos previstos en la legislación procesal, pero en la que se ha omitido inicialmente –y se ha subsanado posteriormente– un requisito legalmente previsto, el de audiencia previa del artículo 504.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...»

COMENTARIO: Este Auto distingue entre la prolongación de la prisión fuera de los casos previstos por la Ley, y la omisión de alguno de los requisitos legales, luego subsanado; responde, en definitiva, a una constante jurisprudencia que exige, para otorgar el amparo que haya existido una indefensión material y no meramente formal.

AUTO del Tribunal Constitucional número 184/1983, de 14 de junio.
Asistencia letrada al detenido; efectos de su omisión. Artículos 24.2 de la Constitución Española y 520.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«El derecho a la defensa y asistencia de letrado –artículo 24.2 de la Constitución Española– actúa en el procedimiento penal a favor de toda persona desde que se le comunique la admisión de la denuncia o querrela, o cualquier actuación judicial de la que resulte la imputación de un delito, o desde que haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar –STC 44/1985–, consistiendo su finalidad en asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, y así evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones o limitaciones en su defensa que puedan causar a alguna de ellas un resultado de indefensión –STC 194/1987–.

Ahora bien, la declaración prestada en sede policial sin la presencia de abogado tiene relevancia constitucional en la medida en que haya determinado la indefensión posterior: SSTC 94/1983 y 47/1986.

En el supuesto ahora examinado se prescindió de tomar declaración al recurrente en las dependencias policiales y asimismo se le privó de entrevistarse reservadamente con su Abogado conforme a lo regulado en

el artículo 520.6.c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mas tal ausencia de declaración y de comunicación con su Letrado, según resulta de las actuaciones judiciales practicadas con posterioridad, no afectó a los principios de contradicción y de igualdad de partes en el proceso, y tampoco produjo indefensión según se razona en el fundamento jurídico 1.º de la sentencia del Tribunal Supremo impugnada. No hubo, pues, lesión del referido derecho de defensa.»

COMENTARIO: Este Auto es también reflejo de la reiteradísima jurisprudencia que exige, para la estimación del recurso de amparo, que se haya producido una indefensión real, y no meramente formal.

AUTO del Tribunal Constitucional número 184/1993, de 14 de junio. Registro domiciliario sin Secretario judicial. Artículos 18.3 de la Constitución Española; 279 y 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«...Aunque la falta de presencia del Secretario en la diligencia de entrada y registro, que es lo que se invoca en la demanda, pueda afectar a la irregularidad procesal del acto, según lo dispuesto en los artículos 279 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 238 y siguientes de la misma, en ningún caso vulnera ni el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio –artículo 18.3. de la Constitución Española–, ni ningún otro derecho fundamental, al no formar parte del contenido de éstos la presencia del fedatario judicial –en este sentido ATC 349/1988 de 16 de marzo–. Problema distinto es la eficacia en juicio de la prueba obtenida en el registro domiciliario sin la presencia de aquél, pues desde esta perspectiva la ausencia del Secretario judicial en la práctica de la repetida diligencia priva a la misma de toda eficacia como prueba preconstituida. Mas en el presente caso sí cabe atribuir relevancia a efectos probatorios a aquélla, por cuanto en el acto del juicio fue ratificada por los testigos, no miembros de la Policía judicial, que intervinieron en la entrada y registro, los cuales pudieron ser interrogados por la defensa de los procesados –fundamento de derecho primero, 3, párrafo cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo impugnada–. Hay que señalar que el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción dada tras la reforma operada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, permite la práctica del registro a presencia de un funcionario

de la Policía judicial o de otro funcionario público que haga sus veces —en sustitución del Secretario— si así lo autoriza el Juez.»

COMENTARIO: Este Auto establece con claridad qué efectos tiene la ausencia del Secretario Judicial en el registro domiciliario: en ningún caso, si se ha obtenido mandamiento judicial, hay vulneración de derechos fundamentales, sino que constituye una irregularidad procesal que priva a dicha diligencia de la eficacia de prueba preconstituida que pueda utilizarse como documental.

AUTO del Tribunal Constitucional número 291/1993, de 4 de octubre. Procedimiento abreviado; acusación contra persona que no ha declarado como imputado. Artículos 845 y 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«...Existen buenas razones que invitan a interpretar en un sentido amplio el término “procesado” que emplean los artículos 835 y 836 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitiendo al Juzgado de Instrucción llamar y buscar por requisitoria al imputado que se encuentra en paradero ignorado, en fase de diligencias previas *ex art. 789* Ley de Enjuiciamiento Criminal, y antes de adoptar la decisión que regula el apartado 5 de dicho precepto. No es ocioso destacar que la Ley no impone que la requisitoria incorpore siempre una orden de prisión, ni aún de detención, sobre la persona contra quien resultan indicaciones de culpabilidad. Los artículos 837 y 839 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrecen distintas posibilidades al Instructor, entre las que se incluye la simple citación para presentarse ante el Juzgado, bajo apercibimiento de rebeldía, y sin que sea precisa su detención o su prisión.

Ahora bien, tampoco puede dudarse de que la interpretación de la Ley de Enjuiciamiento sustentada por las resoluciones de los órganos judiciales de Málaga es, asimismo, razonable. Es evidente que la citación del imputado, con o sin orden de detención, en virtud de los artículos 486 y 487 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite lograr su comparecencia a presencial judicial, con la consiguiente audiencia e información de sus derechos. El que dicha citación se efectúe después de haberse incoado diligencias previas no perjudica necesariamente las garantías del sospechoso por diversas razones: sus declaraciones son incorporadas entonces a la causa; subsiste todavía la posibilidad de instar diligencias de

comprobación; y sobre todo, ha de procederse a instruirle de sus derechos, y a notificarle el Auto de incoación del procedimiento, frente al cual el imputado mantiene intactas sus facultades de recurso.

Lo que sí podría llegar a ocasionar una situación de indefensión sería la apertura del juicio oral por parte del Juzgado de Instrucción, sin haber oído previamente a la persona sometida a acusación (como se indicó en la STC 186/1990, y subsiguientes). Pero dicha apertura no ha sido decretada aún en las actuaciones sometidas al conocimiento de este Tribunal mediante el actual recurso de amparo. Y, decisivamente, ello no puede acaecer si el Ministerio Fiscal no formula el escrito de acusación. Pues “en el procedimiento abreviado la decisión judicial acerca de la apertura o no del juicio oral se adopta después de que se haya formulado (artículo 790.6 Ley de Enjuiciamiento Criminal), como una manifestación más del sistema acusatorio al que responde el nuevo proceso (*ne procedat iudex ex officio*), por lo que no puede atribuírsele al Auto de apertura del juicio naturaleza inculpatoria similar a la del Auto de procesamiento en el procesamiento común. Es cierto que la ley concede al Juez la instrucción —no al órgano de enjuiciamiento— la facultad de controlar la consistencia o solidez de la acusación que se formula... Pero este juicio acerca de la improcedencia de abrir el juicio oral —en definitiva de la improcedencia de la acusación formulada—, de existir, es un juicio negativo en virtud del cual el Juez cumple funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación” (STC 186/1990, fundamento jurídico 4.B).

Explícitamente lo han señalado así las resoluciones judiciales impugnadas, al manifestar que si el Ministerio Fiscal no encuentra suficientes elementos en que basar su acusación puede instar el sobreseimiento de la causa. Petición que estaría justificada, si el Fiscal no estima suficientemente acreditada la identidad del imputado; y que daría lugar a un sobreseimiento provisional, y a que simultáneamente el Instructor librase a la Policía orden de citación del denunciado. No dejan lugar a dudas los Autos del Juzgado de 16 de marzo de 1992, que dispusieron lo que a fin de cuentas impugna el fiscal en el presente recurso de amparo: “No ha lugar al recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal al que se remitirán de nuevo las actuaciones para que inste el sobreseimiento provisional de la causa dejando interesadas las prácticas de nuevas diligencias para las que se librarán órdenes generales de detención y presentación del denunciado”.»

COMENTARIO: Este Auto viene a confirmar, de una parte, el criterio del propio Tribunal Constitucional (STC 186/1990), de que no se

debe acusar (ni, en consecuencia, abrir el juicio oral) contra persona que no ha declarado como imputada, y, de otra, incidentalmente, considera correcta la fórmula de sobreseimiento provisional (por falta de autor conocido), con expedición de requisitorias para la búsqueda y citación del imputado.

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA CIVIL

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1994. Ponente Almagro Nosete. Automóvil sustraído de aparcamiento vigilado de hotel.

La sentencia incide en la distinción entre la culpa contractual y la aquiliana o extracontractual, si bien señala que la elección como fundamento de la petición de resarcimiento de una u otra no puede excusar al juzgador del pronunciamiento sobre el fondo al ser materia jurídica que pertenece al campo del *iura novit curia*.

Reproducimos a continuación los fundamentos de la sentencia: «En efecto, la cuestión se suscita por la seguridad dogmática de que hace gala la sentencia, al entender sin atisbos de duda que la pretensión deducida no tiene acomodo jurídico en el artículo 1.902, sino sólo y exclusivamente en el artículo 1.101, basándose en que el origen del hecho se sitúa en la celebración de un contrato de hospedaje y en la posibilidad, según la sentencia impugnada, de que aún no habiendo sido parte contractual la reclamante, “en nombre propio pueda hacer valer derechos ajenos” ya sea, conforme se sobreentiende, sólo contra el hotel, o bien, ejercitando la acción “de manera conjunta contra el tenedor del vehículo desaparecido don Pedro y contra el Hotel demandado en situación litisconsorcial”. Ocurre, sin embargo, que frente al complicado mecanismo o frente al rodeo condenatorio que propone la sentencia sin necesidad de forzar la significación jurídica de los hechos pueden éstos calificarse como constitutivos de culpa extracontractual, al incidir en el caso de supuestos que autorizan la mencionada calificación. A partir, en efecto, de un origen lícito, cual es la utilización por el usuario del vehículo de los servicios de apar-

camiento del hotel en que se hospeden se produce, por un acto ilícito, el descuido o la omisión en el deber de vigilancia de los empleados del aparcamiento, personas dependientes del hotel, la acción anti-jurídica de la sustracción con el daño consiguiente al tercero, propietario del vehículo que formula la reclamación. Concurren como elementos de la responsabilidad extracontractual: el comportamiento ilícito de los que omitieran el deber de vigilancia, el daño patrimonial, y el nexo causal proporcionado al evento (la falta de vigilancia favorece eficazmente la sustracción); el perjudicado no incurrió en ninguna conducta culposa, pues cedió el uso del vehículo a la persona responsable que actuó con la diligencia debida, dejando el vehículo depositado en un aparcamiento vigilado y, finalmente, la culpa aunque es directamente atribuible a los empleados de la vigilancia, también, es transferible a la empresa hotelera puesto que la obligación que impone el artículo 1.902, es exigible por hechos ajenos de los que otro deba responder, según el artículo 1.903, concretamente de acuerdo con el supuesto que contempla el párrafo 4.º (ambos artículos del Código Civil).

A mayores debe reconocerse como aplicable el principio inspirador de la jurisprudencia de esta Sala acerca de la llamada “unidad de la culpa civil” (sentencias de 24 de marzo y de 23 de diciembre de 1952, entre otras) que en los “supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en acto ilícito extracontractual” señalan como “doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una y otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro”, junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en casos de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, de manera “que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente en exclusión de la aquiliana sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, (sentencia de 9 de marzo de 1983, entre otras muchas)”, criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida “unidad conceptual (sentencias de 20 de diciembre de 1991) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1993)” o “yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a

ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible” (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1993).

Proyectado al caso el principio inspirador señalado y los criterios jurisprudenciales enunciados puede decirse que amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la *causa petendi* en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente, salvado —por iguales hechos y sujetos concurrentes— el carácter único de la indemnización no puede absorberse la demanda con fundamento de la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del *iura novit curia* y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa.

Por todas las razones expuestas, procede acoger favorablemente los motivos casacionales expuestos.»

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1993. Ponente Villagómez Rodil. Propiedad del saldo en supuestos de cotitularidad bancaria de libreta de ahorros.

La sentencia rechaza la tesis, que pudieramos denominar formalista, por la cual la mera titularidad de una cuenta bancaria supondría la propiedad de los fondos. La titularidad bancaria otorga facultades de disposición frente al banco, pero la pertenencia de los fondos a uno u otro titular y la proporción vienen fijadas por la relación interna de los cotitulares y la prueba del origen de los fondos.

Se reproducen a continuación los fundamentos de la sentencia: «La base fáctica que conforma la contienda procesal y accede firme a esta

casación, viene a estar integrada por los siguientes hechos: a) Como consecuencia de la inversión de la cantidad de 6.880.984 pesetas en pagarés del tesoro por medio de la entidad Credimesa, se obtuvo la disposición de un rendimiento dinerario por importe de 7.500.000 pesetas, en fecha 27 de febrero de 1987, a favor y titularidad de los actores del pleito, el fallecido don Isidro y doña Emilia, así como del demandado don Carlos —hijo y sobrino respectivamente de los anteriores—; b) la referida cantidad de 7.500.000 pesetas fue ingresada en la libreta abierta en la entidad Grup Caixa, S.A. a la titularidad de don Isidro y de su hijo don Carlos. Este último con autorización del primero, hizo una disposición mediante cheque de un millón de pesetas que destinó a la compra de un automóvil, con lo que el saldo resultante se redujo a la cifra de 6.500.000 pesetas, que fue incrementado con el ingreso de 500.000 pesetas procedentes de cuenta conjunta de los demandados y recurridos en esta casación; c) Con el saldo restante de 7.000.000 pesetas en fecha 3 de marzo de 1987, don Isidro contrata con La Caixa un seguro de vida mixto a prima única, a dos vidas, mediante la comercialización en una Libreta 2000, figurando como titulares de esta operación la que recurre, doña Matilde y su marido, el ya mencionado don Carlos —los que se encuentran actualmente en situación de separación matrimonial—, y como beneficiaria la tía doña Emilia.

Al permanecer bloqueada dicha cuenta y conforme a lo que se deja expuesto, se configura la presente controversia procesal, ya que los actores postularon el reparto del saldo bancario de la cuenta mencionada en tres partes iguales, correspondientes la tercera al matrimonio demandado con deducción del millón de pesetas del que se había dispuesto. En tanto la recurrente orientó su oposición, sin reconvenir expresamente, a que se le reintegrara en la mitad, al figurar como titular de la cuenta en unión de su esposo don Carlos.

El único motivo admitido, el cuarto, por el ordinal 5.º del precepto procesal 1692, se integra con las infracciones que denuncia del artículo 1.253 del Código Civil y sentencias de 7 de febrero y 13 de marzo de 1951, se viene a atacar la sentencia de apelación sosteniendo la tesis de que, al decretarse que no existe documentación acreditativa acerca del concierto de los actores con el esposo de la recurrente, doña Matilde, “sobre las operaciones de inversión realizadas, participación de cada uno y reparto de beneficios”, se llega a la conclusión, motivadora del fallo, de que concurre comunidad de interés entre los referidos, determinando la estimación de la demanda en la forma en que aquí se decide, con lo que quiebra la prueba de presunciones.

Sucede que el Tribunal de Apelación no aplicó dicha prueba de presunciones, por lo que no pudo cometer infracción del precepto civil que se señala ni la doctrina jurisprudencial que se menciona. Al efecto, partiendo de la declaración del principio que se deja expuesta, en la que se emplea la conjunción “aunque”, la Sala tuvo en cuenta el conjunto de pruebas documentales adveradas, confesión y testifical, para sentar la conclusión fáctica, que accede inatacable a esta vía casacional, de que resultó patentizada la realizada de la convergencia de intereses económicos en la investigación que se debate, entre los actores y el demandando don Carlos, a los que corresponde su titularidad, aceptándose la participación igualitaria de los mismos con origen en la disponibilidad conjunta de la cantidad iniciadora de 7.500.000 pesetas, sin que la referencia que la sentencia efectúa de obedecer el seguro de vida a posible finalidad de blanqueo de dinero, suponga una conclusión determinante del fallo, tratándose más bien de una aportación que no era precisa, pero que tiende a explicar la operación que, en todo caso, no puede desconocer, como explica la sentencia atacada, “la realidad de la existencia de una comunidad de intereses” entre las partes que litigan.

Si bien las presunciones son medios admitidos de prueba, según el artículo 1.215 del Código Civil; mal puede alegarse su infracción cuando no se hace uso de las mismas. El artículo 1.253 autoriza a los juzgadores a utilizar estas probanzas, pero no les obliga, sobre todo al darse concurrencia de pruebas directas que fueron las tenidas en cuenta y correctamente apreciadas (sentencias, entre otras, de 3 de diciembre de 1988, 7 de julio de 1989, 5 de julio de 1990 y 21 de diciembre de 1990).

A mayores razones, ha de tenerse en cuenta que la contratación bancaria, que cada vez se presenta más prolija y variada en la modalidad de operaciones pasivas, en las que el banco recibe fondos del cliente, mediante libretas, depósito o cuentas corrientes y aplica a fines diversos, produce situación negocial en la que el sujeto que con la entidad bancaria se relaciona, viene a ostentar a su favor un derecho de crédito contra aquélla, el cual le faculta a exigir la restitución de los fondos dinerarios que entregó, en las condiciones que se pactaron en la correspondiente relación obligacional.

El motivo claudica, pues también ha de tenerse en cuenta que si bien figuran en esta clase de negocios unos titulares, que podemos denominar “titulares bancarios”, ello sólo significa que esta circunstancia es más bien operativa para la dinámica del contrato; lo que influye y determina

prima facie, en lo referente a las relaciones del depósito que se lleva a cabo, es que cualquiera de dichos titulares ostenta facultades de disposición frente al banco, bien individual o conjuntamente, pero no establece la existencia de un condominio y menos por parte iguales, ya que éste lo fijan las relaciones internas de los titulares y más concretamente en razón a la originaria pertenencia de los fondos depositados y así lo ha declarado esta Sala en sentencia de 8 de febrero de 1991, que cita la de 24 de marzo de 1971 y 19 de octubre de 1988, así como la de 23 de mayo de 1992, lo que permite que pueda decretarse la exclusión y ajenidad de quien sólo figura como titular bancario y no demostró tener participación personal y directa en la propiedad del dinero depositado, conforme sucede en el caso de autos.»

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1994. Ponente Santos Briz. Validez de testamento ológrafo otorgado por incapaz.

Señala la sentencia que el otorgamiento de testamento ológrafo debe referirse al momento en que el testador fecha el documento con independencia de que lo hubiera escrito en otro momento, si bien debe existir cierta relación entre la fecha y las disposiciones del mismo.

Reproducimos seguidamente el fundamento quinto: «Se impugna aquí la conclusión a que llega la Sala de instancia de que la fecha del testamento es inexacta y que ello determina por sí sólo su nulidad, conclusión que el recurso considera radicalmente contraria al precepto que se invoca como infringido, que exige que para ser válido el testamento ológrafo... "...deberá expresar el año, mes y día en que se otorgue". Este motivo ha de ser estimado según se deduce de las siguientes consideraciones: a) Como ya se expresó en el fundamento jurídico segundo de los que anteceden, la fecha del testamento determina esencialmente si entonces la testadora tenía la capacidad suficiente de testamentifacción activa. Es de poner de relieve, en primer lugar, que la fecha del testamento ológrafo no tiene el mismo alcance que la del testamento abierto o testamento notarial. Dado que el testamento ológrafo puede mantenerlo en secreto el autor y nada obsta que antes de llegar al texto definitivo haga bosquejos, borradores o proyectos, o lo extienda con la idea de reflexionar posteriormente sobre lo escrito, y solamente cuando se decida definitivamente pueda poner la fecha y la firma, y es desde entonces cuando puede decirse que el testamento está otorgado, de modo que tal

otorgamiento surge no de lo escrito y de su contenido sino de colocar la fecha y la firma. b) Estas consideraciones explican o se basan en los antecedentes del testamento ológrafo y en su regulación en los Códigos modernos, sobre la base siempre de que la cooperación interpretativa del derecho extranjero ha de tomarse con mucha cautela y sólo como elemento subsidiario, sin que por ello deje de ser útil en una época como la actual en que la amplitud e intensidad de la comunidad internacional ha hecho más frecuente las relaciones entre países distintos, y podría sostenerse que la participación en la interpretación de las normas nacionales de instituciones extranjeras basadas, como en este caso, en el mismo Derecho común recibido del Derecho romano forma parte de una hermenéutica sociológica acogida en todo el artículo 3 del Código civil bajo la expresión de “la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas”. c) Así, es de observar que el Código civil de Austria (& 578) dice que el que quiera testar por escrito sin testigos ha de hacerlo de propia mano escribiendo el testamento y firmarlo con su nombre, y continúa, “la expresión del día, año y lugar donde se otorga no es ciertamente necesario pero sí aconsejable para evitar litigios”. El mismo sentido no preceptivo de la fecha sigue el Código civil de Alemania (& 2247), que al referirse a la fecha dice que “debe expresarse” (“soll... angeben”); es decir, no la considera obligatoria; y si no consta, sólo se considera válido el testamento cuando de otra forma puedan averiguarse los datos necesarios sobre la fecha. d) La doctrina científica acoge estas ideas, sin negar que la fecha tiene la importancia de afirmar el carácter jurídico del testamento ológrafo y elevarlo a declaración de voluntad, por virtud de la cual el simple proyecto privado pasa a ser testamento. Por lo tanto, será fecha en este testamento la que ponga el testador independientemente del momento en que se haya escrito el testamento, pues su eficacia en el tiempo depende de la imposición que de la misma haya hecho el causante; y se afirma también que no es nulo el testamento ológrafo redactado en una fecha efectiva diferente de aquélla en la cual el testador había escrito su texto de propia mano, siempre y cuando exista cierta relación entre la fecha expresada en el acto y las disposiciones en él contenidas. e) Todo ello pone de relieve la validez del testamento ahora discutido, y así lo corrobora, por un lado, aparte del principio del *favor testamenti*, la presunción de capacidad legal de todo testador, salvo prueba en contrario (sentencias de 27 de junio de 1977, 26 de septiembre de 1988 y 7 de octubre de 1992 y muchas otras); que dicha capacidad ha de entenderse siempre existente en el momento de otorgarlo, como así ocurre cuando según lo debatido median dos años y cuatro meses desde el testamento hasta la declaración judicial de incapacidad de la testadora; que el que alega incapa-

cidad ha de probarla si no está, como en este caso, judicialmente incapacitado; prueba que ha de ser concluyente, ya que en otro caso se presume la capacidad; así como ha de seguirse el principio de veracidad de la fecha existente cuando se trata de juzgar acerca de la capacidad del testador, a menos, se repite, que se pruebe cumplidamente lo contrario. Y por otro lado, y fundamentalmente, que colocada ya esta Sala de casación vista la estimación de este motivo del recurso en lugar del Tribunal de instancia, la prueba pericial practicada para mejor proveer en estos autos pese a su extensión, es a todas luces insuficiente para anular el dictamen del perito señor Orellana que dictaminó en la fase probatoria del pleito; y es así por basarse para ello en gran medida en pruebas extrínsecas que no merecen garantía del Juzgador. Esta Sala ha advertido con reiteración sobre la cautela para aplicar en estos casos los llamados medios de prueba intrínsecos, que vienen en ciertos casos, como aquí ocurrió, a posponer al tenor del mismo documento (sentencia, entre otras de 8 de julio de 1940). Además, queda desmentida la conclusión de los peritos por el examen directo del testamento por el Tribunal en cuyo documento, claramente escrito y con uniformidad de trazos y de sentido, aparte las lógicas desviaciones en la escritura de persona anciana y no acostumbrada a escribir a menudo, aparece evidente el *animus testandi*. Examen que impide aceptar las afirmaciones de los peritos y permite concluir que el testamento fue escrito el mismo día en que se puso su fecha y la firma, en tanto, como ya se expone, no se ha probado de forma suficiente y convincente lo contrario, ni se han alegado hechos que pudieran dejar ineficaz la fecha puesta en el documento, ni en fin concurren los supuestos en que este Tribunal declaró la nulidad del testamento en las sentencias de 5 de diciembre de 1927, 13 de mayo de 1942 y 3 de abril de 1945, relativas a supuestos de hecho diferentes del ahora contemplado. Con todo ello procede la estimación del motivo.»

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1993. Ponente Burgos y Pérez de Andrade. Nombramiento de tutor.

La sentencia señala que el nombramiento de tutor, inspirada en el principio del interés prioritario del incapaz, debe tener lugar en un procedimiento de jurisdicción voluntaria; sin embargo, por economía procesal subsana el nombramiento hecho en la propia sentencia de incapacitación y entra a conocer el fondo de la cuestión.

Se reproduce el fundamento único de la sentencia: «La parte recurrente fundamenta su recurso denunciando la infracción del artículo 235 del Código Civil. Se trata de un procedimiento en el que se declara la incapacidad de doña Narcisa por causa de enfermedad mental, que fue instado por el Ministerio Fiscal en aplicación de lo dispuesto en el artículo 203 del mismo Código, y en el que el recurrente don Jaime figura ostentando el cargo de Defensor Judicial del presunto incapaz.

No se combate en el recurso que estudiamos la básica y principal declaración de incapacidad de doña Narcisa, que es aceptada y consentida por todas las partes personadas; la impugnación va dirigida exclusivamente contra la designación de la persona que ha de desempeñar el cargo de tutor, y que en el presente caso recayó en la institución “Asociación de Enfermos Mentales de Cataluña”.

Aunque prescindamos, por razones que después se dirán, de la inadmisión casacional de la única cuestión que aquí se viene discutiendo, dada su naturaleza de jurisdicción voluntaria, no se puede dejar de constatar que los Tribunales de instancia debieron limitar el contenido de sus resoluciones a la única cuestión que les fue sometida: la declaración de incapacidad de doña Narcisa, determinando la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela a que debiera quedar sometida en su caso (artículo 210 del Código Civil).

La constitución del organismo tutelar se integra en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (artículo 231 del Código Civil) que debe iniciarse a partir de la firmeza de la sentencia donde se declara la incapacidad, pues esta resolución constituye el presupuesto indispensable exigido en el número 2.º del artículo 222 del mismo texto positivo.

En el presente caso se han alterado los trámites procesales, y en la misma sentencia que puso fin al procedimiento declarativo de incapacidad, el juzgador efectuó el nombramiento de la persona del tutor.

Como este nombramiento tuvo lugar en el amplio campo de un procedimiento declarativo, y teniendo en cuenta las perentorias necesidades que padece doña Narcisa, esta Sala ha decidido aplicar el principio de economía procesal, y entrar a analizar el contenido de la resolución recurrida que es combatido en este recurso.

Conocida es la ampliación que, en relación con la facultad del Órgano Jurisdiccional en la institución tutelar, ha supuesto la última reforma

operada en el título correspondiente del Código Civil, orientándose la nueva regulación en un aumento de la intervención judicial en beneficio del declarado incapaz; y siguiendo esta línea de control están redactados, tanto el último inciso del artículo 234, como el espíritu del 235, ambos del Código Civil, cuando se refieren al nombramiento o designación de la persona del tutor, siendo el concepto de "beneficio del incapacitado" el que debe presidir tal designación, posponiéndose otras preferencias de tipo familiar.

En el caso de autos no existe ninguna de las personas relacionadas en el artículo 234, por lo que resulta de obligada aplicación las disposiciones del artículo 235, pero atribuyendo al Juez la facultad de valorar la "mayor idoneidad" de los propuestos. El Defensor Judicial recurrente propuso para el desempeño del cargo tutelar a doña Enriqueta, prima hermana de la incapacitada, alegando en el recurso que la persona jurídica designada no ha tenido relación alguna con la tutela, a diferencia de lo que ocurre con la señora propuesta por él.

Del conjunto de la prueba que se practicó en los autos resulta, que la situación personal de doña Narcisa es la siguiente: Nació en el año 1916, luego tiene en la actualidad 77 años; vive sólo en una vivienda de la calle..., 6.º, 3.ª de la ciudad de Barcelona; padece una demencia senil con desconexión de la realidad; su régimen de vida es bastante anormal, dado su estado mental, y el abandono y desorden de su hogar por falta de ayuda; los parientes apenas si la visitan, pues la aspirante a la tutoría declara ante el Juez que hace mes y medio que no la ha visto, y que sus otros parientes no la visitan nunca; sus ingresos dependen de una pensión de 285.000 pesetas que percibe de la Caixa, sin que se le reconozcan otros bienes.

Todos los parientes (así lo dice el recurrente en sus escritos de fecha 3 de mayo de 1989; 16 de junio de 1989; 21 de noviembre de 1989) creen necesario el ingreso de la incapaz en una Clínica Psiquiátrica; incluso en algún momento entienden que este ingreso es de carácter urgente, "ya que se está agravando rápidamente de las dolencias que padece".

A la vista del cuadro que se acaba de describir, la decisión tomada por el Juzgado, y ratificada después por la Sala de Apelación, resulta ser la más beneficiosa para la incapacitada, y la institución designada para desempeñar la tutela, la más idónea según el artículo 242 del Código Civil; pues habida cuenta de la necesidad ineludible de ingresar a doña

Narcisa en una Clínica geriátrica o psiquiátrica, de cuyas características y régimen debe ser especialista la institución "Asociación de Enfermos Mentales", sería esta Clínica elegida, y la institución que desempeña la tutela, las encargadas de regir y cuidar la persona de la incapacitada; quedando únicamente para completar la función tutelar, la protección y administración de sus bienes reducidos éstos al cobro de una pensión, que necesariamente debe aplicarse a cubrir los gastos de la estancia en la Clínica, y al resto de sus necesidades personales; misión que puede desempeñar perfectamente el tutor designado, sin necesidad de acudir a otras personas, no tan directamente relacionadas con la incapacidad como en el recurso se afirma.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el motivo, y el recurso en su integridad.»

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1993. Ponente Almagro Nosete. Competencia territorial.

«Plantea el recurrente como primera cuestión casacional (motivo 1.º, n.º 2 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la relativa a la incompetencia territorial por cuanto que, según entiende tratándose como se trata de un juicio de desahucio de los de Derecho común, seguido en virtud de las normas procesales aplicables ante el Juzgado de Primera Instancia, la demanda originadora del proceso, se debió haber presentado para su subsiguiente tramitación, bien en el Juzgado de Primera Instancia de Orjiva a cuya demarcación judicial pertenece el municipio de Lanjarón, bien ante los Juzgados de Primera Instancia de Cádiz, ya sea con arreglo al fuero de situación del inmueble ya, en todo caso, con sujeción al fuero del domicilio del demandado; pero nunca ante un juzgado de Primera Instancia de Granada capital; aunque para ello se invocara, como hizo la parte actora, cláusula de sumisión expresa pactada en el contrato de arrendamiento de negocio, pues su extensión no alcanza a los juicios de desahucio, excluidos de otro fuero que no sean los específicos y obligados que establece la ley.

La sentencia recurrida rechazó en su momento la incompetencia que se alegó en el acto de la vista considerando que no podía acoger de oficio la petición de nulidad en atención a que el artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo permite su aplicación a supuestos de incompetencia por razón de la materia, concepto ampliado jurisprudencial-

mente a la naturaleza del asunto y a la jerarquía del Juez o Tribunal, añadiendo que este criterio aparece reforzado, en la actualidad, por la reforma de 6 de agosto de 1984 que excluye la incompetencia territorial del artículo 533.1 de la Ley Procesal Civil, por lo que concluye que sólo puede hacerse valer, con viabilidad, por medio de la declinatoria o de la inhibitoria.

La jurisprudencia, en efecto, de esta Sala, que todavía no puede considerarse consolidada, ni uniforme, en cuanto al modo de hacer valer la incompetencia territorial, ha mantenido en varias resoluciones la imposibilidad de alegar la excepción dilatoria de incompetencia territorial, como perentoria, en el juicio de menor cuantía, aunque otras sentencias se inclinan por una interpretación distinta, en línea con la realización de la función sanadora que cumple la comparecencia obligatoria (vide sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1992). Pero el problema planteado no puede resolverse sosteniendo implícitamente que carece de solución procesal, dando a entender que, incluso supuestas las buenas razones del demandado, reclusó la oportunidad de su alegación por las vías idóneas al caso. Exige, en efecto, el adecuado enfoque de la cuestión el esclarecimiento de dos aspectos principales imbricados en la misma: 1) naturaleza del fuero territorial aplicable en los juicios de desahucio y 2) tratamiento procesal según sea aquélla.

El artículo 1.562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se cita como infringido, en cuanto determina que los Jueces de primera instancia son competentes para conocer de los juicios de desahucio “conforme a la regla 13 del artículo 63”, procede, en la versión vigente a la fecha en que suscita su aplicación al caso debatido, de la fórmula que sustituyó a la redacción originaria establecida por Ley 46/1966 de 23 de julio, fórmula que no alteró en lo sustancial que el tema concierne la opción de fueros regulada cuando de la demanda debieran conocer los Jueces de primera instancia en vez de los Jueces municipales o comarcales.

Suprimida la “Justicia de Distrito” (que engloba a los antiguos Jueces comarcales y municipales) cuyas funciones prácticamente se han asumido por los Jueces de primera instancia son éstos hoy los únicos competentes para conocer de los juicios de desahucio lo que ha motivado que la Ley 10/1992 de 30 de abril haya dejado “sin contenido” el artículo 1.562 considerando según se incluye, que no tenía sentido repetir lo dispuesto en la regla 11 del artículo 62, aunque modificando ésta al suprimir la opción que permitía: “Para los juicios de desahucio será competente el Juez de primera instancia del lugar en que esté sita la finca”. Puesto que la in-

interpretación gramatical y aislada de la regla, en cuestión, no resuelve por sí misma el problema, preciso es acudir, además, a los elementos de interpretación histórico y sistemático, según la ubicación del precepto.

La regla oncenena actual, originariamente, regla decimotercera, relativa a los juicios de desahucio es una de las veintisiete que componen el artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que recogen los fueros territoriales especiales, específicos o concretos que la doctrina distingue de los llamados “generales” consignados en el artículo 62 que lo precede. Proviene de las dichas reglas del artículo 309 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que agrupó los casos dispersos y especiales que se incluían en las leyes reguladoras de los procedimientos a propósito de variados juicios en particular y de los actos de jurisdicción voluntaria concretos pero que debe tenerse en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento de 1855 anterior a la que actualmente rige, después de establecer en el artículo 5.º las reglas generales de competencia, equivalentes a las recogidas en el artículo 62, ordenó en el artículo 6.º que dichas reglas se entendieran “sin perjuicio” de lo que disponía de ley para casos especiales. La ley vigente, según cree el exégeta, coetáneo a la fecha de promulgación de la misma más autorizado en cuanto a la exteriorización de las intenciones legislativas, por haber intervenido destacadamente en su preparación, no plantea las “dudas” a que se prestaba la ley antigua, sobre el carácter absoluto de estas reglas especiales de competencia que, en todo caso, excluirían la sumisión expresa o tácita de las partes, respecto de los casos comprendidos desde la regla 1.ª a la 9.ª del artículo 63. En cambio, sin razones convincentes (ya que el argumento básico que emplea consistentemente en la redacción que encabeza el artículo 63, “fuera de los casos expresados en los artículos anteriores...” que, en su opinión significa compartir la función supletoria que desempeña el artículo 62 respecto de los fueros convencionales, (sumisión tácita o expresa), es el orden general y afectaría a todo el contenido del precepto), el comentarista continúa con sus “dudas” sobre la aplicación de las demás reglas como supletorias de los fueros convencionales (entre estas las relativas *expressis verbis* a los desahucios), amparándose en que estos procedimientos no constituyen pleitos desde el principio, o bien, son actos de jurisdicción voluntaria, teniendo presente la dificultad de promover cuestiones de competencia en estos casos. Es más, se permite un consejo práctico para evitar problemas de oposición; “acudir desde luego al Juez al que se conceda la competencia (se refiere a la territorial establecida legalmente) por las reglas de que se trata (artículo 63) las cuales atienden a la expresión y mejor acierto en el procedimiento y resolución de estos asuntos”. Al decidir cuestiones de compe-

tencia el Tribunal Supremo resolvió, en lo concerniente al alcance del artículo 1.562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias de 16 de enero de 1987 y de 7 de mayo de 1988) sobre la justicia municipal y el fuero territorial aplicable despejando las dudas que se han esbozado, que son los Jueces municipales y comarcales los que conocen en primera instancia de los desahucios cualquiera que sea la causa en que la demanda se funde, lo que equivale a decidir que dicho precepto establece como exclusivo el *forum rei sitae* en desahucios sometidos a la legislación común, con eliminación de cualquier otro, incluso del determinado por la sumisión. De esta línea jurisprudencial, y presente las afinidades y similitudes que ofrecen los demás fueros de esta naturaleza, cabe inferir una posición favorable a la generalización de la exclusividad.

No obstante, los autores, en términos generales, han aceptado, sin pronunciarse explícitamente sobre las dudas que suscitaba el comentarista de referencia, ni la jurisprudencia mencionada, el criterio de subsidiariedad de los fueros legales, tanto de los previstos con sentido más general en el artículo 62, como de los señalados, caso por caso, en el artículo 63, inclinándose en cuanto a LA prelación de los fueros determinantes de la competencia territorial por un orden referido primero al fijado por sumisión o tácita, luego, en defecto de sumisión, el fuero legal especial si lo hubiera y, finalmente, al resultante de los criterios atributivos del artículo 62 o fueros generales. La promulgación de la Ley 10/1992 ha suscitado comentarios acerca de este problema, con soluciones diversas, en la línea del criterio doctrinal tradicional y otros que dan por supuestas la exclusividad del fuero especial, concretamente del relativo al juicio de desahucio. La importancia y trascendencia práctica del tema con repercusiones innegables, exige, a no dudarlo, que se adopte un criterio seguro acerca de la cuestión que por referirse a reglas de competencias incide de lleno en el campo del orden público procesal, con proyecciones constitucionales sobre el derecho a ser juzgado por el Juez ordinario legalmente predeterminado (artículo 24 de la Constitución Española).

La expresión “para determinar la competencia, fuera de los casos expresados en los artículos anteriores”, con que principia el artículo que contiene la regla de competencia controvertida, más bien sugiere (igual que la expresión “sin perjuicio”, antecedente de la misma), lo contrario de lo que propugnan su entendimiento en conexión íntima con el artículo 62, pues éste se refiere de manera indubitada a la función supletoria que cumple, admitiendo, inequívocamente, que su aplicación está condicionada por los casos de sumisión expresa o tácita, mientras que el ar-

título 63 se coloca al margen, independientemente (“fuera...”) de los artículos que regulan la sumisión en sus modalidades de expresa y tácita y del artículo 62 que aceptando estas modalidades establece reglas en rigor supletorias (... “en los artículos anteriores”, sin referencia alguna como el artículo anterior a los casos de sumisión expresa o tácita). Esta autonomía del dispositivo apoya, a juicio de esta Sala, el carácter excluyente de los fueros que recoge, en relación con los demás que se regulan. El resultado al que se llega no sólo no repugna a la lógica jurídica de la atribución competencial imperativa no dispositiva, de los casos contemplados, sino que más bien explica la razón del trato diferenciado que impone al excluir los pactos de sumisión de su ámbito, pues el análisis de los supuestos que engloba patentiza cada uno por distintas causas la necesidad jurídica de la exclusividad, ora por la presencia de un interés público en el objeto litigioso, ora por accesoriedad inexcusable concerniente en el asunto respecto de una cuestión principal ora finalmente, por la naturaleza sumaria del proceso y la convivencia de no obstaculizar dentro de su propio marco limitado, la defensa del demandado, ora por la imposibilidad de plantearse cuestiones de competencia.

Con la perspectiva actual se comprende que aún, desde la posición conceptual del liberalismo exacerbado, propio de la época, surgieran inicialmente razonables dudas sobre la consideración como subsidiarios de los fueros legales territoriales del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, especialmente, en lo concerniente al desahucio, y con la misma perspectiva, también, examinados ya el sentido de las palabras de la norma jurídica en relación con el contexto y sus antecedentes históricos y legislativos, se entiende de acuerdo con la realidad social del tiempo en que estas normas se aplican “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”; (artículo 3.º del Código Civil), que nos inclinemos por la solución que estima que estos fueros, son excluyentes de cualquier otro al no permitir el juego de la sumisión ni expresa, ni tácita, dada su naturaleza de normas de *ius cogens* de obligada observancia y, por ello, de orden público procesal, apreciables, además de oficio por el Juzgador. No puede desconocerse, en efecto, que en nuestro tiempo se hayan sensibilizado las personas frente a las posibles cláusulas abusivas en la contratación y, en lo que concierne al alcance de los fueros convencionales que se haya restringido su extensión normativamente (Ley 10/1992), con fundamento en que los pactos de sumisión perjudican “generalmente al contraste más débil y distorsionan las cargas competenciales de algunos órganos jurisdiccionales en razón del único e inaceptable criterio de la comodidad de una de las partes”.

Determinada la naturaleza (y el alcance) del fuero territorial aplicable en los juicios de desahucio, debe ahora establecerse el tratamiento procesal que ha de darse a la falta de su observancia. La Ley Procesal Civil, según ha quedado esbozado, no se muestra explícita respecto de estos problemas; se concentra en la regulación prolija, a veces, de las “cuestiones de competencia”, que sólo tienen encaje con la inobservancia de las reglas de competencia territorial, cuando estas responden a su determinación en el caso, regida por la voluntad expresa o tácita de las partes, como lo demuestra la prohibición de promover estas cuestiones de oficio que se impone al órgano jurisdiccional (artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pero, cuando la norma competencial aunque sea atributiva del territorio es imperativa, las razones que obligan al órgano jurisdiccional a vigilar de oficio su jurisdicción y su propia competencia objetiva y funcional, son asimilables a las que imponen al Juez de un territorio judicial como necesario. Por tanto parece que son las normas que hoy regulan el comportamiento del órgano jurisdiccional para hacer valer las reglas de la jurisdicción, competencia objetiva y funcional las que deben aplicarse cuando el fuero territorial sea indisponible, bien por una interpretación integradora de los conceptos que comprenden la incompetencia “por razón de la materia” (interpretación extensiva) bien por analogía en función de la identidad de razón, conforme al artículo 4.1 del Código Civil, teniendo, además, presente que cuando el legislador ha establecido, sin ambages, fueros territoriales indisponibles (artículo 717 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según la Ley 10/1992) ha atribuido al Juez el deber de vigilancia *ex officio* en paragón con la competencia objetiva. Por todas las razones expuestas se acoge el motivo y dado el alcance y proyección no se continúa, por inútil, el examen de los demás.

Según el artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la estimación del recurso por el motivo indicado produce el efecto de dejar a salvo al actor el derecho a ejercitar su pretensión ante el órgano jurisdiccional correspondiente, esto es, ante el Juez de Primera Instancia que incluye en su demarcación al municipio de Lanjarón, y, por ello al Juzgado de Primera Instancia de Orjiva, que al haberse suprimido por Ley de 10/1992 la opción que confería la regla 11 del artículo 63, en la actualidad, la pretensión de referencia sólo puede ejercitarse ante el Juzgado de Primera Instancia, conforme al “forum rei sitae”».

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA PENAL

JOSÉ LUIS BUEREN RONCERO
PILAR FERNÁNDEZ VALCÁRCEL
Fiscales del Tribunal Supremo

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1994. Ponente de Vega Ruiz. Hallazgo de pruebas de infracción diferente a la que fundó el mandamiento de entrada y registro: no es válido si no se produce ampliación de mandamiento por el Juez y se extiende el objeto del registro.

«La necesidad de que el presunto delito investigado constituya el único objetivo de la diligencia de entrada y registro, que *en ningún caso debe extenderse a otras infracciones*, es una cuestión importante y transcendente, pocas veces llevada ante los Tribunales. Y es así porque algunas veces, y ésta de ahora es una de ellas, acontece que la policía judicial actuante encuentra efectos o pruebas atinentes a distinta infracción de aquélla para la que el mandamiento se solicitó.

Adquiere aquí su mayor relevancia el principio de la proporcionalidad como eje central de todo el acontecer judicial, si de la jurisdicción penal se trata. Conforme al mismo, *la investigación judicial en sentido amplio ha de acomodar el fin perseguido, la seguridad jurídica o la prueba procesal, al «costo» que tales objetivos comportan. En la proporcionalidad entre la pretensión judicial perseguida de un lado, y los perjuicios, los daños o las limitaciones de derecho, de otro. Así la pena, dentro de la legalidad, ha de ser proporcional al hecho probado para que aquella seguridad jurídica sea una realidad. Así el registro domiciliario, en el Derecho Procesal, habrá de guardar también la suficiente proporcionalidad con la perturbación de los derechos que su ejecución lleva consigo, la ponderación de intereses involucrados de que hablaba la sentencia de 5 de julio de 1993.*

Por eso, y en primer lugar, es exigible, cuando se solicita el mandamiento, la determinación y la concreción, hasta donde sea posible, de la acción penal a la que la investigación está encaminada. En segundo lugar y en la medida en que, ya durante la diligencia, se descubran presuntamente otros delitos distintos, *sólo el Juez habrá de decidir si los mismos son o no conexos y si, en conclusión, procede extender el mandamiento judicial y ampliar el objetivo del registro, con la adopción entonces de cuantas previsiones fueren aconsejables en Derecho. Se trata en suma de aunar el derecho de inviolabilidad domiciliaria con la Justicia eficaz que el artículo 8 del Convenio de Roma sobre Derechos Humanos proclama* (Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 y sentencia de 28 de octubre de 1992). La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984 habla de que el mandamiento debe reflejar *las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas*.

Es visto que en el supuesto presente el registro domiciliario afectó extensivamente a extremos no contemplados por la autorización judicial concedida. Como no constan medidas complementarias, *ex post*, para rectificar o subsanar tales deficiencias, al registro ha de conceptuarse como nulo e inexistente conforme a los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes reseñados. Las pruebas obtenidas ilícitamente, dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1986, *son radicalmente nulas e inutilizables en el proceso.*»

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1994. Recurso número 584/1992. Ponente: Montero. Entrada y registro domiciliario: validez del hallazgo de pruebas de infracción diferente a la que motivó el registro.

Se ratifica el criterio jurisprudencial anterior otorgando eficacia a las pruebas halladas, en doctrina que también sostiene la sentencia de 18 de febrero de 1994.

«La segunda dirección del motivo debe ser examinada con la mayor atención dada la divergencia de la jurisprudencia más reciente de esta Sala, de la que, por la fecha de su interposición, no se hace eco el recurso. En efecto, la tesis de que cabe válidamente tomar como prueba de cargo la proporcionalidad por la aprehensión de objetos correspondientes

a delito distinto de aquél para el que se concedió la autorización habilitante de la entrada y registro domiciliario ha sido mantenida, sin argumentación justificativa, por la sentencia 1.309/1993, de 7 de junio. En cambio, la posición contraria, que podría, tomando en préstamo lingüístico de la extradición pasiva la expresión, denominarse como *principio de especialidad*, ha sido rotundamente mantenida en las también recientes sentencias de esta Sala 1.706/1993, de 2 de julio (fundamento jurídico único) y 91/1994, de 21 de enero (fundamento jurídico quinto). En ambas resoluciones se estima que la extensión de la investigación a objetos distintos a los correspondientes al delito a investigar según el mandamiento judicial produce, de no existir una ampliación habilitante, un defecto insubsanable al faltar la debida proporcionalidad, convirtiéndose la prueba así obtenida en nula de acuerdo con la norma contenida en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La doctrina de estas dos resoluciones se basa (en el primer caso de manera explícita) en la doctrina contenida en el conocidísimo Auto de esta Sala de 18 de junio de 1992 (dictado en el llamado caso Naseiro), que como es notorio se dictó en un supuesto *no de registro domiciliario, sino de intervenciones telefónicas*. Esta acotación liminar permite establecer los matices diferenciales que existen entre uno y otro supuesto. Y así:

a) La intervención telefónica incide de manera directa en la esfera de la intimidad y de ahí que tal resolución “matriz” indique correctamente que “no es correcto extender autorizaciones prácticamente en blanco”. En ellas, la investigación toma al presunto imputado como fuente de prueba y por ello las garantías para su práctica tienen necesariamente que sobredimensionarse, pues la dignidad de la persona no autoriza una especie de «causa general». En cambio, la inviolabilidad del domicilio sólo se refiere a un objeto perteneciente a la esfera del investigado y por ello, una vez autorizada la entrada y registro la protección garantística ha de ser menor que en el otro caso.

b) Como consecuencia, el propio tratamiento normativo es disímil radicalmente, ya que en tanto la intervención telefónica supone por propia naturaleza su prolongación temporal (hasta tres meses prorrogables: artículo 579.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), la diligencia de registro se realiza en unidad de acto conforme dispone el artículo 570 de la misma Ley Procesal con la única interrupción que prevé tal precepto respecto a la prolongación durante horas nocturnas. Es obvio así, que en la intervención telefónica sea preciso ampliar en su caso la autorización jurisdiccional habilitante.

En cambio, en la entrada y registro domiciliario el aludido principio de especialidad no tiene por qué ser exigido con la misma intensidad. Si en su práctica aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquél para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de *flagrancia*, entendida en el sentido a que se refiere la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre, relativa a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana: *situación fáctica en la que la comisión del delito se percibe con evidencia y exige por ello una inmediata intervención*. Y producida tal situación, la inmediata recogida de los efectos del delito no es otra cosa que consecuencia de la norma general contenida en el artículo 286 de la tantas veces citada Ley Procesal. Máxime en casos como el presente, en los que *el delito nuevo es algo añadido al delito investigado*, al haber dado la investigación sobre éste resultado positivo, pues en tal caso se aplican la normas sobre conexión contenidas en los artículos 17.5.º y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En otras palabras, *no existe novación del objeto de investigación*, sino simple adición de éste.

Por ello la segunda de las direcciones jurisprudenciales no debe ser ratificada en términos generalizadores y desde luego no en este caso y, en consecuencia procede también la desestimación de esta segunda vertiente del motivo que se examina.»

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1994. Recurso número 2.652/1993. Ponente: Puerta Luis. Parricidio.

La sentencia analiza el parentesco de adopción, y lo excluye de la figura del parricidio.

Para justificar la postura analiza la cuestión desde el tenor literal del precepto, su propio contexto, la doctrina jurisprudencial de la Sala, los antecedentes históricos y legislativos de esta figura penal, el derecho comparado y la doctrina científica.

«Resta por analizar la cuestión de la relación de parentesco que vincula al acusado con la víctima, en cuanto —como se ha dicho— Antonio es hijo adoptivo del hoy recurrente. Y, sobre este particular, al margen

de la argumentación del motivo (ruptura de los lazos familiares por la indebida conducta del niño adoptivo), es preciso reconocer que no es pacífica la posición de la doctrina sobre el significado de la expresión “ascendientes o descendientes” utilizada por el legislador para definir el delito de parricidio (artículo 405 del Código Penal).

Los autores que defienden la inclusión de los «adoptivos» en la referida relación de parentesco se basan fundamentalmente en que –según ellos– para detemrinar el contenido y alcance de la expresión legal (ascendientes o descendientes) es menester acudir a las normas civiles; de modo particular al artículo 108 del Código Civil, cuyo párrafo segundo dice que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

Quienes, por el contrario, sostienen que el tipo penal del parricidio se refiere exclusivamente a los parientes unidos por vínculos de consanguinidad (que constituyen, sin duda, la mayoría de la doctrina), afirman que, en puridad de conceptos, los adoptivos no son ascendientes ni descendientes, por lo que incluirles en la referida expresión legal supondría una interpretación extensiva en contra del reo, que debe estimarse proscrita (artículo 4.2 del Código Civil). Al hijo adoptivo que mata –decía Farinaccio– no se le castiga como parricida *quia filii adoptivi non vere el proprie, sed fecte et imaginarie filii dicuntur*; afirmando, por su parte, Viada que la razón de esta exclusión es que “no es posible equiparar la culpabilidad del que da muerte a un bienhechor y la del que mata a su padre”.

La interpretación de las normas jurídicas exige tener en cuenta no sólo su tenor literal y su propio contexto, sino también, con la debida ponderación, sus antecedentes históricos y legislativos y la propia realidad del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3.1. del Código Civil). En este sentido, cobra particular relevancia el hecho de que en nuestro Derecho histórico, el Código Penal de 1848 castiga como parricida al que matare “a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos o adoptivos, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, o a su cónyuge” (artículo 323), en tanto que los siguientes, a excepción del de 1928, como seguidamente veremos, prescindieron de toda expresa referencia al parentesco de adopción. En este sentido, el Código Penal de 1870 castigaba como parricida al que matare “a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge”. Prescindió, pues, claramente del parentesco de adopción, al que no han vuelto a hacer expresa mención ninguno de los ulteriores Có-

digos Penales al definir el tipo penal del parricidio. Únicamente —como ya se ha dicho— el Código Penal de 1928, al margen de la figura del parricidio propio (artículo 521), incorporó el impropio para el caso de muerte de “hermanos, padres e hijos adoptivos y afines en línea recta” (artículo 522). A partir del Código Penal de 1932, desapareció esta última figura penal.

Dos notas cabe destacar, tras esta referencia histórica: el legislador cuando ha estimado oportuno incorporar al tipo penal el parentesco de adopción lo ha hecho de modo expreso, y, en todo caso, ha distinguido siempre entre la relación de padres e hijos y la de los demás ascendientes.

Desde el punto de vista del Derecho comparado, cabe decir que —en las legislaciones que mantienen este tipo penal— se ha ido reduciendo el ámbito al denominado parricidio propio (muerte del padre, de la madre, del hijo, o de los ascendientes o descendientes consanguíneos). La inclusión de otros vínculos (afinidad, adopción o matrimonio) ha ido desapareciendo progresivamente de la mayoría de los Códigos Penales, y la doctrina entiende que, en todo caso, carece de justificación en el ámbito criminológico.

La jurisprudencia de este Alto Tribunal ha mantenido tradicionalmente un criterio restrictivo en la interpretación del tipo penal examinado, estimando que los textos legales —hecha excepción, como ya se ha dicho, del Código Penal de 1848— se han referido exclusivamente a los vínculos de consanguinidad, no alcanzando, pues, a los de afinidad ni a los de adopción. En este sentido, pueden examinarse las sentencias de 11 de marzo de 1887, la de 7 de diciembre de 1888, y la de 30 de junio de 1958. En la de 30 de enero de 1958, por su parte, al referirse a la “ratio legis” del precepto, se dice que la agravación punitiva procede de la repugnancia a la conciencia social de la ofensa a la relación parental que origina, por naturaleza, una afección que identifica a los parientes como miembros de un todo más amplio, que ha de sufrir los daños o menoscabos que sufra la integridad física de cualquiera de ellos.

Aparte de todo lo dicho, no es ocioso destacar también que, en la reforma parcial operada en el Código Penal por la importante Ley Orgánica 8/1983, de 25 de mayo, se dio nueva redacción, entre otros, a los artículos 11, 18 y 405 del Código Penal, citándose expresamente, en el primero de ellos, relativo a la circunstancia mixta de parentesco, al ascendiente, descendiente o hermano “por naturaleza, adoptivo o afín”. Igual técnica se siguió con el artículo 18, al declarar exentos de las penas im-

puestas a los encubridores, entre otros, a los «ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adoptivos o afines en los mismos grados». La reforma operada en el artículo 405 se limitó a suprimir la distinción de “legítimos o ilegítimos”, en referencia a los ascendientes o descendientes. Cabe deducir de todo ello que cuando el legislador ha pretendido incluir a los parientes adoptivos o a los afines, sea en el tipo penal, en las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o en los supuestos de exención de la misma, lo ha hecho de modo expreso.

Por consiguiente, en atención al tenor literal del precepto, a la interpretación que por su propio contexto cabe hacer del mismo y a la doctrina jurisprudencial de esta Sala; teniendo en cuenta, además los antecedentes históricos y legislativos de esta figura penal, los criterios mantenidos por las legislaciones de nuestro ámbito cultural sobre la misma y el criterio defendido por la mayoría de la doctrina científica, debe concluirse que el parentesco de adopción queda al margen de la figura del parricidio.

Procede, en conclusión, la estimación de este motivo, al no poder apreciarse la existencia, entre el acusado –hoy recurrente– y la víctima, padre e hijo adoptivo, respectivamente, los lazos de parentesco incluidos en la figura penal del parricidio.»

SENTENCIA del Tribunal Superior de 26 de marzo de 1994. Recurso número 693/1993. Ponente: Bacigalupo. Imprudencia con resultado de muerte.

El Tribunal Supremo casa la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba que condenó al responsable del Ayuntamiento y de la Policía local como autores de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, por no haber adoptado las medidas necesarias para impedir que vehículos mal estacionados impidieran el paso de los bomberos.

La posición de garante en los delitos de omisión se caracteriza por la posibilidad del dominio de la situación en la que se ha producido el resultado.

«La Audiencia ha condenado al Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Córdoba y al Jefe de Policía local de dicha ciudad como auto-

res “de un delito de imprudencia temeraria previsto y sancionado en el artículo 565 del Dódigo Penal” (fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida). Es indudable que una aplicación autónoma de esta disposición no es posible y contradice abiertamente el texto del propio artículo 565 del Código Penal. Este artículo está referido a otros tipos penales cuya realización, “si mediare dolo, constituiría delito” y, consecuentemente no existe un delito de imprudencia, sino realizaciones culposas de tipos –en principio dolosos– contenidos en la ley penal. La Audiencia, por el contrario, no ha establecido con claridad si ha referido la negligencia de los acusados al incendio que finalmente ocasionó la muerte o las muertes mismas. La cuestión no es irrelevante, dado que el deber de cuidado se debe referir a un resultado determinante y, como es obvio, no es lo mismo haber infringido el deber de adoptar medidas contra los incendios que el deber de hacerlo para salvar la vida de las personas.

Por otra parte, la Audiencia, aunque ha reconocido que el delito culposo se caracteriza por la infracción de un deber de cuidado, es decir por la creación no voluntaria de un peligro no permitido, no ha aplicado correctamente esta premisa. En efecto, en lugar de establecer cuál era el deber de cuidado específico infringido, para poder luego comprobar, como corresponde, si la infracción del mismo tiene con el resultado la conexión de antijuricidad que requiere la tipicidad del delito culposo, ha considerado que todo resultado previsible es suficiente para configurar un delito de esta especie. La previsibilidad, sin embargo, es insuficiente para afirmar la tipicidad del delito culposo, cuando no se ha comprobado previamente la creación de un peligro jurídicamente desaprobado o, lo que es lo mismo, la infracción de un deber de cuidado. La razón de lo dicho es clara: previsible es casi todo; pero punible sólo pueden ser las acciones constitutivas de un peligro no permitido. La falta de comprobación de este deber de cuidado, por lo demás, no puede ser reemplazada por la «reprochabilidad social (...) apreciable incluso en el sentimiento de la comunidad social», a la que se refiere la sentencia. Estas consideraciones pueden haber inspirado al legislador la creación de los deberes de cuidado, pero son totalmente inadecuadas para que los Tribunales fundamenten la tipicidad cuando no se ha establecido cuáles son los deberes infringidos.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que el artículo 565, sea en relación al artículo 407, sea en conexión con los artículos 547 y siguientes, no puede ser aplicado, como lo ha hecho la Audiencia, en el caso de comportamientos omisivos. En efecto, los dos recurrentes no han sido condenados por haber puesto activamente una causa que haya producido

el resultado. No sólo no son quienes dejaron los coches mal aparcados que impidieron el tráfico, ni quienes de alguna manera han participado en los hechos que determinaron el fuego, así como tampoco son personas que han de realizado alguna acción que hubiera podido producir los resultados de muerte. En este sentido es claro el pasaje del fundamento jurídico segundo (párrafo 12) de la sentencia recurrida, en el que se afirma que los acusados habrían «dejado de adoptar la más mínima medida para evitarlo, siendo ésto lo que impidió el paso de los vehículos de bomberos, lo que originó un retraso determinante, de forma altamente decisiva del fallecimiento de las víctimas». Con otras palabras: lo que se les imputa es una omisión. Por tanto, la Audiencia debió comprobar si dicha omisión era suficiente para fundamentar la imputación de los resultados.

Desde esta perspectiva es claro que no se han tenido en cuenta ninguno de los elementos que condicionan la responsabilidad en los llamados delitos impropios de comisión por omisión, toda vez que ni siquiera se planteó la cuestión.

Como se sabe, es unánimemente admitido que la responsabilidad por no haber evitado el resultado típico de un delito activo depende de que el omitente se encontrara en posición de garante, es decir, en una relación de deber determinante de una estrecha relación con la salvación del bien jurídico. Sin perjuicio de otros elementos, esta posición de garante del omitente se caracteriza, al menos, por su posibilidad de dominio de la situación en la que se ha producido el resultado, lo que, a su vez, presupone —como se ha señalado en la doctrina— una posibilidad especial de influencia sobre los peligros generados a partir de una determinada fuente.

En el presente caso es indudable que estos presupuestos no se cumplen. El Ayuntamiento, como surge de la sentencia recurrida, disponía de un servicio de incendios que el Tribunal *a quo* estima suficiente para que se hubiera podido evitar el resultado, pues afirma (párrafo 14 del fundamento jurídico segundo) que “forzoso es concluir que si la dotación de bomberos hubiese llegado al completo y con todo su equipo a su debido tiempo las posibilidades de salvamento hubiesen sido totales”. Pero, no cabe duda que los inculpados, como encargados de la administración de tales medios, no tenían en sus manos la realización práctica de las maniobras necesarias para lograr el salvamento de las víctimas. En particular, observando con base en el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el plano de accesos a partir del cual la Audiencia ha relatado los hechos probados, se comprueba que la pretensión de los bomberos de

acceder por la calle peatonal Manuel Sandoval era dudosa realización, aunque no hubiera habido coches aparcados, dado que antes de llegar a la Plaza Chirinos existían tres pivotes delimitadores de la zona peatonal de una altura de 30 centímetros (ver folio 9). El Tribunal *a quo*, sin embargo, al no haber considerado los hechos desde la perspectiva de la omisión, no descartó que a pesar de esos pivotes los bomberos hubieran podido alcanzar el domicilio en el que se produjo el incendio y, por tanto, no demostró que la pérdida de tiempo no se hubiera producido de todos modos como consecuencia de la errónea elección del acceso al lugar del siniestro. Por tanto, es claro que los inculpados no hubieran podido influir en la elección del acceso más adecuado aunque hubiera estado en sus despachos.

Tampoco pudieron los recurrentes influir en la decisión de los bomberos encargados de la maniobra de optar por no forzar el paso entre los autos están estacionados en las otras calles, asumiendo las fricciones y los daños que ello naturalmente produciría en los coches de los infractores y en el propio coche de bomberos. Esta acción y los daños que de ella podrían haberse generado, hubieran estado justificadas por el artículo 8.7.º del Código Penal, dada la jerarquía de los bienes jurídicos colisionantes. A pesar de que en la causa se contaba con elementos para formular un juicio sobre esta cuestión, pues existen planos que establecen el ancho de las calles e informes de las medidas de los coches incorrectamente estacionados (ver folios 9, 10, 11 y 140), el Tribunal *a quo* tampoco los ha tomado en consideración, como los requería el carácter omisivo del hecho imputado a los recurrentes.

Por último, es claro que los bomberos que se dirigieron andando al lugar del siniestro consiguieron abrir la puerta del inmueble y acceder a los cuerpos de las víctimas y, por tanto, también existían posibilidades técnicas cuya posibilidad de éxito tampoco ha sido evaluada por el Tribunal *a quo*.

En consecuencia, de los hechos probados surgen dos elementos claros: 1) que el servicio existente era adecuado para evitar el resultado, pues la Audiencia afirmó que si los bomberos hubieran accedido al lugar del siniestro hubieran podido evitar el resultado y 2) que de los hechos probados no cabe excluir que las decisiones inmediatas de los responsables de la acción de salvamento hayan sido en todo caso las adecuadas. La ausencia de estas comprobaciones impide imputar los hechos a los garantes.

Por lo demás, no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad de la delegación de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar.

En este mismo orden de cosas se debe señalar que la posición de garante de los inculpadados no los obligaba a mantener como único servicio de grúas el municipal. Los hechos probados establecen que el Jefe de la Policía local había ordenado que el “servicio (de grúas) terminaba a las 11 de la noche, de tal manera que durante el resto de la jornada era atendido por una empresa particular” (...) “que el día de autos desplazó una grúa pero cuando ya fueron advertidos los obstáculos citados y los bomberos trataban en vano de apartarlos”. Es indudable que en esto no existe ninguna irregularidad, dado que existía de todos modos un servicio de grúas que, además, actuó en el momento en el que se lo requirió.

Es preciso tener en cuenta que la posición de garante de los inculpadados se fundaba en su aceptación de las funciones que desempeñaban y que, cuensecuentemente, terminaba —como se dijo— en el momento en el que trasladaron de forma jurídicamente inobjetable las funciones que, por razones técnicas, no podían cumplir en forma personal a quienes a su vez las aceptaron y tenían suficiente capacidad técnica para llevarlas a cabo.

En suma: resulta claro que si existía un servicio necesario para conjurar los peligros, un servicio de grúas que funcionó y no se ha descartado que con mayor pericia y decisiones más adecuadas los bomberos hubieran podido llegar antes de lo que lo hicieron, no cabe responsabilizar como omitentes a los recurrentes. En realidad, las razones de la Audiencia ha dado para excluir la responsabilidad del Jefe del Parque de Bomberos (ver párrafo 2 del fundamento jurídico segundo) se deberían haber extendido a los recurrentes, que tampoco tuvieron la posibilidad de dominio necesario para impedir los resultados producidos.

Esta Sala, finalmente, no puede dejar de señalar la perplejidad que le produce que los titulares de los coches incorrectamente estacionados, cuyos datos figuran en las actuaciones (confrontar folios 7 y siguientes), no hayan sido sometidos al proceso, sin la menor investigación de su responsabilidad. En efecto, es indudable que su acción positiva tenía, al me-

nos, una vinculación causal con los resultados producidos, pues si no hubieran infringido las disposiciones relativas al estacionamiento de vehículos, los bomberos no hubieran tenido los obstáculos que debieron superar. Todo ello generaba, al menos, la necesidad de aclarar su responsabilidad en los hechos que dieron lugar a esta causa.»

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1994. Ponente: Hernández. Parricidio.

Según la sentencia, que recoge el contenido de un acuerdo de la Sala General, el artículo 405 del Código Penal no debe ser aplicado según la comprobación formal del vínculo matrimonial, desde el punto de vista registral, sino tomando en consideración la real situación de los cónyuges en el momento del hecho.

«Por el mismo cauce procesal que el anterior, se formaliza el motivo 9.º del recurso del proceso, 6.º por infracción de ley, que denuncia inaplicación del artículo 14 de la Constitución, en relación con el 405 del Código Penal, ya que la situación de separación de hecho y de interrupción de la vida conyugal, así como la definitiva ruptura de la relación afectiva entre el recurrente y su mujer, impiden la aplicación del tipo agravado de parricidio, puesto que viviendo separados y sin compartir otra cosa que sus hijos, la aplicación automática que el Tribunal provincial hace del parricidio no puede considerarse correcta, ni acorde con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma.

Ciertamente, como argumenta el juzgador *a quo* en el fundamento jurídico tercero de la sentencia impugnada, en apoyo y base de la calificación jurídica que hace de los hechos enjuiciados, y arguye el Ministerio Fiscal en la fase instructoria y escrito impugnatorio del recurso formalizado por el procesado, esta Sala, pacífica y reiteradamente, y así sentencias de 8 de julio de 1981, 7 de junio de 1985, 15 de noviembre de 1986, 31 de octubre de 1987, 27 y 29 de septiembre y 4 de octubre de 1988, 9 de febrero de 1989, 25 de febrero de 1991 y 7 de abril y 9 de diciembre de 1993 (y en el Auto de 31 de marzo de 1993), venía indicando que el estado de separación matrimonial no descalifica a la víctima de su condición de cónyuge, pues dicho condicionamiento no se elimina si no existe la nulidad de la unión matrimonial (o la declaración de divorcio), porque lo que origina la condición de cónyuge es precisamente la existencia del vínculo

que nace al contraer matrimonio, el cual se extingue únicamente por muerte, nulidad o divorcio, concluyendo dicha tesis tradicional con que bastaba la mera acreditación del vínculo matrimonial como realidad fáctica y elemento estructural y constitutivo de la infracción para que surgiera la figura del parricidio.

No obstante, conviene rasaltar que en la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 1991, citada precedentemente, tras desestimar en el 1.º de sus fundamentos jurídicos la impugnación que contemplaba y ello por aplicación de la doctrina tradicional de la Sala y a que acabamos de referirnos, en el 2.º a modo de *obiter dicta*, explicitaba una serie de reflexiones acerca de las situaciones surgidas del tema propuesto por la censura, para concluir en que el estado matrimonial deja de existir a efectos penales cuando desaparece la *afectio maritalis*, lo que —decía— ocurre cuando se produce una separación legal y judicialmente decidida en que ese vínculo de la efectividad ha desaparecido y surge como evidente ante los propios contrayentes y ante los demás, tesis más o menos insinuada en las sentencias de 7 de junio de 1985 —citada precedentemente— y 5 de febrero de 1987.

Igualmente procede poner de manifiesto que en la sentencia de 9 de diciembre de 1993, al proceder a su deliberación, no hubo un acuerdo “unánime” de los 5 miembros integrantes del Tribunal respecto al 5.º motivo del recurso, que planteaba el mismo o similar tema que el objeto de análisis en la presente resolución, llegándose al acuerdo “mayoritario” de seguir la tesis tradicional seguida por la Sala hasta dicho momento, pero con el “voto particular” de dos de los Magistrados componentes del Tribunal que disintiendo del voto mayoritario estimaban procedente acoger la censura casacional contenida en el motivo impugnatorio, dado que en la en aquel entonces procesada se hallaba separada judicialmente de su marido (la víctima) y entre los ex-esposos existía una “ruptura definitiva de la relación afectiva”.

La forma de gestarse dicha sentencia provocó que, por la importancia de la cuestión en la misma planteada, se convocara una junta general de la Sala, la que tuvo lugar el 18 de febrero de 1994, y en la que tras amplia deliberación y exposición de las posturas manifestadas por todos y cada uno de los Magistrados de la Sala, se acordara por “mayoría” la no aplicación del artículo 405 del Código Penal en los supuestos de destrucción de “hecho” de la relación conyugal entre los sujetos activo y pasivo del ilícito contra la vida.

De los argumentos expuestos en dicha junta y que proporcionaron el “acuerdo” referido, merecen destacarse los siguientes:

1) Si en forma constante la Sala ha venido manteniendo que la aplicación del artículo 405 del Código Penal, no se veía impedida por una separación matrimonial, dado que el vínculo matrimonial se mantiene mientras no sea extinguido por muerte, nulidad o divorcio (Cfr. sentencias de 8 de julio de 1981, 7 de junio de 1985, 29 de septiembre y 4 de octubre de 1988). Este punto de vista contaba, naturalmente, con el respaldo de una interpretación ajustada al texto legal de manera muy estricta. Sin embargo, el contenido de la ley escrita debe ser entendido también de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad (artículo 3.1. del Código Civil). En este sentido es posible constatar que existe actualmente una clara tendencia a relativizar, al menos, una interpretación tan rigurosa como la tradicional, cuyo exponente más claro son la propuesta de anteproyecto del Código Penal de 1983 y el proyecto de 1992, en los que se reduce el alcance o se elimina el delito de parricidio.

2) Asimismo, lo cierto es que la propia naturaleza del vínculo matrimonial impide considerar de una manera automática y unitaria el efecto que éste debe tener sobre la punibilidad del cónyuge que mata al otro, pues no en todos los casos es posible comprobar una mayor reprochabilidad del hecho. Particularmente en ciertos supuestos, en los que la relación matrimonial está “de hecho” manifiestamente destruida, la mayor reprochabilidad, por regla, no se podrá fundamentar. El recurso a una mayor gravedad presunta de culpabilidad en dichos casos estará vedada por las exigencias del principio de culpabilidad que requiere una culpabilidad real.

3) Desde el punto de vista de “igualdad”, por lo demás, se debe tener en cuenta que existen muchas situaciones matrimoniales que se caracterizan por su destrucción de hecho, que no han alcanzado el *status* de una disolución judicial del vínculo por imposibilidad material de las partes o por razones que en nada cambian la situación de la pareja desde el punto de vista de su real significado social.

4) Estas consideraciones ya han sido tenidas en cuenta en otros ámbitos del ordenamiento jurídico en los que a una separación de hecho o de derecho se le reconocen efectos jurídicos análogos, que no parece se puedan desconocer en el Derecho penal.

5) Ciertamente una decisión en este sentido no prejuzga sobre la que se presenta en el homicidio de ascendientes o descendientes, pues en estos supuestos el vínculo tiene un soporte que no sólo es jurídico, sino también natural, y ello permite mantener una diferencia jurídicamente relevante.

6) Dicho resumidamente: el artículo 405 del Código Penal no debe ser aplicado en el futuro según la comprobación formal del vínculo desde un punto de vista registral, sino tomando en consideración la real entre los cónyuges en el momento del hecho.

De lo expuesto resulta que los argumentos reseñados, que toman en consideración los más variados aspectos de la problemática del “uxoricidio”, tanto por razones jurídicas como ético-sociológicas, coinciden en indicar como procedente “la exclusión del artículo 405 del Código Penal en todos los supuestos en los que ‘de hecho’ la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que ya no pueda ser fundamento suficiente para justificar un mayor reproche del autor”.

Así las cosas, resulta evidente que, por aplicación de la doctrina reciente de la Sala –según se ha expuesto precedentemente– al supuesto enjuiciado, en el que la relación afectiva entre el agente del ilícito y la víctima del mismo se encuentra completamente rota y, consecuentemente, deteriorado el *status* matrimonial, procede el acogimiento de la censura casacional contenida en el motivo analizado y el dictado de la segunda sentencia prevenida en el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1994. Recurso número 1.654/1993. Ponente: Moyna. Tráfico de drogas. Presunción de inocencia.

La sentencia analiza los requisitos que debe reunir la habilitación al funcionario público, a los efectos de la validez probatoria del registro domiciliario con posterioridad a la Ley 10/1992, de 30 de abril.

Necesidad de habilitación expresa y comparecencia del funcionario habilitado al juicio oral.

«A partir de la reforma del artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento, operada por la Ley 10/1992 de 30 de abril, aplicable a las diligencias de entrada y registro practicadas en su ámbito temporal de vigencia —el Auto es de 26 de octubre de 1992—, la presencia del Secretario Judicial deja de ser una prescripción legal de obligado cumplimiento, desde el punto en que puede habilitarse en la resolución judicial para la función de extender el acta —siempre expresamente— a un funcionario de la Policía Judicial u otro funcionario público que haga sus veces, en cuyos términos han de entenderse comprendidos no sólo los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, sino la Guardia Civil, Policías Autonómicas y Locales y demás consignados en el artículo 283 de la Ley Procesal.

En consecuencia, el registro practicado, sin presencia del Secretario Judicial o del funcionario del orden administrativo judicial que legalmente le sustituya, con autorización del acta por el agente de Policía Judicial designado, no vulnera los derechos fundamentales del registrado, ni supone irregularidad alguna en la aplicación de la Ley ordinaria, pero como aquél no da fe del acto con plenitud de efectos, que solamente compete a los Secretarios Judiciales, el registro no pasa de ser una diligencia más de investigación policial, sin alcanzar la naturaleza de prueba preconstituida; y para alcanzar estos efectos, que son los idóneos para desmontar la presunción de inocencia, es preciso que los funcionarios policiales sean llamados al juicio oral y comparezcan en él a fin de ratificar el acta y exponer ante el Juez o Tribunal, bajo contradicción procesal, todo lo ocurrido en su presencia.

Es lo sucedido en este caso. Los seis miembros de la Policía Judicial, incluido el autorizado para levantar el acta, y uno de los testigos instrumentales —por haber fallecido el otro— comparecieron en el juicio oral, ratificaron el contenido del registro y sometieron sus percepciones al interrogatorio del órgano jurisdiccional y de las partes. De esta forma el registro alcanzó la categoría de medio probatorio, y medio de inculpación porque en el domicilio de la acusada, se hallaron dinero en moneda fraccionaria, joyas sin procedencia acreditada, un peso o dinamómetro, cristal con restos de polvo y bolsa con polvo marrón que se identificó como heroína, y papel para envoltorios, elementos que permiten inferir el tráfico porque guardan coherencia lógica con la dedicación a la comercialización de la droga.»

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1994. Recurso número 2.136/1993. Ponente: Ruiz Vadillo. Competencia en delitos de calumnia e injuria.

La sentencia, pese a reconocer la existencia de poderosos argumentos en contra, mantiene la tesis de que la competencia para el enjuiciamiento de los delitos de calumnia e injuria entre particulares, corresponde al Juzgado de lo Penal.

«El artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece respecto del procedimiento abreviado para determinados delitos (Título III redactado conforme a la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre), que este procedimiento será de aplicación a los supuestos que en dicho precepto se incluyen, sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales.

Pero el tema es más complejo porque también entra en colisión el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que determina la competencia de los distintos órganos jurisdiccionales en función de la pena de que se trate. Concretamente en su número tercero fija que el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido será el competente para el conocimiento y fallo de las causas por delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis años o con pena de multa, cualquiera que sea su cuantía, o con la privación del permiso de conducir, cualquiera que sea su duración, o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de seis años, así como de las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas cuando la comisión de la falta o su prueba estuvieran relacionados con aquélla.

Como es bien sabido, el delito de injurias entre particulares, hechas por escrito y con publicidad, lleva aparejadas, con arreglo al artículo 459 del Código Penal, las penas de arresto mayor o destierro y, en todo caso, la de multa.

Por consiguiente, ateniéndonos a este concreto y específico mandato de la Ley Procesal Penal, el Juez ordinario predeterminado por la Ley —que conforma un derecho fundamental, de acuerdo con el artículo 24.2 de la Constitución— es el juez de lo Penal y, por tanto, es éste quien debe

enjuiciar estos comportamientos, y a ello tiene derecho el acusado y la víctima. De la impugnación conocerá la Audiencia Provincial a través del correspondiente recurso de apelación.

La confusión se produce cuando, después de comprobar el contenido del artículo 779 citado, se contemplan los artículos 804 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Título IV del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y se constata que en ellos se habla de “sumario”, “procesado”, etc., expresiones que corresponden al procedimiento ordinario, lo que habría de desembocar, en principio, en una competencia a favor de la Audiencia.

Así pues, entran en liza la competencia, por una parte, y el procedimiento a seguir, por otra, lo que son instituciones separables, y, en esta situación, al menos en apariencia, conflictual, es más conforme con los principios que gobiernan el proceso penal y que traen causa muy directa, como ya se dijo, en nuestra Ley Fundamental y Fundamentadora del Ordenamiento Jurídico todo, mantener la competencia que viene inequívocamente asignada en el artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que sea sobre esta base sobre la que se produzca el seguimiento del correspondiente proceso con las alteraciones que exija la nueva situación, es decir, que el procedimiento especial se acomode al precedente criterio competencial objetivo.

De esta manera, como señala la sentencia de esta Sala, número 79/1994, de 24 de enero, se pueden hacer compatibles las normas del procedimiento abreviado con las correspondientes al procedimiento especial por dos razones: 1) porque la reforma llevada a cabo por la citada Ley 7/1988, de 28 de diciembre, en los artículos 14.3 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hizo desaparecer de los mismos la exigencia de que los delitos de que podía conocer y fallar el órgano judicial unipersonal fueran únicamente los perseguibles de oficio, lo que hubiera sido, con toda evidencia, un obstáculo invencible a la tesis que ahora se mantiene y que con el cambio, por el contrario se transforma en un argumento poderoso a su favor, y 2) porque los denominados procedimientos especiales —excepción hecha del abreviado y, aún así, tampoco de manera total— no son propiamente procedimientos completos y autónomos.

Es por ello por lo que, aún reconociendo las dificultades existentes y los argumentos poderosos en pro y en contra, se mantiene la tesis sostenida en la sentencia de esta Sala, número 79/1994, de 24 de enero, ya citada, que además añade otros: que el procedimiento abreviado poten-

cia las exigencias propias del procedimiento acusatorio, aunque acaso haya de agregarse que tal vez en demasía por las posibles indefensiones que puede generar y que ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, y porque posibilita la doble instancia que, desde el punto de vista del justiciable —no del interés de la Ley, que es otro tema—, está más de acuerdo con las exigencias del proceso penal, como destaca el artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, frente a la casación, que dota sin duda de mayor certeza y armonía al sistema, pero que no permite, salvo la vía muy estrecha del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (del error de hecho en la apreciación de la prueba, en base a un documento o a varios que acrediten el error del juzgador de instancia) la revisión de los hechos, es decir, de lo que se considera plataforma fáctica o narración histórica.»

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1994. Recurso número 2.438/1993. Ponente: Ruiz Vadillo. Dilaciones indebidas.

La sentencia «en espera de una solución legal» reitera la posición mayoritaria reflejada en un Acuerdo de la Sala General, según el cual las dilaciones indebidas no pueden dar lugar a la aplicación de la atenuante por analogía. Proposición de indulto.

«El Ministerio Fiscal, con correcto apoyo procesal, impugna la aplicación indebida del artículo 9.10 del Código Penal. En resumen, entiende que la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no puede dar lugar a la aplicación de la circunstancia atenuante utilizada por el Tribunal juzgador, llegando a la conclusión a través de la cita con breve resumen de un contenido de la jurisprudencia de esta Sala, con exclusión de la sentencia dictada por la misma el 14 de diciembre de 1991 y que, por ser única, se dice, no constituye jurisprudencia, de acuerdo con el concepto que de la misma puede extraerse del artículo 1 del Código Civil, dentro, por consiguiente, de un Título Preliminar que se extiende a todo el Ordenamiento Jurídico, en cualquiera de sus áreas o sectores.

En este sentido y en un extenso informe, invoca las sentencias de esta Sala de 14 de septiembre de 1990, 20 de diciembre del mismo año, 12 de febrero de 1992, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

Derchos Humanos (sentencias de 23 de noviembre de 1982, 13 de julio de 1983, 10 de julio de 1984, 21 de febrero de 1986, 2 de junio de 1986, 25 de junio de 1987 y 8 de julio del mismo año) y del Tribunal Constitucional (sentencia 85/1990 de 5 de mayo, sentencias de 11 de marzo, 14 de abril, 6 y 26 de mayo, 5 de junio, 9 del mismo mes de junio, 26 también de junio, 6 y 10 de julio, 24 de septiembre y 14 de octubre, todas de 1992). (Ver también la sentencia del Tribunal Constitucional número 35/1994, de 31 de enero.)

En resumen, la doctrina jurisprudencial, con apoyo en la mantenida por el Tribunal Constitucional, mantiene que la vulneración al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no puede corregirse reduciendo la pena a través de aplicar la atenuante analógica del artículo 9 apartado 10 (es circunstancia atenuante cualquier otra de análoga significación a las anteriores), quedando como fórmulas de adecuación la solicitud de indulto por la vía del artículo 2 del Código Penal y la petición indemnizatoria, que puede hacer el condenado con apoyo en el mal funcionamiento de la Administración de Justicia.

El tema es muy complejo, ofrece perspectivas de muy distinta naturaleza y de muy diversa significación, hasta el punto de que, como expresión de inquietudes evidentes de los jueces que se han enfrentado con el problema, han surgido soluciones muy distantes, pero unidas por el sentimiento común de buscar fórmulas de armonía, de justicia y de proporcionalidad (Cfr. artículo 11 de la Constitución).

La sentencia objeto de recurso es una buena prueba de ello. Después de poner de relieve que tanto el Ministerio Fiscal como las Defensas y el propio Tribunal, han coincidido en reputar como excesivas las dilaciones que se han producido en este proceso y que son, por consiguiente, contrarias al derecho reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española y en el artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, las diferencias surgen a la hora de establecer el remedio jurídico a tan graves vulneraciones, en este caso aproximadamente doce años (los hechos suceden en 1981).

Es evidente que, cuando se juzga a una persona después de un tiempo desproporcionado desde que el penal se produjo, se produce una situación doblemente injusta: el sufrimiento que la espera de la decisión judicial supone para quien la padece y la circunstancia de que, como el paso del tiempo conduce a una evolución física y psíquica de la persona humana, de alguna manera la pena se impone ya en condiciones tales que

no se ajusta a los fines esenciales que le son propios, así la rehabilitación y reinserción que puede incluso haberse alcanzado con anterioridad (ver artículo 25.2 de la Constitución Española).

Es por ello por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la práctica totalidad de la doctrina científica, también la jurisprudencia, como hemos visto, se han hecho eco del problema grave que subyace tras la dilación indebida, así las sentencias del citado Tribunal de 10 de diciembre de 1982 (Caso Foti), 13 de julio de 1983 (Caso Zimmerman y Steiner), 10 de julio de 1984 (caso Guincho) y otras posteriores. Y frente a ellos, según se adelantó, aparece el problema, no exento de dificultades, de encontrar la forma más adecuada e idónea, conforme a exigencias de justicia y de legalidad.

Parece evidente que, siendo la dilación indebida una grave vulneración de los derechos del justiciable y también de la víctima, y la Constitución la primera y más fundamental de las leyes del Estado, directamente aplicable por los jueces y tribunales cuando contiene mandatos y prohibiciones, salvo cuando la norma tiene como destinatario al legislador ordinario (por ejemplo, el establecimiento del jurado); son los jueces y tribunales, en la medida de lo posible, quienes han de restablecer el equilibrio desaparecido a consecuencia de la dilación, en la medida de lo hacedero.

Por ello se ha hablado, como fórmulas posibles, de la absolución de los procesados, de la condena (pero ordenando, a renglón seguido, su no ejecución) y de la disminución de la pena, bien a través del arbitrio judicial normal (Cfr. artículo 61 del Código Penal), bien por aplicación de la atenuante por analogía, como simple o como cualificada, que es lo que ha hecho el Tribunal sentenciador, por entender probablemente que la comparación no es imprescindible que se haga sobre una atenuante típica contenida en el texto penal, sino, más bien, en el espíritu general de justicia y de proporcionalidad que impera en nuestra Ley Fundamental, que es al mismo tiempo fundamentadora de todo el Orden Jurídico en cualquiera de sus manifestaciones. Es decir, utilizar la analogía “*iuris*”, o del Derecho en general, y no la analogía “*legis*”, o de la norma en particular.

Todos los sistemas jurídicos de nuestro entorno cultural han sido sensibles a este problema y la Comisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como recoge con acierto la sentencia que se somete ahora a revisión, ha admitido que la reducción de la condena constituye una re-

paración suficiente de la vulneración del derecho a un proceso de duración razonable, siempre que se trate de una reducción real y que se acuerde expresamente en relación con la violación denunciada.

Así las cosas, el problema ha de ser resuelto de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala, a nivel de Sala General (lo que no supone desconocer las razones muy poderosas de quienes mantienen, como la sentencia de instancia y algunas de esta propia Sala, posiciones distintas) a través de esta triple vía: 1) La individualización de la pena dentro del correspondiente marco punitivo legal, por ejemplo, si la pena puede recorrer el grado mínimo y medio por no concurrir circunstancias agravantes, imponer, si se estima oportuno, el mínimo del mínimo. 2) Interesando del Gobierno, al amparo del artículo 2 del Código Penal, un indulto total o parcial, según la situación real del supuesto, y 3) La petición del interesado a la Administración de una adecuada indemnización a consecuencia de ser víctima, por causas absolutamente ajenas a su voluntad, de la dilación indebida.

Por consiguiente, en espera de una modificación legal que puede introducir, si lo estima procedente el legislador, una “cuasiprescripción”, sobre la base de sumar los tiempos “muertos” en la tramitación, utilizando la suspensión y no la interrupción de la prescripción o de establecer una atenuación de la pena cuando concurren los requisitos que en la ley se establezcan, por ejemplo, cuando hayan transcurrido dos terceras partes del tiempo fijado para la extinción de la pena, reducir la pena en la proporción que la ley establezca. No caben, por ahora, mientras la jurisprudencia mantenga la interpretación ya citada, otras soluciones que las ya apuntadas.

Por ello en este caso, aún dando lugar al recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, es procedente, por razones de justicia (a la justicia de fondo ha de unirse siempre la adecuación en el tiempo y, por tanto, la proporcionalidad) interesar del Gobierno la concesión de un indulto parcial en los términos que se dirán en la Exposición que a tales efectos se eleve.»

SENTENCIA del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1994. Recurso número 945/1994. Ponente: Bacigalupo. Parricidio.

La sentencia matiza el criterio recogido en la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1994, sobre los efectos de la ruptura de hecho de la relación matrimonial, como presupuesto para la aplicación o no del artículo 405 del Código Penal.

El deterioro de la relación sólo podía ser razón para la exclusión del artículo 405 cuando la reacción homicida esté motivada por una situación que impida considerar el vínculo matrimonial como una situación capaz de incrementar la gravedad del hecho.

«La cuestión planteada por el recurrente se refiere a la prueba de los elementos del artículo 405 del Código Penal. Sin embargo no cuestiona la prueba de ninguno de los elementos especiales de este tipo agravado, es decir, de la circunstancia de la relación conyugal entre el autor y la víctima, sino, por el contrario, aspectos del hecho que se refieren a la posición del autor respecto de la víctima y a la existencia de una agresión previa de esta última con un destornillador. En particular la defensa no ha cuestionado en modo alguno que el procesado haya sido quien ocasionó la muerte. En consecuencia, el motivo carece manifiestamente de fundamento, pues ninguna de las circunstancias expresadas por el recurrente podrían llegar a demostrar que el artículo 405 ha sido indebidamente aplicado.

De todos modos y a mayor abundamiento, se debe señalar que la circunstancia de que el marido tuviera una relación extramatrimonial y además hubiera tenido otros comportamientos incompatibles con su obligación de fidelidad conyugal, remontados a los orígenes de la convivencia entre el recurrente y la occisa, no elimina la aplicación de la agravante característica del parricidio. En efecto, el Pleno de esta Sala de 18 de febrero de 1994 decidió apartarse de la jurisprudencia tradicional en esta materia, postulando la exclusión del artículo 405 en todos los casos en los que de hecho la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que ya no pueda ser fundamento suficiente para justificar un mayor reproche del autor. Sin embargo, en el presente caso es indudable que, aunque la relación tenía un grado importante de deterioro, la vida en común se mantenía dentro de límites que pueden ser considerados socialmente normales, dado que los cónyuges mantenían un domicilio y un dormitorio común y la vida conyugal era sólo perturbada bá-

sicamente por la relación extramatrimonial del marido. En consecuencia no se había alcanzado el grado de destrucción de la relación personal de los cónyuges que eliminara la mutua confianza en no ser objeto de agresiones mortales por parte del otro. Fundamentalmente porque nada se oponía a que el procesado hubiera dejado el domicilio conyugal, inclusive, hubiera decidido compartir su vida con la otra mujer. En otras palabras: mientras el derecho vigente prevea la agravación del homicidio por la relación conyugal, el deterioro de la misma sólo podrá ser razón suficiente para la exclusión de la agravante del artículo 405 del Código Penal, aunque únicamente cuando la reacción homicida esté motivada por una situación que impida considerar el vínculo conyugal como una circunstancia capaz de incrementar la gravedad del hecho en la forma prevista en dicha disposición.»

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

ROGELIO GÓMEZ GUILLAMÓN
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

AUTO de 7 de julio de 1994. Sala Especial de Conflictos de Competencia (artículo 42 Ley Orgánica del Poder Judicial). Responsabilidad patrimonial de la Administración con ocasión de la asistencia sanitaria prestada por la Seguridad Social.

«La Ley 30/1992, efectivamente, ha vuelto al sistema de unidad jurisdiccional en una materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que instaurara, conforme se ha visto antes, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. Y lo ha hecho claramente por una doble vía: unificando, en primer lugar, el procedimiento para la reclamación de la indemnización y, en segundo término, unificando también la jurisdicción y el régimen jurídico aplicable, sin duda con el decidido propósito de terminar con el gráficamente denominado por la Sala Primera del Tribunal Supremo “lamentable peregrinaje jurisdiccional” –v.gr. sentencias de 5 de julio de 1983 y de 1.º de julio de 1986–, ante el hecho de que reclamaciones de este tipo podían ser, y efectivamente son, resueltas indistintamente por los órdenes jurisdiccionales civil, administrativo y social.

...alumbrado un único sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas –quizá uno de los pocos aspectos positivos, técnicamente hablando, de la nueva Ley 30/1992–, resulta difícil sostener, sin un específico precepto que así lo establezca, que en materia de relaciones propias de la seguridad social y de daños causados en prestaciones sanitarias, la responsabilidad patrimonial de las instituciones correspondientes, que son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y vinculadas a la Administración del Estado y, por tanto,

Administraciones Públicas a los efectos de la Ley –artículo 2.2.º–, sea inexistente y quede diluida en la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Una excepción de tal importancia, además de chocar con la generalidad con que configura el artículo 106.2 de la Constitución el derecho a ser indemnizado por las lesiones derivadas del mero funcionamiento de los servicios públicos, exigiría una previsión específica de la Ley a la que no puede equivaler lo establecido en su disposición adicional sexta que se refiere genéricamente a actos de la Seguridad Social y desempleo y no, por tanto, a pretensiones de responsabilidad patrimonial derivadas de lesiones causadas en la actividad prestacional de instituciones sanitarias de la Seguridad Social o del Sistema Nacional de la Salud.

...Por otra parte, después de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, sólo un concepto amplísimo de reclamaciones en materia de Seguridad Social, no avalado por ningún texto legal concreto, permitiría incluir en él las reclamaciones de responsabilidad patrimonial y sustraerlas al régimen procedimental y jurisdiccional unitario que ha reintroducido la nueva normativa. Adviértase, además, que el término prestación es un concepto jurídico inserto en el marco de los derechos y obligaciones específicos de la Seguridad Social y que tiene múltiples aspectos que afectan al nacimiento del derecho, a su obtención, a su amplitud, a sus condiciones de tiempo y lugar, a los requisitos de afiliación y cotización, etcétera, aspectos perfectamente distinguibles de la actividad de servicio público que sin discusión realizan sus instituciones en lo que aquí interesa, sanitarias y que, por sí sola, es susceptible de generar una pretensión de responsabilidad patrimonial. Por todo ello y al no existir, en el ámbito institucional sanitario de la Seguridad Social, una previsión normativa específica sobre responsabilidad patrimonial por la mera prestación del servicio sanitario y para evitar la anomalía que supondría sostener la exigencia de un espacio institucional inmune en esta materia, que sólo podría satisfacerse dentro del marco de la acción protectora que aquélla –la Seguridad Social, se entiende– desarrolla cuando se trate de sujetos a los que resulte aplicable el sistema, será lógico concluir que la regulación unificadora, en los aspectos procedimental y jurisdiccional, arbitrada por la Ley 30/1992 en punto a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es aplicable a la que pueda exigirse a las entidades, servicios y organismos de la mencionada Seguridad Social por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la asistencia sanitaria. Por ende, la disposición adicional primera del antes citado Reglamento de procedimiento, de 26 de marzo de 1993, al prever específicamente la aludida sujeción, no añade ni hace ninguna atri-

bución competencial que no estuviera ya claramente, aunque de modo implícito, establecida en la mencionada ley.

Por lo expuesto,

La Sala acuerda: Resolver a favor de la Sección 1.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el presente conflicto positivo de competencia mantenido con el Juzgado de lo Social número 12 de Barcelona.»

COMENTARIO: Este Auto, del que ha sido ponente el Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, resolvió el conflicto positivo de competencia surgido entre un Juzgado de lo Social y una Sala de lo Contencioso-Administrativo, ya que los dos órganos judiciales reclamaban el conocimiento de una demanda formulada ante el primero de ellos contra el Instituto Catalán de la Salud en solicitud de indemnización por fallecimiento de una persona atendida en los servicios médicos del referido Instituto, por «incorrecta prestación de asistencia sanitaria» que provocó la transmisión de SIDA a la víctima.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo justificó básicamente su competencia en el vigente régimen de la responsabilidad de las Administraciones Públicas (artículo 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), que ha derogado la anterior regulación en la LRJAE, y más en especial en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento para reclamar aquella responsabilidad, cuya disposición adicional primera establece que las reclamaciones por los daños ocasionados con ocasión de la asistencia sanitaria por las Entidades de gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social «seguirán la actuación administrativa y Contencioso-Administrativa».

El Juzgado de lo Social en apoyo de sus tesis citó una amplia jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la que se sostiene que «la prestación social deficiente» efectuada en el ámbito de la Seguridad Social, esto es, en los servicios de ésta, por la pertenencia del asistido al régimen de la misma, genera una responsabilidad que, caso de reclamación, debe ser solventada por la jurisdicción social, sencillamente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.b) Ley de Procedimiento Laboral, puesto que se trata de «materia de Seguridad Social», declaración coincidente con el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del

Poder Judicial que atribuye a la jurisdicción de este orden las reclamaciones que se promuevan en materia de Seguridad Social o contra el Estado «cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral». Para este Juzgado de lo Social el Real Decreto 429/1993, en la medida que no respeta estas disposiciones de rango legal, es ilegal, además de inconstitucional por contrariar la exigencia de la Ley Orgánica que el artículo 122.1 de la Constitución Española prevé para la «constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales», de acuerdo con lo sentado en la STC 224/1993.

Posiciones que se mantienen casi con exactitud en el Auto que comentamos, ya que se produjo un voto discordante en pro de la competencia de lo Social que reproduce esencialmente la argumentación del Juzgado laboral, lo mismo que el voto mayoritario asume también en lo fundamental los razonamientos de la Sala de lo Contencioso.

Esta resolución de la Sala de Conflictos, atendida la legislación en vigor –la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común–, pone por el momento término a una vieja porfía entre los dos órdenes jurisdiccionales implicados, que hasta entonces se había resuelto en favor de lo Social. Así, Auto de la misma Sala de Conflictos de 21 de junio de 1991, Recurso 11/1990, en asunto prácticamente idéntico al aquí considerado, que recoge doctrina jurisprudencial en igual sentido y numerosos fallos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fechas bien cercanas, 24 de abril de 1990, 5 de junio de 1991 y 20 de abril de 1992, citadas en el informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial sobre el proyecto del Real Decreto 429/1993 («Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial» número 111, mayo 1993, pág. 55), fallos todos que aplicaron la normativa ahora derogada por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Y decimos por el momento porque, vista la contundencia con que se expresa el voto particular (del Magistrado procedente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo) –no tanta como la del Juzgado de Instancia en los trece folios de apretada redacción del Auto en que rechazó el requerimiento de inhibición– no sería de extrañar que, en la lógica evolución de la jurisprudencia y con la composición de la Sala que no dispusiera de mayoría de «administrativistas», pudiera llegarse a solución distinta. (Las referencias de que disponemos afirman el parecer mayoritario –no unánime– de la Sala IV en favor de la competencia de jurisdicción social.)

Esto significa que el texto legal o los textos legales no son claros o que se prestan, en la formalidad de su redacción, a diversas interpretaciones. El Auto, como queda recogido en la cita que encabeza estas líneas, arranca de la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad civil de la Administración que ha restaurado la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común –lo que nadie puede racionalmente discutir–, para finalmente, quizá sin profundizar lo aconsejable, afirmar que no se está en presencia de una «materia de Seguridad Social», que habilitaría la competencia de lo Social a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral y el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino llanamente ante un supuesto de responsabilidad civil de la Administración. El voto disidente, por el contrario, sostiene que «lo que se impugna no es un acto administrativo, separable de la prestación de asistencia integrada en la acción protectora de la Seguridad Social», se trata de un acto cuya «sujección está en el Derecho Social». Es, pues, «materia de Seguridad Social» que debe ventilar, según disposición específica de la Ley de Procedimiento Laboral (artículo 2.b), la jurisdicción social.

La cuestión entonces estriba en si se trata de una materia de responsabilidad de la Administración o si de materia de Seguridad Social. En estos términos está planteado el debate. Con naturalidad hay que admitir que se trata de las dos cosas a un tiempo: sin duda que se reclama una responsabilidad civil a la Administración –nadie ha cuestionado que el Instituto de la Salud sea Administración Pública a los efectos de la ley, como subraya el Auto–, pero al mismo tiempo la reclamación es consecuencia de una prestación de la Seguridad Social. Lo que interesa, para hacerse una idea cabal de la contienda, es cuál de estos dos aspectos debe ser el prevalente para, sobre la solución que se halle, determinar la competencia judicial.

En realidad la responsabilidad que se reclama dimana de un acto médico en el que sin duda consiste la prestación social pero que es separable de ésta. No se discute sobre la prestación, que se ha realizado desde el momento que se ha dispensado la asistencia médica, sino sobre las derivaciones de una actuación técnica –de la técnica propia de la medicina–, producida en la actuación de un servicio público, que ha ocasionado un perjuicio que debe ser reparado económicamente. Como señala el Auto, recogiendo lo que en este punto informó el fiscal, la prestación tiene aquí un significado jurídico, cuya eficacia se desenvuelve en el ámbito de los derechos y obligaciones propios de la Seguridad Social, que se hace necesario distinguir del objeto o contenido técnico

de la prestación. Cualquier reclamación referente a la prestación en sentido propio –afiliación, cotización, procedencia, extensión, cuantía, lugar, etcétera– sí es materia de Seguridad Social, pero su contenido material, esto es, la forma técnica de llevarla a cabo, si los medios de que se valió el facultativo que la prestó debieron ser éstos o aquéllos o si ha incurrido en una deficiente o irregular aplicación de la ciencia de su oficio o, más simplemente –y es lo que aquí importa–, si el resultado lesivo es producto del servicio prestado, no es en modo alguno materia de Seguridad Social. A ello se refiere el Auto cuando nos habla de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, «aspectos perfectamente distinguibles de la actividad del servicio público».

Desde este entendimiento, la asignación de la competencia a los Tribunales de lo Contencioso se presenta clara. Como subraya la Sala de Conflictos, el artículo 142.6 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, equiparando el carácter público o privado de la relación de la que se derive la responsabilidad administrativa, y el 144, determinando que las Administraciones responderán igualmente cuando actúen en relaciones de Derecho Privado, cuya actuación será considerada como actos propios de la Administración, a diferencia de lo que disponía el artículo 41 de la LRJAE («la responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios»), apenas deja resquicio a otra interpretación. Buena prueba de ello es el cambio efectuado desde el Auto antes mencionado de 21 de junio de 1991, en el que se aplicó la legalidad entonces en vigor, al que ahora es objeto de nuestro comentario.

El Real Decreto 429/1993, cuya ilegalidad e inconstitucionalidad aventuró el Juzgado de lo Social y cuya ilegalidad afirma el voto particular («...excede de su carácter reglamentario atribuyéndose “ultra vires” competencias no definitivas derivadas inequívocamente de la Ley»), en realidad lo que hace es sacar las consecuencias lógicas de la regulación de la responsabilidad civil de la Administración en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Así lo dice expresamente en su preámbulo: «...de la consideración conjunta del artículo 2.2 y del título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se desprende la inclusión en el sistema de responsabilidad patrimonial de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, superando con ello un largo debate jurisdiccional y doctrinal. En este sentido ha informado el Consejo General del Poder Judicial, a quien se ha sometido el proyecto de Reglamento a dictamen», lo que se traduce en el texto reglamentario en su disposición adicional pri-

mera: «...la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha ley y en el presente Reglamento».

Lo que hace el Reglamento es singularizar la responsabilidad patrimonial de las entidades de la Seguridad Social, algo que obviamente no dice la Ley que desarrolla pero que está implícito en su regulación global al equiparar, como sabemos, las relaciones de Derechos Administrativo y de Derecho Privado, apartándose claramente de la normativa que deroga, sin que quepa entender que la salvedad que se contiene en la Disposición Adicional Quinta de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común reservando la impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral suponga una quiebra de la unidad jurisdiccional que se restablece en el orden contencioso-administrativo. Tal vez no sea el reglamento el instrumento más adecuado para definir un apartado no expresa y definitivamente claro de la Ley que desarrolla —menos cuando la polémica está sobre el terreno—, pero, sea como fuese, una hermenéutica judicial razonable y fundada ha concluido que el Real Decreto en cuestión no hace más que exteriorizar lo que de un modo implícito estaba en la Ley.

Y buena parte de este posible desliz técnico haya que atribuirlo al Consejo General del Poder Judicial que en su informe antes aludido (página 61), tras señalar que el principio de unidad jurisdiccional «deberá ser tenido en cuenta por la jurisprudencia a la hora de atribuir la competencia para el conocimiento de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la Seguridad Social», no tiene empacho en abogar, eso sí, «dentro de las facultades limitadas y en todo caso subordinadas a la Ley de un Reglamento», por «la oportunidad de recoger en una disposición adicional la aplicación de dicho principio de unidad jurisdiccional en función de estas vacilaciones jurisprudenciales». Ciertamente, no es fácil sustraerse a la idea de que tales «vacilaciones» no deben solventarse con una disposición administrativa que, llegado el caso, no obliga a los Tribunales (artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). La solución sería que tal disposición adicional se incorporara al texto legal con lo que quedaría disipada toda duda. Mientras tanto, el auto que hemos glosado nos sirve para dirimir cualquier contienda judicial.

RESUMEN DE JURISPRUDENCIA LABORAL

JOSE GARCÍA POMBO

Fiscal del Tribunal Supremo

SENTENCIA de 2 de junio de 1994. Recurso 3.276/1993. SIDA. Pensión de viudedad.

Fallecimiento a consecuencia de Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), contraído por adicción al consumo de droga por vía parenteral, se deniega la prestación a la viuda pues la situación enjuiciada no tiene la consideración de accidente no laboral a los efectos de no precisar la cotización necesaria para merecer la protección correspondiente a dicha figura. No teniendo cabida en los artículos 84 y 85 de la Ley General de Seguridad Social.

Sentencia de 17 de mayo de 1994. Recurso número 441/1993. Personal estatutario de la Seguridad Social.

Ayudantes Técnicos Sanitarios que prestan servicios para el INSALUD en los Equipos de Atención Primaria, siendo su jornada de 8 a 15 horas y realizando, con cierta frecuencia, guardias desde la finalización de su jornada ordinaria hasta las 8 horas del día siguiente y continuando, entonces, con su trabajo ordinario, interponen demanda en solicitud, entre otras pretensiones, de que les sea respetado el descanso mínimo entre jornada y jornada, así como que se les abonen, con carácter extraordinario, las horas de exceso de jornada.

Desestiman las pretensiones. Las denominadas relaciones estatutarias, tienen una configuración más próxima al modelo de la función pública que al laboral, por lo que las normas supletorias relativas a aquéllas constituyen derecho supletorio de primer grado con exclusión del E.T. Las guardias no son horas extraordinarias —concepto inexistente en la relación estatutaria— y en cuanto a su retribución ha de estarse a lo dispuesto en el Real Decreto de 11 de septiembre de 1987.

**REVISTA
DEL
MINISTERIO FISCAL**

IV. Documentación

INFORMACION LEGISLATIVA

- 1. PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA de modificación del Código Penal, mediante la que se tipifica la apología del delito de genocidio. Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia antisemita y racista que se perpetúan bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. Ello resulta tanto más urgente cuando se presencia la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre.

Por desgracia, España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno, circunstancia que se agrava por el hecho de que la legislación española no contempla suficientemente todas las manifestaciones que este fenómeno genera, manifestaciones, sin embargo, contempladas en Tratados Internacionales ratificados por nuestro país. Así, el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito de genocidio, y el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 7 de marzo de 1966.

De esta manera, una interpretación más exigente de las obligaciones internacionales asumidas por España así como el deber de solidaridad y firmeza que la proliferación de estos actos exige nos obligan a dar un paso más allá, en la represión de cuantas conductas puedan significar

apología o difusión de ideologías que defiendan el racismo o la exclusión étnica, obligaciones que no pueden verse limitadas en nombre de la libertad ideológica o de expresión, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (sentencia 214/1991 de 11 de noviembre).

Por todo lo anterior se presenta la siguiente

PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA

Artículo primero

Se añade un nuevo artículo 137 bis b) al Código Penal, con el siguiente contenido:

«Serán castigados:

1. Con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el artículo anterior, los que hicieren apología de los delitos tipificados en el mismo. Hay apología cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas tendentes a consideraciones encomiables hechos que son constitutivos de delitos, o a enaltecer a sus autores.

2. Con la pena de arresto mayor a los que fabricaren, difundieren o exhibieren símbolos o cualesquiera otros medios de propaganda que representen o defiendan los hechos tipificados en el artículo anterior.»

Artículo segundo

Se añade un nuevo artículo 137 bis c) al Código Penal, con el siguiente contenido:

«En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; y si fuere un particular; los Jueces o Tribunales podrán aplicar la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.»

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

2. PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA reguladora de la cláusula de secreto profesional de los periodistas reconocida en el artículo 20.1,d) de la Constitución Española.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución Española de 1978 ha introducido en su parte dogmática una de las novedades más significativas del Derecho Constitucional Comparado contemporáneo: el reconocimiento del derecho de los profesionales de la información al secreto profesional. Y si bien es cierto que este derecho ya estaba reconocido por la legislación ordinaria con diferentes grados de garantía en diversos estados democráticos, la aportación del texto constitucional ha sido la de integrarlo como elemento constituyente del derecho fundamental a recibir y comunicar información.

La fuerza normativa de la Constitución ha dotado este derecho de plena eficacia jurídica desde su promulgación y, en consecuencia, su exigibilidad jurídica vincula poderes públicos y particulares. Pero dicho esto, es necesario precisar el contenido con el objetivo de asegurar su correcto ejercicio por parte de los profesionales de la información como destinatarios básicos de este derecho específico y, al mismo tiempo, proporcionar a la libertad de expresión y al derecho a la información un instrumento jurídico imprescindible que garantice su ejercicio efectivo en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Esta Ley Orgánica sigue la línea trazada por el Tribunal Constitucional de instar a los poderes públicos y, por tanto, al Parlamento, a llevar a cabo acciones positivas en defensa de los derechos fundamentales, asegurando la imprescindible complementariedad de los valores constitucionales de libertad e igualdad. En este sentido, su articulado responde a la necesidad de otorgar a los periodistas un derecho básico en la medida de que ellos son el factor fundamental de la producción de informaciones. Su trabajo es presidido por un indudable componente intelectual que ni los poderes públicos ni las empresas editoriales de diario pueden olvidar.

La información no puede ser objeto de consideraciones mercantiles ni el periodista puede ser concebido como una especie de mercenario abierto a todo tipo de informaciones y noticias que son difundidas al margen del mandato constitucional de veracidad y pluralismo.

En consecuencia, los elementos definitorios de esta Ley Orgánica tienen un doble punto de partida: en primer lugar, la consideración del periodista como agente social de la información que ejerce su trabajo bajo el principio ineludible de la responsabilidad; y en segundo lugar, la concepción de las empresas periodísticas como entidades que, más allá de su naturaleza jurídica —empresas públicas o privadas— participan en el ejercicio de un derecho fundamental que es condición necesaria para la existencia de un régimen político democrático.

El contenido dispositivo de esta Ley Orgánica responde a los siguientes fundamentos: el primer precepto define el sujeto destinatario de estos derechos bajo un criterio de máxima amplitud, por el cual son considerados periodistas no solamente aquellos titulados en Ciencias de la Información o en otros estudios de nivel superior, sino también otros profesionales vinculados jurídicamente a una empresa periodística que ejercen su trabajo de informadores de forma retribuida, así como también aquellos otros que acreditan su condición y, eventualmente, se encuentren sin trabajo. Por tanto, en coherencia con la actual realidad sociológica del periodismo en España, el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley se proyecta sobre un amplio espectro de profesionales de la información.

El secreto profesional es abordado desde su correcta naturaleza jurídica, que lo conceptualiza como un derecho constitucional y como un deber ético o deontológico, pero no jurídico. Se trata, pues, de un derecho exigible «*erga omnes*», unipersonal y, por tanto, no compatible con otros sujetos.

La Ley Orgánica únicamente excluye dos ámbitos materiales de la exigencia del secreto profesional. La razón de estas limitaciones obedece a la propia naturaleza jurídica de los derechos fundamentales en el constitucionalismo moderno, según la cual hoy no es admisible entenderlos como derechos absolutos e ilimitados, sino que, por contra, la necesaria protección de bienes jurídicos colectivos hace que la garantía de los derechos implique su autolimitación, en función del principio democrático que inspira el texto constitucional. Ahora bien, la Ley Orgánica es sumamente restrictiva en la configuración de materias excluidas para alegar el

secreto: por una parte, aquellas que de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales de 1978 han sido calificadas reglamentariamente como secretos —es decir por Decreto del Consejo de Ministros— y, por tanto, si son desveladas al periodista no podrá alegar el secreto en su defensa. Y, por otra parte, los delitos contra la seguridad exterior del Estado (delitos de traición, delitos de piratería, etc.) con el objeto de proteger intereses colectivos referidos a la propia independencia política del Estado. En todo caso, la Ley Orgánica establece que será el juez el que, con resolución razonada, podrá determinar si procede que el periodista declare sobre sus fuentes de información.

Artículo primero. La condición de periodistas

Son periodistas los profesionales que como trabajo principal y retribuido se dedican a obtener y elaborar información para difundirla o comunicarla públicamente por cualquier medio de comunicación técnica.

Artículo segundo. El secreto profesional

1. El secreto profesional otorga a los periodistas el derecho a negarse a desvelar la identidad del autor o autores de la información obtenida. Asimismo, su ejercicio impide registrar o incautar el material relativo a la información elaborada y difundida.

2. Los periodistas están legitimados para ejercer este derecho ante su empresa, los poderes públicos o terceras personas.

El secreto profesional podrá ser alegado ante los órganos judiciales en cualquier fase procesal. No obstante, cuando el periodista sea requerido como testigo en un proceso penal por un delito de los previstos en el Título I del Libro II del Código Penal, el Juez, mediante resolución motivada, podrá determinar que la declaración del periodista resulta imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal que de ello se derive.

3. El secreto profesional no podrá ser alegado cuando la información difundida afecte a materias calificadas como secretas de acuerdo con lo que prevé al respecto la legislación vigente.

