

*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

86

Las Palmas de Gran Canaria, 1992



vom Füllgitter aus
gefüllt.
o Füllgitter
die von dem oben Füll-
gitter aus. Kugelförmige Ausbreitung
aus der Mitte des Füllgitters
aus der Mitte des Füllgitters
aus der Mitte des Füllgitters
aus der Mitte des Füllgitters
aus der Mitte des Füllgitters

M. Das kaiserliche Paar
 N. Beschreibung des Festes
 O. Eine Schilderung
 P. Ein Bild, in dem der Kaiser thronet
 umgeben von seinen Ministern
 Die Stadt, die durch einen Feind bedroht wird

Die Festung der kaiserlichen Residenz
 MEQUINETZ



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano
Diputado Primero

José M. Acedo Croft
Diputado Segundo

Alberto Ojeda Pérez
Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez
Diputado Cuarto

Jaime Rubio López
Diputado Quinto

Francisco C. Beneyto Naranjo
Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández
Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández
Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintes
Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez
Micaela Domínguez Hernández
Serafín García Zumbado
M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

Revista del Foro Canario

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS

TERCERA ÉPOCA

Año XXXV

Septiembre - Diciembre

1992-III

SUMARIO

	Págs.
<i>“La lucha por el Derecho”</i> por don JOSÉ SUAY RINCÓN	9
<i>“La reforma procesal de la Ley 10/1992, de 30 de abril: anotaciones en torno a la misma”</i> por don JOSÉ ANTONIO MARTÍN Y MARTÍN	21
<i>“Los testamentos en Gran Canaria durante el siglo XVIII: tipología de fórmulas”</i> por don MANUEL ARANDA MENDÍAZ	73

	Págs.
<i>“Competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de Administración de Justicia”</i> por don JOSÉ JAVIER TORRES LANA	87

<i>“La exención de la responsabilidad criminal en los estados mentales alterados”</i> por don FRANCISCO MICÓ CATALÁN	115
--	-----

LA LUCHA POR EL DERECHO*

JOSÉ SUAY RINCÓN

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA LUCHA POR EL DERECHO EN EL DERECHO PÚBLICO.
- III. LA LUCHA POR EL DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
- IV. LA LUCHA POR EL DERECHO Y EL PODER LEGISLATIVO.
- V. CONSIDERACIONES FINALES.

(*) Lección inaugural leída el 30 de septiembre de 1992, con motivo de la solemne apertura del Curso 1992-93 (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

Me parece de toda justicia comenzar este acto agradeciendo al Excmo. y Magnífico Rector de esta Universidad y a su Equipo de gobierno, el gesto que han tenido de otorgar a un representante de los estudios jurídicos de esta Universidad, un papel destacado y principal, en una ocasión de tanta solemnidad y relevancia para la vida universitaria como es ésta de la apertura formal de un nuevo curso académico.

Es, desde luego, un gesto; pero entiendo que quiere ser también una muestra clara del interés, muy especial, que para el Rectorado tiene el futuro de los estudios jurídicos en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

Puesto que tenemos esta oportunidad de hacernos oír, que la ocasión sirva también de estímulo para renovar ese interés y para que el equipo rectoral comparta con nosotros, cuando menos, la grave responsabilidad que tenemos contraída con una sociedad que nos ha encomendado tan altísimo número de estudiantes de licenciatura y doctorado a que atender. Necesitamos apoyo firme y decidido para todas nuestras acciones y también medios, medios que, sin embargo, tampoco pueden improvisarse.

Por mi parte, y ya desde un plano estrictamente personal, sólo encuentro palabras de sincera gratitud para los representantes máximos de esta institución, por haberme confiado el encargo de preparar la Lección inicial del Curso Académico que ahora va comenzar. Este hecho, como universitario que soy, me conmueve profundamente y representa con absoluta certeza uno de los más grandes honores a que puedo aspirar.

I. INTRODUCCIÓN.

1. “*La lucha por el Derecho*” es el título de una conocida obra; y no menos conocido es el nombre de su autor, Ihering, a cuya pluma se debe un conjunto bibliográfico de primer orden. Ihering ha pasado a la historia, sobre todo, por encabezar, después de un importante viraje intelectual, una corriente metodológica extraordinariamente fecunda en la Ciencia del Derecho, la jurisprudencia de intereses.

Si me ha parecido conveniente recurrir al título de esta obra inmortal, es porque ilustra perfectamente sobre lo que debe ser una aspiración general de los juristas como clase profesional, si pretenden realmente prestar un valioso servicio a la sociedad. Para eso están, además, y no para recrearse en reflexiones teóricas y abstractas carentes de toda repercusión práctica.

El Derecho es una vieja Ciencia. Ya la Roma antigua, por ejemplo, conoció un completo y refinadísimo sistema, y una buena parte de su inmenso legado sigue hoy todavía en pie.

Pues bien, pese al tiempo transcurrido desde este u otros antecedentes ilustres, ya desde entonces, la primera y más sagrada misión del jurista ha de ser la de promover la vigencia y el cumplimiento efectivo del Derecho. Un conjunto de normas preestablecidas y conocidas de antemano por todos, cuyo marco dibuja y separa las fronteras entre lo lícito y lo ilícito, lo que es posible y lo que no es posible hacer.

Defender la estricta vinculación a lo jurídico no es un prurito, ni ningún capricho. En juego hay algo trascendental: la sujeción de todos al Derecho es, en última instancia, garantía de paz y garantía de libertad, como procuraremos esbozar, si acaso, en esta Lección, debido a los habituales problemas de falta de tiempo.

2. Desde luego, la lucha por el Derecho debe comenzar en el campo mismo del denominado Derecho privado. El Derecho común, que regula las relaciones ordinarias de todas las personas.

La idea de que la sujeción a lo jurídico es una garantía se advierte especialmente en aquellos sectores del Derecho privado cuyo contenido protector se hace más visible, y donde la tutela está encaminada, en particular, hacia la parte más débil de la relación. Por ejemplo, el Derecho mercantil, un amplio abanico del cual se orienta hacia la protección de los intereses de los consumidores. Y mejor todavía, en el Derecho del Trabajo, en que la mayor parte de sus normas están destinadas a tutelar los intereses de los trabajadores.

3. Sin embargo, más allá de ello, la necesidad de garantizar el cumplimiento estricto del Derecho se acusa de manera especial en el campo del Derecho público; allí donde interviene alguno de los Poderes Públicos establecidos en cada país.

Este del Derecho Público, sector compuesto principalmente por el Derecho constitucional y el Derecho administrativo, es el campo que me resulta más conocido, por lo que no es de extrañar que en él vaya a centrar mi atención.

II. LA LUCHA POR EL DERECHO EN EL DERECHO PÚBLICO.

¿Por qué razón es especialmente acusada la necesidad de garantizar el cumplimiento de las normas en el campo del Derecho Público, allí donde actúan los Poderes Públicos?, podemos preguntarnos.

1. a) Desde luego, no es por los fines que estos Poderes persiguen. Buscar el bien común, servir objetivamente los intereses públicos, incrementar el bienestar general. “Corresponde a los Poderes Públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Esto es lo que dice el art. 9.2 de nuestra Constitución, de una brillante manera, difícilmente superable.

Como puede verse, todos estos fines son nobles objetivos y aspiraciones, manifiestamente contrapuestos a los egoístas y particulares intereses que prevalecen, en cambio, en el Derecho privado.

Desde esta perspectiva, no es posible explicar ni justificar mayor rigor en el cumplimiento de las normas en el campo del Derecho público; si acaso, podría incluso sostenerse lo contrario. En nombre de tan altos fines, aspirar a una relajación en el cumplimiento de tales normas; algo que, por desgracia, hay quien pretende hacer valer, utilizando torticera e interesadamente el argumento de que *salus publica suprema lex est* (la salud, o la seguridad pública, en terminología actual, como la suprema Ley del Estado).

2. b) Sin embargo, nos mantenemos en lo dicho: un mayor rigor en el cumplimiento del Derecho Público es una exigencia inabdicable. Pero, ¿por qué?

Resulta que, para la consecución de tan nobles objetivos, el ordenamiento jurídico ha atribuido en el pasado y continúa atribuyendo en el presente un extraordinario número de privilegios y de poderes exorbitantes a los Poderes Públicos, poderes que, por el contrario, son absolutamente desconocidos para los particulares.

Ya desde esta perspectiva, alcanzan a comprenderse mejor las cosas. El Derecho, esa parte del Derecho que es el Derecho Público, resulta el único instrumento a disposición de los ciudadanos frente a los Poderes Públicos, el único medio que éstos tienen para compensar y restaurar el equilibrio, tan bruscamente alterado por la formidable red de privilegios que aquéllos poseen. Parafraseando a un autor francés, Hauriou, que también ha dejado una huella indeleble en el Derecho Público, puede decirse: “Que los poderes públicos actúen, sí; pero que, en todo caso, actúen sometidos a Derecho”.

3. La sujeción plena de los Poderes Públicos al principio de legalidad, de forma que éstos sólo pueden llevar a cabo las actuaciones para las que están

explícitamente habilitados, es algo esencial, indispensable para garantizar el equilibrio que a todo Derecho le es connatural.

Durante los dos últimos siglos, los iuspublicistas no han regateado esfuerzos para hacer efectiva esta idea de someter el Poder al Derecho. Algo difícil. Se ha dicho que es prácticamente un milagro, una especie de prodigio; en cuanto se da la extraña paradoja de que el Poder mismo es, precisamente, el que crea el Derecho, y luego tiene que someterse a él.

Por si esas dificultades no fueran ya pocas, súmese, además, que el Poder continuamente trata de llegar hasta el límite de lo posible, “liberarse” entre comillas y huir de los controles que con tanta fatiga tratan de levantarse. Se trata, parece, de una lucha eterna, interminable.

III. LA LUCHA POR EL DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Hasta hace bien poco, esta lucha tenía prácticamente un único escenario. La atención estaba volcada casi exclusivamente en la Administración Pública. En definitiva, las Administraciones Públicas son los sujetos con quienes los ciudadanos entran en contacto y se relacionan.

1. La Administración Pública es, sin duda, un sorprendente fenómeno. Silenciada prácticamente por nuestros textos constitucionales, resulta un sujeto poderoso y, desde luego, la realidad más palpable para el ciudadano.

“Desde la cuna hasta la sepultura”, como afirma el dicho; o desde que uno se levanta y se lava la cara con agua hasta que se acuesta y apaga la luz, como también podría enunciarse, lo cierto es que el ciudadano siempre está en relación con la Administración. La intervención de la Administración en la esfera del individuo es constante y dura lo que la vida.

2. La Administración Pública depende del Gobierno. Está, así pues, formalmente incardinada dentro del Poder Ejecutivo. Sin embargo, hay que huir rápidamente de esta primera imagen, porque la Administración es un curioso y heterodoxo sujeto, que no realiza sólo funciones propias de este carácter, funciones meramente “ejecutivas” o de ejecución.

Junto a ellas, dispone, por un lado, de un poder reglamentario, un poder normativo propio: el Parlamento no es el único que con sus leyes establece las

normas que han de regular la convivencia en la sociedad y tiene que compartir su protagonismo con la Administración. Por otro lado, posee también poderes cuasijudiciales, en el sentido de que en rigor serían más propios de los jueces, como son la resolución de recursos, la imposición de sanciones o el establecimiento de arbitrajes entre intereses puramente particulares.

Sin temor a equivocarse, puede afirmarse que el viejo ideal de la división de las funciones del Estado en torno a tres Poderes, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, entra en quiebra definitivamente con la Administración Pública, ubicada, como hemos señalado, dentro del Poder Ejecutivo.

3. A fin de encauzar y asegurar la sujeción de la Administración al Derecho, los jueces han venido elaborando con el apoyo de la doctrina un amplio catálogo de técnicas de control. Entre las más conocidas, la desviación de poder, los conceptos jurídicos indeterminados, la aplicación de los principios generales del Derecho, como el de la igualdad de trato, el de proporcionalidad, la buena fe o el principio de la confianza legítima.

Al amparo de estas técnicas, se han alcanzado conquistas importantes. Sin embargo, aunque el equilibrio deseado entre poderes y garantías llega casi a percibirse, no se debe bajar la guardia.

La Administración Pública continúa acaparando funciones y aumentando protagonismo. Un último episodio acabamos de vivirlo; en un terreno, además, muy delicado. La reciente Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana no es, en definitiva, sino un paso más dentro de un proceso orientado hacia lo que podríamos denominar “administrativización” de los derechos fundamentales, en el sentido de incrementar la presencia de la Administración Pública en un campo cuya protección natural o supervisión parecía corresponder al juez. Ese proceso incluye ya algunas de las más clásicas libertades públicas, como el derecho de manifestación o el de huelga; y nuevas leyes, como la de tratamiento de datos informáticos o la reforma de las telecomunicaciones, se anuncian en la misma dirección, de ir ampliando progresivamente los poderes de la Administración en un campo tan sensible como el de los derechos fundamentales.

IV. LA LUCHA POR EL DERECHO Y EL PODER LEGISLATIVO.

Sin embargo, dejando de lado ya la Administración Pública, que hasta ahora concentraba casi toda la atención, un nuevo frente apenas acaba de abrirse en la “lucha por el Derecho”, tema al que estamos dedicando esta Lección.

La batalla ha de librarse también en relación con el Poder Legislativo; también él tiene sus límites y está sujeto al Derecho.

1. En principio, la idea puede parecer sorprendente. El Poder Legislativo es, sin duda, el órgano representativo por excelencia. Los ciudadanos eligen directamente a los miembros que lo integran. Es evidente, así las cosas, que la Ley es un producto democrático; o como gusta ahora tanto decir, goza de plena legitimidad democrática; y que tiene por ello también un valor jurídico superior.

Ahora bien, sin perjuicio de que sea así, no menos cierto es que la Ley no lo puede todo y tiene también sus límites. Existe una razón honda, íntima: la Ley puede ser injusta; la voluntad mayoritaria del órgano representativo no asegura necesariamente “tener la razón”.

Sencilla de exponer, esta idea ha tardado mucho tiempo en consolidarse de manera generalizada. Para su definitivo arraigo va a ser necesaria la confluencia de un doble proceso, un proceso paralelo que llevará a la vez a la revalorización de la Constitución como norma suprema y a la devaluación de la Ley como expresión de la voluntad general. Veámoslo.

2. a) Decíamos, en primer lugar, la revalorización de la Constitución.

El movimiento constitucional, que configura a la Constitución como la norma suprema de todo el sistema, arranca fuerte a finales del siglo XVIII de la Revolución norteamericana y francesa, pero es sometido a críticas muy severas durante todo el siglo XIX y parte del XX, críticas provenientes indistintamente de los pensamientos políticos de derechas e izquierdas.

A resultas de tales críticas, el movimiento constitucional entra en ocaso. Sólo después de liquidada la Segunda guerra mundial, la originaria concepción de la Constitución se recupera para todo el mundo occidental:

La Constitución es expresión de una intención fundacional de la comunidad, aspira a configurar el sistema entero y tiene pretensiones de permanencia. De ahí, su carácter de norma suprema.

Pero es norma suprema también, porque incorpora el cuadro de valores básicos de la comunidad, valores que, sobre todo, se encarnan en los derechos fundamentales, felizmente bautizados como la verdadera ética universal de nuestro tiempo. Hasta una determinada concepción del hombre descansa sobre ellos, como los más altos y solemnes documentos jurídicos internacionales se cuidan de destacar.

De modo ejemplar, el art. 10.1 de nuestra Constitución señala también 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 el fundamento del orden político y de la paz social”. Por eso, vinculan a todos los Poderes Públicos, como dice el art. 53, incluido el legislador. Frente a la devaluación experimentada en el siglo XIX, la Constitución es ahora una norma que posee fuerza jurídica bilateral, en el sentido de que lo mismo vincula a los ciudadanos que a las autoridades públicas.

El cambio de mentalidad es palpable: antes, los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la Ley; ahora, los derechos fundamentales son los primeros; la Ley sólo vale en el ámbito de los derechos fundamentales.

En Norteamérica, esta concepción del constitucionalismo triunfó y se mantuvo desde el principio. Sin embargo, en el resto del mundo occidental, especialmente en la Europa continental, no fue así. Sólo llegará a fructificar a causa de las perversiones hechas en nombre de la Ley, lo que llevará a su devaluación, proceso al que también hay que referirse.

3. b) Existe una razón inmediata para la devaluación de la Ley, pero quedarse en ésta sería quedarse en la corteza del problema. Hay también una razón más profunda, y esta razón es la que explica fundamentalmente la devaluación que todavía hoy padece la Ley.

En la devaluación de la Ley, el movimiento nacionalsocialista tuvo evidentemente mucho que ver. Debe tenerse presente que los nazis no llegaron nunca a romper formalmente con la Constitución de Weimar. Por el contrario, se valieron de todos los resortes del texto para alcanzar sus propósitos; y así, forzando al máximo y llevando al límite la interpretación del art. 48, se dictó una famosa ley, la Ley de plenos poderes (*Ermächtigungsgesetz*), sobre cuya base se edificó todo el sistema. La ausencia de una jurisdicción constitucional impidió cuestionar la validez de la citada Ley.

El episodio nazi es realmente un episodio histórico singular y quizá irrepetible. Sirve como ejemplo perfecto, sin embargo, para advertir sobre los peligros que conlleva la fe en la omnipotencia de la Ley, y algo quizá más general, la radicalización de la democracia; fenómenos éstos no ya tan singulares y que se repiten con alguna frecuencia en la historia. Acabamos de vivir una experiencia semejante con un país vecino, Argelia; y éste era, en última instancia, el defecto principal de la “ejemplar” democracia ateniense: la de tratarse, en una palabra, de una democracia sin libertad.

Sólo por esta razón, ya sería necesario poner límites a la Ley y establecer mecanismos adecuados de control. Un Estado tiene, desde luego, que ser democrático; éste es evidentemente un principio insoslayable y capital, pero no el único. Tiene que combinarse y convivir con otros principios igualmente esenciales a nuestra cultura jurídica. Un Estado no puede, por muy democrático que sea, dejar de ser de Derecho. Y un auténtico Estado de Derecho exige necesariamente, entre otras cosas, el control de la Ley.

4. Al margen, sin embargo, de estos episodios, y dejando de lado los dramatismos, la desconfianza hacia la Ley y hacia el legislador obedece, como antes adelantamos, a un cambio más profundo: un cambio objetivo de las circunstancias, que no entra ya en actitudes subjetivas, ni en la perversión que las personas puedan o no hacer del sistema.

En su origen constitucional tras la Revolución francesa, la Ley era el mecanismo por el que se liquidaron las injusticias y privilegios del Antiguo Régimen y por el que se reestablecieron las libertades. La Ley era liberación y realización de la justicia. Por si esto fuera poco, como producto de la voluntad general, se consideraba infalible. La Ley venía a ser así una especie de ratio convertida en norma.

En la actualidad, ha cambiado la concepción de la Ley. Hoy, con frecuencia, la Ley es una medida concreta dictada para superar una situación determinada. Se planea a corto plazo y se negocia a menudo entre grupos de intereses. Por otra parte, el legislador apenas enmienda o corrige los proyectos que presenta el gobierno, que de hecho viene, además, a ejercer un monopolio absoluto del ejercicio de la iniciativa legislativa. En definitiva, la Ley ha dejado de ser la ratio convertida en norma y se ha transformado en un acto de mera decisión política.

Si esto, por lo que hace al producto, también el sujeto que lo fabrica, el Legislador, ha experimentado cambios. Se altera la posición y la estructura de los parlamentos. Sus miembros siguen, desde luego, siendo elegidos directamente por los ciudadanos, pero entre éstos y sus representantes ha penetrado el mandato vinculado a los partidos, que oscurece la relación directa. Por otro lado, ha aumentado el trabajo parlamentario, y al aumentar, la función legislativa deja de poder hacerse con la misma profundidad y sosiego que antes, aparte que falta a sus representantes suficiente preparación técnica, lo que coloca al Legislativo en una especie de inferioridad fáctica respecto del Ejecutivo.

Quede claro, sin embargo, que no son reproches. Se trata de fenómenos inevitables en muy buena parte. Ahora bien, son fenómenos que requieren un

contrapeso para recomponer el equilibrio: una fuerza que se preocupe de garantizar la prevalencia, al menos, de los valores materiales básicos del ordenamiento sobre la Ley, la prevalencia, esto es, de los derechos reconocidos por la Constitución.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

1. ¿A qué se debe, sin embargo, este excurso? ¿Por qué razón insistir tanto en la lucha por el Derecho, en particular, cuando se entabla frente a los Poderes Públicos?

En un acontecimiento igualmente universitario como éste, en el discurso de su toma de posesión como Rector de la Universidad de Tubinga, un insigne jurista alemán, O. Bachof, tuvo ocasión de subrayar en 1959 muchas de las ideas que hemos apuntado aquí, a propósito, sobre todo, del control judicial de las Leyes.

Estas ideas llegaron a plasmarse en un escrito que lleva por título Jueces y Constitución, y que está traducido al castellano. Dirigido más al conjunto de la sociedad que a los juristas profesionales, como el propio autor indica en el prólogo, se trata de un pequeño libro de no más de sesenta páginas, que incluso podrían reducirse, ya que su almendra está contenida en no más de quinceveinte páginas.

Pues bien, pese al tiempo transcurrido, es un libro que no ha perdido un ápice de actualidad y que contiene sugerencias sobre las que hay que volver de vez en cuando, especialmente en épocas en que se propende a la radicalización de ciertos valores, aun en los casos en que lo que se trata de exaltar es el principio democrático.

2. Quizá ya ahora pueda comprenderse el sentido y la actualidad de las presentes reflexiones y su ubicación en un marco tan general como el de la lucha por el Derecho. Se está abusando y sacando de contexto el principio democrático. Con ser importante, ni éste ni ningún otro principio tiene valor absoluto en Derecho. Por esencia, el Derecho es límite. Por esencia, el Derecho es algo relativo, que exige siempre la ponderación o el equilibrio entre valores y principios. De ahí que su imagen gráfica se represente casi siempre con la forma de una balanza.

Pues bien, últimamente, estamos acostumbrándonos demasiado a oír en exceso el argumento de la legitimidad democrática de las instituciones. Es cierto,

pero éstas también tienen sus límites, y deben conformarse a determinados valores. Como hemos visto, incluso la parlamentaria que encarna el Poder legislativo, la más representativa de todas. Si así ocurre con este Poder, qué decir de los demás, a los que por falta de tiempo hemos dejado fuera. Pensando, por ejemplo, en el Poder ejecutivo o en el Gobierno que ocupa su cúspide, ¿qué decir de los intentos de éste de liberarse de estrecheces por medio de la figura de los decretos-leyes, de ampliar su ya considerable esfera de discrecionalidad o de la construcción de la doctrina de los actos políticos o de gobierno? Es necesario atajar estos abusos.

Esta breve lección acaso pueda resultar útil para desmitificar el poder, cuyo ejercicio responde a sutiles y complejos mecanismos, pero detrás de los cuales no hay metafísica alguna, sino personas de carne y hueso, con sus errores y defectos, y en ningún caso, depositarias de la razón natural. Para la definitiva emancipación y madurez de una sociedad me parece imprescindible perder el miedo al poder. El fortalecimiento y la seguridad en sus fuerzas de la sociedad civil pasa necesariamente por ello.

Por otro lado, y ya desde otra perspectiva, desde la que ha sido el hilo conductor de esta Lección, las reflexiones que hemos podido exponer me parecen útiles también, porque ponen de manifiesto que la lucha por el Derecho es una lucha que sigue abierta. Recordando para terminar a Ihering, con quien abríamos nuestras palabras, “la lucha es el trabajo eterno del Derecho”. Si es una verdad decir: ganarás el pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también: solamente luchando, alcanzarás tu derecho. Desde el momento en que el derecho no está dispuesto a luchar, se sacrifica; así podemos aplicarle la sentencia del poeta:

*“Es la última palabra de la sabiduría,
que sólo merece la libertad y la vida,
el que cada día sabe conquistarlas”.*

**LA REFORMA PROCESAL DE LA LEY 10/1992,
DE 30 DE ABRIL:
ANOTACIONES EN TORNO A LA MISMA***

JOSÉ ANTONIO MARTÍN Y MARTÍN

PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO PROCESAL.
MAGISTRADO, PRESIDENTE DE LA SECCIÓN 4.^a
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

SUMARIO.

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA REFORMA EN LOS PROCESOS CIVILES.

- a) Actualización de cuantías.
- b) Normativa sobre la postulación.
- c) Modificaciones en torno a la regulación de la competencia territorial.

(*) Lección de fin de curso que el autor dedica a los alumnos de 5.º B de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria con motivo de su designación como padrino de la promoción 1987-1992.

- d) Reformas en los juicios declarativos menores verbal y cognición.
- e) Reformas en los juicios de desahucio y en los restantes procedimientos arrendaticios.
- f) Adiciones en el juicio ejecutivo y la reforma del procedimiento de apremio.
- g) Nueva reforma en la casación.
- h) Desjudicializaciones en la jurisdicción voluntaria.
- i) Otros aspectos de la reforma.

III. LA REFORMA PROCESAL PENAL.

- a) Actualización de multas disciplinarias.
- b) La reforma del art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo relativo a la intervención del fedatario en los registros.
- c) La introducción del nuevo juicio inmediato.
- d) La reforma del llamado recurso de revisión.
- e) La nueva regulación del juicio de faltas en todas sus instancias.

IV. LA REFORMA DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

- a) Reformas en el trámite de instancia.
- b) Introducción del recurso de casación.

V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUCCIÓN.

Desde la promulgación de nuestra vigente Constitución de 1978 se han ido sucediendo en el tiempo las más diversas reformas legislativas lo cual no es sino la necesaria consecuencia de los mandatos en ella contenidos cuando no ante la necesidad de suplir la legislación anterior que por resultar incompatible está comprendida en la genérica derogación prescrita en el número 3 de su disposición derogatoria.

Ello es por tanto una amplia tarea encomendada al poder legislativo, a impulsos de la iniciativa legislativa que la Constitución determina, que al propio tiempo supone para el jurista un constante reto, tanto técnico como práctico, al tener que asumir rápidamente los segundos los nuevos textos legales y corresponder siempre, además, a los primeros no sólo tal asimilación sino el estudio minucioso y crítico acorde siempre con la dogmática jurídica.

Si la cuestión la centramos en el más concreto ámbito del Derecho Procesal, no será excesivo afirmar que las cotas de realización técnico-prácticas son de las más elevadas.

En efecto, junto a la concepción que nuestra Ley suprema otorga a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, proscribiendo al propio tiempo toda indefensión, además de la inseguridad jurídica y la arbitrariedad de los poderes públicos, proclamando el derecho de todos a un proceso con todas las garantías y articulando al judicial como un auténtico poder del Estado, el legislativo se diría que se ha sentido espoleado, llevando a cabo junto a múltiples reformas en lo que es propiamente derecho material, las más diversas disposiciones puramente procesales.

La Ley que motiva este trabajo es sí una más de reformas procesales, pero que al propio tiempo, junto a afectar a tres de los cuatro órdenes jurisdiccionales, incorpora importantes novedades como luego veremos, aunque siga siendo, como otras de reformas parciales, un mero anticipo de las reformas globales que en el campo del derecho comparado ya se han hecho, como son los recientes códigos de procedimiento penal ya vigentes en Italia y Portugal.

En esta ocasión, como decíamos, afecta a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y contencioso-administrativo. El laboral o social en cambio ha quedado fuera, y ello no es de extrañar si se piensa que el nuevo texto articulado del procedimiento laboral es de 27 de abril de sólo dos años antes.

Según se expresa en el exposición de Motivos, el hilo conductor de la nueva Ley es procurar que la Justicia se imparta de la forma más rápida y eficaz posible aprovechando los recursos a disposición de la Administración de Justicia, lo cual evidentemente denota que más que aportar nuevos medios lo que se realiza es una especie de reconversión de lo ya existente, lo cual no deja de ser poco ambicioso cuando precisamente lo que por todos se reclama es la mayor dotación de medios procesales, humanos y materiales.

En el proceso civil, o mejor en los procesos civiles como se rubrica precisamente el capítulo primero, el alcance de la Ley es sin duda el más variado, a pesar del escaso tiempo transcurrido desde las reformas hechas por la Ley 34/1984 de 6 de agosto (también denominada de “reforma urgente”, que afectaron a alrededor de la tercera parte de la Ley de enjuiciamiento Civil, además de a otras leyes con contenidos procesales —ahora también en parte modificadas— como las de Arrendamientos Urbanos y Rústicos o el Decreto de 21 de noviembre de 1952 sobre normas procesales derivadas de la Base X de la Ley de 19 de julio de 1944, aunque la actual reforma también alcanza otras leyes como la Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, la de propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 y hasta la más reciente General de Cooperativas de 2 de abril de 1987. En concreto incide la reforma procesal civil que comentamos en 105 procesos ordinarios menores (juicio verbal y de cognición), en los especiales (desahucio, arrendaticios y juicio ejecutivo), en la apelación o segunda instancia (en casi todos los anteriormente nombrados), en los recursos extraordinarios de casación y revisión, en la ejecución o vía de apremio, y en la jurisdicción voluntaria, además de una serie de materias heterogéneas que van desde determinación de nuevas cuantías a precisiones terminológicas, pasando por las normas de postulación, competencia territorial, Sumisión expresa, entre otras. Muchas más de las que la simple lectura de la Exposición de Motivos da a entender.

En el proceso penal, en cambio, la reforma es más reducida, aunque su trascendencia no sea menor, pues abarca desde aspectos de la instrucción tan polémica últimamente como la diligencia de entrada y registro (por cierto también afectada por la recientísima reforma contenida en la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de febrero actual) hasta el denominado recurso de revisión pasando por una nueva reforma del también reciente procedimiento abreviado (instituido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre) y una notable innovación en el juicio de faltas, sin olvidar la actualización de la cuantía de determinadas multas sancionadoras o disciplinarias.

Menor contenido por tanto de la reforma procesal penal que en parte encuentra su explicación en las diversas reformas que han tenido lugar tras la entrada en vigor de la Constitución, y particularmente en las más recientes posteriores a la ya aludida del procedimiento abreviado como lo son la Ley de 19 de julio de 1988 sobre la casación penal, la denominada de actualización penal 3/1989, de 21 de julio, que afectó sobre todo a la instancia de parte, o la propia Ley procesal militar de 13 de abril del mismo año 1989, que por cierto también resultó afectada por la reforma objeto de nuestro estudio, concretamente por mandato de la disposición final cuarta.

Finalmente, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo donde cada vez va quedando más alejado en el tiempo el mandato contenido en la disposición adicional primera de la Ley orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, de que se presentara en las Cortes Generales el proyecto Ley del proceso contencioso-administrativo, que desde luego no se ha cumplido, igual que se aleja en el tiempo la deseada puesta en funcionamiento de los Juzgados de tal jurisdicción previstos en el art. 90 de dicha Ley orgánica, la reforma se ocupa en particular de establecer el recurso de casación, dando por fin así respuesta a lo que respecto al mismo se previene también en los números 2, 3 y 4 del art. 58 de la referida Ley Orgánica.

II. LA REFORMA EN LOS PROCESOS CIVILES (CAPÍTULO I DE LA LEY).

Como ya adelantamos, esta parte de la reforma es con mucho la mayor extensión que no se refleja así en la Exposición de Motivos, donde sólo se alude a la casación, las cuantías, la modificación de la apelación en el juicio verbal, vía de apremio, eliminación de asuntos no jurisdiccionales.

Veamos entonces el contenido total, que sistematizaremos en los siguientes apartados:

a) Actualización de las cuantías (redondeo de cifras en torno al número ocho preferentemente).

Aun constituyendo ello una de las cuestiones de más trascendencia al exterior, para el procesalista no implica sino un mero aumento cuantitativo motivado sin duda por la constante disminución del poder adquisitivo de nuestra moneda, y que se suma a los precedentes incrementos hechos en los últimos años, concretamente en 1984, en 1966 y en 1963, por citar sólo los más próximos.

En esta oportunidad, tras los ocho años escasos del incremento anterior, y sin otra razón aparente que lo explique en contra del tradicional redondeo de cifras, el legislador parece que toma como referencia precisamente el cardinal ocho, y fija así en ocho mil pesetas la cuantía competencial objetiva de los Juzgados de Paz, en ochenta mil pesetas el tope máximo de los juicios verbales, en ochocientas mil pesetas el de los juicios de cognición y el doble de aquel número para sentar similar tope del juicio de menor cuantía, 160 millones y la mitad para la cuantía de la jurisdicción voluntaria exenta de intervención de Letrado, cuatrocientas mil pesetas, igual que son múltiples de aquel número también las cuatro mil pesetas de máximo de indemnización a fijar en los Juzgados de Paz por no comparecer el actor al juicio verbal o veinte mil si es ello en el Juzgado de Primera Instancia.

No obstante, se establecen también algunas otras cifras en números redondos, como lo es en el caso de indemnización por no ejecutarse la prueba propuesta en el término extraordinario, de 10.000 a 100.000 pesetas, art. 562 para el depósito a constituir para la casación caso de sentencias en ambas instancias conformes de toda conformidad, en 50.000 pesetas igual que para el recurso de revisión (arts. 1.703 y 1.799), o el mínimo para ir a la casación en el juicio de menor cuantía que se fije en seis millones, y el millón en que se fija para similar recurso en arrendamientos de locales de negocio o rústicos.

Como decíamos, más clarificador hubiera sido que el legislador utilizara la tradicional referencia decenal, estableciendo cien mil para el verbal, un millón para el de cognición y doscientas para el de menor cuantía y así en los otros supuestos. Pero, sobre todo se ha de reprochar que una vez más desaprovechara la oportunidad para establecer la actualización cuantitativa de los procedimientos a base de unos baremos correctores y por períodos de tiempo predeterminados, en lugar de esperar cada cierto tiempo a lo que decida el legislador, cuya respuesta por fuerza la más de las veces suele ser tardía.

b) Normativas sobre la postulación (clarificación del texto de los arts. 4 y 10 tras la supresión de los Juzgados de Distrito).

Como otros aspectos de la reforma, aparte del ya comentado meramente cuantitativo, las normas de la postulación estaban necesitadas de la correspondiente clarificación que exige la seguridad jurídica ante la supresión de los Juzgados de Distrito, al interpretarse en la práctica por algunos que la no exigencia de postulación en los juicios menores sólo estaba prevista para dichos Juzgados y no para cuando tales juicios eran competencia de los Juzgados de Primera

Instancia, como así se entendió mientras aquéllos subsistieron. En todo caso es de reprochar también al legislador que ello no lo afrontara al dictar normas procesales de adecuación a la nueva demarcación y planta juntamente con los que al respecto sí se contienen en el título IV de la Ley 38/1988 de 28 de diciembre, rubricado precisamente como de disposiciones de orden procesal para la efectividad de la planta judicial.

En el nuevo texto que se da a los artículos 4 y 10 de la Ley de enjuiciamiento Civil se clarifican ya los supuestos excepcionales de la no obligatoria intervención de Procurador y Abogado que sigue siendo la regla general. Respecto a los primeros, junto a mantener la no necesaria intervención en los juicios verbales y de cognición se matiza ahora para los desahucios que la exclusión no afecta a locales de negocios, establecimientos mercantiles o fabriles o fincas rústicas, y respecto a los abogados el nuevo texto del número 2º del artículo 10 es prácticamente idéntico al reformado con la sola supresión de la referencia a los Juzgados de Distritos y por tanto que no es necesaria su intervención en los juicios verbales y en los desahucios con la sola exclusión de los de falta de pago de la renta de locales de negocio, lo cual implica por un lado una mayor intervención del procurador y una menor del Abogado, puesto que al nada especificar el art. 4 en la exclusión de los desahucios referidos a locales de negocios, establecimientos mercantiles o fabriles o fincas rústicas a la excepción de la intervención de procuradores, ello implica que en esos repetidos arrendamientos es necesaria la intervención del procurador aunque sea el motivo del desahucio la falta de pago de la renta.

Contrariamente, cualquier arrendamiento que no sea de local de negocios, e incluso éstos si el motivo del desahucio fuera otro diferente a la falta de pago de la renta (como podrá serlo el cumplimiento del plazo contractual conforme con el denominado Decreto Boyer, de 30 de abril de 1985), no está necesitado de la intervención de Abogado.

Ello obviamente es respecto a los desahucios, de que luego trataremos en el aspecto propiamente procedimental, con diferencia por tanto al resto de los procedimientos arrendaticios, pero con todo nos parece que el legislador, junto a persistir en la utilización de los términos un tanto caducos de establecimiento mercantil o fabril frente al más moderno de industria o negocio, al regular esas excepciones y contra excepciones, ha llegado quizá a lo contrario de lo que pretendía o cuando menos se recoja en los textos modificados, es decir, una mínima intervención del Procurador en los desahucios y una mayor de los Abogados.

Al propio tiempo, y dando un mayor contenido a la recepción de comunicaciones por el procurador, la reforma excluye del art. 6 la previsión anterior de que se hicieran a los poderdantes las citaciones que tengan por objeto la comparecencia obligatoria del citado lo cual obviamente ha de hacer que la relación entre ambos sea más fluida al tener que participar aquél a los segundos las citaciones que con tal fin reciba.

Y no sólo ello, sino que el nuevo texto que ahora se da al art. 271 (sustituyendo el anterior de la entrega de cédula en lugar de la copia de la providencia) previene que las citaciones y emplazamientos de las partes que estén representadas por Procurador o por Abogado, cuando la Ley lo autorice (caso del juicio de cognición, art. 27 del Decreto de 21 de noviembre de 1952), “se harán por medio del representante”.

Finalmente, la reforma afecta también al art. 11 en la redacción que trae desde la Ley de 23 de diciembre de 1961, aunque no a su párrafo segundo autorizando incluir en las costas los derechos de Procurador o los honorarios de Abogado cuando la residencia habitual de la parte sea distinta a la del lugar en que tramitaron el juicio, sino al primero, para excluir el carácter de hombres buenos de los Procuradores o Abogados que intervengan en los actos de conciliación o juicios exceptuados de su necesaria intervención, que curiosamente omitió excluir la reforma del 84 que suprimió a los hombres buenos en las conciliaciones (demostrando una vez más el escaso rigor de los modernos legisladores), aunque manteniéndolos en lo que desde el texto original vienen denominándose “auxiliares de los interesados”.

Y en fin, la intervención del Abogado en la jurisdicción voluntaria se fija, como ya apuntamos al tratar de la actualización de las cuantías, al exceder de cuatrocientas mil pesetas.

c) Modificaciones en torno a la regulación de la competencia territorial (restricciones a la sumisión expresa y atribución de aquélla a los Juzgados de capital al ser parte Corporaciones de Derecho Público).

Varios son los aspectos sobre la competencia territorial que resultan afectadas por la normativa reformadora, advirtiéndose en ello como denominador común una mayor restricción a la regla general de la sumisión de las partes que tanta tradición tuvo en nuestro sistema procesal civil, y que sobre todo en los procesos especiales ha ido recortando paulatinamente el legislador.

En primer lugar y relacionado ello al propio tiempo con la reforma amplia que se realiza en el juicio de desahucio, se establece en el nuevo texto de

la regla 11.^a del art. 63 el fuero único del lugar de situación de la finca (regla que dicho sea de paso originariamente se refería a los recursos de apelación contra los árbitros y que no obstante no había derogado expresamente ni la reforma de la Ley de 22 de diciembre de 1953 reguladora del arbitraje privado ni la reforma del 84 como tampoco la nueva Ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988).

Con tal fuero territorial único se generaliza el que sólo para los supuestos de falta de pago de la renta se había establecido en el art. 1.563 tras la reforma hecha por la Ley de 23 de julio de 1966, y que también se recoge para todos los casos de arrendamientos urbanos y rústicos (art. 121 de la Ley de 1964 para los primeros y 122 de la Ley de 1980 para los segundos).

Igual fuero territorial único se estipula también ahora para las acciones de retracto en la regla 13 de aquel art. 63, originariamente comprensivo tanto de éste como de los desahucios.

Por otra parte, otra generalización expresa del fuero territorial único se establece en los nuevos párrafos añadidos al art. 71, se limita también la posibilidad no ya de elección o sumisión sino ni tan siquiera de acudirse al órgano jurisdiccional más próximo.

Se regula así un fuero territorial centrado en los órganos jurisdiccionales de las capitales de provincia o de comunidad Autónoma para los supuestos en que sean parte el Estado, las entidades estatales de Derecho público y los Órganos constitucionales (dichas capitales de provincia, o Ceuta o Melilla), o alternativamente con ellos los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en la capital de la Comunidad Autónoma en el caso de que la misma no sea la capital de provincia, cuando sean parte las Comunidades Autónomas y Entidades de Derecho público dependientes de las mismas.

Tal normativa, que ya cuenta con precedentes desde el siglo pasado al menos, para facilitar la intervención de la Abogacía del Estado existente en las Delegaciones Provinciales, y que se recoge también en más recientes disposiciones como en arrendamientos urbanos (art. 121 número 2 de la Ley de 1964) o en materia de patentes y marcas (art. 123-2 de la Ley de 20 de marzo de 1986 entre otras).

Lo cual, como quedó apuntado, supone el alejamiento de las partes de su propio partido judicial, que produce no pocos inconvenientes, y que se acentúa más si cabe en los casos de partidos insulares de Canarias y Baleares.

También como otra limitación al poder de disposición de las partes en materia de competencia territorial, y en clarificación asimismo de la duda suscitada respecto a si la restricción que en orden a la sumisión se contenía en la Ley de 17 de julio de 1948 para la ya desaparecida Justicia Municipal, se establece con carácter general para el juicio verbal la exclusión de las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la sección segunda, del título II del Libro Primero de la L.E.C. (art. 717, en que además se encomienda al Juez que examine de oficio su propia competencia objetiva y territorial y que de estimarse incompetente dicte auto declarándolo así y aunque no lo exprese el precepto, nos parece que previa audiencia del Ministerio Fiscal conforme con lo prevenido en el número ocho del art. 3 de su Estatuto de 30 de diciembre de 1981), y para el juicio de cognición se mantiene en esencia lo que desde su regulación en el Decreto de 21 de noviembre de 1952 se estipuló en su art. 32, respecto a similar examen de oficio de ambas competencias objetiva y territorial y que caso de invocar el actor la sumisión expresa prevista en la Ley dicha de 17 de julio de 1948, de estimar que no tiene competencia, el Juez ha de dictar auto absteniéndose de conocer, oído el M. Fiscal (ahora sí lo consigna expresamente el precepto).

Con tal previsión del art. 32, la aludida Ley de 1948 (que derogó la anterior similar de 21 de mayo de 1936) limita como decimos el poder de disposición de las partes, ya que la misma sólo autoriza la sumisión expresa en favor del juez del propio y habitual domicilio de cualquiera de los contratantes, si se trata de acciones personales, lo del lugar de situación de la cosa cuando se trate de acciones de naturaleza real sobre bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos. En definitiva, en los juicios verbales ante la alusión vista de la normativa sobre sumisión expresa o tácita, la competencia territorial sólo podrá determinarse por las reglas generales de la Ley de enjuiciamiento Civil en los de cogniciones igualmente, salvo que la sumisión expresa se haga en los términos transcritos.

Finalmente, también se modifica ahora la regla de sumisión en los juicios ejecutivos que se había introducido con la reforma que hizo del art. 1.439 la Ley de 6 de agosto de 1984, en que precisamente junto a incorporar en dichos juicios la facultad de apreciar los jueces de primera instancia su propia competencia no sólo objetiva sino territorial en el art. 1.440, se estableció en dicho precepto anterior la preferencia de la sumisión expresa, la reforma que comentamos elimina dicha preferencia y mantiene los únicos fueros alternativos del lugar del cumplimiento de la obligación según el título o el domicilio

del demandado o alguno de ellos además del lugar en que se encuentren los bienes inmuebles especialmente hipotecados, y por si quedara duda, concluye el precepto haciendo expresa mención a no poderse aplicar las normas de sumisión expresa o tácita de la sección, título y libro ya mencionados.

Con tales innovaciones, que el legislador explica en la exposición de motivos mencionando expresamente que con esas sumisiones se va a otros partidos judiciales en perjuicio del contratante más débil y distorsionando las cargas competenciales de algunos órganos jurisdiccionales, es claro que ello supone un paso más de los advertidos en la evolución del proceso civil hacia una limitación de las facultades dispositivas de las partes y una cada vez mayor intervención del juzgador en aras de una mayor eficacia de la justicia civil y sobre todo de la igualdad de las partes en sus posibilidades de defensa.

d) Reformas en los juicios declarativos menores verbal y cognición (cuantías, ampliación de plazos en el segundo y apelaciones).

Además de lo ya comentado respecto a las nuevas cuantías y al examen de oficio de las competencias objetiva y territorial, con exclusión en los juicios verbales de las normas generales sobre la sumisión expresa o tácita, las nuevas normas referentes a estos juicios declarativos menores implican ciertas modificaciones de plazos en el juicio de cognición y sobre todo una notable modificación de la apelación de la sentencia o segunda instancia que como enseguida veremos en no pocos casos supone la implantación de la instancia única en el juicio verbal.

Los plazos que se amplían en el juicio de cognición afectan al emplazamiento para contestación, que de seis días se fija ahora en nueve días (art. 38 del Decreto de 21 de noviembre de 1952), lo mismo que cuando el emplazamiento se hace por edictos (además de los tres tras la personación art. 39), y al período ordinario de prueba, que de los diez días que había fijado de siempre el art. 53 (inferior incluso a los doce días que se previenen en el art. 730 para los juicios verbales tras la reforma de 1966) se determina ahora en el máximo de veinte días, que sigue siendo compatible con la previsión de término extraordinario de treinta días, cuando la prueba haya de llevarse a cabo fuera del lugar del juicio, contenida en el art. 56, dado que la reforma lo dejó como estaba, y que por ello mismo sigue en pie la duda de si tal término extraordinario es a su vez compatible también con los términos extraordinarios de realizarse la prueba en Europa o en el resto del Mundo, de que habla el art. 556 (también reformado ahora, tras la reforma que ya se le hizo en el 84, señalándose cuatro

meses y seis meses respectivamente), que bien pudo solventar el legislador en aras de la deseada seguridad jurídica suprimiendo la expresión “extraordinaria” del citado art. 56 y hablar de ampliación al modo de lo que para supuesto análogo se hace en el art. 697 del menor cuantía.

Respecto a la apelación, la normativa básica se contiene ahora en los artículos 732 al 738 de la Ley de enjuiciamiento Civil, dentro por tanto del capítulo dedicado a los juicios verbales, y a ellos se remite luego tanto el juicio de desahucio como el de cognición, como enseguida veremos, aunque con una importante matización en el segundo.

En el primero de los preceptos citados es de donde se establece ahora, y por vez primera en nuestros procesos civiles comunes u ordinarios, la instancia única (que sólo en escasos supuestos existió en los procesos especiales, motivada principalmente por remitir luego precisamente al cauce del juicio ordinario, o declarativo, como los denomina también nuestra primera Ley procesal, entre cuyos supuestos de instancia única citaríamos la resolución del procedimiento de impugnación de la tasación de costas por excesiva del art. 428, el de la junta de minuta del art. 12 que remite al anterior la sentencia poniendo fin a la tercera deducida en Juzgados de Primera Instancia por cuantía inferior a quinientas mil pesetas, del párrafo segundo del art. 488 —precisamente ahora suprimido— o las sentencias poniendo fin al juicio verbal sobre frutos, daños y perjuicios derivados de un proceso interdictal, de los artículos 1.649 y 1.661), disponiéndose que “LAS SENTENCIAS NO SERÁN SUSCEPTIBLES DE RECURSO DE APELACIÓN CUANDO HAYAN RESUELTO SOBRE ACCIONES PERSONALES BASADAS EN DERECHOS DE CRÉDITO”.

Tal imposibilidad de apelación, o instancia única (inspirada en el orden jurisdiccional social como indica en la Exposición de Motivos “aprovechando la experiencia del mismo cuando se haya ejercitado acciones de ínfima cuantía”), no deja de suscitar ciertas dudas acerca del concreto alcance de las expresiones “acción personal” y “derecho de crédito”, pues como es sabido en nuestro derecho se sigue hablando de acciones mixtas (que han de ser excluidas de aquella imposibilidad conforme al criterio de no interpretación extensiva de todo lo que implique limitación de derechos) y sobre todo porque como es sabido también bajo la expresión de derecho de crédito se engloban todas las obligaciones, o más propiamente todas las prestaciones inherentes a los mismos, y por tanto no sólo las meramente pecuniarias o de reclamación de cantidad a que se alude en la citada exposición de Motivos.

Por lo que respecta al trámite de la apelación, en los restantes supuestos no excluidos, además de ampliarse el plazo para su interposición de tres a cinco días, se establece ahora un procedimiento predominantemente escrito y por tanto más formalista, sin celebración de vista como regla general, y encomendando finalmente el fallo no a la Sala de la Audiencia Provincial, sino a un solo magistrado de la misma (art. 737) que aunque nada se exprese es de suponer que será en turno de reparto entre todos los que la integran, tal como sí se previene, para caso análogo en el que evidentemente se inspira la actual reforma, el art. 82 número 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (reformado por Ley Orgánica 7/1988 que con mayor rigor suprimió la expresión originaria de actuar como tribunal unipersonal”) para las apelaciones de los juicios de faltas (en solución por otra parte a atribuir dichos juicios a los Juzgados de Instrucción tras la supresión de los de Distrito).

Mas el trámite de apelación ofrece ahora dos novedades que si bien se plantean con propósito simplificador no dejan de entrañar cierta contradicción con ello. La primera consiste en que el recurso se ha de interponer por escrito fundado, es decir, conteniendo la exposición de las alegaciones en que se basa la impugnación, como dice el art. 733 (además de la expresa cita de las normas que se consideren infringidas y de las razones de la indefensión, juntamente con el acreditamiento de haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, caso de pedirse la nulidad del juicio), lo cual es del todo punto irrealizable por una persona lega en un juicio donde tanto antes como ahora la intervención no ya de Letrado sino incluso de procurador no es necesaria.

Y la segunda novedad hace referencia a que la fase de impugnación y hasta de adhesión al recurso, se asigna también ahora al Juzgado que por traslado del recurso a las otras partes por plazo común de cinco días con remisión posteriormente de todo lo actuado a la Audiencia Provincial en los dos días siguientes, se hayan o no presentado escritos por las otras partes, teniendo todas que fijar domicilio para notificaciones en la población sede de la Audiencia. Es decir, que para tal impugnación o adhesión al recurso las partes han de encontrar similar dificultad técnica que el apelante.

Esta modalidad de trámite de la apelación, que nos parece tiene también su precedente en el recurso de suplicación del procedimiento laboral de que conocía el Tribunal Central de Trabajo y más próximamente en las apelaciones establecidas en el nuevo procedimiento penal denominado “abreviado” de la L.O. 7/1988, se utiliza también ahora para los juicios de faltas, como luego

veremos, y en ellos por su sencillez y escasa entidad, encuentro igualmente la dificultad ya comentada de exigencia técnica en su formalización.

La vista del recurso, como decíamos, ya no se previene como regla general, aunque se mantiene su posibilidad para el caso de que el juzgador la estime necesaria o cuando se proponga y admita prueba en la segunda instancia, en cuyo caso comenzará la vista con su práctica, para luego las partes resumir oralmente el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones (art. 736, que emplea precisamente las mismas expresiones que el art. 797 en la apelación del aludido procedimiento abreviado).

Finalmente se previene un recurso de queja para el caso de no admitirse a trámite la apelación, así como el principio de vencimiento objetivo para las costas del apelante.

Las dificultades ya comentadas, tanto estableciendo supuestos de instancia única, como de exigencia formal en la motivación, sin duda han de contrarrestar el siempre loable propósito de simplificación y evitación de recursos meramente dilatorios, que bien ha podido también afrontarse facultando la imposición de sanción pecuniaria al que obró de mala fe o con notoria temeridad, como se previene en el número 3 del art. 97 del nuevo texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo de 27 de abril de 1990.

Por último decir que dicho procedimiento de apelación es el que ahora se previene también para los juicios de desahucios y de cognición, como ya adelantamos, pero con la particularidad de que así como para el juicio de desahucio que utiliza sin variación alguna al expresar el art. 1.583 que la apelación será dentro del tercer día “con arreglo a lo dispuesto en los artículos 733 y siguientes” (incluyendo por tanto el fallo I por un solo Magistrado de la Audiencia provincial de que habla el art. 737), en el juicio de cognición la diferencia está en que el fallo sigue siendo a cargo de las Salas o Secciones colegiadas de las Audiencias provinciales, al excluirse expresamente el aludido art. 737 cuando al respecto prescribe el art. 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 que la apelación será en la forma que dispone el art. 733 de la Ley de enjuiciamiento Civil y que la apelación y en su caso la queja “se tramitarán y resolverán conforme a lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de dicha Ley”.

En cambio, de no existir otras especificaciones, sí se ha de aplicar el total trámite de los artículos 733 al 737 en aquellos supuestos especiales en que el legislador remite expresamente al juicio verbal, como es el caso de los procesos

relativos a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos de motor de la disposición adicional primera de la Ley 3/1989, de 21 de junio.

e) Reformas en los juicios de desahucio y en los restantes procedimientos arrendaticios (unificación en los primeros y generalización del juicio de cognición en los segundos).

Como ya se adelantó, las normas sobre tales procedimientos especiales estaban necesitadas como ninguna otra de la correspondiente clarificación, habida cuenta de la grave omisión contenida en la Ley de demarcación y Planta de 1988 ya comentada tras la supresión de los Juzgados de Distrito, pues como es sabido hasta su existencia tanto la Ley de enjuiciamiento Civil como las leyes especiales de arrendamientos preveían procedimientos para esos Juzgados y para los de Primera Instancia, y hecha la supresión de los primeros sin disposición procesal alguna que la acompañara, se daba la paradoja de que en un mismo órgano se seguían tramitando los anteriores procedimientos, aunque no sin alguna razón ciertos juzgadores llegaron a entender que los de los Juzgados de Distrito habían desaparecido con su supresión. La seguridad jurídica exigía una solución que ante la repetida supresión, consumada no en 1985 pero sí en diciembre de 1989, no ha llegado hasta ahora.

Como solución clarificadora la reforma opta por la solución de establecer un solo procedimiento para los desahucios y otro único para los arrendamientos urbanos de la legislación especial locaticia, designando para éstos el juicio de cognición, tal como ya se hizo para los arrendamientos rústicos con la Ley de 1980, con las excepciones antes y ahora de los supuestos de falta de pago y de retracto, en que sigue remitiendo al juicio de desahucio y al procedimiento del título XIX del Libro II de la Ley de enjuiciamiento Civil.

Para los desahucios, existentes en forma dual desde el siglo pasado, no ya desde la Ley de 1881 sino incluso en leyes anteriores como las de 18 de junio y de 2 julio de 1877, entre otras, el reformador actual opta decididamente por el procedimiento más drástico y sencillo de la sección II de título XVII de nuestra Ley de enjuiciamiento civil, originariamente rubricado “para el desahucio en los Juzgados municipales” (luego “Municipales o Comarcales” tras la reforma de 1944, y que no obstante unificarse ambos y pasarse a denominar de Distrito en 1977, como es sabido, continuó con esa segunda rubricación), y que ahora pasa a denominarse “del procedimiento para el desahucio” quedando sin contenido y por tanto suprimida lo que fue la sección tercera (arts. 1.589

a 1.594) rubricada de siempre como del procedimiento para el desahucio en los Juzgados de Primera Instancia (e Instrucción, posteriormente), y pasando a numerarse como tal sección tercera la última o cuarta que mantiene su denominación de la ejecución de la sentencia de desahucio.

El procedimiento del desahucio de los desaparecidos Juzgados de Distrito por el que como decimos opta ahora como único procedimiento el legislador, supone, como es sabido, utilizar el trámite del juicio verbal con las modificaciones que la propia Ley le introdujo como sigue diciendo el art. 1.570, y aunque dicho juicio junto a su simplicidad presenta altas cotas de brevedad, economía y eficacia, la opción nos parece cuando menos un tanto arriesgada desde el momento que precisamente una de las modificaciones que en él introdujo el legislador y que ahora se mantiene por no afectar la reforma al precepto que la contiene (art. 1.577) impone al Juez que de no concurrir al juicio el demandado “SE LE TENDRÁ POR CONFORME CON EL DESAHUCIO Y SE PROCEDERÁ SIN MÁS CITARLO NI OÍRLO A DESALOJARLO DE LA FINCA”, o como dice el precepto siguiente, 1.578, “EL JUEZ DICTARÁ SENTENCIA INMEDIATAMENTE, DECLARANDO NO HABER LUGAR AL DESAHUCIO, Y APERCIBIENDO DE LANZAMIENTO AL DEMANDADO, SI NO DESALOJA LA FINCA DENTRO DEL TÉRMINO CORRESPONDIENTE DE LOS SEÑALADOS EN EL ART. 1.596”.

Tal automatismo de la resolución estimatoria que pese al apercibimiento expreso en la citación previa, y hasta la repetición de ésta si estuviere el demandado en el lugar del juicio, no deja de entrañar riesgos de errores o abusos, sobre todo si se piensa que la exigencia documental del art. 503 y siguientes no rige en los juicios verbales por mandato expreso del art. 522, y es cuando menos arriesgado como decíamos desde el momento en que ahora se incluyen en este único procedimiento de desahucio todos los arrendamientos excluidos de la legislación especial, particularmente los de industria, además de los propios de aquella relativos a falta de pago de las rentas y que incluso como ya comentamos, por no ser de local de negocio propiamente, no requieren siquiera la intervención de Letrado.

Por ello nos parece más adecuada la opción desechada por el legislador del Procedimiento de la sección tercera previsto desde siempre para los Juzgados de primera Instancia, en que se estipula para los casos de no comparecencia del demandado que “dictará el juez sentencia sin más trámite, declarando haber lugar al desahucio, SI LO ESTIMA PROCEDENTE”, art. 1.592 mientras que con la solución actual veíamos que el Juez ha de dictar sentencia

estimatoria INMEDIATAMENTE, lo que también pudo evitarse incluyendo ese texto del art. 1.592 en los ya comentados 1.577 y 1.578, de desecharse el seguir luego por el trámite de los incidentes a que remitía esa sección tercera caso de comparecer y oponerse el demandado.

Por otra parte, y por lo que respecta a la apelación del ahora único juicio de desahucio, como ya vimos, el art. 1.583 remite al trámite de las apelaciones del juicio verbal, art. 733 y siguientes, incluido el último de tal materia, el 737, que como veíamos también prescribe sea resuelta la apelación por un solo magistrado de la Audiencia Provincial.

Finalmente, por lo que aún compete al juicio de desahucio, necesario se hace aludir al nuevo texto que se da al art. 1.563, que tras la reforma de 1966 pasó a incorporar también a los desahucios, es decir, a los juicios relativos a arrendamientos excluidos de la legislación especial locativa, la posibilidad de enervar la acción si el arrendatario consignaba las rentas adecuadas y costas causadas de ser conocidas o las fijadas por el Juzgado, durante el período comprendido entre la citación y el señalado para la celebración del juicio verbal. En la reforma de entonces, al comenzar el precepto indicando que “cuando la demanda de desahucio respecto a los arrendamientos a que se refiere el artículo anterior, se funde en la falta de pago del precio del convenio...” no existía duda alguna de que la facultad enervante cabía en efecto en los arrendamientos del artículo anterior, es decir, en todos aquéllos competencia de los desaparecidos Juzgados Municipales o Comarcales, cualquiera que sea la causa en que la demanda se funde, SALVO CUANDO EL ARRENDAMIENTO TENGA POR OBJETO UN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL O FABRIL O UNA FINCA RÚSTICA CUYA RENTA ANUAL EXCEDA DE CINCUENTA MIL PESETAS (tras la reforma cuantitativa de 1984, pues anteriormente era de 2.500 pesetas, y originariamente de 1.500 pesetas). Ahora el nuevo texto, como decimos, del art. 1.563, al aludir sólo al desahucio por falta de pago de las rentas de arrendamiento de UN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL O FABRIL, obviamente significa que no cabe enervar en ningún otro arrendamiento de los excluidos de la legislación especial locativa, es decir, ni en viviendas por temporada, casinos, fincas rústicas para un solo cultivo, cedidas a parientes hasta segundo grado, etc., etc., lo cual evidentemente implica una restricción de aquel beneficio establecido sobre todo en favor de los que posiblemente no han podido satisfacer las rentas.

En cambio, lo que tampoco ha querido afrontar el legislador es el tema tan discutido del procedimiento a seguir por expiración del término contractual,

ante la superación de la prórroga forzosa acordada en el polémico Real Decreto Legislativo de 30 de abril de 1985, que unos entienden que es a través del procedimiento especial arrendaticio y otros mediante el juicio de desahucio, pues evidentemente hay razones que avalan una u otra solución, y que por ello mismo, a falta de disposición legal e interpretación jurisprudencial vinculante, ambas soluciones son no sólo compatibles sino ajustadas a derecho.

Por lo que respecta a los procedimientos arrendaticios de la legislación especial rústica y urbana, como ya dijimos la reforma opta por generalizar el juicio de cognición tanto en los arrendamientos rústicos (ya así establecido en 1980) como ahora en los urbanos (art. 125). Al propio tiempo, junto a precisar la única competencia de los únicos juzgados de Primera Instancia, con supresión de toda alusión a los desaparecidos Juzgados Municipales o Comarcales, o de Distrito luego, en preceptos como los artículos 127 y 128, relativos precisamente a la posibilidad de acumular acciones y formular reconvenición en esos procedimientos especiales, o de dar un texto muy simple al art. 126, alusivo ahora sólo al retracto (con supresión de su número segundo, que en su momento tuvo el importante valor de aludirse en él a la concentración de incidentes, excepciones y reposiciones a resolver previamente en la sentencia final, aunque ello es ya principio consagrado en el juicio de cognición ahora generalizado, como decimos) la reforma se centra sobre todo en la regulación de la casación, con actualización de las cuantías, como ya vimos, fijada ahora en un millón de pesetas de renta anual para poder utilizarse dicho recurso en arrendamientos de local de negocio (art. 135) o en arrendamientos rústicos (art. 132), con lo que dicho sea de paso se evita la discriminación existente, de que al tramitar el Juzgado de Primera Instancia tanto unos cognicios como otros, sólo los que no procedían de los repetidos Juzgados de distrito eran los contemplados como con posibilidad de casación, a pesar de tramitarse como se dice, en el mismo órgano y por el mismo procedimiento. Ahora al menos, es una mera, aunque siempre importante delimitación cuantitativa la que determina si cabe o no recurso ulterior de casación.

f) Adiciones en el juicio ejecutivo y la reforma del procedimiento de apremio (nuevo título ejecutivo derivado de la Ley del Mercado de Valores y las subastas a cargo del secretario).

Junto a lo ya comentado en torno a la exclusión de la sumisión expresa y los fueros alternativos de la competencia territorial en el ahora nuevamente reformado art. 1.439, la Ley 10/1992 objeto de este estudio añade un nuevo título

que tiene aparejada ejecución (si en evitación de confusiones y de la polémica nunca cerrada de la diferenciación entre proceso ejecutivo o de ejecución y juicio ejecutivo utilizamos la segunda expresión) al tradicional catálogo del art. 1.429, además de los otros mencionados en la legislación especial (texto refundido de la legislación especial de uso y circulación de vehículos de motor de 21 de marzo de 1968, o Ley de 27 de julio de 1968, sobre cantidades anticipadas para adquisición de viviendas, entre otras).

El nuevo título que lleva aparejada ejecución, que se señala con el ordinal 7º, lo constituyen “los certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta”, a los que se refiere precisamente la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, integrándose tal título, como concluye el expresado número, mediante el acompañamiento a los certificados de copia de la escritura pública de representación de los valores, o, en su caso, de la emisión”, es decir, copia de la escritura a otorgar previamente, de que habla el art. 6 de la citada Ley del Mercado Valores, en la que ha de constar la denominación, número de unidades, valor nominal y demás características y condiciones de los valores integrados en la emisión, caso de no ser sustituida por la propia escritura de emisión, en cuyo caso se presentará copia de ésta, juntamente negociables, a expedir bien por la Sociedad o Agencia de Valores inscrita en el Registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, tras ser designada por la emisora, cuando se trate de valores no admitidos a negociación en mercados oficiales, bien por el servicio de Compensación y Liquidación de Valores, cuando se trate de valores admitidos o negociados en las bolsas de valores, mientras que de tratarse de valores admitidos a negociación en el mercado de deuda Pública, la llevanza del registro y la correspondiente certificación de las anotaciones estarán a cargo de la Central de Anotaciones y sus Entidades gestoras, tal como al respecto se determina en el art. 7 de la repetida Ley (que por cierto dio nueva redacción al número 2 del art. 1.447 relativo al orden de los embargos, acomodando su texto a la nueva terminología de mercado secundario oficial de valores, según su disposición adicional quinta).

Por otra parte, al no afectar la reforma al mínimo cuantitativo señalado para los juicios ejecutivos en el párrafo primero del art. 1.435 de cincuenta mil pesetas, desde la reforma de 1984, en tradicional coincidencia con similar cantidad como máximo del juicio verbal civil, se produce ahora la curiosa situación de que al estar establecidos estos últimos juicios hasta ochenta mil pesetas, como ya vimos, la diferencia entre ambas cantidades permite optar entre los

dos procedimientos, es decir, que desde cincuenta mil a ochenta mil pesetas cabe tanto el juicio verbal como el ejecutivo, éste obviamente si se cuenta con título que tenga aparejada ejecución, y con posibilidad además de la doble instancia, que veíamos también se excluye en las acciones personales de derechos de crédito. En todo caso ello no parece la razón de la omisión del ajuste de ambas cantidades, sino un ejemplo más del poco rigor y coordinación a la hora de hacerse reformas legislativas parciales.

Y antes de ocuparnos de la reforma en el procedimiento de apremio, recoger dos aspectos asimismo modificados dentro de la normativa del juicio ejecutivo, que no pueden pasar desapercibidos por su evidente importancia práctica. Afectan a sendos párrafos en los artículos 1.435 y 1.453, en que respectivamente se prescribe, en el primer precepto, en sustitución de su último párrafo introducido con la reforma de 1984 (a propósito de la liquidez de las denominadas cuentas de crédito y la polémica surgida en torno a la orden de 21 de abril de 1950) que “en los casos a que se refiere el párrafo anterior, la entidad acreedora deberá notificar previamente al deudor o al fiador el importe de la cantidad exigible”, con lo que evidentemente se evitan reclamaciones sorpresivas o ambiguas, y en el 1.453, como nuevo párrafo segundo, tras el primero en que se alude a remitir mandamiento para anotación preventiva del embargo de inmuebles, que “El Registrador deberá comunicar al órgano judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar al embargo anotado”, lo cual, junto a incorporar una más activa relación entre el Registro y el órgano jurisdiccional, como en otros aspectos que enseguida veremos, supone también una mayor información y hasta clarificación respecto a futuras tercerías u otras acciones no infrecuentes.

En cuanto al procedimiento de apremio, incluido como es sabido dentro del título que la Ley de Enjuiciamiento Civil dedica al juicio ejecutivo, dando con ello pie precisamente a la polémica aún no resuelta pacíficamente acerca de si nuestro juicio ejecutivo es proceso de ejecución o sólo de cognición, cuando no de carácter mixto, con rasgos de ambos, o con eventual contradictorio e inversión de la postura de las partes, la reforma presenta como lo más destacable el procurar una mayor vinculación del Registro de la Propiedad con los bienes afectados por el apremio, en aras sobre todo de una mayor información a las partes y a los terceros (en correspondencia con la que acabamos de ver en el añadido del art. 1.553), y en asignar a los Secretarios Judiciales el acto del remate o subasta.

Respecto a lo indicado del Registro de la Propiedad, en primer término se añade en el artículo 1.489 que el mandamiento ha de interesar no sólo las cargas, sino la certificación misma de la titularidad del dominio y de los derechos reales de la finca o derecho gravado, y en el 1.490 se precisa que la comunicación a esos titulares de cargas del estado de la ejecución, la practique el Registrador de la Propiedad, por correo o telégrafo, en el domicilio que consta en el Registro, y que en la certificación que el mismo expida expresará haberse practicado. No ha podido ser más explícito el precepto, aunque en la práctica se derivarán sin duda dificultades, particularmente ante un cambio de domicilio.

Por su parte, el art. 1.503 al detallar el desarrollo del acto del remate o subasta, contiene la novedad ya apuntada de que el mismo sea presidido por el Secretario, aunque la aprobación del mismo la continúa atribuyendo la Ley al Juez (art. 1.509). No obstante, al aludir dicho precepto a los casos de los artículos anteriores, relativos a la tercera subasta sin sujeción a tipo, con postor que ofrece dos tercios del tipo de la segunda o menos y posibilidad en este último caso de presentar el deudor en nueve días persona que mejore la postura, u oferta de pagar a plazos (todo ello reformado en 1984) sin que ahora nada se añada a esos tres preceptos, una primera lectura de los mismos podría inducir al error de entender que aún subsisten actos de remate o subasta a presidir por el Juez en esos tres supuestos, cuando lo correcto creemos que es acoplar aquella regla del 1.503 a todos esos supuestos, salvo el acto concreto de la aprobación, a cargo del Juez, ha de insistirse, en el mismo o al siguiente día, como precisa también el 1.509, en cuyo precepto se mantiene el plazo de tres días para consignar el resto del precio y entrega al comprador de los muebles o semovientes que hayan sido objeto de la subasta, mientras que el plazo de ocho días previsto para consignar el resto del precio de los inmuebles se mantiene, aunque recogido ahora en el art. 1.511, junto a la referencia de así acordarse tras aprobar el remate, y sin la previa liquidación de cargas de que hablaba antes dicho precepto, mientras que el siguiente 1.512, expresamente menciona ahora la subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores y preferentes, con aceptación y subrogación del rematante y que el precio se destina al pago del crédito ejecutado, para sólo entregar el sobrante a los acreedores posteriores o a quien corresponda, depositándose entre tanto.

Junto a ello, dos son aún otras tantas importantes novedades contenidas en esta nueva normativa reformadora del procedimiento de apremio referente la primera a permitir sólo al ejecutante hacer posturas en calidad de ceder el remate a un tercero, lo cual pese a suponer una limitación importante a los

llamados subasteros, que tanta mala prensa han tenido últimamente, implica también un lado negativo en el sentido de sustraer de las subastas a mayor número de personas, como medio no sólo de dar posibilidad al ejecutante de obtener mayor precio con que satisfacer su crédito, sino de que incluso quedara sobrante para los de créditos posteriores, cuando no para el propio ejecutado que se ve privado de sus bienes. La segunda novedad está en la prescripción del art. 1.514 que sale al paso de la polémica surgida en torno a si en este procedimiento ordinario de apremio la aprobación judicial del remate podía ser título para la inscripción en el Registro de la propiedad del dominio o derecho adquirido por el adjudicatario, como si se previene para el procedimiento especial del art. 131 de la Ley Hipotecaria, ya que pese a la reforma de 1984 el art. 1.514, que hablaba del otorgamiento de la escritura en favor del mismo, bien por el deudor bien por el Juez de oficio, continuaba en vigor disponiéndose ahora que sí será título bastante para tal inscripción el testimonio del auto de aprobación del remate, con expresión de la consignación del precio y de las demás circunstancias necesarias para la inscripción. Con tal solución, se recoge no sólo un criterio análogo al seguido en el nombrado apremio del art. 131, sino la contradicción que antes suponía tener que irse a la escritura pública tras la resolución judicial cuando ésta puede anular no sólo el contenido de cualquier escritura sino incluso los asientos registrales que de ella hayan podido derivarse. En definitiva, así como la reforma del procedimiento de apremio que hizo la Ley de 6 de agosto de 1984 tuvo luego su acomodo a las ejecuciones hipotecarias por Ley de 14 de mayo de 1986, es ahora el primero el que se acomoda a las segundas con esta reforma de 1992.

g) Nueva Reforma en la Casación (ampliación de la inadmisión y regulación de la de los T.S.J. de C.C.A.A.).

Unificados los recursos de Casación por infracción de Ley o de doctrina legal y por quebrantamiento de forma mediante la tan nombrada reforma de 1984, las nuevas normas sobre dicho extraordinario recurso afectan por un lado a la que podríamos denominar casación general y por otra a la casación particular que se regula ex novo para los Tribunales Superiores de Justicia, quedando expresamente sin contenido el art. 54 de la Ley de Demarcación y Planta con ello relacionado.

A su vez, en la casación general, que como siempre continúa siendo competencia de nuestro Tribunal Supremo, de la reforma es de destacar la supresión del error en la prueba como motivo de la misma y la incorporación de

la carencia manifiesta de fundamento o el haber sido ya resuelto en el fondo otro recurso sustancialmente igual como fundamentos de inadmisión. Junto a ello se contienen otros aspectos de menor entidad también reformados, algunos de los cuales ya han sido tratados, particularmente al ocuparnos de la actualización de las cuantías.

El error en la apreciación en la prueba como motivo de la casación española, tanto civil como penal, suscitó siempre sugestivas polémicas entre los procesalistas, hasta el punto de servir de base a algunos para sostener que entrañaba una auténtica segunda instancia, y hasta que incluso con ello se colmaba la exigencia de tratados internacionales suscritos por España, de ser vista su causa sin dilaciones y por dos tribunales (Convenio Europeo de 4 de octubre de 1950 o Pacto Internacional de 19 de diciembre de 1966), dentro por otra parte de la singularidad de nuestra casación comprensiva tanto de la sentencia rescindente como rescisoria.

En 1984, el comentado motivo de error en la apreciación de la prueba, tuvo un sentido claramente extensivo, al referirse bajo el número 4 del art. 1.692 a “documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”, frente al de “documentos o actos auténticos” del originario número 7º de dicho artículo, y la supresión que de todo ello se realiza ahora, aun implicando una evidente reducción, no deja de tener razón el profesor Morón Palomino cuando precisamente en las Jornadas celebradas en Barcelona en noviembre de 1990 exponía, junto a matizar que al hablarse sólo de error de hecho se produce el enorme contrasentido de que no exige la necesidad de denuncia de infracción de norma jurídica, que “en la casación tiene lugar siempre un control del razonamiento jurídico judicial y como el mismo alcanza al problema de la fijación de los hechos, la cuestión fáctica, siempre desde este punto de vista, puede y debe ser examinada en el recurso”.

Por lo que respecta a los contenidos concretos de la reforma y dejando aparte lo ya expuesto del mínimo cuantitativo de seis millones y las cincuenta mil pesetas del depósito ante sentencias conformes de toda conformidad, una primera novedad la entraña el específico incidente que se establece para ante las Audiencias en el párrafo segundo del art. 1.694 con el fin de que las mismas, oídas las partes y practicadas las peritaciones y avalúos necesarios procedan a “señalar la cuantía de modo indicativo”, para agregarse luego en el nuevo texto de la regla 4ª del art. 1.710 que el Tribunal Supremo inadmitirá el recurso “cuando no se hubiese determinado la cuantía conforme con las reglas aplicables

si la Sala considera que notoriamente no supera los límites que establece el n.º 1 del art. 1.687”, con lo que de alguna manera se suple la fijación por la sala de cantidad mayor al mínimo sin previsión en aquel precepto de recurso alguno, pues el supuesto contrario entendemos que ha de tener la cobertura del recurso de queja.

Como segundo aspecto de trámite, en lo que a la remisión de los autos afecta, se dispone ahora el envío también de los votos particulares si los hubo (art. 1.694, suprimiendo la expresión de votos reservados, que también se suprime del art. 1.705, al ser sustituidos por esos votos particulares, a notificar incluso conforme dispone el art. 260.2 de la L.O. del Poder Judicial de 1985), para añadir el art. 1.700 que en caso de recurso de queja se acompañe también testimonio de las sentencias dictadas en ambas instancias, lo que desde luego parece excesivo de cara a la resolución del concreto motivo del recurso de queja. Los términos de emplazamiento y de presentación ante la Sala del escrito de interposición se reducen ahora a treinta días, frente a los cuarenta fijados con carácter general en la reforma de 1984 (suprimiendo precisamente los cincuenta días en caso de proceder de Canarias, que sí se mantiene aún en la casación penal, art. 859 de L.O. Criminal).

Dentro de la sustanciación del recurso, junto a algunos retoques que hace el legislador, relacionados unos con la ya comentada supresión de la motivación por error en la apreciación de la prueba (art. 1.707 suprimiendo 18 cita de documentos o la referencia a ellos contenida en el art. 1.710) y otros en una mayor precisión en el dictamen del Ministerio Fiscal en el sentido de pronunciarse el mismo no sobre la procedencia o improcedencia del recurso, sino sobre su admisibilidad o inadmisibilidad (art. 1.709), es en la regulación de la admisión donde como ya adelantamos, junto a ampliar el plazo para subsanación de defectos, de diez a veinte días, se contiene la otra gran novedad en la reforma de la casación consistente en restringir aquélla, disponiendo en la regla 3.ª del art. 1.710 que la Sala dictará auto de inadmisión “cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales”, aunque ello se condiciona primero a que previamente se ponga de manifiesto la causa de inadmisión a la parte recurrente para ser oída por plazo de diez días, y segundo a que la inadmisión por esta causa ha de ser por acuerdo unánime de la Sala.

Tal motivo de inadmisión, por lo demás análogo al establecido ante el Tribunal Constitucional por Ley Orgánica de 9 de junio de 1988, y para la casación penal por Ley de 19 de julio del mismo año, implica toda una proble-

mática denunciada por la doctrina dada la dificultad de conocer propiamente el fondo sin hacerse un estudio profundo sobre el mismo en ese trámite inicial. Y también se incorpora como otro motivo de inadmisión el ya comentado, como regla 4.^a, de estimar la Sala que notoriamente la cuantía determinada no supera el límite de seis millones establecido en el número 1.^o del art. 1.687 (en cuyo precepto se excluye además ahora la casación en los casos de cuantía inestimable o que no haya podido determinarse ni aun en forma relativa por las reglas que se establecen en el art. 489 “cuando las sentencias de apelación y de primera instancia sean conformes de toda conformidad, aunque difieran en lo relativo a las costas).

Tras la admisión, en lugar del trámite de instrucción se previene ahora la posible formalización de la impugnación por las otras partes, señalando al efecto un plazo común de veinte días el número 2 del repetido art. 1.710, mientras que el precepto siguiente se ocupa de la celebración de la vista, que aunque sigue pareciendo la regla general, la sutil exigencia legal de que para que tenga lugar la han de solicitar todas las partes (de modo análogo a como se previene en el párrafo segundo del art. 701 para el juicio de menor cuantía tras la reforma de 1984) hace que de no darse esa unánime petición no sea necesaria la misma, aunque al propio tiempo el precepto también la previene para cuando la crea necesaria la Sala, la cual se ha de constituir ahora sólo con tres Magistrados, al quedar la composición con cinco cuando el proceso verse sobre derechos fundamentales o se refiera a las cuestiones de filiación, paternidad y demás acciones de estado que detalla el número 2 del art. 484.

El otro gran apartado de la nueva normativa sobre la casación civil decíamos que afecta a tal recurso ante los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, la cual se sitúa ahora dentro de lo que fue la Sección Novena, que había quedado sin contenido tras la nueva Ley de arbitraje 36/1988 de 5 de diciembre, que suprimió la casación contra los laudos arbitrales.

Junto a la específica exigencia de que este recurso de casación ha de fundarse en infracción de normas de derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma en que así lo haya previsto el Estatuto de autonomía (art. 73.1.^a-a) de la L.O. del Poder Judicial), se previene ahora por un lado que será con arreglo a las normas de la casación en general (lo cual coincide con lo dispuesto en el art. 54, ya nombrado, de la Ley de Demarcación y Planta) “con las particularidades que se contienen en los artículos siguientes” (art. 1.729) y por otro que en caso de motivación mixta, es decir, de fundarse

conjuntamente en infracción de normas de derecho civil común y de derecho civil foral o especial de la Comunidad, la competencia se atribuye a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia con la sola excepción de que de fundarse en infracción de precepto constitucional corresponde entonces al Tribunal Supremo (art. 1.730). Tal solución legislativa no deja la menor duda respecto al trato favorable que se ha querido otorgar a la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, de tal forma que otro párrafo de ese mismo artículo previene expresamente que de presentarse dos recursos, uno en el Supremo y otro en el Tribunal Superior, por la misma parte, en cuanto se justifique tal circunstancia se tendrá por desistido el primero, es decir, el del Tribunal Supremo, lo cual así ha de acordarse por la Audiencia Provincial respectiva, al indicar el precepto que ello sea al prepararse los recursos.

El resto de la normativa hace referencia por un lado al informe del Fiscal sobre la admisibilidad cuando entiende que no corresponde a la Sala ante la que se interpuso y al supuesto de invocación conjunta de infracción de precepto constitucional y de norma de derecho foral o especial si la primera no concurre realmente, disponiéndose al respecto que entonces el Fiscal de estimar que no se interpuso ante la Sala correspondiente, lo expondrá por escrito razonado, y oídas las partes, la Sala resolverá por auto lo que corresponda emplazando en su caso por diez días y remitiendo los autos en cinco días, y que en caso de dudas se estará a lo que resuelva el Tribunal Supremo al no poderle plantear cuestión de competencia el Tribunal Superior como órgano inferior, tal como se previene en el art. 52 de la L.O. Poder Judicial y 81 a 83 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.731), mientras que en segundo aspecto, de no concurrir realmente la infracción invocada de precepto constitucional al así entenderlo el Tribunal Supremo, acordará entonces remitir las actuaciones al correspondiente Tribunal Superior de Justicia con emplazamiento por diez días (art. 1.732).

La invocación mixta, pues, la decide el legislador en favor de la competencia del Tribunal Superior, pero las dudas y la infundada invocación de preceptos que determinan la competencia del Tribunal Supremo, como no podía ser menos, sólo a éste corresponde decidirlo.

h) Desjudicializaciones en la Jurisdicción voluntaria (declaración de herederos abintestato).

Situada esta materia de la declaración de herederos abintestato no en el Libro III de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a la Jurisdicción

Voluntaria, sino constituyendo la Sección II del Título IX dedicado a los abintestatos en general, ha sido siempre de general aceptación doctrinal el que tal declaratorio es ajeno a la jurisdicción contenciosa del Libro II, aunque por su proximidad con ésta, y sobre todo con las restantes fases del juicio universal de abintestato, el legislador prefirió aquella ubicación.

Por otra parte, no puede tampoco desconocerse la incidencia que las diversas reformas en materia de sucesión intestada se han ido produciendo en el tiempo, tanto respecto a ir restringiendo la llamada a suceder desde el sexto grado de consaguinidad colateral hasta el cuarto grado actual, como respecto al orden mismo de prioridad, desde el R.D.L. de 13 de enero de 1928 hasta la más reciente de 13 de mayo de 1981 en que se sitúa al cónyuge supérstite antes del segundo grado colateral.

La reforma actual afecta a 17 de los 28 artículos que integran la reseñada Sección y deja sin contenido a otros 13, aunque mayor innovación se produce en cuatro preceptos, y particularmente en el art. 979, en el que se prescribe que la declaración de herederos abintestato de descendientes, ascendientes o del cónyuge, se obtendrá mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial, por Notario hábil para actuar en el lugar en que hubiere tenido el causante su último domicilio en España y ante el cual se practicará la prueba testifical y documental precisa”.

El término un tanto imperativo que utiliza el precepto, “se obtendrá”, parece que no ofrece duda en orden a que la nueva función notarial excluye la tradicional judicial que como enseguida veremos se sigue reservando para el declaratorio de los colaterales, sin que tampoco ayuden a así entenderlo otros preceptos como el 977 y 978 que conservan su tradicional contenido, relativo el primero a que en caso de prevención del abintestato de la sección anterior, y sin perjuicio de continuación del inventario, “se procederá en piezas separadas a hacer la declaración de heredero abintestato”, y el segundo a que en los casos en que no sea necesaria ni se solicite la prevención “también podrá hacerse esta declaración a instancia de los interesados”, aunque como la regla general de la prevención es la ausencia de aquellos descendientes, ascendientes y cónyuge, además de colaterales del cuarto grado (art. 960.3), parece obvio que más que supuestos de acta de notoriedad la prevención de abintestato ha de coincidir con el declaratorio judicial de herederos abintestato referido a otros familiares que no sean de aquellos tres grupos.

En cuanto a esos otros herederos diferentes a los descendientes, ascendientes, o cónyuge supérstite, el nuevo texto del art. 980 remite a lo que en

él se denomina declaración en vía judicial, con el detalle de trámites que contiene y la específica referencia a la necesidad de valerse de Abogado “cuando el valor de los bienes de la herencia exceda de cuatrocientas mil pesetas”, con lo que ya se despejó la duda surgida tras la reforma de 1984 en que estableció dicha necesaria intervención en el art. 10 a partir de las doscientas cincuenta mil pesetas que hasta ahora tenía para el valor de la herencia dicho art. 980.

Además, en el nuevo texto se mantiene el carácter un tanto vinculante del dictamen del Ministerio Fiscal al disponer el párrafo tercero de dicho artículo que si el mismo encuentra incompleta la justificación se dará vista a los interesados para que la subsanen, lo mismo que se remite el art. 984 no sólo al juicio del Juez sino del Fiscal, a la hora de apreciar “motivos racionalmente fundados para creer que podrán existir otros parientes de igual o mejor grado” para mandar fijar edictos con los datos y en los lugares que el precepto detalla. En cambio ninguna intervención se previene expresamente del Fiscal en las actas notariales, aunque la misión que su Estatuto le encomienda respecto a menores, ausentes o incapaces, podría servir de base para ello.

De la resolución judicial se ocupa el art. 981, que mantiene la nueva fórmula establecida ya en el art. 290 de la L.O. del Poder Judicial de serlo con base en Propuesta de Resolución del Secretario con el conforme del Juez, pero así como entonces sólo se previene para la resolución positiva y sin oposición, ahora el nombrado artículo contempla tanto la resolución que haga la declaración de heredero abintestato como la que lo deniegue con reserva de su derecho a los que la hayan pretendido para el juicio ordinario (igual que ahora frente a la previsión exclusiva de periódicos oficiales de la Ley Orgánica, se faculta también a periódico de mayor circulación en la provincia, “a criterio del Juez”).

i) Otros aspectos de la reforma.

En lo que podríamos considerar como cajón de sastre de la reforma, no cabe finalizar este apartado en torno a los procedimientos civiles, sin hacer referencia, siquiera sea somera y desordenadamente a los más variados aspectos, tan singulares como los ya aludidos al comienzo de la terminología de Jueces Municipales o de Distrito, que se suprime en múltiples artículos, o trámites ante ellos (prevención de abintestato en el 970, embargo preventivo en el 1.397, que por cierto sí se recoge expresamente en Juzgado de Paz hasta el límite cuantitativo de los mismos, ya comentados, de ocho mil pesetas) o términos más anacrónicos como los de “relatores” y “escribanos”, que se suprimen de

preceptos que aún los conservaban como el art. 253. Otros artículos, en cambio, quedan sin total contenido.

Merece también destacarse la reforma del art. 248, relativo a la utilización del papel sellado, que ahora se suprime, en armonía con la supresión de la tasa judicial y la exención del pago del impuesto de actos jurídicos documentados hecha por la Ley de 24 de diciembre de 1986, lo que asimismo hace ya inaplicable la necesidad de la utilización del papel de oficio en el proceso civil que determina la disposición adicional 2 de dicha Ley.

Tampoco se ha de pasar por alto la doble previsión en torno al denominado recurso de revisión de señalar como cuantía de la fianza la ya apuntada similar a la casación de cincuenta mil pesetas, y sobre todo que mediante un nuevo párrafo añadido al art. 1.801 se prescribe que el recurso de revisión que la Ley Orgánica de Poder Judicial previene también en las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia sea “de acuerdo con lo previsto en este título”, es decir, el título XXII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y por último mencionar que la reforma procesal civil también es ocasión para alcanzar el contenido procesal de otras leyes además de nuestra centenaria Ley de enjuiciamiento no sólo en las ya mencionadas de arrendamientos rústicos y urbanos, en el Decreto de 21 de noviembre de 1982 regulador del juicio de cognición, y hasta la Ley de Demarcación y Planta, sino otros también un tanto generales, como la Ley Hipotecaria, en cuyo artículo 14 se agrega como nuevo título para la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro “la declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad” mientras que la regla 1.^a del art. 131 se modifica en el sentido de asignar como competencia territorial siempre la del lugar de situación de la finca y encomendar al juez que examine de oficio su propia competencia territorial.

Finalmente se modifica de la Ley de Propiedad Horizontal su art. 17 en el sentido de asignar el diligenciado del libro de actas al Registrador de la Propiedad y el art. 90 apartado 3.º de la Ley general de Cooperativas asignando ello en cambio al Registrador Mercantil.

Con lo expuesto, y tal como indicábamos al principio, la actual reforma es un paso más que jalona las múltiples reformas producidas en el tiempo respecto al proceso civil español, insistiendo en una depuración de trámites con que agilizarlo, pero que dista aún mucho no sólo de la por todos reclamada reforma global sino de atribuir un mayor poder de disposición procesal en el

Juzgador en aras de la Justicia del caso que no sólo interesa a las partes en litigio sino a la Sociedad toda.

III. LA REFORMA PROCESAL PENAL (CAP. II DE LA LEY).

Comprende propiamente esta parte de la reforma las cinco materias que ya se indicarán en la introducción, aunque la más trascendente sea con mucho la que afecta al aún recientemente instaurado procedimiento abreviado, introduciendo en él una importante variante todavía más abreviada, de la que se han hecho eco los medios de comunicación social y que con mayor extensión trata de justificar la exposición de motivos, que concluye en este apartado con unas breves referencias al recurso de revisión y al juicio de faltas, aunque en el articulado de la reforma aún se comprenden ciertas actualizaciones en la cuantía de determinadas multas disciplinarias y hasta un nuevo texto en el polémico artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativo a la intervención del Secretario en las diligencias de entrada y registro.

a) Actualización de multas disciplinarias.

Este primer aspecto de la reforma afecta concretamente a cuatro artículos de nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, los números 175, 420, 684 y 716, los dos primeros correspondientes al sumario y los otros dos al juicio oral, que respectivamente se refieren a las citaciones en general, al testigo que no concurre al primer llamamiento, al mantenimiento del orden en el juicio oral y, en fin, a la negativa del testigo a declarar en el mismo.

En tales preceptos las multas previstas estaban fijadas entre 25 y 250 pesetas para los dos primeros supuestos, de 25 a 500 pesetas para el tercero y de 100 a 1.000 para el cuarto (poco realmente variaron en tantos años, desde las originarias 5 a 50 pesetas de 25 a 250, respectivamente), y ahora el legislador las amplía y unifica fijándolas entre cinco mil y veinticinco mil pesetas, sin querer adoptar el tope fijado para las multas en las faltas, como sí se hace en el art. 192 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando en relación con el precepto anterior y el 165 de la misma, previene que los Presidentes o Jueces sancionen además, a los que se resistieron a cumplir la orden de expulsión, “con una multa cuyo máximo será la cuantía más elevada prevista en el Código penal como pena correspondiente a las faltas” (cien mil pesetas desde la reforma de la Ley 3/1989) cuya cuantía no sólo parece más acorde con los fines

de la propia sanción sino sobre todo porque permite una actualización más uniforme.

Por otra parte, y es también de lamentar, la reforma se olvida de la actualización de otras multas análogas previstas en nuestra primera Ley procesal penal, como las de los artículos 259 y 262 (de 25 a 250 pesetas por no cumplir la obligación de denunciar que tiene todo el que presenciare la perpetración de un delito, o de 125 a 500 pesetas a los Médicos o Farmacéuticos que no denuncien los delitos de que tengan noticias por razón de sus cargos y hasta el 966 de 100 pesetas a las partes y testigos que una vez citados no comparezcan al juicio de faltas, por citar sólo los más significativos.

b) La reforma del art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en lo relativo a la intervención del fedatario en los registros.

Frente al anterior texto del párrafo cuarto de dicho precepto que disponía: “el registro se practicará siempre a presencia del Secretario y dos testigos, sin contar de los que habla el párrafo anterior, extendiéndose acta que firmarán todos los concurrentes”, la Ley que comentamos expresa ahora:

“El registro se practicará a presencia del Secretario o, si así lo autoriza el Juez, de un funcionario de la Policía Judicial o de otro funcionario público que haga sus veces, que extenderá acta que firmarán todos los concurrentes”. Dicha innovación del 56 no estaba prevista en el Proyecto sino que se introdujo a su paso por el Congreso de los Diputados y con ella es claro que el legislador trata de zanjar la polémica suscitada en torno a la más reciente jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo y la escisión de la misma para sostenerse en unas que la ausencia del Secretario implica la nulidad total de la diligencia sin posibilidad de utilizarse o surtir efecto en el proceso nada de lo que la misma contenga, mientras otras permiten tal aprovechamiento mediante el testimonio de los que intervienen, a valorar con el resto de las pruebas.

Con esta disposición, que evidentemente está en análoga línea a la del artículo 21 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, Orgánica 1/1992, de 21 de febrero (en cuanto al permitir la entrada y registro en domicilio sin mandamiento judicial en los supuestos que la misma detalla, excluye asimismo al fedatario judicial), queda claro que desde el punto de vista legal la presencia del Secretario Judicial ya no es imprescindible, y por tanto se aparta de la opción que tomó nuestro legislador decimonónico cuando en salvaguarda de la intimidad de los domicilios particulares exigió no sólo el nombrado

mandamiento judicial sino la posterior presencia del Secretario Judicial, es decir, de un cualificado funcionario dotado de preparación técnica y de dar fe del acto, para supervisar el desarrollo del mismo, al implicar recogida de piezas de convicción o material probatorio susceptible de convertirse no sólo en pruebas del juicio oral sino desde ya en elemento inculpatario esencial.

Por los demás el precepto, opinable como cualquier otro frente al que caben diversas opciones, además de no poderse justificar por la falta de medios personales de que adolece la administración de Justicia, (pues la respuesta entonces sería contundente acerca de que se le dote debidamente, no implica sino una carga más a echar encima de las muchas que ya tienen los jueces, pues es bien explícito en atribuir a los mismos en primer término la decisión autorizando la ausencia del fedatario judicial, y no sólo ello sino que luego, al prever como sustituto del Secretario a un Funcionario de la Policía Judicial u otro Funcionario) que haga sus veces, es decir, de Policía Judicial también, el precepto está excluyendo al resto de los Funcionarios Públicos que no harán las veces de policía judicial, lo cual junto a dejar poco margen de elección al Juez de alguna manera entra en contradicción con la habilitación que en favor de los Oficiales se previene en el art. 282 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la aludida jurisprudencia expresamente había visto como posible solución a la presencia del secretario (sentencias de 3 de diciembre de 1991 y de 16 del mismo mes y año, entre otras muchas).

En definitiva, si la comentada reforma pudiera ser un exponente más de la potenciación probatoria de los atestados y de la progresiva desjudicialización de la instrucción a la larga ello bien podrá tornarse en todo lo contrario pues ausente el fedatario que le otorga plena autenticidad a la diligencia, como prueba preconstituida, o prueba sumarial anticipada, la misma no pasaría de ser una mera diligencia de averiguación a ponderar en el juicio oral con todas las pruebas que en él han de practicarse.

c) La introducción del nuevo juicio inmediato.

Sin que en efecto pueda propiamente considerarse un nuevo procedimiento penal, como se preocupa de poner de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 10/1992 si por tal entendemos aquella sucesión de trámites en que se desenvuelve el proceso penal desde su inicio hasta su conclusión en la sentencia, no cabe duda en cambio que ésa y no otra es la imagen que de él se tiene en el mundo del Derecho desde antes incluso de la tramitación del Proyecto de Ley y que en los comentaristas tanto técnicos como legos de los medios de

comunicación social, ha ido incluso recibiendo los más variados apelativos como juicio rápido, acelerado, superabreviado, directísimo o inmediato, cuando no otros más jocosos al tono con notorios acontecimientos multitudinarios, como juicio turbo, juicio de alta velocidad y hasta juicio olímpico.

Creo que todo ello no puede pasar de la mera anécdota y que en cambio, por exigencia de la práctica judicial sobre todo, ha de ser objeto de la oportuna denominación que la misma imponga. Por nuestra parte optamos por la que figura en el presente apartado de este trabajo, más que por influjo de análogo término utilizado en el nuevo Código Procesal Italiano, porque es la expresión que con verdadera reiteración utiliza el legislador, tanto en la Exposición de Motivos como en los artículos reformados o más exactamente en los párrafos reformados y añadidos del art. 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (“inmediata celebración del juicio”, “enjuiciamiento inmediato”, “inmediata impartición de justicia”, se dice en la primera, “traslado de las actuaciones de forma inmediata”, “presentar de inmediato su escrito de acusación”, “solicitud de inmediata apertura del juicio oral”, “de la forma más inmediata posible”, dicen los segundos).

Son razones más que sobradas para poder hablar de juicio inmediato. En cambio ningún precepto legal avala la expresión de “rápido” o “acelerado” como tampoco la de “directísimo”, que aparece más adecuada para el caso de reconocimiento de los hechos imputados, de que se ocupa el apartado quinto del número 5 del art. 789, para prevenir la posible remisión de las actuaciones al Juez de lo Penal para que convoque inmediatamente a juicio oral, en una especie de juicio “per saltum” desde la fase de instrucción de diligencias previas al juicio oral sin pasar por la fase intermedia de preparación del mismo, yéndose a él en efecto directamente más que inmediatamente, porque no convoca el juicio oral el Juez Instructor como sí ocurre ahora, sino el Juez de lo Penal como indica ese apartado quinto.

Casi toda la parte de la Exposición de motivos dedicada al orden penal se ocupa de este nuevo juicio inmediato, indicando ante todo que “en determinados casos parece posible que la justicia penal se imparta de forma aún más próxima al hecho enjuiciado que en la actualidad... que la reforma se dirige a la dirección de ir consiguiendo modalidades de enjuiciamiento inmediato carentes de instrucción propiamente dicha, por recaer sobre hechos que su fácil constatación no requiere ulteriores investigaciones”,... “todo ello en el pleno respeto de las garantías de defensa reconocidas en la Constitución y sin alteración

de los ámbitos funcionales que ostentan tanto el Ministerio Fiscal como los órganos jurisdiccionales”...

Con ello queda bien claro que sin alteración funcional alguna, al menos tras la última reforma de 1988 (en que sí la hubo al atribuir la fase intermedia al propio Juez de instrucción) la esencia de este nuevo juicio o procedimiento inmediato está, según nuestro legislador en suprimir la instrucción y, simplificando al máximo la fase intermedia, desembocar cuanto antes en el juicio oral que al órgano decisor le viene ya señalado, todo ello dentro del propio ámbito del procedimiento abreviado del que se nutre al menos en sus trámites iniciales. Veamos entonces si los textos legales ahora incorporados son acordes con tal propósito o si lo que dan de sí los mismos lo desmienten.

Para ello hacemos la siguiente sistematización:

1) Fuentes legales: párrafos segundo y tercero del número 1 del artículo 790, párrafos cinco, seis, siete y ocho del número 6 de dicho artículo y párrafos segundo y tercero del número 1 del art. 791, y en directa relación con ellos el nuevo párrafo tercero del art. 781 y el número 3 del art. 792. Son por tanto escasos preceptos, todos dentro de la normativa del procedimiento abreviado introducido por la L.O. 7/1988 de 2 de diciembre en el título III, Libro IV de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2) Ámbito de aplicación: por la comentada situación dentro del procedimiento abreviado, implica que comprende los delitos que el art. 779 señala para el mismo, es decir, todos los que tengan penas de privación de libertad que no excedan de doce años o de otra naturaleza.

3) Competencia: Jueces de Instrucción con arreglo a las reglas generales de lugar de comisión del hecho o las supletorias del art. 15 y los supuestos exceptuados de ellas por las reglas de conexión de los artículos 17 y 18. Nada dice la normativa respecto a los aforados, como tampoco al supuesto de que los presupuestos fácticos se dieran en un sumario del procedimiento ordinario, aunque es claro que éste tendría que seguir su curso o acomodarse a las diligencias previas, mientras que para los aforados al actuar de Instructor un miembro de la Sala competente, tales presupuestos fácticos tendrían sólo el efecto práctico de acortar la instrucción.

4) Presupuestos fácticos: han de diversificarse de cara al Juez de Instrucción y respecto al Ministerio Fiscal pues a ambos corresponde en cierta medida la constatación de los mismos, como veremos al tratar seguidamente del proce-

dimiento. El presupuesto que la Ley le señala al Juez, junto a que actúe cuanto antes o “tan pronto”, es la consideración que ha de tener acerca de que existen elementos suficientes para formular acusación, lo cual evidentemente implicaría una subrogación del Fiscal si no fuera porque precisamente para evitarle ello al Juez el precepto continúa indicándole: “por haberse practicado en su caso las diligencias a que se refiere el apartado 3 del art. 789” lo cual está claro que ha de referirse a las “diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento”. Es decir, que sin esa determinación del hecho el autor y su calificación jurídica en función de la cual se sepa a quién corresponde legalmente el enjuiciamiento el Juez no podrá tomar determinación alguna pues obviamente será inútil, pero como ése es precisamente el contenido de las diligencias previas a practicar en el procedimiento abreviado, es decir, su fase de instrucción, mínima, esencial si se quiere pero imprescindible difícilmente podría decirse entonces que no hay instrucción en su dimensión, no única, de averiguación del hecho y su autor.

No obstante, tampoco cabe desconocer la previsión del propio número 3 comentado, de la posible suficiencia del atestado para formular acusación, que posiblemente estuviera en la mente del legislador en el transcrito párrafo cuando expresa “por haberse practicado, en su caso”, es decir, que el Juez considere que existen elementos suficientes para formular la acusación bien porque esa suficiencia esté en el mismo atestado o bien porque propiamente se practicaron diligencias previas, y no hay que olvidar tampoco que ese mismo precepto número 3 encomienda la práctica de aquellas diligencias esenciales a la analizada triple finalidad “cuando el procedimiento se iniciara por denuncia presentada en el Juzgado o por querella”. En definitiva, nos parece que el efecto inmediato que la Ley persigue sólo será variable cuando el atestado aporte, a juicio del Juez, esos elementos suficientes para la formulación de la acusación.

El segundo presupuesto fáctico no exento como el anterior, de valoración jurídica, está de cara al Ministerio Fiscal en lo que el párrafo tercero del número 1 del art. 790 expresa: “circunstancias de flagrancia o evidencia de los hechos, alarma social producida, detención del imputado o el aseguramiento de su puesta a disposición judicial”. Ante ello es cuando el Ministerio Fiscal, respondiendo al traslado de las actuaciones que le haga el Juez, podrá presentar su escrito con que propiamente daría comienzo el nuevo procedimiento, o más exactamente, la posibilidad de que comience, como también enseguida veremos. Posibilidad de presentación que concuerda con la procedencia, o la apreciación

de estimarlo procedente, de que habla el art. 105 a la hora de encomendar al Ministerio Fiscal que ejercite la acción penal. En ninguno de ambos casos el legislador ha querido vincular al Fiscal con términos imperativos, aunque ahora el nuevo párrafo añadido al art. 781 expresamente encarga al Fiscal General del Estado que imparta “cuantas órdenes e instrucciones estime convenientes respecto a la actuación del fiscal en este procedimiento”.

5) Tramitación: Registradas unas diligencias previas conforme a la prescripción general del número 2 del art. 789, ante los comentados presupuestos fácticos a considerar por el Juez, el procedimiento se desenvuelve en los siguientes trámites:

I.— Traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y partes acusadoras sin más, y por tanto sin que el Juez haya decidido seguir el trámite del capítulo II para la preparación del juicio oral. No necesita resolución motivada aunque sí al menos una mera referencia al imputado y que el traslado se efectúa a los fines prevenidos en el párrafo segundo del número 1 del art. 790. Con ello se evita toda posterior acusación sorpresiva y por tanto la indefensión.

II.— En atención a los presupuestos ya comentados también, el Ministerio Fiscal “presentará de inmediato su escrito de acusación, solicitando la inmediata (la reiteración es del legislador) apertura del juicio oral y simultánea citación para su celebración”. Nada dice el precepto de que igual solicitud la haga la acusación particular pero si el Juez le hizo el traslado a ella, obviamente también lo podrá pedir, en atención a las anteriormente transcritas circunstancias igual que podrá interesar la prosecución de la instrucción recabando más material probatorio (circunstancias aquellas que giran como vimos sobre todo en torno a la flagrancia o evidencia del hecho lo cual no deja de ser en esencia análogo a la expresión “conocimiento fundado de que habla el ya citado art. 21 de la Ley de protección de la seguridad Ciudadana”).

III.— Ante la solicitud del fiscal, y en su caso de la propia acusación particular, (o del recabamiento urgente para que la presente en un plazo no superior a tres días) el Juez ha de decidir si estima justificada la petición, (lo cual aunque parece obvio y reiterativo al haber sido él precisamente quien tomó la iniciativa de indicárselo a los acusadores público y particular, encuentra su explicación en la oposición que a ello pueda ofrecer no sólo el propio imputado sino incluso el acusador particular) y en caso afirmativo acordará la apertura del juicio oral y señalará fecha para su comienzo ante el órgano de enjuiciamiento que determine (Juez de lo Penal o Audiencia Provincial), “mandando convocar al acusado y a las demás partes personadas”.

Nada dice el precepto de que tal petición no la haga el Fiscal y sí la Acusación particular, como tampoco respecto a la adopción de medidas de aseguramiento, y si bien esto parece de por demás al estar detenido el imputado o “asegurada su puesta a disposición judicial” como literalmente dice (lo cual difícilmente entrañaría una figura diferente a la detención o prisión, sobre todo tras la jurisprudencia que niega estados intermedios T. Cons. s. 10 de julio de 1986), más difícil solución parece la del primer supuesto, pero ya que en el traslado inicial que acuerda el Juez el precepto habla también de la acusación particular preciso es entender que cabe acordar con su sola petición la apertura y seguir luego nuevamente al Fiscal de modo análogo a como en el procedimiento abreviado se previene en el párrafo tercero del número 6 de este comentado art. 790.

Junto a la apertura del juicio oral o convocatoria de las partes al mismo, que como especifica el precepto no ha de ser antes de diez días, y dentro de los que tienen predeterminados para ello el Juzgado Penal o la Audiencia Provincial (de acuerdo con las normas que se establezcan por quien corresponda, según la legislación orgánica es decir, por la Sala de Gobierno, a propuesta de los órganos interesados) el artículo encomienda también que “se acordará la práctica de las citaciones propuestas por las partes”, y aunque luego añade que será sin perjuicio de la admisión de pruebas que realicen dicho Juez Penal o Audiencia, ello no puede por menos de ser una especie de anticipación de tal admisión o admisión implícita. En todo caso, pues, el Juez de Instrucción ordena esas citaciones pedidas y finalmente, junto a la ya nombrada convocatoria a juicio oral de todas las partes, acordará también dar “traslado a los defensores y terceros responsables si los hubiere de los escritos de acusación” aunque no como en el procedimiento abreviado propiamente dicho para calificación o conformidad a presentarle a él, sino “para que dentro de cinco días comparezcan ante el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial y formulen los escritos de defensa con proposición de pruebas”.

IV.— *Personación* de las defensas ante el órgano de enjuiciamiento: Como fue anticipado, ello será dentro de los cinco días siguientes a recibir las mismas los escritos de acusación. Naturalmente si no están aún designadas las defensas se harán de oficio, con base en las listas ya existentes en el propio Juzgado (que como en todo lo anterior podrá ser el mismo de Guardia, como reiteradamente dicen también los preceptos reformados) si el Decano no hace la designación en las veinticuatro horas de que habla el art. 788. La personación o comparecencia ante el Juzgado Penal o Audiencia será entonces presentando

el escrito de defensa del acusado o de terceros responsables, incluyendo la proposición de pruebas, lo cual implica una gran diferencia con el procedimiento abreviado en que como apuntamos la calificación o escrito de defensa es ante el propio Juez de Instrucción.

V.— *Resolución* sobre la pertinencia de las pruebas propuestas: Ello corre a cargo del Juez de lo Penal o Audiencia Provincial determinada como competente para el enjuiciamiento, y la Ley al partir de que ya existe tal proposición por las acusaciones, previene ahora la posibilidad de que no se presente el escrito de la defensa (art. 791.1.2º) y entonces en —aras de la brevedad— se prevén dos soluciones sucesivas, una relativa a que “se entenderá que la defensa se opone a las acusaciones y seguirá su curso el procedimiento” sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias legalmente previstas (título V, Libro V de L.O. del Poder Judicial) y otra a que “sólo podrán ya proponerse pruebas en el acto del juicio oral para practicarse en el mismo” (lo que parece apuntar a otras pruebas anticipadas que evidentemente se podrían practicar si la brevedad de aquel plazo de señalamiento lo permitiera como sería respecto a antecedentes penales, informes médico-forenses o de laboratorios periciales, etc., pues no conviene olvidar tampoco que el precepto habla de diez días como mínimo y nada dice respecto a un máximo, aunque el inmediatamente tan reiterado sólo podría significar brevedad al máximo posible). No obstante, también se previene que podrían hacerse las citaciones que se pidan, o más exactamente que se libren comunicaciones siempre que se pidan con la antelación suficiente al señalamiento que ya viene hecho desde el Juzgado de Instrucción, aunque esas comunicaciones a librar sólo serán ad cautelam y no como un pronunciamiento de pertinencia de prueba de defensa que vimos se reserva para el acto del juicio oral.

La negligencia pues de la defensa implica la mentada responsabilidad disciplinaria, pero como no podía ser menos, de haber indefensión ello lo soluciona el legislador remitiendo a las intervenciones iniciales en el juicio oral, previstas para este procedimiento abreviado como novedad (que tanto se echó en falta en la práctica para el procedimiento ordinario) en el número 2 del art. 793, y entonces con base en las mismas cabría resolverse la suspensión del juicio o cualquier otro de los extremos previstos en dicho número. (Previsiones ahora aplicables en todos los procedimientos abreviados).

VI.— *Celebración del juicio oral*: Como ya hemos visto tendrá lugar en el Juzgado de lo Penal o en la Audiencia Provincial con arreglo a las normas generales del Procedimiento Abreviado, esto es, art. 793 sobre todo, con esas

nombradas intervenciones iniciales que tienen ahora particular trascendencia ante la cortedad de los plazos.

Tratamiento aparte merece lo que constituye el último párrafo, u ocho del número 6 del comentado art. 790 en que se ocupe de alguna manera de acoplar el nuevo juicio inmediato con las dos formas Simplificadas contenidas en el procedimiento abreviado cuales son la conformidad prestada antes del juicio oral bien con el hecho bien con la pena, esto es, del apartado quinto del número 5 del art. 789 y del número 3 del art. 791. En ambos supuestos el precepto llega al máximo de la brevedad pues dispone que el Juez de Instrucción desde la misma guardia podrá citar al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia, sin atenerse al plazo de diez días mínimo que fija el párrafo quinto de ese mismo número 6, aunque no se termina de entender la razón del tal previsión legal, pues en el caso del número 5.5 del art. 789 la citación no es a juicio aún y en el del 791.3 tampoco tendrá que celebrarse juicio oral, sino dictarse sentencia por el órgano determinado para el enjuiciamiento. Tal precepto, lo que encomienda sin más a los Jueces de Instrucción cuando se produce el reconocimiento del hecho en la guardia, o se suscribe en ella la conformidad, es que remitan las diligencias al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia Provincial “de la forma más inmediata posible”.

En definitiva, este nuevo procedimiento inmediato, como subtipo del procedimiento abreviado, implica un evidente acortamiento del mismo en sus fases de instrucción y preparación del juicio o intermedia, para luego continuar en el juicio oral con arreglo a las normas por las que se rige esta tercera fase en el nombrado procedimiento abreviado y la aplicación supletoria de las del Procedimiento ordinario común. Su efectividad práctica, no obstante, precisa de la necesaria dotación de medios desde el Juzgado de Guardia mismo, si realmente se desea alcanzar la agilización que el legislador proclama, ya que en efecto hay supuestos en que desde el principio aparecen evidentes el hecho, la tipicidad, su autoría y hasta las circunstancias modificativas de la responsabilidad, como indica la Exposición de Motivos también, aunque la previsión para el total ámbito de penas hasta doce años de privación de libertad parece excesivo y desde luego no se corresponde con los análogos procedimientos del derecho comparado, como es el caso del Código de Procedimiento Penal de 22 de septiembre de 1988 italiano.

d) La reforma del llamado recurso de revisión.

Dice la Exposición de Motivos de la Ley objeto de nuestro estudio que como respuesta a los problemas planteados por la actual regulación se abre el

recurso a quienes legítimamente pueden promoverlo, y refuerza además tal decisión indicando que ello se efectúa de acuerdo con las recomendaciones del Defensor del pueblo y la jurisprudencia constitucional.

En efecto, la a este propósito significativa sentencia del Tribunal Constitucional 124/1984, del 8 de diciembre, junto a censurar en la hasta ahora vigente regulación de este recurso, el papel decisor del Ministerio de Justicia, “en cuanto instancia administrativa en la apreciación del valor de los nuevos datos aportados para la eventual revisión de la sentencia cuya firmeza viene así puesta en cuestión, y en cambio, la imposibilidad en que se ve el condenado de interponer el mismo el recurso”, sin haber querido crear con su precedente un recurso de acceso directo para el particular donde todavía no lo hay, como comenta Ramos Méndez, si deja claro que como condición a modo de cautela ante el mismo, “tendente a mantener el necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica, podría serlo la existencia de un trámite de admisión”, aunque ello “corresponde con carácter exclusivo al legislador, en función de unos criterios que dentro del marco de las garantías constitucionales, sólo a él compete establecer”.

Y en respuesta a tal pronunciamiento se produce este aspecto de la reforma del proceso penal, determinando por un lado a quién se reconoce legitimación para promoverlo e interponerlo, y por otro concretando el contenido del trámite de admisión ante la Sala, con los nuevos textos de los artículos 955 y 957, y como quiera que éste aludía antes al desaparecido término de Fiscal del Tribunal Supremo y recogía la legitimación del mismo para poderlo interponer de motu proprio, ello se sitúa ahora como nuevo texto del art. 961 con el actual término de Fiscal General del Estado.

En cuanto la nueva legitimación se mencionan ahora tanto al penado como a sus familiares más inmediatos caso de fallecimiento, es decir, cónyuge, ascendientes o descendientes, con mención expresa además de “la persona con quien haya mantenido convivencia como cónyuge” englobándolos a todos en el objetivo que se recogía en el antiguo texto del art. 961 de promoverlo para “rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable”.

La reforma en cambio, deja por detrás el art. 956 donde se previene la orden de proceder o mejor de que lo interponga que da al Fiscal el Ministerio de Gracia y Justicia y junto a haberse así desaprovechado la ocasión para ajustar las correctas denominaciones actuales con su vigencia queda claro que continúa

a la vez la facultad del Ministerio de Justicia para ordenarle la interposición al Fiscal General del Estado lo cual, por otra parte, encuentra una concordancia con la previsión del art. 8 del Estatuto del Ministerio Fiscal.

Y por lo que respecta al trámite de admisión, regulado en el nuevo art. 957, se previene que ello sea resuelto por auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo autorizando o denegando la interposición, previa audiencia del Ministerio Fiscal, sin posibilidad de recurso, y se establece también que dicha Sala antes de resolver, “podrá ordenar, si lo entiende oportuno y dadas las dudas razonables que suscita el caso, la práctica de las diligencias que estime pertinentes, a cuyo efecto podrá solicitar la cooperación judicial necesaria”.

Esa audiencia previa del Ministerio Fiscal parece indicar que está en la mente del legislador el trámite de admisión cuando lo promueven los nuevos legitimados para ello pues cuando lo interponga el Fiscal directamente el precepto aplicable es el 959 que ahora también queda invariable, en el sentido de prescribir la audiencia del penado y luego seguir por los trámites del recurso de casación por infracción de Ley que obviamente será también el trámite a seguir para el caso de que el auto autorice la interposición, aunque nada digan al respecto los comentados preceptos, lo que evidencia la precipitación o falta de rigor, una vez más, de la reforma que tampoco quiso afrontar la revisión de sentencias absolutoria como sí ocurre en derecho comparado, caso de Alemania.

e) La nueva regulación del juicio de faltas en todas sus instancias.

Constituye ello el quinto y último aspecto de la reforma en el Proceso Penal (abstracción hecha de la supresión del párrafo cuarto del art. 875, relativo al depósito de 750 pesetas por el recurso de casación interpuesto por el procedo o el responsable civil, o mejor a la presentación del resguardo de ello con el escrito de interposición), y como enseguida veremos tal reforma tiene mucho más que la Exposición de Motivos menciona de “establecer la posibilidad de celebrarse los juicios de faltas sin la presencia del Fiscal cuando la persecución de las mismas la Ley la condicione a denuncia del ofendido, que además explica que ello se realiza es “con el objetivo de lograr un mayor aprovechamiento de los recursos de la Fiscalía mediante su presencia en la persecución de infracciones penales de mayor relevancia”.

El Juicio de Faltas situado de siempre en el libro VI de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal con las dos instancias que rubrican sus dos únicos

títulos, a lo largo de los artículos 962 al 982 y que a la vez se había mantenido compartiendo normativa con los muy análogos, aunque no exentos de contradicciones, artículos 1 al 18 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 (ahora expresamente derogado en la disposición derogatoria primera de la Ley 10/1992) se ve ahora afectado en casi todos los aludidos preceptos, aunque algunos para quedar sin contenido y otros para suprimírseles la referencia a los desaparecidos Jueces Municipales y en cambio la irrisoria multa de hasta 100 pesetas por incomparecencia del citado de que habla el art. 966 se mantiene invariable, como ya vimos.

La reforma que ahora se lleva a cabo afecta fundamentalmente a tres momentos del juicio de faltas, a saber, la citación para el juicio, la celebración de éste y el trámite de la apelación, siendo a su vez en la celebración del juicio y en la forzada pervivencia del principio acusatorio donde la originalidad del legislador llega a cotas altamente discutibles. Veamos esos tres apartados:

I.— La citación a juicio: se mantiene como trámite inicial, tras la mera noticia críminis, o mejor, contravencional, y por tanto sin seguir previendo el legislador la necesaria práctica de diligencias cuando menos tendente a la identificación imprescindible de las partes cuando no de la competencia misma, lo que al menos sí se solventaba en el inciso primero del art. 2 del nombrado Decreto de 1952, cuando concluía diciendo “evacuando con la mayor urgencia las actuaciones preliminares o preparatorias”. Que muchas veces el Juicio de Faltas haya estado precedido de diligencias previas del procedimiento abreviado como antes del de urgencia, no excusa al legislador de aquella omisión tan de espaldas a la práctica diaria.

Por la simplicidad del Juicio de Faltas fue siempre peculiar de su citación a él, la indicación de que se debía acudir al juicio con las pruebas que tenga el citado, y, junto a mantenerse tal expresión a quien se cita, la Ley añade ahora dos novedades de verdadera importancia en garantía del derecho a la igualdad de partes y a que no se ocasione indefensión. La una hace referencia a que se indique en la citación que las partes pueden ser asistidas por Abogado, y la otra a que con la citación que se haga a los presuntos culpables se acompañará copia de la querella si se hubiese presentado, “O UNA RELACIÓN SUCINTA DE LOS HECHOS EN QUE CONSISTA LA DENUNCIA”.

Por lo demás se mantiene el mínimo de las veinticuatro horas o de un día entre la citación y la celebración, y se cambió ahora la ampliación de un día más por cada veinte kilómetros a que lo sea por cada cien kilómetros de distancia si residiere fuera del lugar del Juicio.

II.— La celebración del juicio: junto a mantenerse el esquema tradicional comenzando por la lectura de la querella y añadirse ahora la lectura de la denuncia como alternativa a la misma (con un inoportuno inciso sobre la forma que ha de tener tal querella en esta clase de juicio, copiado del art. 7 de Decreto del 52, ya que el art. 969 a ella dedicado pese a su mayor antigüedad no lo contenía), concluyendo con la exposición de palabra de las partes, y mantener la genérica previsión de la asistencia del Fiscal que sea citado para ello, como ampliación del segundo párrafo del mencionado art. 969 se previene la no asistencia del mismo cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado”, lo que tiene mayor trascendencia si cabe dada la ampliación de los supuestos de esa instancia de parte tras la reforma hecha por la Ley 3/1989 particularmente en las faltas de imprudencia simple.

La no concurrencia del Fiscal al juicio de faltas, para esas mencionadas faltas de instancia de parte, que como veíamos la Exposición de Motivos la justicia para utilizarla en la persecución de hechos más graves (otra vez la falta de medios que se trata de solucionar con los mismos medios), la hace depender el precepto de las Instrucciones que al respecto ha de impartir el Fiscal General del Estado (“impartirá” dice el artículo no el potestativo de que “podrá impartir”), y entonces ante su ausencia, que podría suponer una omisión de su primer deber constitucional de “promover la acción de la Justicia” (art. 124 de la C.E.), el legislador da literalmente la siguiente solución:

“En esos casos la denuncia tendrá valor de acusación, sin perjuicio de entender, si el denunciante no califica el hecho denunciado o no señala la pena con que debe ser castigado que remite ambos extremos al criterio del Juez salvo que el Fiscal formule por escrito sus pretensiones”. Otra vez el legislador envía la carga de la decisión que sí podría rozar la constitucionalidad de la medida, a otra institución, y así como en la entrada y registro esa carga veíamos que la pasa al Juez, ahora es a la cabeza jerárquica del Ministerio Fiscal que se la da para que disponga la no asistencia a juicio de sus Fiscales, o lo que no se sabe si es peor, que anticipe unas pretensiones por escrito antes de la celebración del juicio, es decir, antes de las pruebas.

Pero sobre todo, el que sea el Juez quien califique y concrete la pena con que deba ser castigado el culpable de la falta, con la ficción legal de convertir la denuncia en acusación, también antes de las pruebas, parece un abandono de los principios de imparcialidad y acusatorio que tan reiteradamente ha proclamado su vigencia en el juicio de faltas nuestro Tribunal Constitucional, pues como dice con todo acierto Jorge Barrero aunque la pretensión se identifica

por sus elementos fácticos y por la persona del imputado, toda calificación jurídica supone seleccionar una parte concreta del hecho denunciado y darle relevancia con respecto a las restantes, y ello es bien diferente a terciar mediante el planteamiento de la tesis (art. 733) en los argumentos jurídicos esgrimidos por dos partes contrapuestas, llevando ahora la iniciativa de formular el apartado jurídico de la pretensión que interesa y favorece a la parte denunciante.

III.— La apelación: se regula ahora con un claro propósito de simplificación y brevedad, hasta el punto de que aspectos como la inmediata declaración de firmeza si las partes expresan su decisión de no recurrir que ya se había previsto para los procedimientos por delito desde la Ley 10/1980 y la no necesidad de celebración de vista en la segunda instancia como se previene en el procedimiento abreviado de la L.O. 7/188, encuentran ahora expresa regulación en los nuevos artículos 975 y 976, subsanando así la omisión que al respecto se cometió también en la Ley de Demarcación y Planta pese a la supresión de los Juzgados de Distrito.

No obstante, y de modo análogo a lo que ya se comentó para las apelaciones de los juicios declarativos menores, particularmente en el juicio verbal, el legislador incorpora ahora un requisito formal en las apelaciones que siempre no sólo estuvo ausente, sino que incluso se facilitaba todo lo contrario al permitir la triple fórmula de apelar por escrito, por comparecencia ante el Secretario y hasta por mera expresión en el acto de la notificación.

Ahora, al remitir para la apelación a las normas del Procedimiento Abreviado esto es, a los artículos 795 y 796, es indudable que la apelación ha de hacerse siempre por escrito y cubriendo la exigencia de que “se expondrán ordenadamente las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de precepto constitucional o legal en las que se base la impugnación” como literalmente dice el citado art. 795. Ni la más tolerante interpretación del mismo, acorde con la normativa simplista del juicio de faltas, podría permitir volver a la apelación por mera manifestación y sin concretar motivación pues además se privaría al juzgador de la segunda instancia de conocer la base de la impugnación.

Sin duda en ello el propósito y simplicidad del legislador fue más allá de lo deseable. Mejor hubiera sido establecer la instancia única en determinados supuestos, como vimos se hace en el juicio verbal, o permitir la exposición oral de la apelación y los motivos que en su base quieran darse a recoger sucintamente por comparecencia como fue tradicional, incorporando, eso sí, una

sanción para las apelaciones temerarias, como veíamos se hizo en el nuevo texto articulado del procedimiento laboral.

IV. LA REFORMA DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

Esta parte de la reforma comprende, por un lado, diversos aspectos del trámite de instancias, y por otro lo que constituye la gran novedad de la reforma, cual es establecer por vez primera en este orden jurisdiccional el recurso de casación, con su finalidad básica, como se expresa en la Exposición de Motivos de “la protección de la norma y la creación de pautas interpretativas uniformes que presten la máxima seguridad jurídica conforme a las exigencias de un Estado de Derecho”.

Veamos ambos aspectos.

a) La reforma en el trámite de instancia.

Dos son los preceptos afectados por las nuevas normas en lo que al trámite de la primera y ahora única instancia respecta. Concretamente los artículos 64 y 66 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1956, relacionado el primero con la remisión del expediente administrativo de que emana el acto o disposición impugnada y el emplazamiento mediante el anuncio general en el Boletín Oficial, y el segundo con la personación de los demandados coadyuvantes. Ahora se modifica el primer precepto para disponerse que la administración autora del acto o de la resolución que ha recibido la comunicación del Tribunal reclamándole el expediente administrativo al acceder a ello y acordar tal remisión del pendiente, ha de notificar ello a cuantos aparezcan como interesados en el mismo, emplazándoles al propio tiempo para que puedan comparecer y personarse en los autos de que conoce el tribunal en el plazo de nueve días, y junto con el expediente se han de acompañar las notificaciones con tal emplazamiento. Con esa medida se procura que los interesados no queden al margen y por tanto indefensos ante el procedimiento contencioso-administrativo, y por ello mismo en tutela de su derecho, el precepto sigue disponiendo que recibido el expediente el Tribunal comprobará si se han efectuado los aludidos emplazamientos de los interesados “y si advierte que son incompletos esos emplazamientos-ordenará que se practiquen los necesarios”.

En todo caso, se precisa además en el último número del aludido art. 64 que la publicación de los anuncios servirá de emplazamiento de aquellos interesados que no hubieran podido ser emplazados personalmente.

Por su parte el art. 66 previene ahora como momento idóneo para la personación de los demandados y coadyuvantes dentro del nombrado término de emplazamiento, sin remisión como antes al anuncio en el Boletín con posibilidad en todo caso de personarse después pero sin retrotraerse el procedimiento, igual que se mantiene lo dispuesto anteriormente de que de no personarse oportunamente continuará el procedimiento sus trámites sin notificarles ni en estrado ni en cualquier otra forma.

También como aspecto reformado, propio de la primera instancia, se modifica la Sección primera del Capítulo II del Título IV, relativo a los recursos, disponiéndose en el art. 92 como regla general la procedencia del recurso de súplica contra todas las providencias y autos de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (sin especificar las Salas como antes), exceptuando los autos que resuelven recurso de súplica, los de aclaración y los de inadmisión del recurso de casación, que como luego veremos es susceptible de recurso de queja, como en los otros órdenes jurisdiccionales donde siempre existió la casación desde que se estableció en el siglo pasado.

Ahora además se añade la previsión específica de que se interpondrá tal recurso de súplica en el plazo de cinco días, que se dará traslado por tres días comunes a las partes, decidiendo seguidamente el Tribunal con o sin alegaciones. En definitiva, de forma análoga a lo prevenido en el art. 402 y 379 principalmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil que fue siempre supletoria.

b) Introducción del recurso de casación.

Como ya adelantamos, el otro gran apartado de esta reforma del Procedimiento Contencioso-Administrativo lo constituye la introducción por vez primera en esta jurisdicción del recurso de casación tal como para la misma se previene en artículos como el 58, números 2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder judicial, la cual, como es sabido suprimió las antiguas Audiencias Territoriales e incorporó sus salas de lo contencioso-administrativo a los Tribunales Superiores de Justicia, manteniendo en cambio similar Sala de la Audiencia Nacional y unificando en una, la 3, las tres que tenía el Tribunal Supremo y aunque creó también como otra gran novedad los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, normalmente de ámbito Provincial, su constitución aún está pendiente, al diferirla a decisión del Gobierno el art. 44 de la Ley de Demarcación y Planta.

En espera pues de la nueva normativa sobre el recurso de casación las Salas de lo Contencioso-Administrativo nombradas continuaron con las normas procesales en vigor entonces (art. 53 de la Ley de Demarcación y Planta), incluido el recurso de apelación al Tribunal Supremo que regulaba el art. 94 y siguiente de la Ley de 1956 dentro de la Sección segunda del nombrado Capítulo II, Título IV, que se rubricaba “recursos ordinarios contra las sentencias”.

La reforma que nos ocupa pasa a denominar ahora esa Sección del recurso de casación, donde regula lo que la propia Exposición de Motivos conceptúa como Recurso ordinario de Casación, mientras que la Sección 3.^a la dedica al “Recurso de Casación para la unificación de doctrina”, y crea dos secciones más, la 4.^a para el Recurso de Casación en Interés de Ley y la 5 del Recurso de Revisión.

Son por tanto tres los recursos de casación y uno de revisión los que realmente incorpora la reforma.

Veamos su detalle:

1.— Supuestos de admisión: las sentencias de las Salas del T.S.J. o de la Audiencia Nacional, exceptuando las relativas a personal, salvo que afecten a la extinción de la relación, las de cuantía inferior a seis millones de pesetas (de forma análoga a la regla general de la Casación Civil, tal como vimos), las dictadas en Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales de la Ley 62/1978 y las dictadas en Contencioso-Electoral.

Se añade también el Recurso para las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable, según su Ley 7/1988 y en cuanto a las sentencias de los Tribunales Superiores respecto a actos o disposiciones de la Comunidad Autónoma “solo serán susceptibles del recurso de casación cuando el recurso se funde en infracción de normas no emanadas de las Comunidades autónomas que sea relevante y determinante del fallo de la sentencia, y en el art. 94 se añade también Recurso de Casación a los autos que declaren la inadmisión del Recurso Contencioso-Administrativo o hagan imposible su continuación, los que pongan término a la pieza separada de suspensión y los de ejecución de sentencia resolviendo cuestiones no decididas, pero en todos ellos, para prepararse el recurso es requisito necesario interponer previamente el recurso de súplica:

2.— Motivos: se contienen el art. 95, con texto análogo a los cuatro motivos de la Casación Civil del art. 1.692, en la redacción de la Ley de 6 de agosto

de 1984, con la exclusión ya comentada del error en la apreciación de la prueba que comentamos anteriormente y en cuanto a la infracción de las normas procesales se establece también que previamente se haya pedido la subsanación.

3.— Preparación: Será ante la Sala que dictó la sentencia impugnada, en plazo de diez días, con escrito conteniendo la concurrencia de los requisitos para ello, incluida la relevancia de la norma no de la Comunidad Autónoma que ya comentamos. El propio precepto especifica que la legitimación corresponde a quien haya sido parte.

Por auto se tendrá por preparado por dicha Sala y se remitirán los autos al Supremo en cinco días y se emplaza por treinta días. Si el auto es denegatorio, cabe recurso de queja, que el art. 97 remite expresamente a la Ley de Enjuiciamiento civil.

La preparación no impide la ejecución de la resolución quedando en la Sala los oportunos testimonios (art. 98).

4.— Personación: será por escrito ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, conteniendo la interposición del recurso, con expresión del motivo en que se basa y las citas de normas o jurisprudencias infringidas. Si no se persona se declara desierto, y si el recurrente es el Abogado del Estado o el Ministerio Fiscal se les da traslado por treinta días para que manifiesten si sostienen o no el Recurso, con posibilidad también de ser declarado desierto si transcurre el plazo y no se sostiene o no se interpone.

5.— Admisión: se resuelve por auto y el caso positivo se da traslado a las otras partes por treinta días para que formalicen su oposición, tras lo cual vendría la vista si todas las partes lo solicitan o lo acuerda la Sala y si no, citación para votación y fallo.

Como motivos de inadmisión el art. 100 recoge tres supuestos, relativo el primero a no darse el motivo, la preparación o la resolución recurrible, el segundo a no citarse las normas infringidas, no corresponderse con los motivos alegados o no guardar relación, y el tercero es el ya comentado existente en las otras casación de que “carecerá manifiestamente de fundamento o se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, también ahora con audiencia previa por diez días, aunque sin exigirse la unanimidad que veíamos prescribe la regla 3ª del número 1 del art. 1.710 en la casación civil.

6.— Resolución: con o sin vista, como veíamos, se previene sentencia a los diez días, pero ahora el art. 102 determina que “si se estimare el recurso

por todos o alguno de los motivos aducidos, la Sala en una sola sentencia, casando las recurridas resolverá conforme a derecho”, teniéndose en cuenta los diferentes motivos para resolverse o reponerse las situaciones, y estableciéndose el vencimiento objeto para costas sólo para el caso de la desestimación total.

Junto a este Recurso de Casación Ordinaria, como ya adelantamos, se previenen las otras dos de unificación de doctrina y en interés de Ley. Para la primera se previene como competencia una sala especial si conoció en única instancia el Tribunal Supremo y si procede de los Tribunales Superiores o de la Audiencia Nacional será la Sala 3ª y Sección que corresponda, y se da contra las sentencias, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes cuando en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubieren llegado a pronunciamientos distintos sin existir doctrina legal sobre la cuestión.

Este recurso para unificación de doctrina ha de prepararse en diez días como el ordinario, alegando la contradicción y aportando certificación de las sentencias. El trámite luego será análogo y la resolución del recurso “en ningún caso alcanzará las situaciones jurídicas creadas por las resoluciones precedentes a la impugnada”, pero en cambio si la sentencia declara que ha lugar al recurso “casará y anulará la impugnada y resolverá el debate planteado con pronunciamientos ajustados a derecho, modificando las declaraciones contenidas y las situaciones creadas por la sentencia impugnada” con lo que el legislador adopta similar solución a la dada en idéntico recurso de casación para unificación de doctrina en el procedimiento laboral, según art. 225 del texto articulado de 27 de abril de 1990 a diferencia del recurso de casación en interés de Ley, regulado ahora, como adelantamos antes, en la Sección 4ª.

En dicho Recurso en Interés de Ley del art. 102.b, se dispone que la sentencia que se dicte respetará en todo caso la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, tal como para caso análogo se previene en la casación civil interpuesta por el Ministerio Fiscal (art. 1.718). En este recurso se da legitimación al Abogado del estado, así como a las entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, y cabe contra sentencias en única instancia por las Salas de la Audiencia Nacional o Tribunales Superiores de Justicia “no susceptibles de recurso de casación cuando estima gravemente dañosa por interés general y errónea la resolución dictada”, salvo las basadas en normas emanadas de los órganos de las Comunidades Autónomas, y el plazo para interponerlo será de tres meses, ante la Sala de lo contencioso-

administrativo del Tribunal Supremo, acompañando certificación de la sentencia impugnada, y teniendo este recurso carácter preferente.

Por último, decir que la reforma en el proceso contencioso-administrativo que comentamos, incluye la creación de una nueva Sección 5.ª, como ya adelantamos también, y un nuevo art. 102.c en que se regula el *Recurso Extraordinario de Revisión*, contra las sentencias firmes y en los casos que el precepto señala, que son similares a los del análogo recurso civil del art. 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que remite ahora dicho art. 102.c para los términos y procedimiento, y concluye dicho nuevo artículo indicando que el recurso de revisión en materia de responsabilidad contable procederá también en los casos establecidos en la Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuenta.

V. ÚLTIMAS CONSIDERACIONES.

Lejos aun de las reformas globales en los tres órdenes jurisdiccionales de que se ocupe la Ley comentada 10/1992 y en espera sobre todo de la nueva Ley de procedimiento contencioso-administrativo anunciada en la disposición adicional Primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, no puede negarse tampoco que en muchos aspectos la reforma actual viene a afrontar materias que no podían esperar más y que justifican su propia denominación de medidas urgentes de reforma procesal, sobre todo en los procesos civiles.

En cambio, la reforma en el proceso penal, aun incidiendo en la prontitud de trámites del recientemente instaurado procedimiento abreviado y dando más agilidad a la apelación del juicio de faltas, cuando no la casi reclamada legitimación en el recurso de revisión por la última instancia cual es el Tribunal Constitucional, creemos que entrañan tales dificultades de operatividad en el procedimiento inmediato, además del excesivo ámbito de aplicación, lo mismo que la acusación en ausencia del juicio de faltas, que es de desear que no muy lejanas y futuras reformas, sepan acertar definitivamente en la necesaria modernización de todos nuestros procesos, unificando en todo lo posible la gran variedad de procesos civiles dentro de una disposición de partes que nunca sea arbitraria y dilatante, y una dualidad de procesos penales por delito, acordes con la mayor o menor gravedad del hecho y el desenvolvimiento en todas sus fases jurisdiccionales cuando los derechos afectados en las mismas así lo requieran, compatible con fórmulas simplificadas que excluyan la instrucción, la fase intermedia o hasta el juicio oral si hay conformidades ajustadas a la legalidad vigentes.

VI. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

- ALMAGRO NOSETE y otros, *Derecho Procesal, Proceso Penal*. Valencia, 1998. E. Tirant Lo blanch.
Idem *Proceso Civil*.
- ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, *Estudios Procesales*. Tecnos, 1975.
- FENECH, M., *El Proceso Penal*. Tecnos, 1982.
- GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho Procesal*. Civitas, 1981.
- GÓMEZ ORBANEJA Y MERCHE, *Derecho Procesal Penal*. Madrid, 1987. Idem. *Civil*, 1976.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho Procesal Administrativo*.
- JORGE BARREIRO, *Rev. Actualidad Aranzadi*, 4-VI-1992, "Anotaciones a las medidas urgentes de reforma procesal penal".
- MARCHENA, M., *Rev. Actualidad Penal*, 26-I-1992. "Aproximación crítica al procedimiento penal directísimo".
- MONTERO AROCA, J., *El Proceso Laboral*, 1983.
- PRIETO CASTRO, L., *Derecho Procesal Penal*. Tecnos, 1982. Idem *Civil*, 1983.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *El Proceso Penal, lectura constitucional*. Bosch, 1988.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, 1969.
- VÁZQUEZ SOTELO, MORÓN PALOMINO y otros, *Jornadas Procesales*. Barcelona, 30-XI-1990.
Rev. de Justicia.
- EL AUTOR, *Rev. Foro Canario*, 1989, n.º 76 "La nueva reforma del título III del Libro IV de nuestra L.E. Cr.", n.º 83, 1991. "Anotaciones en torno a las recientes manifestaciones legislativas sobre procesos penales simplificados o acelerados".
- Revista Actualidad Penal*, 7-X-90, "Instrucción Penal y Derecho a la tutela judicial efectiva".
- Revista Actualidad Civil en prensa*. "Algunas consideraciones en torno a la evolución del proceso civil español con particular referencia a las últimas innovaciones legislativas".

LOS TESTAMENTOS EN GRAN CANARIA DURANTE EL SIGLO XVIII: TIPOLOGÍA DE FÓRMULAS

MANUEL ARANDA MENDÍAZ

PROFESOR DE HISTORIA DEL DERECHO Y LAS INSTITUCIONES
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
(UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA)

SUMARIO.

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. TIPOLOGÍA DEL FORMULARIO.
- III. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Dentro de las fuentes de investigación histórico-jurídicas, los protocolos notariales tratados de una forma inventariable, nos ofrecen una rica y variada información sobre una determinada colectividad en una determinada etapa histórica. La diversidad de negocios jurídicos que encierra el protocolo notarial, hace que el investigador se sienta atraído por esta fuente ya que puede hacer un análisis parcelado de la realidad utilizando, dentro de la variedad que ofrecen sus escrituras, aspectos sociales, jurídicos, económicos y culturales.

De esta manera se puede afirmar que el tratamiento y la valoración de determinados géneros de escrituras (testamentos, inventarios, contratos matrimoniales o de arrendamiento y otros), encierran para el investigador de la Historia y del Derecho, amplias posibilidades de aplicación científica y metodológica. En tal sentido, y frente a la metodología tradicional de los primeros historiadores que se acercaron a los protocolos pendientes del documento aislado y que les remitía a un centro de interés individualizado o monográfico, el empleo masivo de escrituras, frecuentemente del mismo género, permite adentrarnos en una estructura social, económica o de formas de mentalidad.

Sería pretencioso por nuestra parte, realizar en estas páginas un exhaustivo examen de lo que han venido siendo los principales campos de aplicación de la documentación notarial, sobre todo en los últimos años donde con una extraordinaria fecundidad han aparecido trabajos de investigación siguiendo estas fuentes históricas, sobre todo en referencia específica a los siglos XVI, XVII y XVIII, aspectos cronológicos donde más abunda la documentación notarial y donde más se aprecian los cambios ⁽¹⁾.

(1) En esta línea y como pionero podríamos citar a P. Goubert con su obra *Beauvais et le Beauvaisis de 1600 à 1730. Contribution à l'histoire sociale de la France au XVIIe siècle*, en cuya publicación queda señalado el papel predominante de la documentación notarial. También otro investigador francés, Seupen, utiliza principalmente los protocolos como fuente de información, en este caso, cifrada en relación con los precios de la tierra, ganados, rentas o dimensiones de las parcelas, para ello usa los contratos de aprendizaje, contratos matrimoniales, inventarios y constituciones de rentas. Otros historiadores como A. Daumard o F. Furet, manejan la información que les ofrecen los protocolos notariales desde una perspectiva jurídico-antropológica, observando la evolución en el tiempo del régimen legal del matrimonio, régimen dotal, separación de bienes, comunidad universal u otros. En este sentido, en su obra *Estructures et relations sociales à Paris au milieu du XVIIIe siècle*, utilizan ambos todos los contratos matrimoniales de los notarios parisinos en el año 1749, así como los grupos sociales profesionales, dentro del doble criterio de profesión y de fortuna.

De toda esta rica variedad de documentación que ofrecen los protocolos notariales, hemos elegido para nuestro somero estudio la escritura de testamento, vertiente que, como bien indica el especialista A. EIRAS, ha sido puesta de relieve por la investigación en los últimos años: "...fuente predilecta para el estudio de la evolución de las mentalidades colectivas, principalmente en la esfera religiosa y de la desacralización del mundo moderno, así como el acto jurídico en el que el hombre expresa disposiciones sobre sus bienes materiales, en relación no con Dios sino con los demás hombres, aunque éstos sean sus más íntimos allegados" ⁽²⁾. De esta manera, la información masiva de centenares y millares de testamentos permite apreciar y datar las variaciones de sensibilidad dentro del gusto religioso, aunque también distinguir el cambio en las formas de vida cotidiana a lo largo de un determinado espacio de tiempo. Mediante sus recargadas cláusulas los testamentos entregan al historiador la íntima actitud del hombre ante sus postrimerías, un documento en el que se conjugan lo certero y fidedigno, con una actitud generalmente de arrepentimiento por parte del testante ante su próximo Juicio ⁽³⁾.

Hechas estas breves, pero necesarias apreciaciones, el estudio que hemos realizado se ha centrado básicamente en el testamento y dentro de éste en la variedad tipológica que ofrece el formulario. En tal sentido, el ámbito geográfico a observar es el de la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria y el período sería el siglo XVIII en tres decenios: 1700-1710, 1745-1755 y 1790-1800. El volumen total de la documentación consultada es de 1.108 testamentos de los que 187 son Declaraciones o Cartas de entierro y 67 memorias testamentarias, sobre el vaciado de 178 legajos depositados en el Archivo Histórico Provincial de Las Palmas y en el Archivo Catedral de Canarias ⁽⁴⁾.

(2) Eiras Roel, A.: *La documentación de los protocolos notariales en la reciente historiografía modernista*, Barcelona, 1980.

(3) Tanto en el Antiguo Régimen, etapa que estudiamos, como en su concepción actual, el testamento es un acto formal o solemne (art. 687 Cc.). En él, la voluntad, como aprecia el Prof. Lacruz Berdejo "... sólo es eficaz en cuanto se ajusta en su manifestación a los requisitos de forma prescritos por la ley, de suerte que el testamento será nulo si en su otorgamiento no se han observado las formalidades establecidas por el Código, siendo de advertir que precisamente por su trascendencia es éste el negocio jurídico que el Código reviste de mayor número de formalidades..." (Lacruz Berdejo, J.L. y Sancho Rebullida, F.: *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988). En esta línea hemos de indicar que el testamento en el siglo XVIII, el cual es objeto de nuestra investigación, es un instrumento distinto al que regula nuestro Código Civil. Todavía durante el Antiguo Régimen, la escritura de testamento se centra fundamentalmente en disposiciones a título singular y de modo principal en las donaciones a favor de los parientes, no exige para su validez que en él se instituya un sucesor universal, de hecho, Jesucristo, la Iglesia y sus institutos religiosos o el alma podían ser herederos en un testamento.

(4) En adelante A.H.P.L.P. y A.C.C.

II. TIPOLOGÍA DEL FORMULARIO.

Antes de comenzar el análisis de los distintos tipos de fórmulas, hemos de indicar que el formulario en el testamento se nos presenta como un elemento básico dentro de las reglas formales que lo regulan.

En cualquier caso, tanto en el testamento ológrafo, donde el propio testante lo escribe por sí mismo, como en el nuncupativo o abierto y en el testamento cerrado, vemos que su primera parte está marcada por una serie de invocaciones personales o bien de estereotipos de los notarios que se imponen a éstos por la mentalidad de la época o por parte de su clientela habitual. Por consiguiente, estas cláusulas han sido marcadas por la costumbre y por el ambiente, de ahí que el escribano, como bien indica el especialista Figa Faura "... olvidándose de todo texto legal admite multitud de interpretaciones y que es el cuerpo social el que decide lo que está dispuesto a admitir como normal..."⁽⁵⁾.

A la vista de ello podemos decir que las cláusulas notariales varían con las épocas y que cada notario tiene "su estilo", un modo peculiar de redacción, por combinación de palabras, giros y frases, su sintaxis personalizada para una ordenada clasificación. En esta línea Bono Huerta distingue tres períodos en su desenvolvimiento: El de su continuidad en la tradición medieval, que ocuparía la primera mitad del siglo XVI, el de integración en el Derecho nacional de cada reino, que comprendería la segunda mitad del siglo XVI hasta el final del siglo XVII, y la racionalización y simplificación que transcurre durante el siglo XVIII⁽⁶⁾.

Por otro lado, y a diferencia de otras ciudades españolas como Oviedo o Cádiz en donde ha sido también investigado el testamento, en el estudio de

(5) Figa Faura, L.: *Los formularios notariales y la formación del notariado en Cataluña*, en "Anales Matritenses del Notariado", 22 t. I (1978).

(6) Bono y Huerta, J.: *Los formularios notariales españoles de los siglos XVII y XVIII*, en "Anales Matritenses del Notariado", 22, t. I (1978).

El citado notario pone de relieve que los dos primeros tercios del siglo XVIII se caracterizan "por la absoluta improductividad en el campo de la literatura notarial...". "La razón quedaría justificada por el hecho de que tanto en Castilla, como en Aragón, Cataluña y Valencia, se había iniciado una lenta transformación en la redacción del documento público"... que empieza a ser concebido de una manera coherente y con clara tendencia a la brevedad, sin lo recargado que caracterizaba a las escrituras del siglo XVIII.

Dentro de este campo convendría destacar la figura de José Ferrero, que acometió la tarea de dar un tratado, doctrinal y a la vez formulario, relativo a toda la enciclopedia notarial. Aparecido en 1769 y compuesto por seis volúmenes, esta obra se convertirá al iniciarse el siglo XIX, en el tratado clásico castellano que será usado en el campo notarial.

nuestras escrituras encontramos diferencias entre el formulario de aquellos otorgantes que efectúan este acto ante el escribano, y que comporta la gran mayoría, y los testamentos ológrafos, en donde el testante alarga las fórmulas explicitándose más que aquellas que han sido preestablecidas por el propio escribano.

La variedad de fórmulas dentro de la escritura testamentaria hace que tengamos que usar un mecanismo particular para su clasificación. De esta manera hemos utilizado una determinada letra mayúscula del alfabeto asociada a un determinado número que indica las diferencias que pueden existir en el contenido de cada fórmula:

- A: Fórmula inicial.
- B: Fórmula de declaración de fe.
- C: Fórmula de acompañamiento de fe.
- D: Fórmula final.
- Es: Fórmulas especiales.

2.1. *La fórmula inicial.*

El testamento comienza con una fórmula inicial más o menos extensa, lo que algunos autores denominan “Preámbulo”, y en donde se invoca el nombre de Dios; invocación que se remonta al período medieval y que todavía tiene plena vigencia en el siglo XVIII. La mayor o menor amplitud en el desarrollo de esta primera fórmula estará en función del tipo de testamento que se realiza y de quien lo hace.

En la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, y en los tres períodos que hemos estudiado, los diferentes encabezamientos del documento sufren un cierto cambio, utilizando la mayoría de los escribanos una fórmula concisa y corta al comenzar el testamento, aunque en ciertos casos ésta se vuelve recargada y compleja, síntoma inequívoco de reminiscencia del Barroco. En esta línea, será el estamento privilegiado, ligado al poder político y económico de la isla, el que utilice con una mayor frecuencia un aumento en las advocaciones, sin olvidar por supuesto, al clero, sobre todo catedralicio ⁽⁷⁾.

(7) Podemos citar el ejemplo del Maestre de Campo y Regidor perpetuo de la isla, don Gonzalo Cabrera y Bethencourt, que en escritura de testamento de 1705, además de invocar a la Trinidad añade: “... la Virgen Maria madre del hijo eterno de Dios Jesucristo nuestro Señor a cuyo amparo vivo y deseo morir, y de las tres jerarquías y nueve coros de los ángeles señaladamente y de San José, San Agustín, San Francisco de Asís, Santo Domingo y demás santos de la Corte celestial y finalmente de todo mi corazón y toda mi alma que invoco en esta última hora y punto de mi vida...” (AHPLP, Secc. de Protocolos, nº 1.505, fol. 274, año 1705). En cuanto al clero destaca el encabezamiento que en su testamento hace el licenciado don Leandro Curbelo, prior y dignidad de la Catedral en 1728, que declara más de doce advocaciones (ACC, Libro I de Testamentos, fols. 434-443, año 1728).

Han sido un total de ocho los diferentes tipos de fórmula inicial que hemos observado a lo largo de estas tres etapas, con variedad de un mayor o menor número de términos en su contenido, solamente dos de estas fórmulas se encuentran escritas en latín, se trata de las advocaciones “In Dei nomine Amen” y de “In Dei Omnipotentis nomine. Amen”, por el contrario estas expresiones suceden con más frecuencia en otras ciudades españolas.

A lo largo de la lectura de esta fórmula quedan claramente reflejados la perpetuidad y el poderío de Dios en el instante de hacer la escritura y donde la naturaleza humana es elevada al concepto de “hija adoptiva” a los ojos del Redentor ⁽⁸⁾. En otras ocasiones esta fórmula refleja la existencia de la “hora final”, ese “memento mori” que hace reflexionar al testante en un repaso a su vida y en acto de arrepentimiento por las faltas cometidas, para ello se encomienda a Dios a darle el suficiente tiempo de disponer y ordenar todo ⁽⁹⁾.

Por lo que hace referencia al contenido estadístico de esta fórmula en los distintos testamentos consultados, hemos de indicar la existencia de un alto porcentaje en los tres periodos estudiados. Tanto testantes masculinos como femeninos inician su escritura con esta fórmula en la que se hace una invocación generalizada del nombre de Dios, ámbito éste que se extiende asimismo a un total de 52 matrimonios que testan de forma conjunta. Como característica hemos de indicar igualmente que en ninguno de los tres decenios estudiados hemos encontrado alguna fórmula inicial de tipo laico. De esta manera el volumen global de testadores que así lo indican es de 692 y de 354 los que lo omiten,

(8) Dos ejemplos demuestran lo expuesto; el primero es el de la testante Magdalena Ángel de Alarcón, viuda del licenciado Diego Ponce de León, que se expresa así: “En el nombre de Dios Nuestro Señor Jesucristo, Padre nuestro que vive y reina para siempre sin fin...” (AHPLP, Sección de Protocolos, n° 1.513, fol. 252, año 1701). El segundo es el de doña Ana de Zúñiga y Sotomayor, viuda del mercader Juan Iguel, al afirmar: “... con los méritos de la preciosísima sangre de Jesucristo nuestro Redentor a la alta dignidad de hija adoptiva suya no desmereciendo ni degenerando con el vil título de esclava de la culpa ni del pecado mortal. Amén...” (AHPLP, Sección de Protocolos, n° 1.518, fol. 9, año 1705). También el presbítero don Agustín de la Santa menciona en su testamento ese último instante: “... cuyas intervenciones divinas espero me favorezcan y en especial en la hora de mi muerte, y porque ésta es natural a toda criatura temiéndome de ella por no saber su hora fatal...” (ACC, Libro I de Testamentos, fols. 387-395, año 1724).

(9) En estos términos lo expresa la fórmula inicial de la otorgante doña Francisca de Campos en su declaración de 1751: “... conociendo que son innumerables los riesgos a que está sujeta nuestra naturaleza humana y considerando mi miseria y que soy mortal nacida sin saber la hora en que he de pagar deuda tan debida por si por mis grandes pecados fuere castigada con una muerte repentina he acordado con el favor de Dios disponer de esta tremenda hora para que con su infinita misericordia me conceda tiempo para ello...” (AHPLP, Sección de Protocolos, n° 1.596, fol. 301, año 1751).

este último caso es el de las denominadas “Cartas de entierro”, donde el escribano simplemente se remite a la expresión “Hizo protestación de Fe”.

Desde una perspectiva cronológica podemos decir que durante el decenio 1700-1710 nuestros testadores, tanto masculinos como femeninos, prefieren un tipo de fórmula inicial marcada por la sencillez y escasa terminología en su contenido, con todo hay que añadir que el grupo social privilegiado sigue manteniendo en sus escrituras un mayor número de advocaciones y una redacción propia del período Barroco. En cualquier caso, la fórmula inicial o preámbulo, se nos presenta a lo largo de nuestra investigación como escueta y concisa, con ciertas preferencias a advocaciones concretas como San Pedro, San Pablo o San Francisco.

2.2. La fórmula de declaración de fe.

Tras la fórmula inicial, y una vez explicitada la naturaleza jurídica del instrumento, se pasan a indicar una serie de cláusulas expositivas que comienzan con la encomendación o declaración de fe. El misterio de la Santísima Trinidad, la Virgen María o el cobijo en la Iglesia Católica, serán las expresiones más frecuentes. Dentro de esta declaración será el término “Santísima Trinidad”, el que con más insistencia es aludido por los otorgantes, aunque puede aparecer, como sucede en la ciudad de Oviedo, de una forma declarada o sustituida por una terminología más simple, en donde el otorgante cree y confiesa en la Iglesia Católica como fiel y verdadero cristiano, formalismo que engloba su anterior contenido. También, y al igual que ocurre en otras zonas peninsulares, la figura del Papa como cabeza de la Iglesia es omitida por el total de los testadores⁽¹⁰⁾.

Tanto en su contenido como en el espectro social que abarca, serán los miembros del clero los que mantienen una mayor variedad en su elección a lo largo del siglo. Valga como ejemplo la declaración que hace el Comisario del Santo Oficio, don Diego Romero Tello de Medina en 1703: “Creyendo como firmemente creo en el misterio de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas distintas y una sola esencia divina, y en todo lo demás que tiene y cree nuestra Santa Madre Yglesia...”⁽¹¹⁾. La firmeza de términos en la fórmula se pone de manifiesto claramente a medida que la jerarquía eclesiástica

(10) López López, R.: *Muerte y religiosidad en el siglo XVIII. Un estudio de mentalidades colectivas*, Oviedo, 1985.

(11) A.H.P.L.P., Sección de Protocolos, n.º 1.513, fol. 363, año 1703.

Con igual declaración se expresa el canónigo don Francisco Golfos de la Puerta en el mismo año (AHPLP, Sección de Protocolos, n.º 1.499, fol. 31, año 1703).

es más elevada, tal y como sucede con el testamento del obispo de Canarias don Juan Ruiz Simón en 1707: "Como firmísimamente creemos en el misterio de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas distintas realmente y una singular e individua naturaleza, que la segunda de estas tres personas encarnó milagrosamente en las purísimas entrañas de la Santísima Virgen María Nuestra Señora, uniendo nuestra naturaleza humana al eterno verbo de su divina persona..."⁽¹²⁾.

En algunos otorgantes la angustia por la salvación del alma y el deseo de llegar a la felicidad futura, están presentes en la fórmula de fe: "...por liberar el linaje humano y sacarlo de la esclavitud perpetua de la culpa de nuestros primeros padres, que se dignó a tomar nuestra naturaleza humana en las entrañas por demás de la siempre Virgen María, naciendo para ser sacrificado a su eterno Padre en el madero de la Santa Cruz...", es la declaración que realiza el Receptor del Tribunal de la Cruzada, Francisco Manuel Montesdeoca⁽¹³⁾.

Los porcentajes que obtenemos en el estudio de las fórmulas de fe son sustancialmente superiores a los de la invocación inicial. Se observa también un descenso en los otorgantes que omiten en sus escrituras esta invocación de fe, y al igual que en la fórmula del preámbulo del documento, en todos los matrimonios de nuestro estudio se advierte el deseo de encomendarse a la Trinidad y a la Iglesia Católica. Un total de 871 testadores declaran en sus escrituras esta fórmula, frente a 197 que no lo hacen, esto representa un aumento de cerca de 180 otorgantes que con respecto a la fórmula inicial completan su testamento. Durante los tres períodos estudiados, es decir entre 1700-1710, 1745-1755 y 1790-1800, vemos una tónica de estabilidad en las escrituras realizadas por los varones, que pese a decaer en el decenio central, logra remontarse al final de la centuria. Caso parecido, aunque con una diferencia en los porcentajes, es el de las hembras, que sufren un descenso de más del 10% en el primer y segundo decenio.

De forma generalizada todos los grupos sociales se inclinan a la hora de hacer una declaración en la fórmula de fe por una de estas dos alternativas; por una parte ratificar el dogma de la Trinidad, y por otra, la militancia del otorgante dentro de la Iglesia Católica. Ningún testante invoca la figura de Dios

(12) A.H.P.L.P., Sección de Protocolos, nº 1.475, fols. 65-68, año 1707.

(13) A.H.P.L.P., Sección de Protocolos, nº 1.666, fol. s/n., año 1755.

En esta línea se encuentra la declaración de perdón que hace el Arcediano de Fuerteventura, Dr. don Jerónimo del Río y Loreto que especifica: "... Pesándome de todo corazón el haber ofendido a Dios por ser quien es y por su amor perdono a cuantos me hubieren ofendido y asimismo pido perdón a cuantos me hubieren agraviado..." (A.C.C., Protocolo II de Testamentos, fols. 686-718, año 1760).

de una forma directa, vinculándose el misterio de la Trinidad a una esencia divina.

2.3. *La fórmula de acompañamiento de fe.*

Expuesta la declaración de fe, el otorgante declara su deseo de hacer testamento, aunque no sin antes enfatizar sobre el temor a la muerte y el juicio al que ha de someterse el alma en presencia de la majestad divina. En este sentido el documento testamentario actúa como catalizador en la seguridad y descargo de la conciencia del otorgante. Será el testamento eclesiástico el que con un mayor detalle hace esta variedad de fórmula, aunque se declara de una manera genérica para todos los grupos sociales. Asimismo, y al revés de lo que sucede con las fórmulas anteriores, ésta se nos presenta con una mayor flexibilidad en su exposición, notándose una clara variedad terminológica que, en algunos casos, se nos presenta con bastante contundencia. En tal sentido, la exposición que hace el canónigo don Lorenzo Pereyra de Ocampo en 1768, no deja duda a lo anteriormente expuesto: “...protesto delante de los coros evangélicos y toda la Corte celestial, que creo y confieso con gran firmeza en los Misterios de la Santa Fe Católica... protesto asimismo que en esta verdadera fe y creencia viviré y permaneceré siempre por el tiempo que Dios me conserve la vida, exponiéndome hasta derramar la sangre en su defensa y publicación del Sagrado Evangelio, y si por accidente de alguna enfermedad que me prive del ejercicio de mis potencias oyere algún error o palabra disonante, desde luego la detesto y adjuro y pido encarecidamente a los oyentes que tengan esto en el concepto de delirio involuntario...”⁽¹⁴⁾. Dos observaciones podemos sacar al hilo de esta fórmula, de un lado la decisión terminante en la expresión del testador, la cual queda reflejada en los distintos términos de firmeza en que se encuentra redactada la advocación; de otro, y como derivación del anterior, la defensa a ultranza de los postulados marcados por el Evangelio y seguidos por la Iglesia. El testador tiene a la muerte presente: “... por ser cosa natural y deuda inexcusable a toda viviente criatura por precepto divino” declara el canónigo don Diego Oramas en 1723⁽¹⁵⁾. De esta forma, la enfermedad como causa inmediata de la muerte es temida por el otorgante, sobre todo en el trance

(14) A.C.C., Protocolo II de Testamentos, fol. 880, año 1768.

En parecidos términos, aunque con una menor fuerza expositiva, se expresaba en 1768 el Hacedor de Rentas Decimales de la Catedral don Tomás Fernández Rivero: “En primer lugar protesto delante de los Coros Angélicos y toda la Corte Celestial que creo y confieso con gran firmeza en los misterios de la Santa Fe Católica... y protesto creer y vivir en esta mi fe siempre el tiempo que Dios me concediere de mi vida” (A.C.C., Protocolo II de Testamentos, fols. 1.011-1.018, año 1758).

(15) A.C.C., Protocolo II de Testamentos, fol. 288, año 1712.

final, este matiz, que pudiera afectar al sentido de la lucidez mental, es expuesto en el documento con toda claridad y sin escatimar términos. La declaración que sobre este particular hace el canónigo don Leandro Curbelo en 1757 así lo indica: "... y protesto morir, y si por algún achaque de accidente o delirio de enfermedad dijere otra cosa, desde ahora para siempre la desisto y abomino como su petición diabólica, protesto vivir como he vivido en la fe que protesté a Dios en el Santo Sacramento del Bautismo y debiendo como fiel cristiano estar siempre prevenido para el tremendo juicio y última hora de la muerte..."⁽¹⁶⁾.

El cómputo de testadores que hacen una declaración específica de esta fórmula es bastante elevado para los tres decenios estudiados, proporción que transcurre paralela a la fórmula de fe, lo que indica la importancia que para el otorgante tendrá este tipo de formalidades. En cualquier caso, se advierte en los testamentos consultados del primer período (1700-1710), una cierta distorsión porcentual justificada por el uso de las cartas o declaraciones de entierro. Por etapas, mientras que en 1700 y 1701 vemos que la fórmula de acompañamiento se encuentra en todos los documentos, a partir de 1702 y sobre todo en 1704, año éste de gran volumen de otorgantes, se omite este particular por cerca del 46% de los testadores, a partir de 1704, notamos una progresiva normalización en el uso de esta fórmula a causa del descenso en la utilización de las cartas de entierro. En este sentido en 1704 sobresalen cuatro escribanías en nuestra ciudad que utilizan este tipo de documento, nos referimos a los escribanos Andrés Álvarez Silva, Domingo Cala Valdés, Pedro Alejandro de Medina y Francisco Quiroga y Losada⁽¹⁷⁾.

Podemos concluir diciendo que todos los grupos sociales, especialmente el clero, insertan en su testamento algún tipo de fórmula de acompañamiento de fe, en donde la fidelidad a la Iglesia Católica y la fe y la creencia en Dios y en la Virgen son las alusiones más frecuentes.

2.4 La fórmula final.

Esta fórmula juega un papel primordial dentro del aspecto confesional del testamento. Su desarrollo a lo largo de la centuria permite apreciar los posibles cambios que pueden producirse en la elección de determinados intercesores

(16) A.C.C., Protocolo II de Testamentos, fol. 345, año 1728.

Idénticos términos emplea en la cláusula de su testamento el canónigo don Domingo de Mendoza y Alvarado en el año 1757: "... y si por algún accidente de achaque o delirio de enfermedad dijere otra cosa, desde ahora y para siempre la desisto y abomino, porque protesto vivir en la fe que he vivido y prometido a Dios mi Creador..." (A.C.C., Protocolo I de Testamentos, fols. 666-670, año 1757).

(17) A.H.P.L.P., Sección de Protocolos, núms. 1.461, 1.497, 1.500 y 1.506.

y de posibles cambios en el comportamiento religioso. Es una fórmula, que al igual que la fórmula de fe, posee una gran riqueza de contenido perceptible en el total de los siete tipos que hemos hallado. La mayoría de los testadores incluyen en su escritura alguno de sus modelos, de ahí que sean pocos los casos especiales que de esta fórmula hemos encontrado. Éstos son referidos especialmente a miembros del clero sobre todo catedralicio, valorándose a través de éstos la inclinación por unas determinadas advocaciones. Queda patente esta última cuestión en el testamento de don Carlos Mustellier y Guzmán quien manifiesta su advocación especial por Santa Ana ⁽¹⁸⁾. También se pronuncia en este sentido el presbítero don Pedro Alfaro y Monteverde quien invoca a determinados santos para que intercedan por su alma: "... valiéndome de los patrocinios de Jesús, María y José y del santo Ángel de mi guarda y de mi intercesor San Felipe Neri y demás de mi devoción para que con estas invocaciones divinas mi alma sea librada de las astucias del común enemigo y en especial a la hora de mi muerte..." ⁽¹⁹⁾.

Las preferencias por estas diferentes invocaciones de santos y santas pueden quedar reflejadas en una doble vertiente: por un lado, aquellas que de forma generalizada tienen un especial sentido hagiográfico en la tradición religiosa isleña, como es el caso de Santa Ana, Nuestra Señora del Pino o San Francisco de Asís; por otro, la propia predilección de cada otorgante y en donde no hay distinción para los distintos grupos sociales. Intervienen en su composición los santos patronos de los gremios y cofradías, como es el caso de San Antonio de Padua para los escribanos o el de San Pedro Telmo para la gente de mar, o simplemente el santo del nombre del testador.

A diferencia de lo que sucede con el resto de las fórmulas que componen el testamento, este tipo es omitido por un elevado número de otorgantes, cuyo volumen sería de 206 que lo citan y de 238 que lo omiten, siendo los testantes del primer período los más representativos en torno a la inclusión de la fórmula final, no hay profundas oscilaciones porcentuales entre testadores masculinos o femeninos, la media de estas variaciones rondará el 2%. ¿Cuál será el motivo que se puede dar a esta ausencia generalizada de la fórmula final?, este dato podría explicarse por el hecho de que esta fórmula final viene citada, aunque con algunos matices, en una variante de la fórmula de fe. Pese a ello se

(18) A.C.C., Protocolo II de Testamentos, fol. 657, año 1755.

(19) A.C.C., Protocolo II de Testamentos, fol. 727, año 1745.

Con parecidas palabras lo dice el ya citado obispo don Juan Ruiz Simón, poniendo especial significado en acogerse a diversas advocaciones como Santa Ana, San Miguel, San Juan Bautista o San Joaquín, de quienes ha sido especial devoto (AHPLP, Sección de Protocolos, n.º 1.475, fol. 124, año 1708).

puede afirmar que lo que domina en nuestro estudio es el silencio en torno a esta cláusula específica.

Por grupos sociales, será el de los privilegiados el que mantiene este tipo de cláusula, aunque eso sí, sin guardar una relación coherente en su contenido. En esta línea el estamento eclesiástico será del que más tenemos referencia con un 53,28%. El resto de los grupos sociales omiten casi en su totalidad este aspecto. Únicamente cabría referirse, dentro del grupo social dedicado a las actividades agrarias, las peticiones que durante el primer decenio hacen las hembras de esta fórmula en comparación con la práctica ausencia de los varones del grupo.

2.5 *La fórmula de encomendación del alma.*

Una vez expuestos los distintos tipos de fórmulas, el documento testamentario queda cerrado con la fórmula que se denomina “de encomendación del alma”. Mediante ella el otorgante concluye la exposición de las advocaciones y hace una reflexión sobre la inestabilidad del cuerpo y la variedad de las cosas humanas. Se acoge de esta forma el otorgante a la majestad divina para que conduzca su alma a la salvación de la Gloria. El decurso testamentario en cuanto al formulario se cierra, es el momento en el que el hombre se enfrenta a la justicia de Dios; ya no se dará importancia al cuerpo sino al alma. El cuerpo vuelve a la tierra de donde fue formado para ser por ella reducido, las palabras de Dios en el Génesis así lo recuerdan: “Con el sudor de tu frente comerás el pan hasta que vuelvas a la tierra, pues de ella fuiste sacado, porque polvo eres y al polvo volverás”⁽²⁰⁾. Estas palabras se dejan sentir con profundidad presente en cada uno de los testamentos: “Mando al Señor mi alma y el cuerpo a la tierra donde fue formado para que en ella sea reducido”, se invoca a la figura de Dios como solución a este tránsito mediante la intercesión de su Hijo: “... que la crió y redimió con el precio de su sangre”.

También queda patente en ocasiones un cierto sentimiento de culpabilidad, en donde el testante apela en justicia ante el tribunal divino, haciendo previamente un acto de arrepentimiento, claro y concreto, sobre las faltas y debilidades, el mencionado don Bernardo Pereyra así nos lo apunta: “... apelando al tribunal de su gran misericordia en contrapeso de las muchas y graves ofensas que ingrato a los beneficios recibidos desde mi ser en todos los progresos de mi vida que hasta hoy he cometido por mi fragilidad y faltas a la obediencia...”⁽²¹⁾.

(20) A.T., Libro del Génesis, cap. III, vers. 19.

(21) A.C.C., Protocolo II de Testamentos, fol. 881, año 1768.

Elocuentes son las palabras del canónigo don Jerónimo del Río y Loreto que hace también una completa y rica exposición en su fórmula: “Encomiendo e imploro la misericordia divina, poniendo por mis principales valedores para conseguir los infinitos méritos de la pasión y muerte de Jesucristo nuestro Señor, a quien suplico no permita que tan alta y soberana obra de la Redención se pierda en mí, sino que me mire con piadosos ojos y use conmigo de sus misericordias...”⁽²²⁾.

Han sido un total de seis tipos de fórmulas de encomendación del alma las que hemos encontrado en los testamentos consultados, sobre un número total de 782, frente a 256 que no lo indican. Sobre éstos es apreciable el aumento de esta fórmula a lo largo del siglo, como efectivamente se demuestra en el decenio comprendido entre 1790-1800 con un total de 306 otorgantes. Otro dato a valorar, dentro del grupo de los testantes que indican esta norma, es el referido a las diferencias porcentuales que existen entre hombres y mujeres. Al comienzo de la centuria la desigualdad es de un 2% a favor de los testantes femeninos, en el decenio 1745-1755 llega a un 14,03% también positivo a las hembras, y en el periodo final (1790-1800) la diferencia es prácticamente inapreciable con un 0,74% favorable también a las mujeres. Por grupos sociales, serán los eclesiásticos quienes de forma generalizada usen esta fórmula en los testamentos, concretamente 27 de 32 otorgantes durante 1700-1710 así como todos los testantes del periodo central, y 22 de 24 en el decenio final. El uso de esta fórmula por parte del clero se caracteriza por su riqueza de contenido.

Dentro del grupo de los privilegiados, los varones utilizan mayoritariamente este tipo de fórmula, sobre todo el tipo E2 que se caracteriza por su amplitud. En esta línea de preferencias se encuentran los testantes dedicados a la administración real en la isla (burocracia y militares), aunque nos ofrecen pocos datos para afirmar su inclinación a determinados tipos de fórmulas de encomendación. Finalmente, y tal como sucede en el resto de las fórmulas, se aprecia un fuerte descenso en el uso de la misma en la fase de nuestro estudio comprendida entre 1745-1755.

(22) A.C.C., Protocolo II de Testamentos, fol: 687, año 1760.

III. CONCLUSIÓN

A modo de breve conclusión, se puede apreciar por lo expuesto la existencia en nuestros testamentos de algún tipo de fórmula invocadora. No obstante podemos observar que a lo largo de las tres catas estudiadas este aspecto sufre algunas variaciones.

En primer lugar, el discurso testamentario en cuanto a formulario se refiere, es mucho más rico durante el primer decenio de la centuria. Con todo, se detectan en este período omisiones que se derivan sustancialmente de la aparición de las “Cartas de entierro”, las cuales silencian cualquier tipo de fórmula. Conviene recordar que durante este período (1700-1710), el volumen de esta particular escritura cubre una buena parte de la documentación estudiada.

Notamos asimismo un fuerte descenso de la tipología en su conjunto durante el decenio central (1745-1755), sobre todo en lo que hace referencia en las fórmulas de acompañamiento y de encomendación del alma; descenso que tiende a una progresiva recuperación al llegar el final del siglo. Pese a este ascenso hemos de indicar que se observa la sustitución de parte de la tipología, sobre todo la que indica el documento, con la frase genérica “Hizo protesta-ción de fe”, lo que conlleva a una simplificación formal.

En segundo lugar, podemos notar la riqueza que en cada una de las variedades tipológicas hemos encontrado. El uso sistemático de éstas fluctúa a lo largo del siglo, de esta manera a medida que avanza la centuria el contenido de las distintas fórmulas va decayendo, dando paso a modelos más sencillos y estereotipados. Otro tanto sucede con las distintas invocaciones que los otorgantes incluyen dentro de sus escrituras.

En tercer y último lugar y al hilo de estos diferentes tipos de fórmulas invocadoras, podemos afirmar, siguiendo al Dr. Bono y Huerta, que la razón de que durante los dos primeros tercios del siglo XVIII se caractericen por una absoluta improductividad en el campo de la literatura notarial, tanto en Castilla como en Aragón, Cataluña y Valencia, no es otro que el de la lenta transformación en la redacción del documento público “... que empieza a ser concebido de una manera coherente y con clara tendencia a la brevedad, sin la “prolixidad y verbosidad de razones” que caracterizaban las escrituras del siglo XVII, lo que hace menos necesarios los formularios antiguos porque era deficiente su parte doctrinal y anticuados sus modelos...”⁽²³⁾.

(23) Bono y Huerta, J.: “*Los formularios...*”, pág. 311.

COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JOSÉ JAVIER TORRES LANA

JEFE DE SERVICIO DE ESTUDIOS DE LA PRESIDENCIA DEL GOBIERNO,
DEL CUERPO DE ADMINISTRADORES SUPERIORES DE LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

SUMARIO

PREVISIONES DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CANARIAS.

EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.

LA CLÁUSULA SUBROGATORIA Y SUS LÍMITES.

LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA SUBROGATORIA.

LA PARTICIPACIÓN EN LA FIJACIÓN DE DEMARCACIONES
JUDICIALES.

CONVOCATORIA DE CONCURSOS Y OPOSICIONES.

LA EXPROPIACIÓN DE DERECHOS RECONOCIDOS POR
SENTENCIA FIRME.

CONCLUSIONES VÁLIDAS PARA CANARIAS.

BIBLIOGRAFÍA.

DOCUMENTACIÓN.

PREVISIONES DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CANARIAS

El ámbito competencial de las comunidades autónomas se basa en las previsiones de los respectivos estatutos interpretadas de acuerdo con lo que ya se conoce como bloque de la constitucionalidad, que conforman la Constitución, los propios estatutos de autonomía y las leyes específicas o generales que delimitan el sistema de distribución de competencias ⁽¹⁾.

El Estatuto de Autonomía de Canarias (EACan) dedica la sección 4 del título primero a la Administración de Justicia, integrando en un solo bloque normativo disposiciones procesales, de planta judicial, así como de contenido atributivo de competencias. Estas últimas se reducen a lo establecido en los artículos 24 ⁽²⁾, 27 ⁽³⁾ y 28.3 ⁽⁴⁾.

La primera de ellas, de índole formal y con una eficacia limitada en su alcance a la publicidad oficial del nombramiento del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, figura sustancialmente determinada en su formulación y no plantea, por consiguiente, problemas de interpretación que excedan de su propio tenor literal. Se trata, en definitiva, de una de las expresiones del sistema de autogobierno del Poder Judicial, en la que la intervención autonómica no puede llegar más allá de su difusión.

Mayor interés tienen los otros dos preceptos, en cuanto representan el núcleo de las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de Administración de Justicia. Sin perjuicio de que, a lo largo de este trabajo, se pretenda ir dando cuenta de su contenido, baste decir ahora que el apartado 2 del artículo 27 supone la aplicación del artículo 152.1, segundo párrafo, de la Constitu-

- (1) Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, fundamento jurídico.
- (2) "El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias será nombrado por el Rey a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. El Presidente del Gobierno canario ordenará la publicación de dicho nombramiento en el Boletín Oficial de Canarias".
- (3) "En relación con la Administración de Justicia, exceptuada la jurisdicción militar, corresponde a la Comunidad Autónoma:
 1. Ejercer todas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado.
 2. Fijar la delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales de Canarias, de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial".
- (4) "A instancia del Gobierno de Canarias, el órgano competente convocará los concursos y oposiciones para cubrir las plazas vacantes en Canarias de Magistrados, Jueces, Secretarios judiciales y restante personal al servicio de la Administración de Justicia, de acuerdo con lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial".

ción (CE)⁽⁵⁾, en el que se remite a los estatutos de autonomía la posibilidad de establecer los supuestos y las formas de participación de las comunidades autónomas en la organización de las demarcaciones judiciales de sus territorios; y que el apartado 1 del mismo artículo 27 incorpora la que se ha venido en llamar “cláusula subrogatoria”, en virtud de la cual la Comunidad de Canarias puede ejercer todas las facultades que al Gobierno del Estado reconozca o atribuya la Ley orgánica del Poder Judicial⁽⁶⁾. El apartado 3 del artículo 28, por último, incluye un mecanismo de participación de la Comunidad Autónoma en las funciones de selección del personal judicial de Canarias, siquiera a nivel de solicitud de provisión de vacantes.

Las referencias estatutarias deben ponerse, desde luego, en conexión con el resto del bloque de la constitucionalidad en esta materia, sustancialmente integrado por el título VI y los artículos 149.1.5⁽⁷⁾ y 152.1, segundo párrafo, CE. Pero, antes de entrar en ese análisis, al que se dedica el siguiente apartado, hay que tener presente que el sistema competencial de la Comunidad Autónoma se enmarca en su procedimiento de acceso a la autonomía, sujeto a las prescripciones del artículo 143 CE⁽⁸⁾, y, por tanto, tiene como límite el listado del artículo 148⁽⁹⁾, entre cuyas materias no se encuentra referencia alguna a la Administración de Justicia⁽¹⁰⁾. En atención a tal circunstancia, la efectividad de

- (5) “Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia de éste”.
- (6) Aunque el EACan habla de Leyes orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial, esta última ha quedado derogada y su contenido incorporado a la Ley orgánica del Poder Judicial.
- (7) Este precepto reserva a la competencia exclusiva del Estado la Administración de Justicia, enunciada en el mismo como materia dentro del sistema de distribución de competencias.
- (8) Como es sabido, la circunstancia ya histórica de los pactos autonómicos de julio de 1981 propició la acomodación de los estatutos de autonomía pendientes al sistema competencial menor del artículo 143 CE. En aquel momento, el Estatuto canario se estaba tramitando por la vía del artículo 151 CE y, aunque en definitiva se recondujo a la vía del artículo 143 CE, se entendió inoportuno y difícil aplicar el criterio general en toda su extensión, dejándose resuelta la cuestión con la fórmula excepcional que condiciona el nivel de competencia análogo al de catalanes y vascos a una Ley de transferencias del artículo 150.2 CE.
- (9) El art. 148.2 CE, interpretado en sentido contrario, limita el marco de competencias de las comunidades autónomas a lo prescrito en el apartado 1 del mismo precepto hasta que, transcurridos cinco años, se reformen los estatutos de autonomía correspondientes y sin perjuicio del régimen singular del artículo 151 CE.
- (10) El fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 62/1990, de 30 de marzo, condiciona la efectividad de las cláusulas subrogatorias, para las comunidades que accedieron a la autonomía por el artículo 143 CE, a la reforma de los estatutos o a la aprobación de leyes orgánicas del artículo 150.2 CE.

estas competencias está vinculada al régimen de la Ley orgánica 11/1982, de 10 de agosto, de transferencias complementarias a Canarias (LOTRACA), dictada al amparo del artículo 150.2 CE.

En particular, es de destacar que, aun tratándose de un mecanismo extraestatutario de ampliación de competencias ⁽¹¹⁾, la operatividad de la LOTRACA se basa en sus remisiones al propio EACan, por lo que las especificaciones de éste actuarán de límite en las competencias autonómicas en la materia. Por otro lado, el artículo 1 LOTRACA ⁽¹²⁾ distingue en cuanto a la efectividad de las transferencias según éstas versen sobre facultades legislativas o ejecutivas, y, si bien en el caso de las primeras las atribuye con toda la amplitud prevista en el artículo 150.2 CE, cuando se trata de las competencias ejecutivas condiciona el hecho en sí de la transferencia, es decir, la asunción de la propia competencia por la Comunidad Autónoma, a la aprobación de los correspondientes decretos de traspaso de servicios, que vienen por ello a instituirse en requisitos constitutivos de la eficacia jurídica de la transferencia de competencias.

Ello representa un cambio sustancial en la significación jurídica de los decretos de traspaso de funciones y servicios, que referidos a competencias estatutarias tienen un carácter meramente interpretativo ⁽¹³⁾ y en cuanto afectan a transferencias operadas por la LOTRACA deben entenderse poseedores de fuerza atributiva de la competencia.

Las posibilidades que la LOTRACA reserva al Estado para mantener un control de cierta intensidad en lo que toca a la prestación de los servicios trans-

(11) Ver Muñoz Machado, Santiago: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982, tomo I, páginas 301 y 465 y siguientes. El título que la LOTRACA supone para llegar a la homogeneidad competencial no alcanza a tener la misma consistencia jurídica que la que ofrece la propia norma estatutaria, protegida frente a las Cortes generales por sus caracteres de rigidez y superlegalidad, que la hace inmune frente a cualquier iniciativa unilateral de revisión o de desconocimiento por parte del Parlamento nacional.

(12) "Se transfieren a la Comunidad Autónoma de Canarias las facultades sobre las materias de titularidad estatal contenidas en los artículos de su Estatuto de Autonomía que por su naturaleza y por imperativo constitucional así lo exijan, de acuerdo con los criterios que a continuación se establecen:

a) Las facultades de ejecución de la legislación que corresponde al Estado en dichas materias, conforme al artículo 149 de la Constitución, serán asumidas por la Comunidad Autónoma mediante los correspondientes Decretos de traspaso de los servicios necesarios para hacerlas efectivas, acordados por el procedimiento establecido en la disposición transitoria cuarta del Estatuto de Autonomía de Canarias.

b) La potestad legislativa sobre tales materias, en cuanto no se encuentre reservada al Estado por la Constitución, podrá ser ejercida por la Comunidad con toda la amplitud prevista en el artículo 150 de aquélla".

(13) Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, fundamento jurídico 31.

feridos ⁽¹⁴⁾, incluso hasta el extremo de la suspensión o reversión de las transferencias, contribuyen a diferenciar estas competencias, de las que se ha dicho que la Comunidad Autónoma sólo asume el ejercicio, de aquellas otras que el EACan ha extraído del artículo 148.1 CE.

El tratamiento de las competencias sobre Administración de Justicia en otros estatutos de autonomía está orientado hacia la misma pauta del sistema canario, aunque con algunas particularidades significativas. Por lo pronto, las comunidades que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151 CE ostentan desde el estatuto su título competencial, sin estar condicionado a transferencias complementarias o, como en los casos de Canarias y la Comunidad Valenciana, a los decretos de traspaso de servicios.

En un plano sustantivo, la mayoría de las comunidades autónomas incorporan en sus estatutos las cláusulas subrogatorias, el título de intervención en el procedimiento de fijación de las demarcaciones judiciales y la facultad de instar la provisión de vacantes en las plantillas de personal judicial.

Una ampliación de competencias respecto al nivel de Canarias se da en el caso del País Vasco, que asume funciones de ejecución de la legislación estatal en materia de instituciones penitenciarias ⁽¹⁵⁾, y de policía judicial, si bien cuando la policía autonómica actúe con tal carácter estará al servicio y bajo la dependencia de la Administración de Justicia, en los términos que dispongan las leyes procesales ⁽¹⁶⁾. La competencia ejecutiva en materia de institucio-

(14) “1. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, así como de las específicas modalidades de control que sobre las facultades legislativas puedan establecer las leyes estatales a que se refiere el artículo 150 de la Constitución, la Comunidad Autónoma ajustará el ejercicio de las facultades transferidas a los siguientes principios y controles: a) la Comunidad Autónoma está obligada a facilitar a la Administración del Estado la información que ésta solicite sobre la gestión del servicio; b) las facultades y servicios transferidos han de mantener, como mínimo, el nivel de eficacia que tenían antes de la transferencia; no podrá ser causa de desequilibrios financieros de la Comunidad o de destrucción grave de los recursos naturales y económicos, así como tampoco podrán introducir desigualdad entre los individuos o grupos ni ir contra la solidaridad individual o colectiva de los españoles; c) en caso de incumplimiento de los requisitos anteriores, el Estado advertirá formalmente de ello a la Comunidad, y si ésta mantiene su actitud, el Gobierno podrá suspender a partir de los tres meses las facultades y servicios, dando cuenta de ello a las Cortes Generales, quienes resolverán la procedencia de la decisión del Gobierno, levantando la suspensión o acordando la revocación del ejercicio de la facultad transferida.

2. En los decretos concretos de traspaso se precisarán, además los medios financieros que han de acompañarlos, así como, en su caso, otras fórmulas específicas de control sobre las facultades ejecutivas de la Comunidad Autónoma que por Ley le correspondan al Estado”.

(15) Artículo 12.1 del Estatuto de Autonomía.

(16) Artículo 36 del Estatuto de Autonomía.

nes penitenciarias figura también en los estatutos de Cataluña ⁽¹⁷⁾, Andalucía ⁽¹⁸⁾ y en la Ley de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra ⁽¹⁹⁾.

Es importante señalar que si la materia penitenciaria tiene un tratamiento autónomo en la Constitución ⁽²⁰⁾, no hay duda de su conexión con la Administración de Justicia, en la medida en que la potestad jurisdiccional se extiende a “hacer ejecutar lo juzgado” ⁽²¹⁾, lo que viene decididamente refrendado por la atribución de importantes funciones ejecutivas al Juez de vigilancia penitenciaria ⁽²²⁾.

EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

El título VI CE está dedicado al Poder Judicial, lo que parece devolvernos a la tradicional discusión sobre el modelo político de reparto de poder. Pero, cualquiera que sea el campo histórico y político al que nos retrotraiga la formulación, y con independencia de la amplitud de los contenidos que las distintas versiones ideológicas le asocien, parece convenirse en que el propósito constitucional conduce a la idea de autogobierno de la magistratura.

Tiene, pues, la expresión “Poder Judicial”, a los efectos que aquí interesan, una significación predominantemente orgánica, que se refleja en la estructura implantada desde la propia Constitución para expresar el principio del gobierno propio de los jueces ⁽²³⁾. Sin perjuicio de ello, es evidente el objetivo que justifica ⁽²⁴⁾, y su vertiente funcional, la constitución, funcionamiento y go-

(17) Artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía.

(18) Artículo 17.1 del Estatuto de Autonomía.

(19) Artículo 58.1.a).

(20) La reserva al Estado de las competencias legislativas en materia penitenciaria figura en el apartado 6 del artículo 149.1 CE, junto a la legislación mercantil, penal y procesal, mientras que la competencia sobre Administración de Justicia viene asignada al Estado en el apartado 5 del mismo artículo 149.1 CE.

(21) Artículo 117.3 CE.

(22) El artículo 76 de la Ley 1/1976, de 26 de septiembre, general penitenciaria, asigna al Juez de vigilancia funciones de jurisdicción de cumplimiento de penas, de control de las instituciones penitenciarias y de amparo de los derechos de los internos.

(23) En este sentido, es ilustrativo que la primera regulación postconstitucional, mediante la Ley orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, se dictase al exclusivo fin de montar el aparato de gobierno de este “poder”, sin incidencia en ninguna otra de las materias que la Constitución enmarca en el mismo.

(24) Artículo 117.1 CE: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

bierno de los juzgados y tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera y del personal al servicio de la Administración de Justicia ⁽²⁵⁾.

Desde el punto de vista del sistema de distribución de competencias, la de carácter exclusivo que se reserva al Estado en la materia figura bajo la formulación de "Administración de Justicia" ⁽²⁶⁾, englobada en el concepto de Poder Judicial ⁽²⁷⁾, dando quizá más relevancia a su aspecto de servicio que al organizativo.

Conjugando los preceptos constitucionales resulta que sobre la Administración de Justicia concurren las facultades del órgano de gobierno del Poder Judicial ⁽²⁸⁾, y del Estado ⁽²⁹⁾, así como de las comunidades autónomas que estén habilitadas por sus estatutos en cuanto a la fijación de las demarcaciones judiciales ⁽³⁰⁾.

El deslinde competencial entre estas instituciones ha venido siendo aclarado por la jurisprudencia constitucional, en particular por las sentencias de 29 y 30 de marzo de 1990 ⁽³¹⁾. En las mismas se ha llegado a distinguir entre una concepción amplia y otra estricta del concepto de Administración de Justicia, como base para salvar la aparente contradicción entre la exclusividad de la competencia del Estado según la Constitución y las competencias asumidas por las comunidades autónomas en sus estatutos de autonomía ⁽³²⁾. En la línea de esta doctrina, el sentido estricto de Administración de Justicia comprende la función jurisdiccional propiamente dicha y la ordenación de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con que debe desarrollarse, mientras que en su concepción amplia abarca otros aspectos que, más o menos unidos a lo anterior, le sirven de sustento material o personal.

A partir de esta idea se ha acuñado la expresión "administración de la Administración de Justicia" ⁽³³⁾, con la que se definen aquellas actuaciones

(25) Artículo 122.1 CE.

(26) Artículo 149.1.5 CE.

(27) En este sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo, y 62/1990, de 30 de marzo.

(28) Artículo 122.2 CE.

(29) Entendido como Ejecutivo, respecto a las funciones que exceden de las competencias del Consejo General y según el artículo 149.1.5 CE.

(30) Artículo 152.1, segundo párrafo, CE.

(31) 56 y 62/1990.

(32) Fundamentos jurídicos 6 y 4, respectivamente.

(33) Andrés Ibáñez y Movilla Álvarez se la atribuyen a Aurelio Guaita en *El Poder Judicial*, Madrid, 1986, página 265.

normativas o ejecutivas en relación con la Administración de Justicia, enfocadas sobre todo a la provisión de los medios materiales y personales necesarios para su adecuado funcionamiento.

Desagregado así el concepto de Administración de Justicia cobran virtualidad las previsiones de los estatutos de autonomía que asumen competencias por medio de la técnica subrogatoria. Ahora bien, al margen de los límites inherentes a la formulación de las cláusulas subrogatorias, el ámbito competencial de las autonomías se encuentra también enmarcado por la posible concurrencia de otros títulos competenciales con incidencia en la materia, como han puesto de relieve las sentencias del Tribunal Constitucional de 29 y 30 de marzo de 1990⁽³⁴⁾. En especial, la materia propiamente definida como “Poder Judicial”, la unidad de gestión de los funcionarios judiciales integrados en cuerpos nacionales, y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios.

LA CLÁUSULA SUBROGATORIA Y SUS LÍMITES

La forma en que la Comunidad Autónoma de Canarias ha asumido competencias en materia de Administración de Justicia, a través de la cláusula subrogatoria, delimita el alcance de las mismas en función de los criterios que han sido sistematizados por el Tribunal Constitucional en las sentencias de 29 y 30 de marzo que se han venido comentando⁽³⁵⁾.

En primer lugar, las competencias que asumen las comunidades autónomas por el juego de la cláusula subrogatoria no pueden entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto, materia inaccesible por mandato del artículo 149.1.5 CE, sin perjuicio de la excepción relativa a la demarcación judicial⁽³⁶⁾.

En segundo término, tampoco pueden las comunidades autónomas actuar en el ámbito de la “administración de la Administración de Justicia” en

(34) Se expone esta idea con carácter general en los fundamentos jurídicos 8 y 5, respectivamente, sin perjuicio de desarrollar la doctrina al analizar cada punto concreto objeto de las impugnaciones.

(35) Fundamentos jurídicos 8 y 5, respectivamente.

(36) A lo largo de las argumentaciones de las sentencias, ese núcleo en sentido estricto se va precisando hacia la función jurisdiccional, las garantías de su ejercicio con unidad e independencia, y las cuestiones relativas a la planta y demarcación judicial.

aquellos aspectos que la Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ) reserva a órganos distintos del Gobierno o de alguno de sus departamentos ⁽³⁷⁾.

En tercer lugar, la asunción de las facultades que corresponden al Gobierno encuentra como límite natural el propio ámbito de la comunidad autónoma ⁽³⁸⁾.

En cuarto lugar, la remisión se realiza a las facultades del Gobierno, lo que, en consecuencia, identifica las competencias asumidas con las de ejecución simple y reglamentaria, excluyéndose, en todo caso, las de naturaleza legislativa.

En quinto lugar, al analizar cada supuesto concreto, el marco de enjuiciamiento no puede ser sólo la competencia residual sobre “administración de la Administración de Justicia”, porque en cada caso habrá que determinar si existen otros títulos competenciales con incidencia en la materia ⁽³⁹⁾.

LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA SUBROGATORIA

La peculiaridad del mecanismo subrogatorio impone en su aplicación unas secuencias bien definidas: en primer lugar, habrá que acudir al texto de la Ley orgánica del Poder Judicial como marco de las competencias, fuera del cual no existe posibilidad de subrogación; ya en la Ley orgánica habrá que tener en cuenta las referencias que se efectúan a competencias del Gobierno de la Nación o de alguno de sus departamentos ⁽⁴⁰⁾; finalmente, deberán analizarse tales

(37) Debe recordarse que las cláusulas estatutarias remiten a las competencias que la LOPJ reconozca o atribuya al Gobierno de la Nación. De ahí que se hable de subrogación.

(38) Este límite opera en concreto bien sobre funciones que deben desarrollarse en el marco estatal, como el Centro de Estudios Judiciales o el Instituto de Toxicología, bien sobre funciones que exceden del propio marco estatal como es la cooperación internacional. En realidad, se está recordando el ámbito de intereses específicos que fundamenta la autonomía de las comunidades, según el artículo 137 CE.

(39) Ya se apuntaba este límite al tratar del sistema de distribución de competencias en general.

(40) Una aproximación práctica a esta cuestión viene dada por la lectura de los preceptos de la LOPJ que atribuyen competencias al Gobierno de la Nación:

Artículo 18.2, para la declaración de utilidad pública o interés social a efectos de expropiar los derechos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme.

Artículo 36, para la creación de secciones y juzgados.

Artículo 37, para la provisión de medios a los juzgados y tribunales.

Artículo 95.2, para el establecimiento de la sede de los juzgados de vigilancia penitenciaria.

Artículo 171.4, para instar del Consejo General del Poder Judicial que ordene la inspección de cualquier juzgado o tribunal.

Artículo 306.1, para aprobar las normas por las que ha de regirse el acceso al Centro de Estudios Judiciales.

referencias a la luz de otras reservas competenciales que limiten las facultades que pueda asumir la comunidad autónoma.

El título II del libro I de la Ley orgánica del Poder Judicial versa sobre la planta y organización territorial de los juzgados y tribunales, conceptos que han de entenderse encuadrados en el sentido estricto de Administración de Justicia al que se refiere el artículo 149.1.5 CE ⁽⁴¹⁾. El establecimiento de la planta judicial supone, como señala el Tribunal Constitucional, determinar los juzgados y tribunales a los que se atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y comprende la disposición en abstracto de los tipos o clases de órganos y la fijación del número de ellos que se van a asentar en el territorio nacional. La organización de la demarcación judicial es una operación complementaria, por la que se circunscriben territorialmente los órganos jurisdiccionales. En lo que toca a esas materias, por tanto, nada pueden asumir las comunidades autónomas, a salvo de los supuestos y formas en que han de participar en la determinación de las demarcaciones judiciales y la decisión sobre la capitalidad de las mismas ⁽⁴²⁾.

Se incluyen en este título, sin embargo, facultades instrumentales para el ejercicio de la función jurisdiccional, que se concretan en las competencias del Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, para proveer a los juzgados y tribunales de los medios precisos para desarrollar su función con independencia y eficacia ⁽⁴³⁾. Es éste un supuesto típico de actuación ejecutiva en el ámbito de la “administración de la Administración de Justicia” y, por consiguiente, presupuesto de aplicación de la cláusula subrogatoria ⁽⁴⁴⁾. La interpretación de la jurisprudencia constitucional ha conducido a un entendimiento del artículo

(...) Artículo 313.1, para convocar los concursos de acceso a la carrera judicial entre juristas de reconocida competencia.

Artículo 316.2, para nombrar magistrados y presidentes.

Artículo 394.2, para resolver sobre el traslado del miembro del Ministerio Fiscal afectado por incompatibilidad sobrevenida.

Artículo 434, en cuanto ostenta la supremacía orgánica sobre el Centro de Estudios Judiciales, sin perjuicio de las competencias que correspondan al Consejo General del Poder Judicial.

Artículo 455, sobre el personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, en las materias relativas a su estatuto y régimen jurídico, así como la provisión de destinos, ascensos, situaciones y régimen disciplinario.

Artículo 464.3, para imponer las sanciones de traslado forzoso y separación a los jueces y magistrados.

Disposición adicional undécima, para actualizar las cuantías de las multas.

(41) Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo, fundamento jurídico 15.

(42) Artículos 152.1, segundo párrafo, CE y 27.2 EACan.

(43) Artículo 37.1 LOPJ.

(44) Expresamente lo reconoce así la sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo, en su fundamento jurídico 12.

37 LOPJ ⁽⁴⁵⁾ en el que resaltan las competencias que pueden asumir las comunidades autónomas en virtud de sus estatutos, suprimiendo del precepto cuanto represente un condicionante para éstas respecto a la libre disponibilidad de recursos propios con merma de su autonomía organizativa y financiera ⁽⁴⁶⁾, aun cuando se admite como legítimo que la atribución de recursos, por el Estado o por la comunidad autónoma que resulte competente, se canalice a petición del Consejo General del Poder Judicial ⁽⁴⁷⁾.

El mismo título incluye una función de audiencia de las comunidades autónomas afectadas en el ejercicio por el Gobierno de la Nación de sus competencias en materia de creación de secciones y juzgados ⁽⁴⁸⁾. No opera aquí la subrogación por afectar la competencia a la planta y demarcación judicial, por lo que la participación autonómica queda limitada al informe preceptivo.

Las competencias que se reconocen al Gobierno de la Nación en el libro II LOPJ, “Del gobierno del Poder Judicial”, tampoco pueden en principio ser invocables para la aplicación de la cláusula subrogatoria, en cuanto afectan a la Administración de Justicia en sentido estricto. No obstante ello, el artículo 95 LOPJ prevé que las comunidades autónomas puedan colaborar con el Consejo General del Poder Judicial en la ejecución de los actos de éste ⁽⁴⁹⁾, y el artículo 171.4 LOPJ ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en sentido favorable a la entrada en juego de la cláusula subrogatoria en lo que se refiere a la capacidad del Ministerio de Justicia para instar del Consejo General del Poder Judicial la inspección de cualquier juzgado o tribunal ⁽⁵⁰⁾.

(45) “1. Corresponde al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, proveer a los Juzgados y Tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función con independencia y eficacia. 2. A tal efecto, el Consejo General del Poder Judicial remitirá anualmente al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, una relación circunstanciada de las necesidades que estime existentes. 3. Podrá atribuirse a las Comunidades Autónomas la gestión de todo tipo de recursos, cualquiera que sea su consideración presupuestaria, correspondientes a las competencias atribuidas al Gobierno en el apartado 1 de este artículo, cuando los respectivos Estatutos de Autonomía les faculden en esta materia. 4. Los recursos propios que las Comunidades Autónomas destinen a las mismas finalidades deberán recogerse en un programa anual que será aprobado, previo informe favorable del Consejo General del Poder Judicial, por la correspondiente Asamblea Legislativa”.

(46) La ya citada sentencia 56/1990, de 29 de marzo, anula el apartado 4 del artículo 37 LOPJ.
(47) La sentencia declara constitucional el apartado 2 del artículo 37 LOPJ.
(48) Artículo 36 LOPJ.

(49) El precepto contempla también la colaboración de la Administración del Estado, cuya concurrencia, en este aspecto con las comunidades autónomas habrá de resolverse en función del ámbito de interés específico de éstas; en cualquier caso, se trata de un supuesto de colaboración en la medida necesaria, y no de un título propio de intervención.

(50) Sentencia 56/1990, de 29 de marzo, fundamento jurídico 13. Lo relevante de este pronunciamiento es que la asunción de competencias de las comunidades autónomas en este punto excluye la capacidad del Ministerio de Justicia para intervenir, frente a esta interpretación discrepa el voto particular de Vicente Gimeno Sendra.

Los libros IV y V LOPJ ordenan el régimen estatutario de los jueces y magistrados, Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia o la auxilian, en aplicación del mandato constitucional ⁽⁵¹⁾. Con carácter general, debe tenerse en cuenta que ya el artículo 122.1 CE establece que los jueces y magistrados forman un cuerpo único, y que el artículo 454.1 LOPJ atribuye el carácter de nacionales a los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. Ha de considerarse por ello que quedan excluidas de las cláusulas subrogatorias de los estatutos de autonomía aquellas atribuciones que, encomendadas por la LOPJ al Gobierno de la Nación, resultan obligadamente reservadas a éste para mantener el carácter propio de cuerpo nacional; mientras que, por el contrario, sí jugarán su papel las cláusulas subrogatorias respecto de todas aquellas atribuciones encomendadas al ejecutivo estatal que no resulten imprescindibles o esenciales para el mantenimiento del carácter de cuerpo nacional en relación con los integrados en la Administración de Justicia ⁽⁵²⁾.

Respecto a los jueces y magistrados cualquier posibilidad de subrogación se desvanece por carecer el ejecutivo estatal de competencias sobre su relación estatutaria ⁽⁵³⁾, salvo las previsiones de colaboración con el Centro de Estudios Judiciales ⁽⁵⁴⁾. Análoga exclusión debe operarse respecto a los miembros del Ministerio Fiscal, por virtud de la regulación constitucional, que impone el ejercicio de sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica ⁽⁵⁵⁾.

En cuanto al resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, lo que afecta a selección, formación y perfeccionamiento posee una dimensión supraautonómica, así como lo relativo a ascensos y situaciones administrativas; pero no ocurre lo mismo con la provisión de destinos, en donde la cláusula subrogatoria puede actuar, aunque no de manera total, puesto que siempre se estará ante los condicionantes de que las plazas estén situadas en órganos judiciales supracomunitarios e, incluso cuando no sea así, las exigencias derivadas

(51) Artículo 122.1 CE.

(52) Sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo, fundamento jurídico 10.

(53) Son los órganos de gobierno del Poder Judicial y, en particular, el Consejo General, quienes detentan estas competencias al nivel más amplio: formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario (artículo 107.4 LOPJ), así como nombramientos (artículo 107.5 LOPJ).

(54) El artículo 434.3 LOPJ remite a regulación reglamentaria las relaciones permanentes del Centro con los órganos competentes de las comunidades autónomas.

(55) Artículo 124.2 CE; el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, desarrolla estos aspectos en sus artículos 22 a 28.

de la unidad de cuerpo harán necesaria la colaboración con el Ministerio de Justicia ⁽⁵⁶⁾.

Tres aspectos concretos más contenidos en la LOPJ y en la Ley de Demarcación y Planta Judicial (LDPJ), cierran el análisis de aplicación de la cláusula subrogatoria: la posibilidad de adscribir a órganos jurisdiccionales a funcionarios pertenecientes a cuerpos técnicos o facultativos de la Administración para desarrollar determinadas tareas ⁽⁵⁷⁾; la contratación laboral de profesionales y expertos que sean permanente u ocasionalmente necesarios para auxiliar a la Administración de Justicia ⁽⁵⁸⁾, y la aprobación de los nombramientos de personas idóneas para el desempeño de las secretarías de los juzgados de paz de poblaciones de menos de siete mil habitantes o aquéllos en los que la carga de trabajo no justifique la provisión de la secretaría por un oficial al servicio de la Administración de Justicia ⁽⁵⁹⁾.

Hasta la fecha, la vertiente efectiva de la aplicación de las cláusulas subrogatorias se ha llevado a cabo por medio de sendos Reales Decretos de traspaso de funciones a la Comunidad Autónoma del País Vasco ⁽⁶⁰⁾ y a la Generalidad de Cataluña ⁽⁶¹⁾, aprobatorios de los respectivos acuerdos de sus comisiones mixtas. De similar contenido, asignan a las comunidades afectadas las siguientes funciones: a) planificación, programación y control administrativos de los medios materiales precisos para la actuación de los tribunales de justicia; b) adquisición de inmuebles, materiales y enseres para el uso de los órganos judiciales; c) preparación, elaboración y ejecución de los programas de construcción, reparación y conservación de los edificios judiciales y su inspección; d) subvención, en su caso, de las actuaciones correspondientes a la defensa por

(56) Esta doctrina está expresada en la sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo, fundamento jurídico 11.a. En materia de formación y perfeccionamiento se abre la posibilidad de que las comunidades autónomas coadyuven mediante técnicas de colaboración y auxilio, lo que parece remitirnos a las relaciones que reglamentariamente han de establecerse con el Centro de Estudios Judiciales según el artículo 434.3 LOPJ. Por lo que se refiere a la provisión de destinos, la cláusula subrogatoria opera también sobre oficiales, agentes y auxiliares al servicio de las fiscalías y con los condicionantes expuestos.

(57) Artículo 469.2 LOPJ; la adscripción se lleva a efecto a petición del Consejo General del Poder Judicial por el ente que, en cada caso, tenga competencia al respecto de acuerdo con la normativa sobre funcionarios.

(58) Artículo 508.3 LOPJ; el precepto atribuye esa competencia al Ministerio de Justicia y, dado que en este caso no se dan las exigencias derivadas de la pertenencia a un cuerpo nacional, habrá de entenderse esa competencia en el patrimonio de la correspondiente comunidad autónoma en relación con los órganos de ámbito territorial igual o inferior a la misma.

(59) Artículo 50.3 LDPJ; aunque la facultad que en el precepto se atribuye al Ministerio de Justicia no está comprendida en la LOPJ, el Tribunal Constitucional entiende que opera la cláusula subrogatoria (sentencia 62/1990, de 30 de marzo, fundamento jurídico 6.i.).

(60) Real Decreto 1.684/1987, de 6 de noviembre (BOE de 31 de diciembre).

(61) Real Decreto 966/1990, de 20 de julio (BOE del 28).

abogado y representación por procurador de los tribunales en turno de oficio y a la asistencia letrada al detenido o preso cuando el lugar de custodia esté situado en el territorio de la comunidad autónoma; e) examen, comprobación y pago de las cuentas de gastos de funcionamiento, indemnizaciones en razón de salidas de oficio, autopsias y diligencias judiciales y las correspondientes a testigos y peritos ante los tribunales de justicia con sede en la comunidad autónoma.

Por otra parte, en estos reales decretos la Administración del Estado se reserva las funciones de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de los órganos judiciales con competencia en todo el territorio nacional, así como las de suministro de material normalizado con destino a los registros civiles y las relativas a la responsabilidad patrimonial por error judicial y como consecuencia de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia ⁽⁶²⁾. El contenido funcional de los traspasos se cierra con la referencia de los instrumentos de colaboración, particularmente incidentes en la necesidad de que resulten compatibles los medios informáticos.

En el apartado de recursos, los traspasos atribuyen a las comunidades afectadas la titularidad de los edificios de los juzgados y tribunales, el personal laboral adscrito a su limpieza, conservación y mantenimiento, los créditos de subvenciones correspondientes a las funciones de esta índole que asumen, y los destinados a inversiones para conservación, mejora y reparación de los inmuebles traspasados.

LA PARTICIPACIÓN EN LA FIJACIÓN DE DEMARCACIONES JUDICIALES

El marco de intervención de las comunidades autónomas en esta materia surge de la Constitución ⁽⁶³⁾ a través de una doble remisión a los estatutos de autonomía y a la Ley orgánica del Poder Judicial. Como primera aproximación al tema, no hay que dejar de tener presente que sistemáticamente el precepto está referido en su aplicación a las comunidades que accedan a la

(62) El traspaso a la Generalidad de Cataluña, más reciente, añade en este apartado de reservas en favor de la Administración del Estado la instalación y puesta en funcionamiento de órganos judiciales de nueva creación, que asumirá la Generalidad una vez en funcionamiento por medio de una ampliación de los medios traspasados, así como las funciones del Instituto Nacional de Toxicología.

(63) Artículo 152.1, segundo párrafo.

autonomía por la vía del artículo 151 CE ⁽⁶⁴⁾. El hecho, sin embargo, es que la totalidad de los estatutos han recogido este título de participación en términos similares ⁽⁶⁵⁾, lo que nos llevaría a pensar que, en las autonomías no plenas, tales cláusulas estatutarias verían condicionada su efectividad a la reforma de los estatutos transcurridos cinco años o a las leyes de transferencias del tipo de las de Canarias o la Comunidad Valenciana. Tal parece, sin embargo, que la atribución completa de la competencia viene dada por la Ley orgánica del Poder Judicial, cuyo artículo 35 establece los supuestos y formas de participación de las comunidades en cuanto al establecimiento de demarcaciones judiciales ⁽⁶⁶⁾.

Con independencia de la crítica que ha podido merecer la solución arbitrada por la Ley orgánica ⁽⁶⁷⁾, lo verdaderamente relevante es precisar su alcance, lo que puede llevarse a cabo siguiendo la jurisprudencia constitucional ⁽⁶⁸⁾.

Según ésta, hay que partir de dos premisas: a) la competencia de delimitación ha de referirse necesariamente a las demarcaciones judiciales de ámbito diferente del provincial y autonómico, porque la correspondiente a cada uno de los tribunales de justicia viene determinada directamente por la propia Constitución ⁽⁶⁹⁾, y porque no existe disponibilidad por parte de las comunidades autónomas sobre las demarcaciones de ámbito provincial ⁽⁷⁰⁾; b) la competencia

(64) Es congruente con el hecho de que la Administración de Justicia como materia competencial está incluida en el artículo 149.1.5 CE y, debido a ello, no resulta susceptible de incorporarse a los estatutos de autonomía de las comunidades que se hayan constituido por la vía del artículo 143 CE, como ya se ha señalado.

(65) Fijar la delimitación de las demarcaciones y señalamiento de su capitalidad. En los estatutos de Baleares, Madrid y Castilla y León se dice participar en lugar de fijar.

(66) Artículo 35 LOPJ: "1. La demarcación judicial, que determinará la circunscripción territorial de los órganos judiciales, se establecerá por ley.

2. A tal fin, las Comunidades Autónomas participarán en la organización de la demarcación judicial de sus territorios respectivos, remitiendo al Gobierno, a solicitud de éste, una propuesta de la misma en la que fijarán los partidos judiciales.

3. El Ministerio de Justicia, vistas las propuestas de las Comunidades Autónomas, redactará un proyecto, que será informado por el Consejo General del Poder Judicial en el plazo de dos meses.

4. Emitido el precitado informe, el Gobierno aprobará el oportuno proyecto de ley, que, en unión de las propuestas de las Comunidades Autónomas y del informe del Consejo General del Poder Judicial, remitirá a las Cortes Generales para su tramitación.

5. La demarcación judicial será revisada cada cinco años o antes si las circunstancias lo aconsejan, mediante ley elaborada conforme al procedimiento anteriormente establecido.

6. Las Comunidades Autónomas determinarán, por ley, la capitalidad de los partidos judiciales".

(67) Andrés Ibáñez y Movilla Álvarez, *El Poder Judicial*, Madrid 1986, citan la opinión de Rafael de Mendizábal y Allende, contraria a la cicatería legal a la hora de instrumentar la participación autonómica en las demarcaciones.

(68) Las ideas que seguidamente se exponen son las contenidas en las sentencias 56/1990, de 29 de marzo, y 62/1990, de 30 de marzo.

(69) Artículo 152.1, párrafo segundo.

(70) El artículo 141.1 CE atribuye a las Cortes Generales la competencia de alteración de los límites provinciales por ley orgánica.

para fijar la delimitación y la forma de ejecución de la misma habrá de ejercitarse siempre conforme a la LOPJ, dentro de la unidad e independencia del Poder Judicial.

Con base en estos puntos de partida, el Tribunal declara que el establecimiento de las demarcaciones judiciales es competencia del Estado ⁽⁷¹⁾ y que la intervención de las comunidades autónomas debe quedar circunscrita a las demarcaciones judiciales de ámbito diferente del provincial, respecto de los municipios, como competencia para su determinación definitiva ⁽⁷²⁾, y, respecto de los partidos judiciales y otras eventuales demarcaciones, como la fijación de sus límites en una propuesta que han de remitir al Gobierno de la Nación.

En cuanto a la capitalidad de los partidos judiciales, el Tribunal declara legítima la exigencia de Ley autonómica al efecto, como establece el artículo 35.6 LOPJ, en la medida en que la Constitución remite la forma de participación de las comunidades autónomas en este tema a lo que prevea la LOPJ. Como excepción a la competencia autonómica decisoria sobre la capitalidad de los partidos judiciales, el establecimiento de la sede de los juzgados de vigilancia penitenciaria se atribuye al Gobierno, previa audiencia de la comunidad autónoma afectada y del Consejo General del Poder Judicial ⁽⁷³⁾.

CONVOCATORIA DE CONCURSOS Y OPOSICIONES

La competencia derivada del artículo 28.3 EACan para instar la convocatoria de concursos y oposiciones para cubrir las vacantes de magistrados, jueces, secretarios judiciales y restante personal al servicio de la Administración de Justicia se reproduce en la práctica totalidad de los estatutos de autonomía ⁽⁷⁴⁾ y ha resultado refrendada por el artículo 315 LOPJ ⁽⁷⁵⁾.

(71) Esta conclusión viene dada fundamentalmente por el carácter meramente participativo que la Constitución confiere a la intervención de las comunidades autónomas en este punto y por el hecho de que la demarcación se configura como una operación complementaria a la planta judicial.

(72) En base a la competencia autonómica para su demarcación territorial y al artículo 31 LOPJ, a cuyo tenor el municipio como demarcación judicial se corresponde con la demarcación administrativa del mismo nombre.

(73) Artículo 95.2 LOPJ. En realidad, la fijación de una sede específica para estos juzgados no altera las determinaciones sobre la capitalidad de los partidos, por eso el Tribunal no cuestiona la norma, que garantiza por otro lado la participación autonómica.

(74) Con excepción de los de Cantabria, La Rioja, Aragón y Castilla y León.

(75) Artículo 315 LOPJ: "Las oposiciones y concursos para cubrir las vacantes de la Carrera Judicial, del Secretariado y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia serán convocadas, a instancia de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial se produzcan las vacantes, por el órgano competente y de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.

Ciertamente, estas cláusulas estatutarias, aún no acogidas a la técnica subrogatoria, figuraban remitidas a las previsiones de la LOPJ, cuyo tratamiento ha sido enormemente respetuoso con las mismas. La operatividad de su contenido sólo podrá alcanzarse si la legitimación que se atribuye a las comunidades autónomas se entiende exclusiva, o al menos preferente, y si no se ponen cortapisas a la naturaleza vinculante que la LOPJ reconoce al ejercicio de la facultad de instar por parte de las comunidades autónomas.

LA EXPROPIACIÓN DE DERECHOS RECONOCIDOS POR SENTENCIA FIRME

Es éste un tema no tocado por el Tribunal Constitucional en las sentencias que se han ido comentando, pero de indudable importancia por su conexión con el ejercicio de la potestad jurisdiccional ⁽⁷⁶⁾. Se introduce con carácter expreso por el artículo 18.2 LOPJ ⁽⁷⁷⁾, aunque la original formulación de la inejecución de sentencias como una verdadera expropiación del contenido del fallo es algo en lo que coincidía ya gran parte de la doctrina ⁽⁷⁸⁾.

Para la mayoría de los autores, el problema sustancial que plantea el precepto se incardina en el más general del mantenimiento de los privilegios históricos de la Administración en materia de ejecución de sentencias que le son condenatorias en el orden contencioso-administrativo, y alguno predica su inconstitucionalidad desde este punto de vista ⁽⁷⁹⁾. No obstante, el propósito de

(76) Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, según el artículo 117.3 CE.

(77) "... Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización".

(78) Font i Llovet, Tomás: *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Madrid, 1985, pág. 185, donde se aporta abundante bibliografía en este sentido.

(79) García de Enterría, Eduardo: *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989, pág. 124. Se plantea la inconstitucionalidad del artículo 18.2 LOPJ porque amplía ilimitadamente las causas de inejecución de las sentencias contencioso-administrativas; porque la potestad extraordinaria que habilita no está sometida a límite temporal, vulnerando el principio de seguridad jurídica; porque no cabría expropiar un reconocimiento de derechos fundamentales; porque se opone al mandato del artículo 118 CE de cumplir las sentencias de los jueces y tribunales, y porque, en todo caso, las causas de utilidad pública e interés social deben ser específicas y establecidas por las leyes, según el artículo 33.3 CE. Frente a esta decidida postura sobre el artículo 18.2 LOPJ, el mismo autor, en el *Curso de Derecho administrativo*, en colaboración con Tomás Ramón Fernández Rodríguez, tomo II,

este trabajo exige examinar la norma con miras a profundizar en el esclarecimiento del sistema de distribución de competencias en materia de Administración de Justicia.

El artículo 18.2 LOPJ supone la inejecución de las sentencias en los puros términos de éstas, y en este sentido continúa de alguna manera la línea contenida en los artículos 105 y 106 Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)⁽⁸⁰⁾; pero también, y sobre todo, instrumenta un procedimiento expropiatorio, por lo que tendrá que ser analizado asimismo en razón a la estructura y función de la expropiación forzosa como institución con cobertura constitucional⁽⁸¹⁾.

Desde la primera perspectiva, es notoria la razón de que el artículo 105 LJCA reservase al Consejo de Ministros la competencia para decretar la suspensión o inejecución de los fallos en un Estado de la más pura raíz centralista⁽⁸²⁾. En los momentos actuales, los tratadistas discuten su vigencia a partir precisamente del artículo 18.2 LOPJ⁽⁸³⁾. En cualquier caso, no cabría invocar aquí, ni por remisión, la técnica subrogatoria, que sólo podría operar sobre las referencias al Gobierno del Estado contenidas en la LOPJ, ni cabe amparar las soluciones competenciales que se dan con relación al artículo 18.2 LOPJ en un precepto cuyo fundamento es distinto.

En el ámbito del sistema de expropiación forzosa, debe partirse de que la LOPJ no ha añadido un tipo más al catálogo de derechos expropiables, que lo son antes de su reconocimiento judicial⁽⁸⁴⁾. Asimismo, hay que considerar

(...) Madrid, 1986, pág. 567, no plantea análoga firmeza en relación con el artículo 106 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, supuesto de satisfacción por equivalente que el mismo reconoce tratarse en el fondo de una suerte de expropiación de la sentencia, sustituyendo el fallo por una indemnización en metálico.

(80) Sobre otros órdenes jurisdiccionales, ver Bassols Coma, Martín: "La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública en jurisdicciones distintas a la contencioso-administrativa", en *Documentación Administrativa*, núm. 209, enero-abril 1987.

(81) Artículo 33.3 CE.

(82) Los motivos de suspensión o inejecución están, por otra parte, vinculados a competencias propias del Estado central, en cuanto versan sobre orden público, guerra con otra potencia o integridad del territorio nacional; sólo en el caso de que la causa fuese el grave detrimento de la Hacienda pública cabría extrapolar la competencia a las otras esferas del poder territorial.

(83) Para Sosa Wagner, Francisco y Quintana López, Tomás: "La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas", en *Documentación Administrativa*, núm. 209, enero-abril 1987, el artículo 105 LJCA debe entenderse derogado por el artículo 18.2 LOPJ. Opinión absolutamente contraria mantiene el dictamen del Consejo de Estado núm. 49.737, de 23 de diciembre de 1986, que, no obstante, incorpora un voto particular favorable al criterio de la derogación. Debe tenerse en cuenta que el anteproyecto de ley reguladora del proceso contencioso-administrativo no contempla los supuestos de inejecución del artículo 105 LJCA, pero sí la posibilidad de expropiación de los derechos reconocidos en las sentencias.

(84) Ver Salas, Javier y Palomino, Valeriano: "La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional (Especial referencia a las relativas a la Administración)", en *Documentación Administrativa*, núm. 209, enero-abril 1987.

las modificaciones sustantivas en el contenido y significado de la causa expropiatoria que se han puesto de relieve en la expropiación de las empresas del grupo RUMASA, evolucionando de la configuración clásica de la utilidad pública y del interés social, basados en la realización de obras o en la prestación de servicios, hacia valores más inmateriales, como son la defensa de la estabilidad del sistema financiero y de los intereses legítimos de los depositantes en las entidades de crédito ⁽⁸⁵⁾.

Por otro lado, para centrar aún más el artículo 18.2 LOPJ y poder situarlo mejor en el sistema de distribución de competencias, debe recordarse el proceso de relativización que se ha producido sobre el papel de la ley en el ámbito de la institución expropiatoria ⁽⁸⁶⁾, que lejos de suponer un mayor campo de inmunidad facilita el control judicial ⁽⁸⁷⁾.

En este orden de cosas, el problema radica en determinar si la referencia al Gobierno del artículo 18.2 LOPJ puede inscribirse en la cláusula subrogatoria de los estatutos de autonomía, de forma que se considere aptas a las comunidades autónomas para efectuar la declaración de utilidad pública e interés social necesaria a efectos de expropiar los derechos reconocidos en una sentencia firme ⁽⁸⁸⁾.

A ello se opondría la consideración de esta competencia gubernamental como incidente en la función jurisdiccional propiamente dicha, por tratarse del "ejecutar lo juzgado" del artículo 117.3 CE. Sin embargo, si esto se entendiese así, tampoco sería legítima la intervención del Gobierno del Estado en la estricta potestad jurisdiccional, so pena de poner en entredicho la independencia judicial. Por tanto, la viabilidad de la técnica subrogatoria habrá de subordinarse, respecto del artículo 18.2 LOPJ, a la capacidad de las comunidades autónomas para asumir el nivel de competencia que allí se señala en materia de expropiación forzosa.

(85) Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983, de 2 de diciembre.

(86) La propia Ley de expropiación forzosa exceptúa los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio; recientemente, el artículo 100 de la Ley 8/1990, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, formula una declaración genérica de utilidad pública para los terrenos delimitados como reservas de posible adquisición para constitución o ampliación del patrimonio municipal del suelo.

(87) Aunque sólo se pueda tomar desde este punto de vista, la declaración de utilidad pública e interés social por ley sería exclusivamente fiscalizable ante la jurisdicción constitucional y, por tanto, de más difícil control que la arbitrada por acto administrativo, sometido a la revisión de la jurisdicción contencioso-administrativa.

(88) Font i Llovet, en *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas* citada, pág. 188, y Sosa Wagner y Quintana López, en su artículo de *Documentación Administrativa* también citado, se plantean el conflicto potencial derivado de que el pronunciamiento de la utilidad pública o el interés social se haga por Administración distinta a la afectada.

En orden a este tema, la jurisprudencia constitucional ha perfilado el instituto expropiatorio no sólo como medio de garantía del derecho de propiedad privada, sino como instrumento que el poder público utiliza para la realización de sus fines de conformación de la sociedad, por lo que, salvando la regulación general del sistema de expropiación forzosa ⁽⁸⁹⁾, la determinación de la causa de expropiar en cada caso concreto tiene que poder ser efectuada por las comunidades autónomas como medio de realización de las políticas sectoriales que crean convenientes ⁽⁹⁰⁾.

De estas argumentaciones surge la base más sólida para entender subrogadas a las comunidades autónomas en las competencias del artículo 18.2 LOPJ.

CONCLUSIONES VÁLIDAS PARA CANARIAS

Del análisis que se ha realizado sobre el alcance de las previsiones estatutarias se desprende que el nivel de efectividad de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma varía según se trate de facultades legislativas, que podrá ejercer en toda su amplitud, o ejecutivas, condicionadas a los decretos de traspaso de servicios. Respecto a estas últimas, el concepto de servicio debe valer para determinar el contenido de la condición a cumplir, y a este efecto hay que acudir a la metodología de las transferencias, sistemáticamente idónea para ello, donde la configuración de los servicios está vinculada al coste efectivo de las competencias que asumen las comunidades autónomas ⁽⁹¹⁾.

Desde esta concepción de servicio como centro de imputación de dotaciones presupuestarias, la condición sólo operará en los casos en que sea necesaria la transferencia presupuestaria, y no en aquellas otras funciones que no precisen o tengan prevista financiación del Estado. Ello implica que determinadas competencias, recibidas del Estatuto de Autonomía y de la LOTRACA,

(89) Reservada al Estado en base al artículo 149.1.18 CE a fin de que la técnica se aplique de modo unitario.

(90) Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, relativa a la Ley del Parlamento andaluz 8/1984, de reforma agraria.

(91) El método para el cálculo del coste de los servicios transferidos se aprobó por el Consejo de Política Fiscal y Financiera el 18 de febrero de 1982. De acuerdo con el mismo, la carga neta asumida por los traspasos está compuesta por los costes directos e indirectos, periféricos y centrales, de los servicios transferidos, excluidas las tasas afectas a los mismos. Los servicios, por lo tanto, se constituyen en centros de imputación de las dotaciones presupuestarias de personal, gastos corrientes y servicios, subvenciones corrientes e inversiones de reposición (capítulos I, II, IV y VI).

podrán ejercerse sin necesidad de que se formalicen los decretos de traspaso de servicios, por no existir tales servicios; en la misma tónica, las competencias no asumidas por subrogación, sino derivadas directamente de la LOPJ ⁽⁹²⁾, podrán hacerse efectivas simplemente en los términos que esta Ley disponga.

Se pueden formar tres grupos de competencias, teniendo en cuenta estas ideas, según el criterio de su efectividad; es decir, en razón a la posibilidad de su ejercicio por la Comunidad Autónoma. De un lado, las facultades que la Comunidad Autónoma está en condiciones de ejercer ya; las que están subordinadas a transferencias presupuestarias estatales, instrumentadas en los decretos de traspaso de servicios, y, por último, las que precisan de una atribución expresa por vía de una ley orgánica del artículo 150.2 CE.

En el primer grupo hay que incluir, por lo pronto, las competencias de naturaleza legislativa ⁽⁹³⁾, de la que es exponente la fijación de la capitalidad de los partidos judiciales ⁽⁹⁴⁾, y aquéllas de naturaleza política no asociadas a servicio administrativo de ningún tipo, como es el caso de la expropiación de sentencias ⁽⁹⁵⁾; junto a éstas, las de tipo meramente informativo o de ejercicio de iniciativas, como resultan la audiencia sobre las demarcaciones judiciales ⁽⁹⁶⁾, sobre la creación de secciones y juzgados ⁽⁹⁷⁾ y sobre la determinación de la sede de los juzgados de vigilancia penitenciaria ⁽⁹⁸⁾, y las iniciativas para la convocatoria de concursos y oposiciones ⁽⁹⁹⁾ y para la inspección de los juzgados y tribunales por el Consejo General del Poder Judicial ⁽¹⁰⁰⁾.

Dentro todavía de este primer grupo de competencias actuales, cabe incluir las que suponen una actividad de colaboración no detallada, como la que se contempla para la ejecución de los actos del Consejo General ⁽¹⁰¹⁾ y de colaboración con el Centro de Estudios Judiciales ⁽¹⁰²⁾; también las relativas a provisión de destinos del personal al servicio de la Administración de Justicia ⁽¹⁰³⁾,

(92) Y, en algún caso, de la LDPJ.

(93) Debe entenderse comprendida en el concepto la potestad reglamentaria.

(94) Artículo 35.6 LOPJ.

(95) Siempre que se admita la viabilidad de la subrogación en las facultades del Gobierno del Estado según el artículo 18.2 LOPJ.

(96) Artículo 35 LOPJ.

(97) Artículo 36 LOPJ.

(98) Artículo 95.2 LOPJ.

(99) Artículos 28.3 EACan y 315 LOPJ.

(100) Artículo 171.4 LOPJ.

(101) Artículo 141 LOPJ.

(102) Artículo 434.3 LOPJ. El precepto remite al desarrollo reglamentario las relaciones permanentes del centro con los órganos competentes de las comunidades autónomas.

(103) Artículo 455 LOPJ. Como antes se ha dicho, el ejercicio de esta competencia se extiende a vacantes de ámbito igual o inferior al territorio autonómico y en coordinación con el Ministerio de Justicia.

adscripción de funcionarios técnicos o facultativos a los órganos jurisdiccionales ⁽¹⁰⁴⁾ y aprobación de nombramientos de secretarios de juzgados de paz ⁽¹⁰⁵⁾.

Nada impide, por otra parte, que la Comunidad Autónoma detraiga de sus propios recursos dotaciones para proveer medios en orden al funcionamiento de la Administración; todo lo contrario, esa posibilidad figura expresamente prevista ⁽¹⁰⁶⁾ y a su amparo debe acogerse la capacidad de la Comunidad Autónoma para la contratación laboral de profesionales y expertos en servicio de la Administración de Justicia ⁽¹⁰⁷⁾.

En el segundo grupo hay que entender comprendidas las funciones y servicios que formarían parte del coste efectivo de las transferencias y cuya virtualidad quedaría sometida a los términos de los decretos de traspaso de servicios. Como indicativo del contenido de este grupo baste recordar los listados funcionales del Real Decreto correspondiente a la Generalidad de Cataluña ⁽¹⁰⁸⁾.

Por último, la muestra más evidente del tercer grupo, no amparado por el Estatuto de Autonomía y sujeto en consecuencia a un mecanismo de ampliación de competencias ⁽¹⁰⁹⁾, sería la potestad ejecutiva en materia de instituciones penitenciarias.

(104) Artículo 469.2 LOPJ.

(105) En los términos del artículo 50.3 LDPI.

(106) Artículo 37.4 LOPJ. Aunque este precepto fue anulado por la sentencia del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo, es incuestionable la capacidad de las comunidades autónomas para aportar recursos propios a la Administración de Justicia, porque precisamente el fundamento de la anulación de la norma descansaba en que los condicionantes impuestos para el ejercicio de esa función resultaban lesivos a la autonomía comunitaria.

(107) Artículo 508.3 LOPJ. Es significativo que en los decretos de traspasos de servicios actualmente publicados las transferencias sólo hayan afectado a personal laboral de limpieza, conservación y mantenimiento de los locales que asimismo se transfieren. De ello se puede concluir que, en el ámbito de profesionales y expertos, la competencia reside ya en la Comunidad Autónoma. Ocioso resulta reseñar la relevancia que ello pueda tener en materias de carácter técnico especializado, como informática o telecomunicación.

(108) Real Decreto 966/1990, de 20 de julio. Las funciones que asume la Generalidad son: a) la adquisición y gestión de patrimonio mobiliario, inmobiliario y enseres para los órganos judiciales con sede en Cataluña, que no corresponda a la creación de nuevos órganos; b) la preparación, elaboración y ejecución de los programas de reparación y conservación de los edificios judiciales y su inspección en Cataluña; c) la indemnización, en su caso, de las actuaciones correspondientes a la defensa por Abogado y representación por Procurador de los Tribunales en turno de oficio ante los órganos judiciales con sede en Cataluña y la asistencia letrada al detenido o preso cuando el lugar de custodia está situado en el territorio de la Comunidad Autónoma; d) el examen, comprobación y pago de las cuentas de gastos de funcionamiento, indemnización en razón de salidas de oficio, autopsia y diligencias judiciales y las correspondientes a testigos y Peritos ante los Tribunales de Justicia con sede en Cataluña; e) correrán en cualquier caso a cargo de la Generalidad de Cataluña todas las indemnizaciones por razón de servicio originadas como consecuencia de servicios prestados dentro del territorio de la Comunidad Autónoma.

(109) Por la vía del artículo 150.2 CE o de la reforma del EACan.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO y MOVILLA ÁLVAREZ, CLAUDIO: *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986.

Siguiendo a Aurelio Guaita, los autores definen lo que se ha venido en llamar "administración de Justicia" como aquellas actuaciones normativas o ejecutivas enfocadas sobre todo a la provisión de los medios materiales y personales necesarios para el adecuado funcionamiento de este servicio público.

Del tratamiento que la Ley Orgánica del Poder Judicial confiere a las competencias de las comunidades autónomas en esa materia reprochan, por un lado, que la participación en la fijación de las demarcaciones judiciales quede reducida a una labor preparatoria o informativa y entienden, con Rafael de Mendizábal y Allende, que de esta manera se quebranta el principio participativo previsto en el artículo 152. De otra parte, estiman que, en cuanto a las denominadas cláusulas subrogatorias, la Ley orgánica ha dispensado también una aplicación muy restrictiva, prácticamente reducida a la provisión de medios, e incluso en este caso con el condicionante del informe previo vinculante del Consejo General del Poder Judicial.

Debe notarse que el trabajo es anterior a las sentencias del Tribunal Constitucional del año 1990, en las que se ha precisado el alcance de las cláusulas subrogatorias y se ha anulado el precepto que establecía la exigencia del informe vinculante del Consejo General del Poder Judicial.

AYA ONSALO, ALFONSO: "La Administración de Justicia en el Estatuto de las Autonomías", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 4, septiembre-diciembre 1982.

Para este autor, el Estatuto de Autonomía del País Vasco reconoce un Poder Judicial único en todo el Estado. Reconoce igualmente la necesidad de un Poder judicial verdaderamente independiente como presupuesto de un Estado de Derecho.

En el Estatuto, la comunidad no recoge competencias ni derechos en materia de Administración de Justicia, sino funciones y obligaciones como medios que faciliten el *status* de independencia judicial.

Por último, resalta la necesidad de una simbiosis entre la comunidad (o sociedad) y cuerpo o carrera judicial. La Administración de Justicia no puede ser una tarea exclusiva de jueces, es un proyecto en el que todos estamos comprometidos. Como contrapartida, los jueces no pueden permanecer cerrados en un círculo hermético. La comunidad, que tiene la obligación de coadyuvar a la función judicial, tiene también el derecho de pedir que aquellas personas, investidas del Poder Judicial, estén integradas en esa comunidad dentro de la cual deben ejercer su sagrada misión de impartir justicia.

BASSOLS COMA, MARTÍN: *Código de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas: ordenación sistemática y comparada por instituciones y materias*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1983 y 1985.

BASSOLS COMA, MARTÍN: "La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública en jurisdicciones distintas a la contencioso-administrativa", en *Documentación Administrativa*, núm. 209, enero-abril 1987.

CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS: "El Derecho autonómico como objeto del recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas", en *Revista Poder Judicial*, 2ª época, número 14, junio 1989.

Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía, dirigido por SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1987.

El estudio de CARLOS LASARTE, páginas 715 a 729, parte de la premisa de que las llamadas cláusulas subrogatorias no deben considerarse operativas por su incorrección jurídica, o incluso por su inconstitucionalidad; en base a este planteamiento, el autor entiende que la asunción de competencias por las comunidades autónomas en materia de Administración de Justicia sólo podrá venir dada por la vía de las leyes orgánicas de transferencia o delegación previstas en el artículo 150.2 de la Constitución.

Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Aragón, dirigido por JOSÉ BERMEJO VERA, Madrid, Ministerio de Administración Territorial, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.

Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, dirigido por RAÚL BOCANEGRA SIERRA, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1987.

Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Valenciana, dirigido por RAMÓN MARTÍN MATEO, Madrid, Ministerio de Administración Territorial, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.

Estudios sobre el Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares, J.J. ALEMANY POU y otros, Baleares, Gobierno, 1988.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, LUIS: "La Administración de Justicia en Aragón: El Tribunal Superior de Justicia", en *Revista General del Derecho*, núms. 532-533, enero-febrero 1989.

FONT I LLOVET, TOMÁS: *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Madrid, 1985.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1986.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, TOMÁS: *La Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias*, Beca de Investigación sobre la Comunidad Autónoma de Canarias convocada conjuntamente con el Centro de Estudios Constitucionales, Santa Cruz de Tenerife, Presidencia del Gobierno de Canarias, 1990.

En este trabajo se hace un estudio descriptivo de la participación de la Comunidad autónoma en la Administración de Justicia, que se sistematiza en cuatro apartados: organización de las demarcaciones judiciales y determinación de la capitalidad de los partidos judiciales; gestión de recursos; nombramiento de magistrado de la sala de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia, y nombramiento del Presidente del Tribunal Superior de Justicia. El interés puede radicar en que incorpora los pronunciamientos de las más recientes sentencias del Tribunal Constitucional, aun cuando no profundiza en sus argumentaciones.

MARTÍN MATEO, RAMÓN: *Manual de Derecho autonómico*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.

Parte de que el poder ejecutivo, en sus diferentes niveles, no puede directa ni indirectamente mediatizar las tareas de jueces y tribunales. Por ello, las competencias estatutarias relacionadas con la Administración de Justicia deben entenderse como instrumentales.

La interpretación que da a las cláusulas subrogatorias queda restringida a lo relativo a la provisión de medios materiales para los órganos judiciales. Entiende que esta función puede extenderse también a la satisfacción de los gastos retributivos al personal, si bien ello debe matizarse por la consideración de cuerpos nacionales que a los mismos atribuye la Ley orgánica del Poder Judicial, posterior a este trabajo.

MEILÁN GIL, XOSÉ LUIS y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, XAIME: *O Dereito estatutario Galego*, Galicia, Parlamento, 1988.

MONTERO AROCA, JUAN: *Poder Judicial y Administración de Justicia en la Constitución y en la práctica*, Madrid, Tecnos, 1989.

El trabajo versa exclusivamente sobre la posición del Poder Judicial en el conjunto de las instituciones del Estado, recalcando lo que debe considerarse como atributos indispensables de su independencia en la función jurisdiccional. Supone una crítica de la reciente legislación en materia de designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Su interés, por lo que respecta al tema de que se trata, radica solamente en su posición contraria a las injerencias de cualquier ejecutivo en el autogobierno del Poder Judicial.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982.

PARDO CASTILLO, MANUEL y CORELLA PLÁ, JAVIER: *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Cantabria*, Santander, Asamblea Regional de Cantabria, 1987.

REVERÓN PALENZUELA, BENITO: "La Administración de Justicia en Canarias", en *Revista canaria de Administración Pública*, núm. 4, 1988.

Para el autor, las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de Administración de Justicia se reducen a la participación en la fijación de las demarcaciones judiciales, en virtud del artículo 150.1.2 de la Constitución y en los términos de la Ley orgánica del Poder Judicial, y a una interpretación del alcance de las cláusulas subrogatorias restringidas a la gestión de recursos estatales y autonómicos para la provisión de medios a juzgados y tribunales.

SALAS, JAVIER y PALOMINO, VALERIANO: "La ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional (Especial referencia a las relativas a la Administración)", en *Documentación Administrativa* núm. 209, enero-abril 1987.

SOSA WAGNER, FRANCISCO y QUINTANA LÓPEZ, TOMÁS: "La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas", en *Documentación Administrativa*, núm. 209, enero-abril 1987.

DOCUMENTACIÓN

ESTADO

Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954.
Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956.
Ley 1/1976, de 26 de septiembre, general penitenciaria.
Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
Ley 50/1981, de 30 de diciembre. Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.
Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
Dictamen del Consejo de Estado 49.737, de 23 de diciembre de 1986.
Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y planta judicial.
Ley 3/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 58/1983, de 29 de junio.
Sentencia 76/1983, de 5 de agosto.
Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre.
Sentencia 155/1985, de 12 de noviembre.
Sentencia 108/1986, de 26 de julio.
Sentencia 37/1987, de 26 de marzo.
Sentencia 97/1989, de 30 de mayo.
Sentencia 56/1990, de 29 de marzo.
Sentencia 62/1990, de 30 de marzo.

CANARIAS

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 10/1982, de 10 de agosto.
Real Decreto 1.056/1985, de 5 de julio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma en materia de protección de menores.
Orden de 19 de mayo de 1986, sobre cooperación con los tribunales de justicia en materia de protección y tutela de menores y funcionamiento de centros propios.
Orden de 19 de mayo de 1987, sobre acuerdo de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Justicia y la Comunidad Autónoma de Canarias.
Orden de 2 de octubre de 1990, sobre concesión de ayudas económicas para la preparación de oposiciones a las carreras judicial, fiscal y del secretariado de la Administración de Justicia.

PAÍS VASCO

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 3/1979, de 18 de diciembre.
Real Decreto 1.684/1987, de 6 de noviembre, sobre traspaso de funciones de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.
Orden 12 de abril de 1989, por la que se dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de noviembre de 1988.

CATALUÑA

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 4/1979, de 18 de diciembre.
Real Decreto 966/1990, de 20 de julio, sobre traspaso de funciones de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

GALICIA

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril.

Resolución de 18 de enero de 1990, por la que se da publicidad al convenio de colaboración entre el Ministerio de Justicia y la Comunidad Autónoma en materia penitenciaria.

ANDALUCÍA

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 6/1981, de 30 de diciembre.

ASTURIAS

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 7/1981, de 30 de diciembre.

CANTABRIA

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 8/1981, de 30 de diciembre.

MURCIA

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 4/1982, de 9 de junio.

VALENCIA

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio.

Circular 1/1989, sobre elección de Jueces de Paz conforme a lo establecido por la Ley orgánica del Poder Judicial.

Resolución de 13 de septiembre de 1989, por la que se da publicidad al convenio de colaboración entre la Generalidad Valenciana y el Ministerio de Justicia en materia penitenciaria.

Resolución de 26 de marzo de 1990, por la que se da publicidad al convenio de colaboración entre el Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y la Comunidad Valenciana para la informatización de los órganos judiciales en dicha Comunidad.

ARAGÓN

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 8/1982, de 10 de agosto.

CASTILLA-LA MANCHA

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 9/1982, de 10 de agosto.

NAVARRA

Reintegración y mejoramiento del régimen foral. Ley orgánica 13/1982, de 10 de agosto.

EXTREMADURA

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 1/1983, de 25 de febrero.

BALEARES

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 2/1983, de 25 de febrero.

MADRID

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 3/1983, de 25 de febrero.

CASTILLA Y LEÓN

Estatuto de Autonomía. Ley orgánica 4/1983, de 25 de febrero.

LA EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL EN LOS ESTADOS MENTALES ALTERADOS

FRANCISCO MICÓ CATALÁN
MÉDICO - FORENSE

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN

- 1.1. Los fundamentos legislativos de la exención de la responsabilidad penal.
- 1.2. Esquema gráfico del proceso de exención de la responsabilidad criminal.

2. INTERÉS ACTUAL DEL TEMA

- 2.1. Para el individuo.
- 2.2. Para la sociedad.
- 2.3. Para las Ciencias Penales.
 - 2.3.1. Datos estadísticos en Las Palmas.
 - 2.3.2. Gráficos.

3. EL SUSTENTO DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: *LA IMPUTABILIDAD*

- 3.1. Interpretación doctrinal.
 - 3.1.1. Capacidad de culpabilidad.
 - 3.1.2. Capacidad de deber.
 - 3.1.3. Capacidad de autocontrol.
 - 3.1.4. Capacidad de motivación normativa.
- 3.2. Terminología jurisprudencial.
- 3.3. La aportación pericial.
 - 3.3.1. El peritaje psiquiátrico.
 - 3.3.2. El estado mental clínico.
 - 3.3.3. El estado mental forense.
 - 3.3.4. Tabla diferencial de ambos.

4. LOS SUPUESTOS LEGALES QUE EXIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

- 4.1. El enajenado.
 - 4.1.1. Terminología legal.
 - 4.1.2. Desarrollo jurisprudencial.
 - 4.1.3. Interpretación doctrinal.
 - 4.1.4. Aportación pericial.
- 4.2. El trastorno mental transitorio.
 - 4.2.1. Terminología legal.
 - 4.2.2. Desarrollo jurisprudencial.
 - 4.2.3. Interpretación doctrinal.
 - 4.2.4. Aportación pericial.
- 4.3. La minoría de edad.
 - 4.3.1. Evolución y justificación del “corte cronológico” para la exención de la responsabilidad criminal.
 - 4.3.2. Problemas psiquiátricos-forenses en el menor.
- 4.4. La alteración de la percepción.
 - 4.4.1. Terminología legal.
 - 4.4.2. Interpretación doctrinal.
 - 4.4.3. Aportación pericial.

4.5. El miedo insuperable.

4.5.1. Terminología legal.

4.5.2. Interpretación doctrinal.

4.5.3. Interpretación pericial.

5. COMENTARIOS FINALES.

6. BIBLIOGRAFÍA.

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
art.	artículo
cap.	capítulo
CMF	Clínica Médico Forense
CP	Código Penal
Ed.	Editorial/Edición
EM	Enajenación mental
JP	Jurisprudencia Penal
LP	Las Palmas
pág.	página
RA	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
S	Sentencia
SS	Sentencias
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TMT	Trastorno mental transitorio
TS	Tribunal Supremo
vol.	volumen

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 8º del Código Penal (CP) permite eximir de responsabilidad criminal a los sujetos en los que, en el momento de la comisión de los hechos, coinciden determinadas disfunciones psicológicas, al declarar que están exentos de responsabilidad criminal, en el apartado 1º, *“el enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio”*, en los apartados 2º y 3º al *“menor de dieciséis años”* y al *“que por sufrir alteración en la percepción desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”*, y en el apartado 10º *“el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor”*. En este mismo artículo se incluyen medidas de internamiento para el enajenado y para el que sufre alteración en la percepción, con finalidad terapéutica, admitiendo la posibilidad de mejoría en ambos casos, y consecuentemente la opción de la sustitución del internamiento por otras medidas terapéuticas o de control, especificando con respecto al enajenado que *“a la vista de los informes de los facultativos que asisten al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene (el Tribunal), podrá sustituir el internamiento...”*, y para las alteraciones de la percepción que *“cuando la evolución del tratamiento lo permita, esta medida (la del internamiento) será sustituida por alguna o algunas de las medidas del último párrafo de número 1 de este artículo”* (medidas sustitutorias del internamiento que se pueden aplicar al enajenado).

La circunstancia común a estas cinco situaciones legales de la exención de la responsabilidad criminal (¡tan dispares entre sí!) que recoge el CP, no es otra que la consideración de que, en todas ellas, el autor no reúne las condiciones psicológicas que se estiman precisas para que le acrediten como responsable de los actos criminales, y por lo tanto no se le pueden atribuir los hechos delictivos, aunque éste sea el actor material de los mismos, por disfunciones de naturaleza psicológica, bien sea por una insuficiencia en el desarrollo de las funciones psíquicas, o por la presencia de una alteración mental (limitada o prolongada) coincidente temporalmente con la comisión de los hechos delictivos. En todos los casos se considera que los acontecimientos criminales no se le pueden imputar, que el sujeto es inimputable, y por consiguiente, se le tiene que eximir de la responsabilidad criminal.

En la siguiente gráfica esquematizo el proceso de exención de la responsabilidad criminal que desarrollo en este trabajo.

EL PROCESO DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL POR DISFUNCIONES PSÍQUICAS

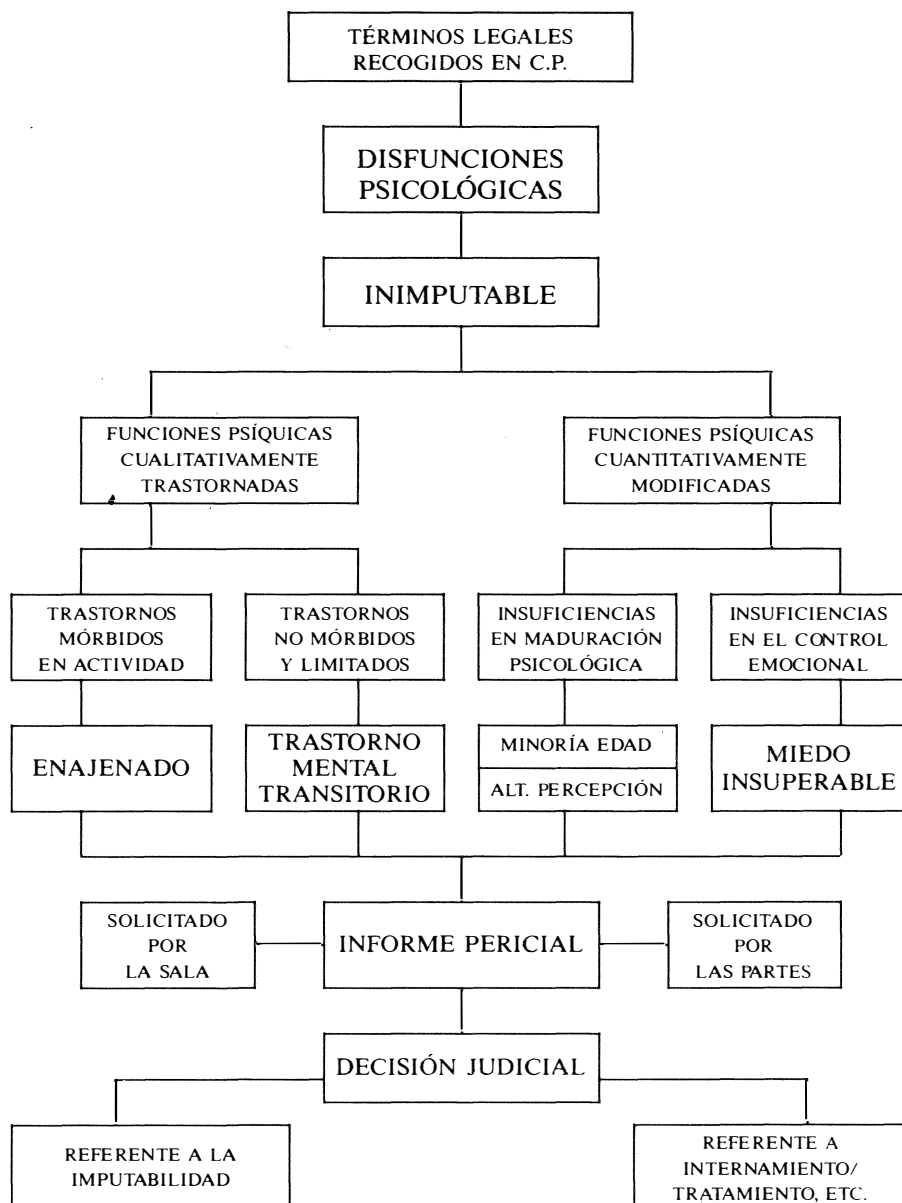


GRÁFICO I

2. INTERÉS ACTUAL DEL TEMA

La calificación de inimputable conlleva la exención de la responsabilidad criminal, y por tanto la ausencia de pena, y otras cuestiones de gran importancia para el individuo, puesto que condicionan su futuro, como son la excarcelación, el internamiento en instituciones terapéuticas, la imposición de tratamientos psiquiátricos, etc., además de la trascendencia psicológica y moral que para el sujeto supone la exculpación del delito.

También para la sociedad es importante el tema de la exención de la responsabilidad criminal por disfunciones psicológicas, puesto que al grave problema de la enfermedad mental que tiene planteado nuestra sociedad, se añade el del enfermo mental-delincuente, con la alarma que plantea esta cuestión, no resuelta a pesar de *“las periódicas denuncias que los diferentes especialistas hacen del trato jurídico-social de estas personas, incluido el penitenciario”*⁽¹⁾, todo lo cual repercute directamente sobre cuestiones tales como la protección, seguridad, comportamiento, etc. sociales, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en relación a la drogadicción, donde se viene dando una reiteración doctrinal y jurisprudencial que señala que una excesiva apertura a la aplicación de eximentes en los delitos vinculados al consumo de drogas, puede favorecer el aumento de delitos, generando perjuicio, inseguridad y alarma sociales⁽²⁾⁽³⁾.

Estas cuestiones y otras, seguramente vinculadas a la evolución que se ha dado en nuestro Estado en la última década, con la plena instalación de las estructuras democráticas y la inclusión real en la sociedad occidental, en donde se han producido importantes avances sociales y cambios técnicos, han hecho evidente el creciente interés de las Ciencias Penales por esta cuestión, que en nuestra sociedad se ha manifestado, entre otras formas y durante la última década, por el progresivo aumento de solicitudes de informes periciales psiquiátricos, así como los tipos y las circunstancias de los delitos que han requerido de forma sistemática la pericia psiquiátrica. Si se analiza, a este respecto, el año 1989⁽⁴⁾ en la Audiencia Provincial de Las Palmas, que podemos darle un

(1) J.L. Gómez Colomer: *Enfermedad mental y delito*. Civitas, Madrid, 1ª ed., 1987, pág. 75.

(2) F. Martín González: “Valoración de la imputabilidad de los drogadictos y alcohólicos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Mesa Redonda sobre Imputabilidad y enfermedad mental*. Las Palmas, 1989, pág. 1.

(3) STS 19 de junio de 1987. *Jurisprudencia Penal*: 1988, pág. 113. Ed. Colex. Madrid.

(4) Datos obtenidos del registro, por computadora, de informes emitidos por la Clínica Médico Forense de Las Palmas durante 1989. Este año se hizo, por primera vez, un registro computarizado de todos los informes emitidos por la entidad.

valor representativo, puede verse que de la totalidad de los informes emitidos por la Clínica Médico Forense a requerimiento de las distintas Salas, a lo largo del año, el 59'2% (casi los dos tercios) eran psiquiátricos, siguiendo en número de solicitudes, pero muy por debajo, los informes de lesiones con el 24'2%, y el resto, entre los que se encuentran las exploraciones ginecológicas, han supuesto sólo el 16'7% de los informes emitidos por la mencionada entidad durante ese año. Dentro de los informes psiquiátricos, el 62'5% lo eran para las Salas de lo Penal, frente al 37'5% que habían sido requeridos por las Salas de lo Civil. En el gráfico II se exponen de forma clara estos datos.

SOLICITUDES DE INFORMES PERICIALES A LA CMF DE LAS PALMAS EN 1989

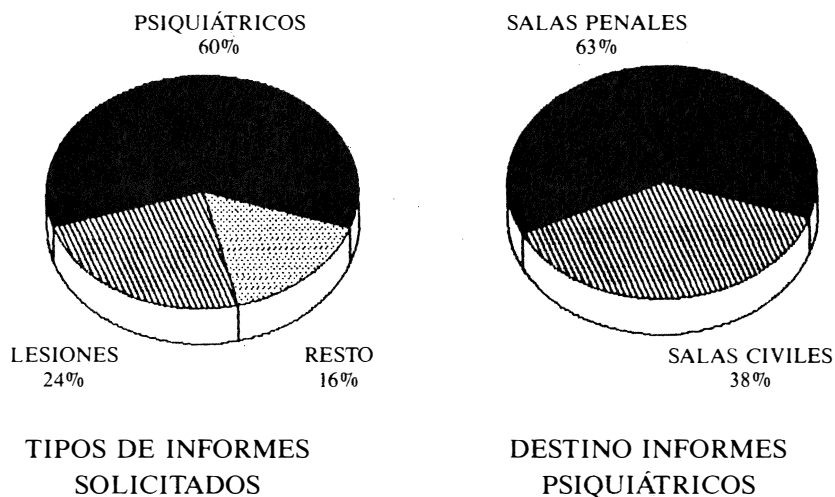


GRÁFICO II

Las gráficas expuestas significan un índice de la sensibilidad que despiertan las cuestiones relativas al estado mental de los individuos en los asuntos penales, puesto que el número de informes confeccionados a solicitud de las salas de lo penal supera en mucho a los emitidos para los asuntos civiles, y además son superiores en cantidad al resto de las pericias médicas forenses, incluso las referentes a lesiones que son con mucho las cuestiones más abundantes que se plantean en la práctica habitual de las pericias médicas en los juzgados

de lo penal. Existe otra razón que también debe de influir en el aumento de pericias psiquiátricas solicitadas por las salas de la audiencia, pero que no quita intensidad al interés actual por la situación psicológica de los individuos, que no es otra que la complejidad y trascendencia de la pericia psiquiátrica, así como las cuestiones que se plantean, que normalmente precisa exploraciones por especialistas, y muchas veces necesita realizar pruebas psicológicas o neurofisiológicas especializadas, lo que motiva la consulta pericial psiquiátrica a un órgano consultivo, como la CMF, mientras que el resto de los informes normalmente se confeccionan con la información suficiente en los juzgados de instrucción, sin precisar intervención especializada y consulta a otros organismos periciales.

Todos estos motivos permiten justificar el presente trabajo, que pretende analizar, en la doble vertiente jurídica y psiquiátrica, las cuestiones que intervienen en el proceso de exención de la responsabilidad criminal por disfunciones psíquicas, así como los supuestos legales que detalla la legislación.

3. LA IMPUTABILIDAD COMO SUSTENTO DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

La delimitación del concepto de imputabilidad penal, referido a las situaciones objeto de este análisis, resulta decisiva, puesto que a fin de cuentas la exención de la responsabilidad criminal se aplica en función de la convicción previa de la inimputabilidad, y ésta es una cuestión teórica, vinculada a las concepciones filosóficas y desarrollo científico del momento histórico. El Código Penal no define al inimputable, se limita a exponer unas “situaciones mentales” cuya presencia en el individuo lo hacen inimputable, por lo tanto el concepto legal de la imputabilidad habremos de obtenerlo del análisis de los términos legales que emplea la legislación para eximir la responsabilidad criminal, que detalla el artículo 8º de CP, y de las interpretaciones, aclaraciones y delimitaciones que, sobre los mismos, han ido haciéndose por la jurisprudencia, así como las reflexiones y las opiniones doctrinales de los diversos autores que se han ocupado del tema.

Unas veces la imputabilidad ha sido entendida como la capacidad para poder obrar de forma delictiva (capacidad de culpabilidad), afirmando MEZGER que “*es imputable el que posee al tiempo de la acción las propiedades*

exigibles para la imputación a título de culpabilidad”⁽⁵⁾, y entre nosotros MARTÍN GONZÁLEZ se refiere a esta cuestión diciendo que “*imputabilidad es capacidad de ser sujeto activo del delito*”⁽⁶⁾.

Otros autores le han dado énfasis a la capacidad del individuo para poder seguir una conducta normativa (capacidad de deber), como expresan los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN que la definen como “*el conjunto de requisitos psicobiológicos, exigidos por la legislación penal vigente, que expresan que la persona tenía la capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado por ella y de actuar en los términos requeridos por el Ordenamiento jurídico*”⁽⁷⁾, y RODRÍGUEZ DEvesa que “*es imputable el que reúne aquellas características biopsíquicas que con arreglo a la legislación vigente le hacen capaz de ser responsable de sus propios actos*”⁽⁸⁾.

Muchas veces la conducta normativa precisa de un estricto control del impulso psicológico dirigido hacia el delito, por lo que se ha puesto también el punto de mira para las condiciones psicológicas de la imputabilidad, en el proceso de control psicológico (capacidad de autocontrol), equiparando el juicio de imputabilidad al juicio de autocontrol como expresa OLIVA GARCÍA que afirma que “*imputabilidad es la capacidad de autodeterminación que el Ordenamiento requiere para la responsabilidad jurídico-penal*”⁽⁹⁾.

Refiriéndose al enajenado, la escuela positivista elude la cuestión de la libertad individual, no se plantea la realidad del “libre albedrío”, que considera cuando menos muy dudoso, y enfatiza, en cambio, en la ineludible necesidad de una defensa eficaz de la sociedad, a través de la prevención general y especial de las conductas delictivas, de tal modo que la función de la pena ya no deberá de ser para retribuir una culpabilidad, sino para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia nos es absolutamente necesaria. Para que esto se realice el sujeto tiene que ser “motivable” por la pena (capacidad de motivación) y en este sentido la imputabilidad sería, según OLIVA GARCÍA, la “*capacidad normal de motivación normativa*”⁽¹⁰⁾. MIR PUIG critica la interpretación tradicional de la imputabilidad por descansar en el indemostrable

(5) E. Mezger: *Tratado de Derecho Penal*, vol. II. Madrid 1955, pág. 68.

(6) F. Martín González, *op. cit.*, pág. 9.

(7) M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón: *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 1984, pág. 461.

(8) J.M. Rodríguez Devesa: *Derecho Penal Español. Parte General*. 9ª edición. Madrid, 1985, pág. 449.

(9) H. Oliva García: “Introducción a las bases doctrinales de la imputabilidad”, *Psicopatología*, vol. 2, nº 2, abril-junio 1982, pág. 117.

(10) H. Oliva García, *op. cit.*, pág. 121.

“poder actuar de otro modo” que presupone la libertad de voluntad, y define la imputabilidad en función de la normalidad psíquica, y en consecuencia de la normal capacidad motivacional del sujeto: *“La culpabilidad falta cuando el sujeto actúa bajo el influjo de una motivación anormal, y este influjo puede tener lugar en términos tales que afecte a la normalidad psíquica del sujeto. Cuando excluya la normalidad psíquica del sujeto desaparecerá la imputabilidad, a diferencia de lo que sucede con las causas de exculpación, que suponen una situación motivacional anormal”*⁽¹¹⁾. Según estas interpretaciones la motivación puede considerarse como una forma de resaltar la importancia imperativa de la norma: *“Las normas primarias están destinadas a apelar a la motivación del ciudadano, prohibiéndole delinquir. Las normas secundarias refuerzan esta motivación mediante la amenaza de la pena”*⁽¹²⁾.

En cuanto a la jurisprudencia, dejando a un lado las discusiones sobre las exigencias de una base biológica, psicológica o mixta como causante de la perturbación psíquica para la aplicación de los beneficios de la inimputabilidad, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo que la disfunción psicológica estuviera vinculada al delito en dos aspectos: el temporal (la alteración psíquica debe existir en el momento que suceden los hechos); el relacional (los hechos tienen que tener relación con el trastorno mental, tanto en el tipo de delito como en la forma de cometerlo)⁽¹³⁾, utilizando expresiones tales como *“ausencia de capacidad intelectual en el recurrente”*⁽¹⁴⁾, *“bajo nivel intelectual”*⁽¹⁵⁾, *“afectado de oligofrenia en categoría de debilidad mental profunda y anestesia afectiva”*⁽¹⁶⁾, *“disminuida la capacidad volitiva”*⁽¹⁷⁾, *“una voluntad profundamente disminuida”*⁽¹⁸⁾, *“facultades de raciocinio o volición”*⁽¹⁹⁾, *“anulación total de controles volitivos y cognoscitivos”*⁽²⁰⁾, *“capacidad cognoscitiva”*⁽²¹⁾, *“oscurecen la conciencia de sus actos y disminuye los frenos inhibitorios de su voluntad”*⁽²²⁾, *“eliminar la conciencia y la voluntad”*⁽²³⁾, etc. que en la

(11) S. Mir Puig: *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, 1985, pág. 484.

(12) S. Mir Puig, *op cit.*, págs. 30 y 31.

(13) SSTs de 18 de enero de 1982 (RA 101); 17 de diciembre de 1982 (RA 7.718); 22 de diciembre de 1983 (RA 6.721); 6 de julio de 1983 (RA 4.100).

(14) STS de 16 de abril de 1980 (RA 1.285).

(15) STS de 6 de febrero de 1982 (RA 630).

(16) STS de 26 de octubre de 1979 (RA 3.748).

(17) STS de 27 de octubre de 1984 (RA 5.100).

(18) STS de 27 de octubre de 1984 (RA 5.100).

(19) STS de 6 de julio de 1985 (RA 4.100).

(20) STS de 28 de noviembre de 1983 (RA 5.761).

(21) STS de 19 de diciembre de 1984 (RA 5.954).

(22) STS de 26 de noviembre de 1984 (RA 5.954).

(23) STS de 2 de noviembre de 1983 (RA 5.445).

práctica queda reducido a determinar la influencia que los trastornos mentales o las alteraciones psicológicas puedan ejercer para abolir las funciones intelectual y volitiva y/o alterar de forma intensa la conciencia y el control emocional.

La acreditación de las circunstancias psicológicas que debe reunir el sujeto para ser inimputable, según los requisitos que refieren los diversos autores y las expresiones que utiliza la jurisprudencia, normalmente precisa de un asesoramiento técnico de tipo psiquiátrico, como se recoge en la jurisprudencia cuando dice "... *la determinación o fijación de los elementos fácticos u objetivos sobre los que montar o construir el diagnóstico de imputabilidad o inimputabilidad pertenece exclusivamente al tribunal sentenciador y no a los peritos cuya única misión es la de asesorar a aquél...*" ⁽²⁴⁾, asesoramiento que evidentemente no resulta sencillo, pero en cualquier caso necesario para que puedan llevarse a término las decisiones judiciales referentes a la imputabilidad y a las otras cuestiones derivadas de ésta (de gran importancia práctica), que se recoge el art. 8 del CP. Este asesoramiento se hace normalmente a través del peritaje psiquiátrico, que en consonancia con las ideas expuestas hasta ahora podemos definirlo como "*un esclarecimiento del estado mental de un sujeto en supuesta colisión con un área legal determinada, en base a conocimientos específicamente psiquiátricos*" ⁽²⁵⁾, o también como el "*esclarecimiento de relaciones de causalidad psíquica entre el hombre y sus acciones*" ⁽²⁶⁾, o dicho de otra forma, sería la objetivación y exposición de los requisitos biológicos y psicológicos de los individuos, efectuada por expertos en medicina y psiquiatría, que los sistemas jurídicos precisan, en consonancia con la doctrina y la jurisprudencia, para tomar sus decisiones jurídicas.

El peritaje psiquiátrico constituye por tanto el punto de encuentro de las Ciencias Penales con las Ciencias Psiquiátricas, que en este caso actúan como ciencias auxiliares del Derecho Penal. Sin embargo este encuentro no es fácil, por las dificultades que existen para conseguir un acuerdo de unificación conceptual, metodológica y terminológica entre ambas ciencias, y otras razones como "*la falta de acogida jurisprudencial a sus avances (los de la psiquiatría), influenciados por el distanciamiento de la Medicina legal respecto a aquélla, repitiéndose hoy por pura inercia términos y contenidos de hace más de treinta años*" ⁽²⁷⁾. Sin embargo algunos penalistas (MUÑOZ CONDE; OLIVA

(24) STS de 13 de marzo de 1981 (RA 4.544).

(25) A. Calcedo Ordóñez: "El peritaje psiquiátrico". *Poder Judicial*, núm. 5, 1982, pág. 45.

(26) J.A. Gisbert Calabuig: *Tratado de Medicina Legal y Toxicología*. Saber, Valencia, 2ª ed., 1983, pág. 295.

(27) J.L. Gómez Colomer: *Enfermedad mental y delito*. Civitas, Madrid, 1ª ed., 1987, pág. 76.

GARCÍA; MIR PUIG)⁽²⁸⁾ valoran como muy positivos los conocimientos actuales que proporcionan las neurociencias, la psiquiatría, la psicología y la sociología, que permiten entrever diversas circunstancias que configuran de manera real y evidente el psiquismo, e incluso el sustrato anatómico y funcional del mismo (el cerebro), y por tanto ponen en entredicho la capacidad de elegir y de actuar en libertad, por lo que propugnan asumir los conocimientos actualizados que aportan estas ciencias, considerando los condicionantes biológicos, psicológicos y sociales, algunos de ellos evidenciables con las nuevas tecnologías exploradoras del psiquismo y del cerebro⁽²⁹⁾, como circunstancias que, de alguna manera, pueden influir de forma determinante en las conductas de las personas, y ser por tanto tenidos en cuenta en la valoración de la imputabilidad penal.

Normalmente, los sistemas jurídicos, para solicitar la pericia psiquiátrica utilizan la fórmula de *“informar sobre el ‘estado mental’ a efectos de... (valorar la imputabilidad; necesidad de internamiento; conveniencia de seguir tratamiento psiquiátrico..., etc.)”*⁽³⁰⁾. El estado mental para la Psiquiatría Clínica es el registro objetivo, por parte de un experto, de los datos psicopatológicos actuales que muestra un individuo, e incluye la apariencia, el lenguaje, la expresión facial, la conducta motora, etc. Pero la expresión “estado mental” constituye también un término de uso habitual, que hacen los organismos judiciales en los asuntos penales, de solicitud de información pericial, que debe incluir todos los datos técnicos precisos, para que los tribunales de justicia puedan confeccionar con rigor y objetividad la sentencia, o tomar otro tipo de decisiones jurídicas, siguiendo las líneas jurisprudenciales y las expresiones legales.

La frecuente utilización de esta expresión, así como el carácter descriptivo que sugiere, me permiten apuntar la posibilidad de considerar el ‘estado mental’ como un término específico de la pericia psiquiátrica forense, distinto del significado que tal expresión tiene en la psiquiatría clínica, que lo utiliza como base fundamental para, junto con la historia clínica, establecer un diagnóstico, y desarrollar las consecuencias terapéuticas, o de otro tipo, que de éste puedan desprenderse.

(28) Citado por J.J. Carrasco Gómez en “Psiquiatría y Ley Penal”, *Monografías de Psiquiatría*, nº 4, año III, Madrid, 1991.

(29) F. Micó Catalán: “Técnicas y tecnologías exploradoras del psiquismo. Búsqueda de marcadores del ‘estado mental’”. Ponencia de psiquiatría de las *XV Jornadas Españolas de Medicina Forense*. Madrid, 1991.

(30) Ver registro de oficios de la CMF de LP de solicitudes de reconocimientos psiquiátricos efectuadas por las distintas Salas de lo Penal.

El “estado mental” forense es un concepto mucho más amplio que el clínico, al que de hecho incluye. En cuanto a la finalidad no es precisamente el diagnóstico lo que se busca, si bien en muchas ocasiones un diagnóstico clínico es de gran utilidad jurídica, sino que lo verdaderamente importante es la evaluación de la situación psicológica del sujeto (utilizando, o no, para ello un diagnóstico clínico), con el propósito de proporcionar a los organismos judiciales la información necesaria, expresada en términos que puedan ser comprendidos por personas de formación jurídica, que carecen de profundos conocimientos psiquiátricos, para que puedan aplicar las disposiciones legales y las normas jurisprudenciales, en la toma de una decisión jurídica.

Otra característica del estado mental forense para la valoración de la imputabilidad, es que está referido al momento en que ocurrieron los hechos, y no al momento que se efectúan las exploraciones. Esta cuestión es de gran complejidad para el psiquiatra forense y muy importante para el jurista, teniendo en cuenta que no se juzga el estado mental de una persona, sino los actos que esa persona ha cometido en un momento concreto, por lo tanto lo decisivo es poder llegar a establecer la situación de las funciones psíquicas en aquellos momentos, y deducir de aquélla las cuestiones de interés jurídico para la aplicación de la normativa legal.

En muchas ocasiones, la información sobre el estado mental aporta un diagnóstico médico, que se ha podido obtener a través de las exploraciones y pruebas clínicas, el cual por sí solo permite establecer con un índice alto de certeza que la profunda alteración del psiquismo existía en el momento de los hechos, y los vinculaba al padecimiento mental, y por lo tanto puede incluir al sujeto, por ejemplo, dentro del término jurídico de “enajenado”, como ocurre con las psicosis, que la jurisprudencia reiteradamente identifica con enajenado, tal como afirma LÓPEZ IBOR al decir que “*los psicóticos son los enajenados en el sentido del Código Penal*”⁽³¹⁾ o ALONSO FERNÁNDEZ expresando que “*la enajenación viene a ser la versión jurídica de la enfermedad psíquica*”⁽³²⁾. No obstante muchas veces no es posible llegar a un diagnóstico clínico, ni resulta imprescindible, y son las características psicológicas del sujeto, junto con el análisis de los hechos, los que permitirán la confección del informe sobre el ‘estado mental’ y la consecuente adjudicación, o no, de los beneficios de la inimputabilidad, como puede suceder por ejemplo con el “trastorno mental transitorio”.

(31) J.J. López Ibor: *La responsabilidad penal del enfermo mental*. Real Academia de Medicina. Madrid, 1951.

(32) F. Alonso Fernández: *Compendio de Psiquiatría*. Oteo, Madrid, 1982.

Otra característica específica del estado mental forense, es que siempre tiene que estar vinculado a unos hechos delictivos y el abanico de circunstancias que los rodean. Esta vinculación queda recogida en algunas sentencias (*“hay que poner en relación la enfermedad y el delito cometido y la forma de cometerlo”*)⁽³³⁾ y es específica del estado mental forense. En fin, la información contenida en el estado mental clínico no va dirigida a nadie en especial, el psiquiatra la utiliza normalmente para sí mismo en el proceso diagnóstico que conducirá a las decisiones médicas para restablecer la salud, mientras que la información recogida dentro del estado mental forense va siempre dirigida a los organismos judiciales. En la siguiente tabla he resumido las características y las diferencias entre ‘estado mental clínico’ y ‘estado mental forense’ (Gráfica III).

DIFERENCIAS ENTRE EL ESTADO MENTAL CLÍNICO Y FORENSE

<u>ESTADO MENTAL CLÍNICO</u>	<u>ESTADO MENTAL FORENSE</u>
FINALIDAD DIAGNÓSTICA	FINALIDAD VALORATIVA
REFERIDO MOMENTO EXPLORACIÓN	REFERIDO MOMENTO DE HECHOS
SIN VINCULACIÓN A UNOS HECHOS	VINCULADO A UNOS HECHOS
AJUSTADO A NOSOGRAFÍAS	AJUSTADO A JURISPRUDENCIA
CRITERIO DESCRIPTIVO	CRITERIO INTERPRETATIVO
NO DIRIGIDO A NADIE EN ESPECIAL	DIRIGIDO A SISTEMAS JURÍDICOS

GRÁFICO III

4. LOS SUPUESTOS LEGALES QUE EXIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

4.1. *El enajenado.*

“Enajenado” es la expresión que utiliza la legislación actualmente vigente como primer supuesto para eximir de la responsabilidad criminal (CP art. 8.1º). El significado y los límites del término no se definen en las leyes, precisando, por tanto, para su utilización y aplicación, un adecuado conocimiento del

(33) SSTs de 21 de octubre y de 10 de octubre de 1984.

alcance de tal expresión legal, lo que precisa una interpretación doctrinal, y un apoyo jurisprudencial que permitan traducir a términos psiquiátricos y psicológicos los requisitos del estado mental contenidos dentro del concepto de enajenación.

En primer lugar hay que dejar bien claro que el término “enajenado” no es un concepto psiquiátrico, no está sacado de la nosografía psiquiátrica. En efecto, en ninguna de las clasificaciones psiquiátricas actuales o anteriormente utilizadas existe ningún síndrome o trastorno mental que reciba el nombre de enajenado, si bien es cierto que el concepto de enajenación mental (EM) y trastorno mental transitorio (TMT) fueron asumidos por el derecho penal, desde la psiquiatría, por sugerencia del psiquiatra SANCHÍS BANÚS (1890-1932), y que en los códigos penales que precedieron al de 1932 en el que se introduce por primera vez el “enajenado” sustituyendo a otros términos usados hasta entonces, aparecían denominaciones psiquiátricas, acordes con el desarrollo de la psiquiatría en aquellos momentos: así en el CP de 1822 (art. 26), se decía: *“Tampoco se puede tener por delincuente ni culpable al que comete la acción hallándose dormido (¿?), o en estado de demencia o delirio”*; el CP de 1848 eximía de responsabilidad criminal (art. 8.1º) al *“loco demente, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón”*; en el CP de 1870 se incluye *“el imbécil y el loco a no ser que éste haya obrado en un intervalo de razón”*; el CP de 1928 en el art. 55 exponía *“Es irresponsable el que, en el momento de ejecutar la acción u omisión punible, se hallase en estado de perturbación mental o debilidad mental, de origen patológico,...”*, hasta el CP de 1932 en el que recoge por primera vez la expresión “enajenado”, que sigue vigente en la actualidad.

Como puede verse, en el desarrollo legislativo previo al establecimiento del término de enajenado, se insiste en la legislación sobre la posible existencia de un “intervalo de razón” dentro del proceso patológico, cuya objetivación, interpretación y aplicación ha tenido mucha relevancia en épocas anteriores. Implica la circunstancia de que no es suficiente que el sujeto padezca una enfermedad mental para la consideración de inimputable, sino que se requería que las alteraciones mentales estuvieran activas en el momento de los hechos, y por tanto establecía claramente que lo decisivo para la valoración de la imputabilidad era la alteración o la anulación de las funciones psíquicas requeridas para la imputabilidad, y por tanto no lo era sólo la existencia de la enfermedad mental. Esta línea legislativa justifica, en cierto modo, el cambio terminológico, puesto que al alejarse de las denominaciones psicopatológicas, a la vez que deja

bien claro que lo importante no es la enfermedad, amplía extraordinariamente las posibilidades de la aplicación de los beneficios de la inimputabilidad a través del uso del nuevo término, que por otro lado ha demostrado su operatividad al permanecer vigente, hasta ahora, sesenta años.

El análisis del origen semántico de la expresión pone de manifiesto la amplitud y ambigüedad del término. Enajenar significa, según el Diccionario de la Lengua, “*pasar o transmitir a otro la propiedad o el derecho sobre una cosa*”. Si yo enajeno mi negocio, mi negocio no me pertenece y no soy responsable de los acontecimientos que sucedan en el negocio. Si soy un enajenado, mis actos no me pertenecen, y no soy responsable, por tanto, de los mismos. Según este criterio cabe dentro del enajenado cualquier situación que en definitiva prive al sujeto de la propiedad de sus actos, no siendo imprescindible, por tanto, la presencia de un proceso mórbido para que se dé la situación de enajenación según su origen semántico, como queda claramente expresado en algunos de los ejemplos que expone el diccionario para aclarar el sentido figurado de la palabra enajenar: “*sacar a uno fuera de sí; entorpecerle o turbarle el uso de la razón o de los sentidos: ‘El miedo le enajenó’; ‘enajenarse por la cólera’*”. Sin embargo la doctrina y la jurisprudencia, como veremos a continuación, insisten en referirse al concepto legal de la EM como ‘**ser un enajenado**’, lo que implica una continuidad o permanencia temporal de las alteraciones mentales, de cierta extensión, y la ausencia de un acontecimiento que precipite la aparición de los trastornos psíquicos. Estas circunstancias sólo pueden darse cuando el sujeto sufre un proceso mental mórbido (en la patología médica se utiliza el verbo ‘ser’ para los procesos morbosos de larga duración, de carácter crónico: es un asmático, es un diabético, es un esquizofrénico; y el ‘estar’ para los de corta duración: está agripado, está descompuesto, etc.).

La interpretación jurisprudencial del enajenado viene reiterando la necesidad de la presencia de una situación patológica, de carácter permanente y subsistente con los hechos, y de una intensidad que anule totalmente las facultades intelectivas o volitivas, identificando la EM con las conocidas como psicosis endógenas, de origen biológico. Algunas SSTS expresan esta idea de forma clara y contundente, como la STS de 30 de noviembre de 1976 que precisa la necesidad de un estado patológico morbo (endógeno) que actúe sobre la inteligencia y la voluntad:

“La enajenación mental que exime de la responsabilidad criminal,... exige en el hombre delincuente un estado patológico o morbo, que le prive totalmente del mecanismo intelectual del conocimiento, y el

psiquismo de la voluntad, indispensable positivamente para la imputabilidad penal...’;

o la interesante sentencia de 25 de noviembre de 1978 que dice:

“Constituye doctrina jurisprudencial consagrada que la enajenación mental consiste en una grave alteración psíquica que priva al afectado por ella de sus facultades normales de inteligencia y voluntad existentes, por regla general, en todo hombre maduro y sano,... y que por regla general es correlato psíquico de una enfermedad mental patológica del género de las llamadas psicosis orgánicas o funcionales, clínicamente diferenciables entre sí, pero de origen incierto, y totalmente distintas de las psicopatías, que son variantes psicológicas extremas del carácter humano...’;

que no hacen más que reiterar la STS de 27 de febrero de 1936 (recientemente introducido el término) que expresa:

“El término enajenado ha de reservarse por lo corriente a los casos en que pueda declararse una psicosis determinada”.

En fin, en la sentencia de 26 de noviembre de 1984 (posterior a la reforma de 1983) el TS mantiene los mismos criterios y sistematiza los requisitos necesarios para la estimación de la EM:

“1.º En cuanto a su origen ha de ser patológico o morboso.

2.º En cuanto a su duración ha de ser permanente y subsistente, por tanto, en el momento de cometerse el delito.

3.º En cuanto a su intensidad ha de ser absoluta y completa, de tal modo que el sujeto que la sufre tenga abolidas totalmente sus facultades intelectivas o volitivas, de tal modo que coloque al paciente —enfermo— en un estado de verdadera y manifiesta inconsciencia para sus determinaciones, que le prive de la inteligencia y voluntad para comprender y abarcar la trascendencia, antijuridicidad o injusticia de sus actos”.

De la ambigüedad y amplitud de la EM se desprende la gran ventaja de permitir incluir en él cualquier situación mental que reúna los requisitos que se consideren necesarios, según los criterios de la doctrina y la jurisprudencia para la consideración de la inimputabilidad, y por tanto permitir adaptarse a los avances doctrinales y la evolución del derecho penal (MIR PUIG dice “El

Código Penal español... se limita a enumerar varias causas eximentes que la doctrina considera que excluyen de la imputabilidad... al limitarse a enumerar una serie de causas de inimputabilidad deja acertadamente en manos de la doctrina la cuestión del fundamento de dichas causas'' ⁽³⁴⁾, resultando como consecuencia un término vivo, dinámico y operativo. Sin embargo hay que señalar las dificultades emanadas de esa misma amplitud y ambigüedad, que no son otras que la dificultad de concretar el concepto, como consecuencia de su indefinición, y por tanto la controversia, las dudas y las posibles distintas opiniones a la hora de precisar las entidades nosológicas, que según la jurisprudencia resultan necesarias, en las que se puede considerar la presencia de la EM.

Para la objetivación de los casos de enajenación, desde el punto de vista de la pericia psiquiátrica, y asumiendo lo dicho hasta ahora, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

- 1) Cualitativo: que analiza la naturaleza de la alteración mental, y la influencia que el estado mental alterado tiene sobre las funciones psíquicas que se han considerado como las bases psicológicas de la imputabilidad. Lo que hace al individuo ser un enajenado (no olvidemos que es un diagnóstico jurídico) es el estado mental en el momento de los hechos, pero las funciones psíquicas alteradas quedan vinculadas a un proceso mórbido cuya necesaria presencia reitera la jurisprudencia, siendo las deficiencias o anulaciones de las funciones psíquicas consecuencia de la presencia de aquél. Este proceso mórbido debe expresarse por medio del diagnóstico psiquiátrico, que además en la actualidad puede proporcionar una mayor operatividad, puesto que se han confeccionado y se usan con gran utilidad práctica en la objetivación diagnóstica, las nuevas clasificaciones nosográficas basadas en criterios diagnósticos objetivos, algunas de las cuales incluyen glosarios de gran claridad y exigen la presencia de unos síntomas concretos y claramente definidos para efectuar los diagnósticos, como la ICD-9, o el DSM-III-R. A este respecto también conviene recordar la declaración que en 1981 hizo la Asociación Internacional de Derecho Penal y la Comisión Internacional de Juristas, recomendando que los diagnósticos de las personas sufriendo enfermedad mental fueran expresados de acuerdo con los estándares médicos internacionalmente aceptados ⁽³⁵⁾.

(34) S. Mir Puig, *op. cit.*, págs. 484-485.

(35) International Association of Penal Law: *The protection of persons suffering from mental disorders*, 1981. Cit. por E. Calcedo Ordóñez en "El Peritaje psiquiátrico", *Psicopatología*, 2, 2 (171-180), 1982, pág. 177.

2) Cuantitativo: se insiste en la jurisprudencia sobre la necesidad de una completa y absoluta anulación de las facultades mentales para la aplicación de los beneficios de la inimputabilidad. Esta cuestión es de muy difícil concreción por parte del perito, ya que como expone GÓMEZ COLOMER *“las conclusiones exigidas por la ley no pueden ser respondidas tajantemente por los psiquiatras”*⁽³⁶⁾, puesto que el Derecho Penal ha optado por términos amplios y poco precisos (por entender que así darían más juego), a la hora de hacer referencia a los trastornos mentales, *“lo que ha obligado a establecer un catálogo de enfermedades a las que resulta aplicable la exención de la responsabilidad”* (GÓMEZ COLOMER)⁽³⁷⁾. Sin embargo la mera presencia de la enfermedad nunca podrá suponer la aplicación automática del diagnóstico de enajenación puesto que no existe ningún diagnóstico psiquiátrico que ipso facto determine la enajenación y consecuentemente la exculpación, lo que se refleja en la opinión de los juristas alemanes al hablar de *“la relatividad de la incapacidad de culpa”*⁽³⁸⁾, o sea que la incapacidad de culpa del enajenado sólo tiene valor jurídico en relación al grado de afectación de las funciones psíquicas en el momento y durante el acto punible concreto. Esta idea la refleja ALBERCA LORENTE cuando afirma que *“no basta comprobar la existencia de una enfermedad mental de las auténticamente dementadoras, para proponer la exculpación”*⁽³⁹⁾.

3) Cronológico: coincidencia y permanencia de la enfermedad mental en el momento en que sucedieron los hechos. Normalmente esta precisión no plantea problemas, sin embargo existen situaciones límites en ciertos procesos mórbidos, como algunas formas de comienzo de la esquizofrenia, en que la actividad psicótica florece en sus manifestaciones clínicas con posterioridad a los actos delictivos, y plantea dudas sobre la presencia de la EM en aquellos momentos.

Estas cuestiones tienen un interés especial para la adopción de las medidas de internamiento, o tratamiento y para la estimación de la peligrosidad.

(36) J.L. Gómez Colomer, *op. cit.*, pág. 76.

(37) J.L. Gómez Colomer, *op. cit.*, pág. 76.

(38) F. Alonso Fernández: “Causas de colaboración y debate entre la psiquiatría y la ley penal”, *Psicopatología*, 2, 2, 1982, pág. 140.

(39) R. Alberca Lorente: *Psiquiatría y Derecho Penal*. Tecnos, Madrid, 1967.

- 4) Relacional o de vinculación temática: los acontecimientos criminales tienen que encajar en la naturaleza del proceso mórbido, unas veces por su inclusión en la temática delirante, otras veces por la falta de motivación lógica y comprensibilidad psicológica, etc., puesto que si aceptamos que la mera presencia de una enfermedad mental de las que la jurisprudencia considera que hacen al individuo enajenado fuera suficiente para eximirlo de la responsabilidad criminal, sería como aceptar que todos los actos que hace, por ejemplo, un esquizofrénico le son ajenos, y esto evidentemente no es así.

El examen del estado mental debe poder proporcionar todos los elementos psicopatológicos a que he hecho referencia, sin embargo no siempre puede explorarse al sujeto de forma precoz, y desde luego siempre se hace con posterioridad a los acontecimientos, por eso es preciso extremar el examen del individuo tanto como el del acto criminal, obteniendo y valiéndose de la mayor información posible por parte de testigos, familiares, facultativos que lo hayan visto con anterioridad, agentes de la autoridad que lo detuvieron, de las diligencias etc. lo que implica, y sería de desear, una mayor relación entre los psiquiatras forenses y los órganos de la jurisdicción penal.

En cuanto a las enfermedades que se ajustan a las condiciones que deben darse en el estado mental del individuo que las padece para ser enajenado, según lo que se viene exigiendo de forma mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia, pueden considerarse las siguientes ⁽⁴⁰⁾:

1. “Trastornos mentales orgánicos” (psicosis orgánicas).
2. “Trastornos Esquizofrénicos”.
3. Algunos tipos de los “Trastornos Paranoides”.
4. Algunos tipos de los “Trastornos Afectivos”.
5. Algunos tipos de los “Trastornos Psicóticos no clasificados en otros apartados”.
6. Algunos tipos del “Trastorno de la Personalidad” (psicopatía).
7. Algunos subtipos de “Retraso Mental”.

En esta clasificación de los trastornos mentales he utilizado deliberadamente la terminología del DSM-III-R como una forma de evitar términos tales

(40) Para la siguiente clasificación se utiliza la terminología del Manual Diagnóstico y Estadístico de los trastornos mentales. (DSM-III).

como “psicosis”, “neurosis” o “psicopatías”, que tienen un significado distinto al etimológico, que se interpretan de distinta forma según la escuela que la use, y que pueden dar lugar a importantes confusiones, insistiendo no obstante que al legislador no le interesa como objeto específico de su actividad el diagnóstico psiquiátrico, y por tanto el conocimiento de las distintas nosografías, significando éstas tan sólo términos a interpretar según las necesidades y los fines del ordenamiento jurídico penal, por lo que una nosografía desprovista de ideologías y basada en la descripción objetiva de los síntomas, como la usada aquí, reúne gran parte de las condiciones de utilidad operativa apuntadas.

4.2. *El trastorno mental transitorio.*

El “trastorno mental transitorio” (TMT) aparece en el CP de 1932 junto con el enajenado en el art. 8.1º cuando dice que “*están exentos de responsabilidad criminal: el enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir*”.

Al margen de la difícil homologación psiquiátrica del término, este mismo art. del CP establece una diferencia importante con el enajenado, ya que al contrario de lo que ocurre con aquél, en el caso del TMT no se indican medidas terapéuticas (con o sin internamiento) o cautelares, lo que se puede entender como que se está negando implícitamente la existencia de base patológica para la apreciación de esta eximente, por lo que se admite la posibilidad de la existencia de intensos trastornos mentales no morbosos, capaces de excluir la imputabilidad de los individuos. La ausencia de base patológica, admitida mayoritariamente en la actualidad por los penalistas, apunta hacia la significación que se le concede al “efecto psicológico” en el TMT, en detrimento, en cierto modo, del componente biológico. Sin embargo es frecuente la referencia a una cualidad morbosa en la interpretación psiquiátrica del TMT, seguramente para diferenciar y delimitar este supuesto respecto a los trastornos producidos por hechos puramente emocionales (miedo insuperable; arrebatos u obcecación).

Al igual que el enajenado, el TMT es únicamente un término legal, sin correlato concreto y específico en la psicopatología o nosografía psiquiátrica, por lo tanto su definición sólo puede establecerse a partir de la interpretación doctrinal y jurisprudencial.

El TS desarrolla el concepto del TMT diciendo que es:

un: *“trastorno mental”*⁽⁴¹⁾, *“una perturbación mental”*⁽⁴²⁾, *“una alteración anímica”*⁽⁴³⁾,

con: *“pérdida total o muy intensa de las facultades intelectivas y volitivas”*⁽⁴⁴⁾, *“anulación del libre albedrío”*⁽⁴⁵⁾, *“anulación del psiquismo”*⁽⁴⁶⁾, *“anulación de las facultades anímicas”*⁽⁴⁷⁾, *“exclusión de inteligencia y voluntad”*⁽⁴⁸⁾, *“privación total de las facultades psíquicas”*⁽⁴⁹⁾, *“anulación completa de la conciencia y abolición de todo freno inhibitorio”*⁽⁵⁰⁾, *“privación de la capacidad de raciocinio y de la libertad de voluntad”*⁽⁵¹⁾,

que: *“tiene aparición brusca”*⁽⁵²⁾, *“más o menos brusca”*⁽⁵³⁾, *“súbita”*⁽⁵⁴⁾, *“fulgurante”*⁽⁵⁵⁾,

de: *“duración no muy extensa”*⁽⁵⁶⁾, *“puede persistir a lo largo de varias horas o días”*⁽⁵⁷⁾,

que: *“cura sin dejar secuelas”*⁽⁵⁸⁾, *“sin dejar huella”*⁽⁵⁹⁾,

causado: *“por una causa inmediata, necesaria, y fácilmente evidenciable”*⁽⁶⁰⁾, *“directa, inmediata, evidenciable y pasajera”*⁽⁶¹⁾,

(41) STS de 30 de marzo de 1982 (RA 2.042).

(42) STS de 12 de noviembre de 1983 (RA 6.299).

(43) STS de 3 de mayo de 1983 (RA 2.634).

(44) STS de 3 de mayo de 1983 (RA 3.634).

(45) STS de 12 de noviembre de 1983 (RA 6.299).

(46) STS de 30 de marzo de 1982 (RA 2.042).

(47) STS de 20 de enero de 1982 (RA 114).

(48) STS de 16 de junio de 1978 (RA 2.638).

(49) SSTs de 20 de mayo de 1983 (RA 2.740), 21 de mayo de 1983 (RA 2.748), 10 de noviembre de 1983 (RA 5.476), 9 de mayo de 1984 (RA 2.590).

(50) STS de 29 de junio de 1984 (RA 3.706).

(51) STS de 24 de enero de 1984 (RA 339).

(52) STS de 20 de enero de 1982 (RA 114).

(53) STS de 30 de marzo de 1982 (RA 2.042).

(54) STS de 3 de mayo de 1983 (RA 2.634).

(55) STS de 24 de enero de 1934 (RA 399).

(56) STS de 30 de marzo de 1982 (RA 2.042).

(57) STS de 5 de julio de 1979 (RA 3.004).

(58) SSTs de 3 de mayo de 1983 (RA 2.634) y 20 de enero de 1982 (RA 114).

(59) SSTs de 30 de marzo de 1982 (RA 2.042) y 30 de marzo de 1984 (RA 1.879).

(60) STS de 30 de marzo de 1982 (RA 2.042).

(61) SSTs de 20 de enero de 1982 (RA 114) y 3 de mayo de 1983 (RA 2.634).

que: actúa sobre un fondo

“patológico”⁽⁶²⁾, *“... reacción de situación en personalidades, generalmente, con fondo patológico”*⁽⁶³⁾,

o: no necesariamente patológico

“al no exigirse legalmente la existencia o defecto cerebral patológico”⁽⁶⁴⁾, *“abandonada ya la existencia o fondo patológico”*⁽⁶⁵⁾,

que: *“no haya sido intencionalmente producido por el sujeto”*⁽⁶⁶⁾.

A la vista de la interpretación que hace la jurisprudencia del TMT, que mantiene una línea casi idéntica desde su introducción en el CP hasta la actualidad, se entiende que fue concebido para cubrir todos los casos de “locuras” breves y limitadas, frente a los trastornos permanentes y mórbidos de la enajenación. Sin embargo la intensidad de las alteraciones psicológicas del sujeto que “se halla en situación de TMT” tiene que ser absoluta y completa, como en el enajenado, del que sólo se diferenciaría por la brevedad de su presencia, o dicho de otro modo por la posibilidad de establecer claramente el momento del inicio y del final, tal como afirmaba LÓPEZ IBOR al decir que el TMT sería *“como una enajenación que lo fuera por breve tiempo”*, careciendo de importancia los síndromes psiquiátricos, muy dispares por cierto, que podrían incluirse en él.

Pueden resumirse los requisitos que tienen que darse en el estado mental del individuo, para considerarlo en situación de TMT, en los siguientes:

1. Existir una perturbación mental de extraordinarias proporciones, que anule la voluntad y/o la inteligencia. A este respecto es una constante casi general en esta figura jurídica la presencia de una alteración formal de la conciencia del tipo del estrechamiento crepuscular y/o de la obnubilación, que altera profundamente la capacidad de conocer y la voluntariedad de la conducta.
2. Que la grave modificación del estado mental haya sido producida por una causa inmediata que puede ser evidenciada objetivamente y sin una dificultad especial.

(62) SSTS de 12 de noviembre de 1983 (RA 2.942) y 24 de enero de 1984 (RA 399).

(63) STS de 30 de marzo de 1982 (RA 2.042).

(64) STS de 16 de junio de 1978 (RA 2.638).

(65) STS de 26 de enero de 1984 (RA 418).

(66) SSTS de 30 de mayo de 1968 (RA 2.716); 20 de febrero de 1970 (RA 1.004); 4 de abril de 1978 (RA 1.287); 10 de octubre de 1978 (RA 3.141) etc. hasta las sentencias más actuales.

3. Con un inicio y un final que pueden delimitarse claramente, y una duración corta, que puede extenderse desde minutos, hasta algunos días, desapareciendo sin dejar huellas, aunque este último requisito no siempre puede darse, puesto que en las personas en las que existe un fondo patológico, difícilmente puede desaparecer sin huellas, sin embargo la apreciación doctrinal se refiere a huellas de actividad de la anormalidad psicológica. El ejemplo típico lo constituye un estado crepuscular epiléptico en el que una vez resuelto el episodio crítico (el estado crepuscular) desaparece el TMT, pero persiste la epilepsia que puede ser evidenciada, por ejemplo a través de un registro EEG.
4. De ningún modo puede ser provocado por el sujeto, bien sea para facilitar una decisión, para aportarse valor, o para ampararse en una exención ante la responsabilidad de sus actos.

En la práctica se hace muy difícil para el psiquiatra asegurar ante un tribunal que se han dado estos requisitos, con la intensidad requerida, teniendo en cuenta que el examen pericial se hace con posterioridad a los acontecimientos, y el psiquismo del reconocido no presenta, por tanto, ningún tipo de alteraciones, no pudiéndose tampoco recurrir normalmente a otras opiniones técnicas coincidentes, puesto que la brevedad del trastorno hace que en general no exista necesidad y se evite la asistencia psiquiátrica.

Por estas razones la opinión psiquiátrica española se muestra favorable mayoritariamente a la exigencia de base patológica o cualidad morbosa, dejando los trastornos mentales producidos por hechos puramente emocionales para otros supuestos que se recogen en la legislación, distribuyendo las alteraciones psíquicas intensas y pasajeras que configuran el cuadro clínico del TMT en algunas de las siguientes modalidades:

- a) episodios psicóticos de breve duración (psicosis exógenas / formas de reacción exógena / psicosis reactiva breve / algunas formas del trastorno esquizofreniforme / algunas formas de las psicosis atípicas).
- b) la variante de las reacciones vivenciales anormales que cursa con trastornos de la conciencia.
- c) las formas psicopatológicas de las intoxicaciones agudas (alcohol / psicotropos / ciertos medicamentos).
- d) un grupo de 'estados excepcionales' dominados por el agotamiento, el sueño, el dolor intenso, el éxtasis, la rabia, la cólera, la angustia...

en los que la escuela alemana (EHRHARDT Y VILLINGER, 1961) consideran que tienen “el valor de enfermedad” para la psiquiatría forense, y que pueden acompañarse de una grave alteración de la conciencia.

En relación a la aplicación del TMT, es clara la reserva que se hace por parte de los tribunales, puesto que a la dificultad de aportar los datos periciales con la fuerza probatoria requerida, se une las abundantes propuestas de la aplicación por parte de la defensa, ante situaciones confusas que no reúnen todas las exigencias jurisprudenciales, con la dificultad de valorar cuantitativamente la alteración de las funciones mentales ante vgr. una intoxicación por psicotropos, en la que se desconocen datos imprescindibles, como dosis consumida, pureza de la sustancia, tiempo transcurrido desde el consumo etc., o en las reacciones vivenciales anormales con la complejidad y variedad de las respuestas psíquicas. Por eso se ha tratado de evitar que el TMT se convierta en un cajón de sastre en donde se incluyan verdaderos delincuentes habituales, con las negativas repercusiones sobre la seguridad y la alarma social. MUÑOZ CONDE ⁽⁶⁷⁾ añade que la reserva en la aplicación de la eximente por TMT se debe muchas veces a una actitud preventiva más que a una apreciación objetiva de los daños psicopatológicos.

4.3. La minoría de edad.

La edad a partir de la cual se ha considerado al sujeto imputable se ha ido ampliando en los distintos Código Penales: se establecía en siete años en el CP de 1822; nueve años en el de 1848 y 1870, llegando hasta los dieciséis años actuales que expone el CP en el art. 8.2º al precisar que está exento de responsabilidad criminal: “*El menor de dieciséis años*”.

El fundamento de la naturaleza excluyente de la responsabilidad criminal en el menor, parece apoyarse en la presencia del inconcluso proceso de maduración biológica, psicológica, educacional y del aprendizaje que existe cuando no se han cumplido los dieciséis años, de lo que se desprende que el menor posee una insuficiente o anormal capacidad valorativa respecto al Derecho, lo que le lleva a una situación de “incapacidad de culpabilidad”. Sin embargo resulta difícil admitir que el corte cronológico constituya una base sólida que sustente plenamente a las razones aludidas, puesto que si dirigimos una mirada

(67) F. Muñoz Conde: “La imputabilidad del enfermo mental”, *Psicopatología*, 2, 2 (127-134), 1982, pág. 132.

a los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina penal requieren a los mayores de dieciséis años, hemos de considerar que carece de fundamento la estimación de la falta de la capacidad de culpa por la “anulación completa” de las facultades mentales, que reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina han venido exigiendo para eximir de la responsabilidad criminal, puesto que la “inteligencia” y la “voluntad” pueden ser completas en un menor (algunas escuelas psicológicas consideran que a los catorce años la inteligencia ha llegado a su desarrollo total), y en cualquier caso no están “completamente anuladas” (al menos en las edades próximas a los dieciséis años), como la jurisprudencia expone reiteradamente para los adultos, y el conocimiento de lo legal normalmente puede estar bastante desarrollado, a través de la información proporcionada por la familia, la escuela y los sistemas de comunicación social. Pero además, la psicología evolutiva ha dejado de plantearse la infancia para hablar de la evolución, como un continuo que se inicia con el nacimiento y se extiende hasta la muerte, significando el corte cronológico una cuestión que carece de sentido.

Por todo esto, deberán existir otras razones que, ampliando y complementando las aludidas, justifiquen el corte cronológico que utiliza la legislación. En efecto han surgido opiniones basadas en un planteamiento de tipo preventivo, opuestas a las que, con un criterio solamente culpabilístico, han propuesto rebajar la mayoría de edad penal hasta los quince años ⁽⁶⁸⁾, que consideran que *“los menores no deben ser castigados como los mayores ni ir a la cárcel como ellos, sino que han de ser objeto de medidas educativas no penales, sino preventivas”* ⁽⁶⁹⁾, proponiendo la elaboración de un auténtico “Derecho Penal para jóvenes” que responda a la compleja problemática que desde puntos de vista estrictamente preventivos, plantea la delincuencia juvenil ⁽⁷⁰⁾.

En la práctica de la aplicación del eximente por la minoría de edad no se plantean problemas especiales, y carece de interés para la psiquiatría forense, puesto que la acreditación de la circunstancia de ser menor de edad, y la aplicación de la eximente, no requiere un estudio previo de su estado mental, sin embargo hay dos cuestiones de interés en relación al estado mental del menor de edad.

La primera cuestión es el tratamiento del menor que además es enajenado: ¿se le entrega al Tribunal Tutelar de Menores (art. 8.2º), o se interna en

(68) H. Oliva García, *op. cit.*, pág. 120.

(69) S. Mir Puig, *op. cit.*, pág. 516.

(70) H. Oliva García, *op. cit.*, pág. 121.

un establecimiento de enfermos mentales (art. 8.1º)? MIR PUIG se inclina por la segunda solución, sin embargo conviene aclarar que las posibilidades reales del internamiento de un menor enajenado en un centro adecuado son mínimas, puesto que no existen tales centros, por lo que se les suele dirigir a instituciones donde se acogen retrasados mentales profundos, que no benefician ni propician la curación del menor, o a centros psiquiátricos pensados para adultos, que hacen muy difícil la puesta en práctica del programa adecuado de tratamiento de menores.

La segunda cuestión es el menor-delincuente. Si a estos menores hay que educarlos, no tiene sentido internarlos en centros especiales (reformatorios), donde predomina un criterio restrictivo, interrumpiendo el proceso normal de formación del menor, máxime si ya han terminado la educación general básica.

Lamentablemente esta cuestión no está resuelta, puesto que no existen fases intermedias de Derecho Penal juvenil, ni centros debidamente dotados (al menos en nuestra Comunidad) lo que implicaría la consideración de una serie de variables psicológicas y sociales, que deberían tenerse en cuenta en el momento de la toma de la decisión judicial referente al destino del menor que ha delinquido.

4.4. *La alteración de la percepción.*

La reforma del CP de 1983 (art. 8.3º) sustituye la sordomudez —que se consideró atenuante en el CP (art. 65.4º) de 1928, y eximente en el CP de 1932— por una redacción completamente nueva y original: *“el que por sufrir alteración de la percepción desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”*.

Hasta la reciente reforma, la doctrina ha criticado la exigencia legal de que el sordomudo tenga que carecer totalmente de instrucción para que pueda ser considerado inimputable, tal como parecía exigir el CP, puesto que la inimputabilidad no puede sustentarse en la ausencia de instrucción y escolarización, sino en la falta de la capacidad valorativa respecto a las normas. Sin embargo puede entenderse que la minusvalía física ha impedido tanto la adquisición de conocimientos académicos, como el desarrollo de algunas de las funciones psíquicas imprescindibles para tener un conocimiento de la realidad objetivo y ponderado, significando la carencia total de instrucción un marcador de la ausencia de la capacidad valorativa, por lo tanto no son la sordomudez ni la falta de instrucción, lo que hacen al sujeto inimputable, sino la limitación que la minus-

valía impone en el desarrollo de las facultades psíquicas, lo que da lugar a que *“el sordomudo va a tener gravemente alterada la conciencia de la realidad; esto es, que va a ser incapaz para conocer el valor de sus propios actos, lo que por definición lo hace inimputable”* (GISBERT CALABUIG) ⁽⁷¹⁾. Sin embargo, aun en el caso de la carencia total de instrucción, el nivel de desarrollo psicológico no es el mismo en todos los sordomudos, puesto que está en función de muchas variables internas (inteligencia, voluntad, etc.) y externas (edad de la instauración, etiología de la lesión, medio familiar y social etc.).

Además de la sordomudez, otras circunstancias o deficiencias somáticas pueden interferir y limitar el desarrollo madurativo del individuo, y pueden conducir a situaciones idénticas a las que se llega por la incomunicación de la sordomudez.

El cambio establecido en 1983 parece que pretende subsanar las limitaciones de la anterior redacción. Sin embargo los nuevos términos que utiliza el CP han sido criticados, por su falta de claridad, desde el derecho y desde la psiquiatría:

MIR PUIG se queja de que *“nada dice, lamentablemente, la Exposición de Motivos de la Reforma de 1983 acerca del fundamento y del alcance imaginado para la nueva figura de la alteración de la percepción... Y es grave que una modificación tan novedosa se introduzca sin ninguna aclaración ni fundamentación”* ⁽⁷²⁾.

En la psiquiatría clínica se consideran como alteraciones de la percepción una serie de trastornos psicopatológicos que muchas veces son síntomas asociados de diversos síndromes psiquiátricos, en ocasiones de naturaleza psicótica, tales como los trastornos esquizofrénicos u otros grupos de psicosis, también aparecen frecuentemente en las intoxicaciones agudas o crónicas por algunas sustancias psicótropas tales como el alcohol o la cocaína y otras, y en ciertas psicosis exógenas (las ilusiones y las alucinaciones son trastornos de la percepción en el lenguaje psiquiátrico), lo cual está muy lejos de la sordomudez, a la que sustituye, y por tanto del espíritu que parece desprenderse de la nueva figura legal, sobre todo si tenemos en cuenta que se trata de *“alteración en la percepción desde la infancia”*, lo que se entiende como la presencia mantenida de la alteración perceptiva de forma continuada durante el proceso madurativo

(71) J.A. Gisbert Calabuig, *op. cit.*, 1983, pág. 611.

(72) S. Mir Puig, *op. cit.*, pág. 519.

del individuo, que evidentemente la aleja de las alteraciones perceptivas episódicas que se producen en algunos cuadros de la psicopatología psiquiátrica.

El proceso de la percepción normal se realiza a través de las siguientes fases: presencia de la señal-estímulo / activación de los órganos sensoriales / transmisión de la información por las vías nerviosas a los centros de procesamiento / procesamiento de la información en el sistema nervioso central / conservación / respuesta.

Cualquier falta o deficiencia en alguna de las secuencias del proceso de percepción, mantenidas desde el nacimiento o la infancia, impedirán el mecanismo normal de captación, asimilación, procesamiento,... etc. de los datos que se obtienen del medio exterior, y consecuentemente de la posibilidad de utilizar esa información que se adquiere con el transcurso del tiempo y que forma parte del proceso de maduración psicológica que configurará en el futuro al sujeto, impidiendo la formación de "la conciencia de la realidad".

Algunas de las causas etiológicas que alteran el desarrollo normal del fenómeno perceptivo ya están incluidas en otros supuestos de exención, como las lesiones encefálicas desde el nacimiento o la infancia, que dan lugar a importantes deficiencias psicológicas, normalmente de la función intelectual, o las psicosis orgánicas sintomáticas a lesiones cerebrales, que se incluyen dentro de la figura del enajenado. Pero existen otras deficiencias, además de la sordomudez con sus distintas posibilidades etiopatogénicas (desde la lesión del órgano receptor, hasta los centros cerebrales de procesamiento del lenguaje oral, pasando por las vías nerviosas de transmisión), que podrían acogerse en la reciente figura legal, como las que se producen a consecuencia de la falta del estímulo perceptivo adecuado, mantenido desde la infancia, tanto en los aspectos cuantitativos como cualitativos. Tal situación puede darse en un sujeto que ha crecido en una situación de aislamiento social y cultural intensos y mantenidos durante el proceso madurativo, que lo sitúa muy próximo al sordomudo que carece totalmente de instrucción, que la jurisprudencia venía requiriendo antes del cambio del 83. Un ejemplo extremo de esta situación podríamos encontrarlo en un individuo perteneciente a un grupo salvaje amazónico, alejado totalmente de la civilización, el cual no presenta trastornos morbosos de la inteligencia ni de la voluntad, está perfectamente adaptado a su medio, y por lo tanto no reúne totalmente los requerimientos de la enajenación, sin embargo es evidente que tiene alterada la conciencia de la realidad, al menos de nuestra realidad social, y anulada la capacidad valorativa respecto al Derecho.

La jurisprudencia tendrá que aclarar y definir el contenido del nuevo concepto en el futuro, y la peritación médica en este supuesto tendrá que esclarecer muchas cuestiones que seguramente se plantearán.

4.5. *El miedo insuperable.*

La situación del miedo insuperable, como causa eximente de la responsabilidad criminal, queda recogida en el CP en el art. 8.10º: *“El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor”*.

Desde el punto de vista psicológico, el miedo es una emoción primitiva, de finalidad defensiva, vinculada al instinto de conservación del individuo. Se admite que esta circunstancia surge en personas absolutamente normales en las que una reacción vivencial anómala e intensa, reactiva a una situación que produce un miedo intenso, condiciona que la voluntad actúe bajo la presión de un fuerte impacto de pánico que la anula intensamente, afectando de modo significativo a la voluntariedad de proceder, y por tanto a la capacidad de elegir, según se recoge en STS recientes ⁽⁷³⁾.

Las exigencias que ha reiterado la jurisprudencia pueden resumirse en las siguientes:

1. que el miedo intenso se haya producido por estímulos conocidos, evidentes y ciertos.
2. que producen una reacción angustiosa intensísima caracterizada por la presencia de un estado emocional de tal intensidad, que priva al sujeto de la posibilidad del uso normal de su raciocinio y del control del impulso voluntario, produciendo por tanto la anulación de la capacidad de autodeterminarse.
3. el miedo debe ser insuperable, o sea que las circunstancias que lo desencadenan y la situación en la que se desarrolla deben de impedir que pueda ser dominado o mentalizado. O dicho de otra forma, que cualquier persona, en la misma situación, responda de forma similar.

Las circunstancias que aparecen en esta figura legal la sitúan muy próxima al TMT, existiendo situaciones de “miedo insuperable” que encajarían totalmente en el TMT. Valgan como ejemplo los estados en los que un estímulo

(73) SSTS de 29 de abril de 1988; de 5 de julio de 1988; de 2 de noviembre de 1988; de 16 de diciembre de 1988.

atemorizante intenso (con las condiciones que exige la jurisprudencia), actúa en un individuo que sufre trastornos fóbicos. La diferencia de los dos supuestos legales está en que en el TMT hay un predominio de las alteraciones de la conciencia en el sentido de la reducción del campo de la misma, mientras que en el miedo insuperable hay una deficiencia en el control emocional cuya consecuencia es una conducta automática, no meditada e impulsiva.

El estado mental del sujeto que sufre una situación de “miedo insuperable” se puede identificar con el “trastorno por angustia” (pero producido por estímulos reales) que se admite como una categoría diagnóstica de la psiquiatría clínica actual, cuya manifestación clínica está constituida por síntomas psicológicos y orgánicos (objetivables) entre los que se encuentran: falta de aliento o sensación de ahogo; mareo, inestabilidad; palpitaciones y taquicardia marcada; temblor o sacudidas; sudoración; sofocación; náuseas o molestias abdominales; despersonalización; parestesias corporales; escalofríos; dolor precordial; miedo a morir; miedo a la locura etc. de gran interés legal para el diagnóstico objetivo del estado mental, puesto que la reacción de miedo no depende sólo del agente que lo produce, sino de los factores personales y la reactividad de los individuos, que pueden introducir variaciones de intensidad notables, que de poder ser registrados, serían muy útiles para diagnóstico psiquiátrico de esta situación psicológica. Sin embargo hay que recordar que la inclusión en este supuesto legal no parece depender de las variaciones en la intensidad de las respuestas emotivas individuales, y más aún ante la difícil cuantificación, efectuada a posteriori, por eso la jurisprudencia ha exigido que el miedo, con la intensidad mínima requerida, debería de aparecer en cualquier persona, en las mismas circunstancias, introduciendo un criterio generalizador de base objetiva.

La segunda parte de la redacción de esta figura legal dice que el miedo ha de serlo de “*un mal igual o mayor*”. La apreciación de este requisito por el sujeto que delinque es muy difícil en la práctica, puesto que una persona que se encuentra en la situación psicológica de la crisis de angustia no está en condiciones de valorar la intensidad del mal, y mucho menos de comparar el mal que produce con el que le acecha, actuando de forma impulsiva e incontrolada (precisamente en esta ausencia de voluntariedad se basa el criterio de inimputabilidad).

La jurisprudencia precisa que el mal sea real y conocido, con lo cual separa el “miedo insuperable” de los trastornos psíquicos en los que se producen estados mentales similares, sin estímulo externo (estados delirantes o alucinatorios; crisis de pánico psicógenas) cuya diferencia queda marcada por el origen

de la crisis, que en el segundo caso procedería de un fondo patológico individual, que lo aleja de este supuesto legal y lo aproxima al “enajenado” o al TMT.

5. COMENTARIOS FINALES

El análisis de las figuras legales que conducen a la exención de la responsabilidad criminal, y por tanto a la inimputabilidad, permite considerar como referencia común la capacidad de control del comportamiento antijurídico de los individuos, estableciéndose la separación entre inimputables e imputables en función al grado de alteración de la consciencia, de la inteligencia y de la volición de la ilicitud, vinculadas al nivel de “libertad” en el momento de realizar los hechos, admitiendo que el hombre que es y está psíquicamente normal cuando suceden los hechos es libre, y por tanto responsable, para decidirse entre lo jurídico o antijurídico. Esta perspectiva obliga a adaptar los conceptos psiquiátricos a la escala valorativa jurídico penal, generalmente distante de la propia psiquiatría, ya que esta ciencia es competente para diagnosticar cuándo un sujeto es mentalmente enfermo, pero no puede medir la intensidad de la responsabilidad jurídico penal, que corresponde y es competencia de los sistemas jurídicos. Estas cuestiones se alejan de los conceptos psiquiátricos del enfermar psíquico y de la investigación psiquiátrico-psicológica, y han dado lugar a que se construyan esquemas de las “enfermedades mentales que eximen de la responsabilidad criminal” incluyendo en ellos algunas alteraciones que desde el punto de vista psiquiátrico no son auténticas enfermedades.

Nuestro ordenamiento jurídico admite la situación de responsabilidad atenuada “cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos” (art. 9.1º) refiriéndose al enajenado y al trastorno mental transitorio, y otras figuras como “la embriaguez no habitual” (art. 9.2º) la de “obrar por estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad” (art. 9.8º) o “cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores” (art. 9.10º). Se escapa del propósito de este trabajo analizar estas figuras, algunas de las cuales se han nombrado de pasada por la proximidad con algunos de los supuestos del art. 8, sin embargo conviene, antes de terminar, comentar el trato legal que se da a los tres grupos de sujetos que cometen delito: los imputables, los semiimputables y los inimputables. A los dos primeros se les considera merecedores de pena puesto que tienen, o no han perdido totalmente, la

posibilidad de ejercer un control de su comportamiento antijurídico, mientras que al último grupo se le exime de la pena, pero se considera su peligrosidad potencial y/o su estado de morbilidad, y se les hace merecedores de medidas de internamiento. La responsabilidad parcial que da lugar a la estimación de la semiimputabilidad conduce a una reducción de la pena, pero ajusta las medidas terapéuticas a la duración de la pena, resultando una incongruencia la adopción de tales medidas de esa forma, puesto que muchas veces lo que requieren estos sujetos, que son enfermos mentales aunque no reúnen todos los requisitos jurídicos para la inimputabilidad, es un control preventivo o rehabilitador de los trastornos psíquicos, más prolongado (o más corto) que la duración de la pena, y un enfoque terapéutico idéntico al del inimputable.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERCA LORENTE, R.: *Psiquiatría y Derecho Penal*. Tecnos, Madrid, 1967.
- ALEXANDER, F.: *Psiquiatría Dinámica*. Paidós. Buenos Aires, 1962.
- ALONSO FERNÁNDEZ, F.: *Compendio de Psiquiatría*, 2ª ed. Oteo. Madrid, 1982.
- ALONSO FERNÁNDEZ, F.: "Causas de colaboración y debate entre la psiquiatría y la ley penal". *Psicopatología*, vol. 2, nº 2, abril-junio 1982.
- BARBERO SANTOS, M.: *Psiquiatría y Derecho Penal*. Tecnos. Madrid, 1965.
- CALCEDO ORDÓÑEZ, A.: "El peritaje psiquiátrico". *Poder Judicial*, nº 5, diciembre 1982.
- CALCEDO ORDÓÑEZ, A.: "Psiquiatría y ley". *Psicopatología*, vol. 2, nº 2, abril-junio 1982.
- CARRASCO GÓMEZ, J.J.: "Psiquiatría y Ley Penal". *Monografías de Psiquiatría*. Año III, nº 4, julio-agosto, 1991.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 1984.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: "La vertiente jurídica del peritaje psiquiátrico". *Psicopatología*, vol. 2, nº 2, abril-junio, 1982.
- FREEDMAN, A.M., KAPLAN, H.I. y SADOCK, B.J.: *Tratado de Psiquiatría*. Salvat, 1982.
- GISBERT CALABUIG, J.A.: *Medicina Legal y Práctica Forense: Psiquiatría Forense*. Valencia, 1958.
- GISBERT CALABUIG, J.A.: *Tratado de Medicina Legal y Toxicología*. 2ª ed. Valencia 1983.
- GÓMEZ COLOMER, J.L.: *Enfermedad mental y delito: Aspectos penales*. Civitas. Madrid, 1987.
- LÓPEZ IBOR, J.J.: *La responsabilidad penal del enfermo mental*. Real Academia de Medicina. Madrid, 1951.
- LÓPEZ GÓMEZ, L. y GISBERT CALABUIG, J.A.: *Tratado de Medicina Legal*. Valencia, 1962.
- Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. DSM-III-R. Masson S.A., Barcelona, 1988.
- MARCO RIBE, J., MARTÍ TUSQUETS, J.L. y PONS BARTRÁN, R.: *Psiquiatría Forense*. Salvat. Barcelona, 1990.
- MARTÍN GONZÁLEZ, F.: *Valoración de la inimputabilidad de los drogadictos y alcoholicos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Mesa Redonda sobre Imputabilidad y enfermedad mental. Las Palmas de G.C. 1989.
- MENGUAL I LULL, J.B.: *Enfermedad mental y delito: aspectos psiquiátricos*. Civitas. Madrid, 1987.
- MEZGUER, E.: *Tratado de Derecho Penal*. Madrid, 1955.
- MEZGUER, E.: *La culpabilidad en el moderno Derecho Penal*, traducción de J.M. Navarrete. Valladolid, 1956.
- MICÓ CATALÁN, F.: "Técnicas y tecnologías exploradoras del psiquismo. Búsqueda de marcadores del "estado mental". Ponencia de las XV Jornadas Españolas de Medicina Forense. Madrid, noviembre 1991.
- MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2ª ed., Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, S.: "Fundamento de la irresponsabilidad penal del inimputable. *Psicopatología*, vol. 2, nº 2, abril-junio, 1982.

- MUÑOZ CONDE, F.: "La imputabilidad del enfermo mental". *Psicopatología*, vol. 2, nº 2, abril-junio, 1982.
- OLIVA GARCÍA, H.: "Introducción a las bases doctrinales de la imputabilidad". *Psicopatología*, vol. 2, nº 2, abril-junio, 1982.
- PELICIER, Y.: "Bases filosóficas de la responsabilidad penal". *Psicopatología*, vol. 2, nº 2, abril-junio, 1982.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.: *Derecho Penal Español. Parte general*, 9ª ed., Madrid 1985.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.: *Los delincuentes mentalmente anormales*. Madrid, 1963.
- TALBOTT, J.A., HALES, R.E. y YUDOFKY, S.C.: *Tratado de Psiquiatría*. Áncora, Barcelona, 1988.
- TORIO LÓPEZ, A.: "Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de "enajenación". *Psicopatología*, vol. 2, nº 2, abril-junio, 1982.
- VALLEJO NÁJERA, J.A.: *Introducción a la Psiquiatría*. Científico Médica, 6ª ed., Barcelona, 1971.
- VALLEJO RUILOBA, J.: *Introducción a la psicopatología y la psiquiatría*. Salvat, 3ª ed., Barcelona, 1991.