



*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS

TERCERA ÉPOCA

Año XXXIX

Enero - Abril

1996

S U M A R I O

	Págs.
<i>“El derecho e injerencia Internacional”</i> por doña MARÍA DEL CARMEN MÉNDEZ ALTOZANO.....	9
<i>“La propiedad inmobiliaria en la gestión urbanística: las facultades urbanísticas”</i> por don MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA.....	23
<i>“Incidencia del Régimen Económico Fiscal de Canarias en las actividades económicas ligadas al Time-Sharing”</i> por don ARTURO MORA GARCÍA ..	57
<i>“En torno a diez años de la Ley Cambiaria y del Cheque”</i> por don RAFAEL TRUJILLO PERDOMO	73
<i>“El Tribunal del Jurado - Examen de L.O. 5/1995 de 22 de Mayo”</i> por don JOSÉ VICENTE REIG REIG.....	85

EL DERECHO E INJERENCIA INTERNACIONAL

M^a CARMEN MÉNDEZ ALTOZANO

SUMARIO

- 0. INTRODUCCIÓN.
- I. ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN.
- II. NOCIÓN Y ELEMENTOS.
 - A) La utilización de métodos coactivos.
 - B) El dominio reservado estatal.
- III. EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN Y LA LIBRE ELECCIÓN DEL SISTEMA POLÍTICO.
- IV. EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS.

INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo se escuchan voces en favor de instaurar una regla general internacional como es el derecho o deber de injerencia. El mismo significaría la posibilidad para un estado o grupo de estados de intervenir para defender violaciones graves y flagrantes de derechos humanos ocurridas en terceros países.

Fue con ocasión de la guerra del Golfo en 1991 y con motivo de las violaciones de derechos humanos a la población kurda en Iraq cuando de manera casi general, personalidades provenientes del mundo político, diplomático, medios de comunicación e incluso Organizaciones No Gubernamentales, comenzaron a hablar de la necesidad de establecer un nuevo derecho de injerencia internacional; derecho que reformaría el Derecho Internacional Público clásico echando abajo el principio de no intervención.

Es más, la Resolución 688 de 5 de Abril de 1991 y adaptada por el Consejo de Seguridad con ocasión de los acontecimientos mencionados en el Kurdistán Iraquí, ha sido la excusa para afirmar una hipotética consagración de dicho derecho de injerencia permitiendo de este modo y como dijimos, intervenciones armadas unilaterales.

No cabe duda que, como afirma Salmon⁽¹⁾, la fórmula es llamativa planteando el problema de justificar la oposición a tal loable finalidad.

En realidad el denominado derecho de injerencia y su problemática inherente (derechos humanos y libertades fundamentales versus principio de no intervención) no hace sino volver a poner de actualidad la indefinición jurídica que ha perseguido desde sus orígenes al principio de no intervención⁽²⁾.

Conviene además tener muy presente que el principio de no intervención es el que más se presta a manipulaciones, abusos e interpretaciones arbitrarias por parte de las potencias. De ahí que la idea de un derecho o deber de injerencia deba ser analizada cuidadosamente y muy especialmente sus posibles aplicaciones concretas.

(1) Vid. SALMON, J.A. en CORTEN, O. y KLEIN, P.: *Droit d'ingerence ou obligation de reaction?*, Bruylant, Université de Bruxelles, 1992, Prólogo, pág. VII.

(2) Vid. por ejemplo y respecto al proceso de elaboración de dicho principio PÉREZ VERA, E.: *Naciones Unidas y los principios de la coexistencia pacífica*, Tecnos, col. Ciencias Sociales, Madrid, 1973, págs. 60-67.

I. ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN

Implícito en la Carta de las Naciones Unidas fue, no obstante, recogido expresamente en la Resolución 2.625 que proclama el “Principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los estados”⁽³⁾.

Históricamente y al igual que ocurre con otros grandes principios internacionales contemporáneos y con los cuales guarda estrecha relación, tales como el principio de no uso de la fuerza, el de igualdad de soberanía de los estados y el de libre determinación de los pueblos, ha llevado tiempo en imponerse. De hecho fue completamente extraño a la práctica interestatal durante el siglo pasado y primera mitad del siglo XX⁽⁴⁾. Esto hizo que en los primeros intentos de formulación de este principio se tratase de imponer por parte de los países occidentales una diferenciación entre intervenciones lícitas e ilícitas; distinción que fue vehementemente rechazada por parte de las entonces denominadas democracias populares y los países del tercer mundo.

La razón no era otra que, históricamente, las denominadas intervenciones lícitas no han sido sino causas justificativas para afirmar los propios intereses nacionalistas y egoístas de ciertas potencias, y entre estas excusas cabe poner en un lugar destacado las llamadas intervenciones de humanidad, precedentes del actual derecho de injerencia. Tales excusas sirvieron para otorgar un velo de legitimidad, dados sus fines aparentemente loables, a auténticas violaciones de la independencia y soberanía estatal.

No puede extrañar, por tanto, que la propia jurisprudencia internacional, en las pocas ocasiones que ha tenido de pronunciarse al respecto, haya condenado firmemente el “pretendido derecho de intervención” que no puede contemplarse sino como

“manifestaciones de una política de fuerza que ha dado lugar en el pasado a abusos de extrema gravedad y no puede, cualesquiera que sean las insuficiencias de la organización internacional actual, ser admitido en el derecho internacional”.

(3) Esta regla estuvo anteriormente presente en la Resolución 2.131 así como también ha sido recogida en diversos tratados como el artículo 18 Carta O.E.A.

(4) Basta recordar a modo de ejemplo la política intervencionista de la Santa Alianza en defensa de La Legitimidad dinástica; la Revolución Francesa; la teoría de la defensa de los intereses vitales o las intervenciones financieras contra las que se alzó la doctrina Drago —ministro de Asuntos Exteriores argentino— y que proclamada en Diciembre de 1902 proponía la exclusión del recurso a la fuerza para la recuperación de créditos no pagados. Punto de vista que fue adaptado en la Conferencia de Paz de la Haya en 1907 e incorporado en el denominado Convenio Porter de 18 de Octubre de 1907.

Y “...aunque los ejemplos de vulneración del principio no sean escasos...”, dicho principio “...forma parte íntegra del derecho internacional consuetudinario⁽⁵⁾”.

Y es que como afirma Remiro Brotons⁽⁶⁾ no interviene quien quiere sino quien puede; de ahí que la instauración de un derecho de intervención aun condicionada “tendría siempre como titulares a los fuertes y como sujetos pasivos a los débiles”.

II. NOCIÓN Y ELEMENTOS

Según La Resolución 2.625 de la ONU el Principio de no intervención prohíbe

“...no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen...”

Igualmente se prohíbe no sólo la intervención directa como la indirecta, esto es

“...organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado”.

Finalmente se afirma

“...el derecho inalienable a elegir su sistema político, económico, social y cultural sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado”.

¿Quiere ello decir que los Estados no pueden reaccionar respecto de acontecimientos que suceden en el interior de otros países? Ciertamente no. A pesar de los términos tan absolutos y claros de la Resolución 2.625 tanto la doctrina como la práctica y la jurisprudencia internacionales han venido matizando el contenido del Principio de no intervención. Como afirmó el TIJ en 1986:

(5) Asunto Estrecho de Corfú, párrafo transcrito en el *Asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua* de 1986, traducción recogida en CASANOVAS Y LA ROSA, O.: *Casos y textos de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 651 y 652.

(6) REMIRO BROTONS, A.: *Derecho Internacional Público. Principios Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1982, pág. 85.

“La intervención prohibida debe, pues, recaer sobre materias respecto de las cuales el principio de soberanía de los estados permite a cada uno de ellos decidir libremente. Ello ocurre con la elección del sistema político, económico, social y cultural y con la formulación de la política exterior. La intervención es ilícita cuando utiliza medios de coerción respecto a esas elecciones, que deben permanecer libres”⁽⁷⁾.

Es el elemento de coerción el elemento “constitutivo de la intervención prohibida” y “forma parte de su propia esencia”.

Para que la regla de la no intervención sea aplicable debe poseer, por tanto, dos elementos constitutivos:

- a. Utilizar medios coactivos⁽⁸⁾.
- b. Tener como objetivo materias que entran dentro de los asuntos internos, es decir, del dominio reservado estatal.

A) La utilización de métodos coactivos

Dado que, por definición, el empleo de la fuerza es contrario al Derecho Internacional Público, este elemento coactivo resultaría superfluo si con él se estuviese prohibiendo sólo las intervenciones armadas. Dicha regla sirve especialmente y por el contrario para delimitar la legalidad o ilegalidad de ciertas intervenciones no armadas.

Existen, por ello, dos grandes categorías o modos de intervención prohibidas por el Derecho Internacional Público:

a) *Las intervenciones armadas*, tanto directas como indirectas. Son llevadas a cabo mediante el uso de la fuerza. Es aquí donde se plantea el problema denominado derecho o deber de injerencia ya que, recordemos, éste afirma la necesidad de intervenir por la fuerza para defender violaciones graves y flagrantes de derechos y libertades fundamentales.

b) *Las intervenciones no armadas*. Este tipo de intervenciones plantea el problema de saber cuáles son los comportamientos o situaciones lícitas, es decir, aquellos que forman parte del juego diplomático o de influencia y cuáles una auténtica injerencia prohibida por el Derecho Internacional Público.

(7) Vid. *Asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua* de 1986, traducción recogida en CASANOVAS y LA ROSA, O.: *Casos y Textos...*, pág. 653.

(8) Este elemento aparece asimismo en todos los textos internacionales referentes al principio de no intervención, tales como las Resoluciones 2.625 y 2.131, Carta O.E.A., Acta Final de Helsinki, etc.

En efecto no todo intento de influir en otro Estado constituye una intervención ilícita. La intervención prohibida es la coactiva o como definía el Derecho Internacional Público clásico la injerencia autoritaria, dictatorial ⁽⁹⁾.

Y si bien no existe en el Derecho Internacional Público una definición de lo que debe entenderse por “coacción” puede decirse que el comportamiento estatal será ilícito cuando es amenazante, subversivo o posee el carácter de ultimátum ⁽¹⁰⁾. Ello no obsta para que no siempre sea fácil de probar la existencia de una intervención condenable especialmente cuando nos hallamos ante medidas de carácter económico.

B) El dominio reservado estatal

Junto a la coacción éste es el segundo elemento que permite calificar un comportamiento estatal como legítimo o no desde el punto de vista del Derecho Internacional Público.

Parece hoy en día completamente superada la teoría clásica según la cual existían, por naturaleza, ámbitos que pertenecerían al dominio reservado estatal. Por el contrario es comúnmente admitido que el Principio que analizamos posee un claro carácter evolutivo y que la extensión de dicho dominio depende del propio desarrollo del Derecho Internacional. Dado que en la actualidad todo Estado es libre de elegir su régimen político, económico, social y cultural, debemos preguntarnos cuándo se conculcaría tal elección ya que tal fórmula, por sí sola, es demasiado vaga para que implique obligación concreta alguna.

En principio podemos decir que si tenemos en cuenta la evolución reciente (derechos humanos y libertades fundamentales, democracia, nuevo orden económico, etc.) es claro que el contenido de “asuntos internos” queda bastante restringido.

Las posiciones tanto doctrinales como jurisprudenciales al respecto no están claras, pudiendo apreciarse dos temas polémicos.

a.— La cuestión de la libre elección del sistema político.

b.— La cuestión de los derechos humanos y libertades fundamentales.

(9) Vid. CONFORTI, B.: *Le principe de non-intervention en Droit International, Bilan et Perspectives*, Pedone, Paris, 1991, pág. 490; ROLDÁN BARBERO, J.: *Democracia y Derecho Internacional*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 175.

(10) Vid. en este sentido CORTEN, O. Y KLEIN, P.: *Droit d'ingerence...*, cit., pág. 21. Estos autores, basándose fundamentalmente en el estudio del artículo 2.7. y Resoluciones de Naciones Unidas concluyen afirmando que el criterio que permite decidir es el paso de una simple recomendación a un verdadero ultimátum. Existe coacción cuando se cesa de discutir, rogar, solicitar o recomendar y se pasa a exigir o incluso a amenazar.

III. EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN Y LA LIBRE ELECCIÓN DEL SISTEMA POLÍTICO

La cuestión de la libre elección del régimen político debe abordarse con prudencia ya que si no se puede caer en la idea de que la democracia de corte occidental es el mejor sistema político. De hecho los países “democráticos” constituyen una minoría mundial y los regímenes totalitarios, dictatoriales o teocráticos están a la orden del día. No obstante es claro que el Derecho Internacional excluye un principio de legitimidad obligatorio ya que de otro modo y a contrario sensu, se estaría dando paso a la regla de intervención.

La indefinición del Derecho Internacional en este campo es evidente no existiendo criterios claros y sí grandes dosis de contradicción⁽¹¹⁾. Por otro lado la práctica internacional conoce de muchísimos ejemplos en que los Estados enuncian juicios de valor y reacciones que demuestran más que nada preocupación por lo que sucede en el interior de un Estado. Tales posiciones son, en todo caso, lícitas ya que no poseen carácter coactivo. Cosa diferente es discutir la bondad o no de un determinado régimen político, hecho que no corresponde al Derecho Internacional Público. Ciertamente asistimos a una consolidación de la democracia como valor político; no obstante, la cautela debe presidir en un tema en el que no existen criterios claros.

En esta contradicción la que explica la posición del TIJ en el *Asunto Nicaragua* de 1986⁽¹²⁾ en la que se rechazó una de las excusas de Estados Unidos para justificar su intervención en Nicaragua: la ideología y el carácter totalitario del gobierno sandinista nicaragüense. Para el Tribunal

“Las orientaciones políticas internas pertenecen a su competencia exclusiva, siempre por supuesto que no violen una obligación de Derecho Internacional...”

Es más

“...la adhesión de un Estado a una doctrina específica no constituye una violación del derecho internacional consuetudinario; sostener lo contrario equivaldría a vaciar de sentido el princi-

(11) Vid. en este sentido y a modo de ejemplo la Resolución ONU 36/162 de 16.12.1981 y su condena de todas la ideologías y prácticas totalitarias o similares, en particular nazis, fascistas o neofascistas; o la Resolución ONU 44/147 de 15.12.1989 sobre el respeto de los principios de la soberanía nacional y de la no injerencia en los asuntos internos en lo relativo a los procesos electorales.

(12) Vid. *Asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua* de 1986, traducción recogida en CASANOVAS Y LA ROSA, O.: *Casos y Textos...*, págs. 675 y 677.

pio fundamental de la soberanía del Estado, sobre el que descansa todo el derecho internacional y la libertad que un Estado tiene de elegir su sistema político, social, económico y cultural”.

El principio de soberanía de un Estado implica, por ello, que dentro del campo de su política interior un Estado es libre para optar por una determinada ideología o un sistema político determinado. Los problemas surgen a la hora de averiguar si efectivamente ha habido o no libertad de elección. En este sentido podemos decir que existe una presunción *iuris et de iure* de que, al menos cuando el Estado está dotado de instituciones democráticas, los pueblos realizan libremente su elección política. Esta afirmación no agota, sin embargo, el problema. Son las dictaduras las que, precisamente, defienden con todos los medios a su alcance el carácter sacrosanto de la soberanía nacional. Frente a estas situaciones los medios de acción de que posee el actual Derecho Internacional son, sin embargo, escasos y limitados casi siempre a la condena de ese tipo de regímenes⁽¹³⁾.

En el momento actual del Derecho Internacional no existe ninguna norma contemporánea que contenga un derecho de intervención en apoyo de la oposición interna de otro Estado cuya causa aparezca como digna, política o moralmente. Es más: debe tenerse presente que la situación geopolítica internacional, la acción en este campo de los Estados desarrollados, influye poderosamente en toda esta materia. De ahí que resulte, por lo demás, paradójico que sean ciertos Estados poderosos y fuertes quienes más defienden un hipotético derecho de intervención ante ciertas situaciones mientras apoyan indiscriminadamente regímenes totalitarios en otros lugares. Pregonar las bondades de la democracia es una cosa; otra muy distinta imponerla o llevarla a la práctica. Por otra parte conviene no olvidar que estamos ante un principio muy politizado en donde no existe autonomía ni independencia para que sujetos diferentes de los Estados, tales como las Organizaciones Internacionales, puedan actuar libremente.

IV. EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

El carácter evolutivo que posee la noción de asuntos internos se aprecia claramente en el campo de los derechos humanos y libertades fundamen-

(13) Otra forma de presión utilizada ha sido el embargo decretado por el Consejo de Seguridad. Solución que ha resultado ser poco satisfactoria dado el abuso que del mismo ha realizado la ONU y que rara vez perjudica a los regímenes que se intenta sancionar.

tales y que fue tradicionalmente considerado dentro del dominio reservado de los Estados. Solución que no se sostiene en la actualidad. Hoy parece admitido que el Principio de no Intervención no juega en el caso de violaciones masivas y flagrantes de derechos humanos⁽¹⁴⁾. Y si bien no existe unanimidad doctrinal al respecto parece que se está consolidando la opinión de que sí existe una regla general que exige el respeto de ciertos derechos humanos.

Se impone así una jerarquización que incluiría las prácticas particularmente inhumanas tales como el genocidio, apartheid, ejecuciones en masa, y en general los derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos del Hombre. Tales derechos son inderogables y su violación calificable de inexcusable por parte de la doctrina mayoritaria. Su cumplimiento estaría basado en los principios de humanidad y civilización.

La exigencia de su cumplimiento no puede ser calificable de ilícita y por tanto prohibida por el Derecho Internacional. Por el contrario y como afirmara el Instituto de Derecho Internacional en su Resolución de 1989 citada

“Las medidas tendentes a asegurar la protección colectiva de los derechos humanos están especialmente justificadas cuando responden a violaciones particularmente graves, especialmente violaciones masivas o sistemáticas”.

De hecho esta regla ha permitido y permite cierto tipo de intervenciones de carácter humanitario. La ayuda humanitaria no está prohibida siempre y cuando, como sostuvo el TIJ en 1986 en el *Asunto Nicaragua* citado, no tenga la apariencia de una amenaza de intervención armada o cualquier otra medida de intimidación. Debe limitarse a lo que es estrictamente necesario y no ser discriminatoria. Finalmente debe centrarse en los fines consagrados por la práctica de la Cruz Roja (prevenir y aliviar el sufrimiento humano y proteger la vida y la salud así como velar por el respeto de la persona humana⁽¹⁵⁾).

Es decir, puesto que ciertos derechos humanos no forman parte del dominio reservado estatal, la exigencia de su cumplimiento o la censura al país mientras no sea por la fuerza está permitida internacionalmente. No habría por ello necesidad alguna de crear un derecho de injerencia al respecto.

(14) Vid. en este sentido la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 13.9.1989 sobre protección de los derechos del hombre y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados.

(15) Vid. *Asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua* de 1986, traducción recogida en CASANOVAS Y LA ROSA, O.: *Casos y Textos...*, pág. 670.

Sin embargo la intervenciones humanitarias inicialmente inspiradas en el deseo de protección de las personas (nacionales o extranjeras), han resultado ser una de las mejores excusas para poner en marcha una política imperialista. Han constituido un velo de legitimidad a los auténticos motivos de la intervención: políticos y económicos. Así la regla ha sido claramente más o menos invocada en diversas acciones de fuerza sin que pueda verse realmente el móvil humanitario ⁽¹⁶⁾.

Dados estos antecedentes cabe preguntarse si es posible sostener la aparición del denominado derecho de injerencia y no verlo como una simple actualización de las mal denominadas *intervenciones humanitarias* ⁽¹⁷⁾. Es decir, ¿cabe la posibilidad hoy en día de reaccionar también por las armas a violaciones graves de derechos humanos y libertades fundamentales?

A pesar de la práctica estatal se puede decir que el Derecho Internacional lo único que legitima son reacciones y medidas estatales de carácter no armado ⁽¹⁸⁾. Es cierto, sin embargo, que uno de los problemas existentes para hacer efectiva la ayuda humanitaria es la necesidad de contar con el consentimiento estatal. Y si bien tal consentimiento no posee un carácter absoluto no obstante parece claro que el uso de la fuerza está totalmente prohibido. Es más, la acción de las organizaciones humanitarias se ve, a menudo, afectada por la negativa de los propios Estados, en base al principio de soberanía nacional, a dejarlas entrar fuera del ámbito estricto que cubre el derecho humanitario (esto es, limitado al campo de batalla).

Es en este sentido en el que Organizaciones no Gubernamentales y parte de la doctrina comenzaron a proclamar la necesidad de instaurar el "derecho o deber de injerencia". Con el mismo se trataba de asegurar el libre

(16) Cabe citar, por ejemplo, la intervención europea en Turquía a principios del siglo XX en defensa de la minoría cristiana; la intervención de los Estados Unidos de América en Santo Domingo en 1965, en Granada en 1983, Nicaragua en 1986 o Panamá en 1989; la intervención de la India en Bangla Desh en 1971 que hizo posible la independencia de este estado de Pakistán; la intervención vietnamita en Camboya; de Francia en la República Centroafricana, etc.

(17) Recordar que el Derecho Internacional clásico ciertamente admitía la licitud de intervenciones armadas de carácter humanitario. De hecho las mismas no fueron contestadas sino tras la Segunda Guerra Mundial; lo cual no puede extrañar dados los principios internacionales vigentes en donde el empleo de la fuerza no estaba prohibido al menos radicalmente.

(18) Es más, la Resolución 688 adoptada por el Consejo de Seguridad el 5 de Abril de 1991 con ocasión de los acontecimientos en el Kurdistán Iraquí no supuso, como algunos afirman, una consagración práctica de la regla de la intervención. Por el contrario fue respetuosa con la soberanía e integridad territorial de Iraq, aun cuando ciertamente su intención fue la de desplegar una fuerte presión política sobre Iraq.

Para un análisis de la misma Vid. CORTEN, O. Y KLEIN, P.: *Droit d'ingérence...*, págs. 222 y ss; PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 305.

acceso a las víctimas en todo tipo de situaciones de urgencia, catástrofes, etc. y no únicamente en conflictos armados. De hecho desde finales de los años ochenta este tipo de acciones han venido siendo consagradas por la práctica internacional, asistiendo a una evolución que ha llevado al establecimiento, bajo supervisión de la ONU, de zonas preventivas o de seguridad, corredores humanitarios, etc. mediante la utilización de los “casco azul” o de fuerzas desplegadas por los Estados miembros tras la aprobación del Consejo de Seguridad⁽¹⁹⁾.

Ahora bien, en el establecimiento de un nuevo orden público humanitario no debe confundirse (y debe diferenciarse claramente) la ampliación de los poderes de la ONU con la posibilidad de intervenciones estatales armadas bajo coartada de unos fines humanitarios. Y es precisamente este aspecto al que personalidades políticas y diplomáticas aluden cuando se refieren al “derecho de injerencia”.

De introducirse el derecho de injerencia las potencias encontrarían en sus manos una nueva regla que posibilitaría, abiertamente, continuar con su política de influencia y dominación. Fueron los antecedentes de la denominada intervención humanitaria, cuyos fines loables fueron manipulados, quienes impusieron finalmente tras la Segunda Guerra Mundial una estricta reglamentación del uso de la fuerza. Es además paradójico que sea precisamente desde el Occidente de donde vengan las voces para su instauración cuando son precisamente países de larga tradición intervencionista.

Por lo que se refiere a la doctrina la respuesta no es unánime. Para los defensores del mismo la finalidad de este tipo de intervención se impone incluso por encima del principio de no uso de la fuerza. Su prohibición total únicamente tendría sentido si existiese un sistema institucional mundial que tuviera capacidad para proteger eficazmente los derechos humanos. Es más, autores como Corten y Klein afirman que este tipo de intervenciones armadas son hoy posibles en el marco del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, es decir, dentro del sistema de seguridad colectiva instaurado por dicha organización⁽²⁰⁾.

Por su parte la doctrina reacia a admitir intervenciones armadas humanitarias señala que sólo si la comunidad internacional consiguiese establecer un marco jurídico e institucional que evitase los inconvenientes cabría aceptarlas.

Aceptar un derecho de injerencia plantea a nuestro juicio, más cuestiones de las que resuelva: ¿Quién decidiría si se interviene o no? ¿Un estado?

(19) Vid. entre otros, BETTATI, M.: *L'ONU et l'action humanitaire*, Politique étrangère, núm. 3, 1993, pp. 643 y ss.

(20) Vid. CORTEN, O. y KLEIN, P.: *Droit d'ingérence...*, cit., pp. 193 y ss.

¿Un grupo de estados? ¿El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas? En definitiva sería el sujeto o sujetos intervinientes quienes decidirían según sus patrones ideológicos.

Dada la composición y antecedentes del Consejo de Seguridad —ya que la Asamblea General no posee competencias coactivas— esta solución está fuera de lugar. No hay que olvidar que una de las causas de la crisis de legitimidad de dicho Consejo ha sido la manipulación que del mismo han realizado las cinco grandes potencias. Como resultado de las misma detrás de la acción del Consejo de Seguridad se han podido encontrar consideraciones de índole nacional en aras de la defensa de sus diplomacias o estrategias particulares. De ahí que incluso en las acciones de la ONU cabría preguntarse cómo se puede impedir que tal derecho de injerencia sea utilizado para ocultar intereses espúrios.

No cabe duda que nos encontramos ante una crisis del Consejo de Seguridad y, por ende, de toda la ONU. La utilidad de esta organización es mayor cuanto más limitado sea su papel y centrado en la resolución de conflictos menores. La ONU carece de autonomía e independencia. Su éxito dependerá de que se enfoque su actividad hacia tareas sociales o humanitarias así como que se permita su intervención en conflictos internos para lo que hace falta que se reforme la Carta.

Por otro lado debe resaltarse que cuando los derechos humanos están protegidos por convenios internacionales son los mecanismos previstos en los mismos los que garantizan o supervisan el respeto a los mismos. Sin embargo tales mecanismos se caracterizan por su debilidad. Y es que lamentablemente el problema de los derechos humanos de carácter universal no es precisamente la intervención sino la indiferencia internacional ante las denuncias de violaciones graves o masivas ocurridas en el interior de los estados. Como pone de manifiesto Mangas Martín la preocupación por el respeto de los derechos humanos se da cuando las violaciones afectan a los propios nacionales; es más, dentro de las organizaciones internacionales cuando finalmente se discute el problema no es por una preocupación humanitaria sino porque los estados quieren denunciar públicamente una intervención extranjera⁽²¹⁾.

Falta en la actual organización internacional un sistema institucionalizado que se erija en garante de valores humanitarios. Ahora bien, no cabe duda de que esperar su creación a medio o largo plazo es moverse en el terreno de la utopía. La solución pasa por reactivar, profundizar y asegurar los propios mecanismos que provee el Derecho Internacional. Es indudable que los sistemas previstos por el Derecho Internacional para asegurar el respeto de los derechos humanos no son todo lo eficaces que debieran; no obs-

(21) Vid. MANGAS MARTÍN, A.: "Conflictos armados internos y Derecho Internacional Público", *Estudios Jurídicos*, Univ. de Salamanca, 1992, págs. 163 y 164.

tante sí pueden contribuir, a través de la evaluación de los informes que los Estados se ven obligados a presentar, a denunciar situaciones. Es más: existen posibilidades de reacción no armada muy eficaces que no se utilizan (tales como las medidas de retorsión, represalias, acudir a tribunales internacionales...).

Por otro lado la eficacia de la mayoría de los regímenes actuales de protección de los derechos humanos pasa por trasladar los mecanismos de garantía de su cumplimiento, que corresponden muchas veces al propio estado, a nivel superior. Sigue existiendo una concepción exacerbada de la soberanía estatal en un ámbito que, como el de los derechos humanos, no forma parte de los asuntos internos²².

(22) El ejemplo más reciente de lo anteriormente expuesto es la situación que se dio en Ruanda en 1994. La denominada intervención humanitaria de Francia fue un fracaso similar al de Estados Unidos en Somalia. Francia, como otros países occidentales, posee una buena tradición intervencionista en África. No obstante, ahora y dado el fin de la Guerra Fría, sabe que a nivel internacional carece de la coartada o excusa con la que antes todo parecía ser justificable. ¿Cómo creer en los fines humanitarios de un país que cuatro años antes había intervenido para salvar al gobierno de la guerrilla? La excusa entonces fue la defensa de los nacionales y otros europeos residentes. Se quedó tres años (muchos para realizar la evacuación), entrenaron y armaron al ejército. ¿Por qué meses antes de que las matanzas escandalizaran al mundo, Francia y otros países occidentales habían defendido precisamente la no intervención?. ¿Por qué las intervenciones occidentales en África —cualquiera que fuera la excusa o coartada— casi siempre han sido para avalar regímenes políticos afines ideológicamente, aunque fuesen dictaduras salvajes, abortando golpes de estado, etc.?.

LA PROPIEDAD INMOBILIARIA EN LA GESTIÓN URBANÍSTICA: LAS FACULTADES URBANÍSTICAS

MANUEL J. SARMIENTO ACOSTA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD
DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROPIEDAD.
- II. LAS EVOLUCIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD.
 - 1. La propiedad inmobiliaria en el Código Civil.
 - 2. Las primeras normas urbanísticas y los títulos de intervención sobre la propiedad.
 - 3. La Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956: el cambio de concepción.
 - A) La función social de la propiedad.
 - B) Consecuencias del cambio de concepción.
 - C) La propiedad inmobiliaria en la Ley de 1956: clasificación del suelo, limitaciones y deberes.
 - 1º) Municipios con Plan General de Ordenación Urbana.
 - 2º) Municipios sin Plan General de Ordenación Urbana.
 - 3º) Limitaciones y deberes derivados de la clasificación del suelo.
 - 4. El impacto de la Constitución española de 1978.

III. UNOS APUNTES SOBRE DERECHO COMPARADO.

IV. LA LEY 8/1990, DE 25 DE JULIO DE 1990 Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 26 DE JUNIO DE 1992.

1. Los motivos de la reforma.
2. Los resultados directos sobre el derecho de la propiedad inmobiliaria.

V. LA ESTRUCTURA SECUENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

1. Principios informadores de la regulación del régimen urbanístico de la propiedad del suelo.
2. Análisis de las facultades que integran el derecho de propiedad.

A) Sobre derecho, facultades y clasificación del suelo.

B) Régimen del suelo no urbanizable y urbanizable no programado.

1º) Suelo no urbanizable.

2º) Suelo urbanizable no programado.

C) Régimen del suelo urbano y urbanizable programado.

1º) Los deberes legales.

2º) Las facultades urbanísticas.

a) Derecho a urbanizar.

b) Derecho al aprovechamiento urbanístico.

— En actuaciones sistemáticas.

— En actuaciones asistemáticas.

c) Derecho a edificar.

d) Derecho a la edificación.

VI. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES LEGALES.

VII. ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS.

ANEXO. ESQUEMA SINÓPTICO DEL ESTATUTO BÁSICO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROPIEDAD

1. El tema que amablemente me han impuesto los organizadores del curso es sin la menor duda uno de los nervios fundamentales del Derecho Urbanístico y quizá, incluso, del Derecho Administrativo, en general. La propiedad como tema o como problema ha tenido siempre protagonismo, porque enlaza directamente con el Poder, el deseo de dominio y la adquisición de posiciones, y por esta razón es uno de los motores de la historia del hombre sobre la tierra y sus evoluciones (Díez Picazo y A.Gullón).

Así se comprende que la propiedad inmobiliaria puede ser enfocada y entendida desde muy distintos puntos de vista; desde la filosofía jurídica a la economía, y desde la política hasta la sociología, las explicaciones en favor y en contra de la propiedad inmobiliaria componen bibliotecas enteras. Desde la perspectiva jurídica, que es tal vez la menos lucida, porque de lo que se trata es de reconducir este gran tema a su operatividad práctica, la cuestión reviste también una extraordinaria importancia, ya que es el Ordenamiento jurídico el que va a concretar qué es lo que debe entenderse en el terreno práctico por propiedad, cuál es su alcance y cuáles son las facultades que el propietario tiene para desarrollar su derecho.

2. El derecho de propiedad como tal no es sino la superestructura de las ideas o creencias sociales, políticas y económicas que imperan en cada momento histórico. Si en el *Derecho Romano* la propiedad era el derecho más extenso que una persona podía tener sobre una cosa, y, por tanto, era absoluto y sin límites (se componía del *usus* o facultad de uso, *fructus* o facultad de apropiación de los frutos, y *abusus*, o posibilidad de disponer libremente de la cosa); también era originariamente un derecho que correspondía sólo a los ciudadanos (el no ciudadano, fuera esclavo o extranjero, no podía ser propietario). Más tarde, la evolución hizo que el derecho pretoriano admitiera otras formas para hacer frente a la situación creada por los territorios conquistados. En el *Antiguo Régimen* existían grandes extensiones de tierra que no podían comprarse ni venderse con libertad. Había, por un lado, tierras que pertenecían a la Iglesia, a entidades paraeclesiásticas, como Hospicios, Hospitales, Órdenes Militares, Universidades, etc., o a entidades como los Municipios que se encontraban en régimen de propiedad amortizada, esto es, no enajenable. Por otro lado, los mayorazgos tenían un régimen en virtud del cual el titular del mayorazgo sólo podía transmitirlos *mortis causa* y de acuerdo con un orden sucesorio especial. Es decir, había tierras que estaban, literalmente, fuera de comercio, porque tenían un régimen de propiedad estático.

Todo esto cambia radicalmente con la Revolución Francesa. En esta etapa histórica el derecho de propiedad se configura en términos absolutos e ilimitados. La concepción del derecho de propiedad de los revolucionarios se expresa con toda claridad en el artículo 2 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, de 26 de agosto de 1789. En este artículo se establece que *la propiedad*, junto a la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión, constituye un derecho natural e imprescriptible del hombre. Asimismo, el Código Civil (arts. 544 y 545) la define de manera absoluta, de tal manera que el propietario puede disponer libremente de la cosa sin más límites que aquellos que establecen las Leyes. El titular de este derecho puede, conforme con esta regulación, oponerlo a todos, incluido el Estado, y sólo puede ser privado de la propiedad por expropiación forzosa fundada en causa justificada de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización.

Parece evidente que tras estos regímenes del derecho de propiedad late una determinada concepción de la Sociedad, del poder público y del propio individuo. Cuando en la Revolución Francesa se hace una regulación de la propiedad en los términos mencionados lo que se tenía en el horizonte como ideal era arrumbar las trabas del feudalismo, trabas que impedían que la autonomía de la voluntad y el libre comercio desplegaran toda su virtualidad. Es esta concepción estrictamente individualista la que constituye el sustrato de las normas contenidas en el Código de Napoleón sobre la propiedad y la que, por ende, se va a plasmar en todos aquellos Códigos que, como el español, beben de las mismas fuentes y son empujados por los mismos vientos de la Revolución burguesa.

3. El Código Civil español, en efecto, regula el derecho de propiedad tomando como modelo el Código de Napoleón. El artículo 348 dice textualmente que: “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*”. Establece, entonces, un derecho de propiedad coherente con los postulados del orden burgués, en el cual la propiedad individual y libre, el régimen sucesorio, el respeto a la autonomía de la voluntad o el individualismo en el Derecho de obligaciones eran las piezas maestras de la Restauración de Cánovas del Castillo, y por ello mismo, instrumentos complementarios de la Constitución de 1876, la cual establecía, por cierto, que “*nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización*” (art. 10, primer párrafo).

El Código español hace, pues, una regulación de la propiedad que está en armonía con las ideas o creencias dominantes en la época, y las facultades que derivan del derecho de propiedad eran, en principio, absolutas.

II. LAS EVOLUCIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

1.— La propiedad inmobiliaria en el Código Civil.

Ya se ha puesto de relieve que el Código Civil español, promulgado el 24 de junio de 1889, contiene una regulación de la propiedad que es tributaria de las prescripciones del Código de Napoleón y de las ideas y circunstancias sociales imperantes en la época en la que se elaboró. Después de la abolición del régimen señorial, de la desvinculación de los mayorazgos y de la desamortización de *Cayetano Soler*, durante el reinado de Carlos IV y bajo la dirección de Godoy, de *Mendizábal* y de *Pascual Madoz*, era evidente que la propiedad y, muy singularmente, la propiedad de la tierra tenía que ser concebida jurídicamente desde otros presupuestos. En este contexto las normas del Código Civil responden no sólo a una perspectiva marcadamente individualista del derecho de propiedad, sino también agraria. La propiedad es entendida como *propiedad de la tierra* y destinada a la explotación agrícola. Es cierto que hay alguna alusión a la propiedad intelectual (vid. Base 10 y arts. 428 y 429) a las minas, aguas, etc.; pero lo que resulta al final es un claro predominio de la perspectiva agraria. Lo urbano y otras formas de propiedad o no se regulan o se regulan colateralmente. Asimismo, los elementos que definen al derecho lo hacen desde una concepción absolutista. El propietario de una finca lo es hasta el cielo y hasta lo más profundo de la tierra (art. 350). Hay, además, una defensa del *statu quo* frente a la dinámica de las transformaciones económicas; las obras y las plantaciones pertenecen al propietario, los usufructuarios y arrendatarios no tienen derecho a la indemnización por mejoras, etc. Toda esta regulación dista mucho de permitir al poder público una intervención en orden a instrumentar la propiedad inmobiliaria para el fomento de los intereses colectivos. Como es natural, el papel de la Administración Pública no puede ser activo. La Administración simplemente garantiza el sacrosanto derecho de propiedad y no interfiere en el ejercicio absolutista que el propietario pueda hacer del mismo.

Esta postura de la Administración se comprueba fácilmente si se lee y analiza la visión que sobre este extremo tenían los autores de la época. Fernando Mellado en su *Tratado elemental de Derecho Administrativo* (3ª ed, 1899), al examinar la propiedad en sus relaciones con la Administración Pública se circunscribe al catastro, al Registro de la Propiedad y a la enajenación forzosa por causa de utilidad pública (pp. 487 y ss.). Dice este autor que “*las relaciones de la Administración con la propiedad podemos establecerlas en dos hechos fundamentales que son: garantizar la propiedad individual, y conocerla para exigir la cuota-participación necesaria para atender a las cargas*

públicas” (p. 488). Cuando se refiere a la enajenación forzosa hace especial hincapié en afirmar que uno de los principales derechos es el respeto a la propiedad (p. 504). El Estado, entonces, “no puede menos de tener facultades para regular la propiedad en su vida externa, pero no puede olvidar al dictar sus disposiciones lo sagrado de los derechos particulares.” (p. 891). Por consiguiente, se observa un respeto riguroso a la propiedad, se regulaba en su “vida externa” para garantizar el ejercicio del derecho, pero a partir de ahí el derecho de propiedad particular era infranqueable.

2.— Las primeras normas urbanísticas y los títulos de intervención sobre la propiedad.

A pesar de que la concepción dominante sobre la propiedad era ésta, sin embargo, se pueden detectar algunas normas que constituyen el antecedente del moderno Derecho Urbanístico. Buceando en la historia legal se pueden detectar normas, incluso en el Antiguo Régimen (Leyes de Indias, Novísima Recopilación). Pero estas normas no tienen verdadera entidad urbanística en el sentido moderno. Las propias normas que se dictan en el siglo XIX están mediatizadas por el concepto que se tenía del derecho de propiedad. Lógicamente no nos podemos detener en las mismas y sólo cabe apuntar la excelente investigación de Bassols Coma sobre la *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico español* (Madrid, 1973).

En este marco general, la Administración justifica su intervención en dos títulos específicos: la *policía urbana*, en un primer momento, y la *obra pública*, un poco más tarde. La policía urbana sería la cobertura para la determinación de alineaciones y rasantes, las condiciones de las construcciones y las limitaciones aplicables a los establecimientos peligrosos e insalubres dentro del poblado. De esta manera la propiedad se va redimensionando y tendrá que adelantar o retroceder sus construcciones de acuerdo con la línea fijada. Las Ordenanzas, por su parte, disponen las condiciones reguladas y el proyecto se somete a la obligación de obtener licencia previa municipal desde la mitad del siglo XIX.

El incremento desaforado de población y el traslado del campo a la ciudad produjo la concentración de población en las ciudades. Aparecen así las primeras Leyes de ensanche que tratan de agregar nuevos barrios al casco antiguo de la ciudad. La Ley de 29 de junio de 1864 fue la primera de una serie de Leyes, dentro de la concepción que sobre la propiedad dominaba (es decir, la liberal), destinadas a favorecer la edificación extramuros de la ciudad. En ella se encuentra la declaración de utilidad pública, que facilita el ejercicio de la expropiación forzosa en las obras del ensanche. A su vez, los Planes de Ensanche de Madrid (Plan Castro, 1860) y Barcelona (Plan Cerdá,

1860) hacen cristalizar de manera definitiva la técnica planificadora. Un poco más tarde, la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879 añade una nueva perspectiva que complementa a la del ensanche, y que es la de la reforma interior de las poblaciones, perspectiva que siguió en la Ley de 18 de marzo de 1895, sobre saneamiento y reforma interior de grandes poblaciones, que vino a llenar el vacío que en esta materia dejó la Ley Municipal. Mediante la reforma interior se producen derribos de barrios antiguos y poco higiénicos, se abren nuevas calles y se levantan nuevos edificios. En esta Ley se estimula la realización de la reforma interior por parte de los particulares, se otorgan beneficios fiscales y se admite que las zonas paralelas a la vía pública sujetas a expropiación puedan tener un fondo o latitud de hasta 50 metros.

Poco a poco las nuevas necesidades originadas por la evolución del Estado, el aumento y la concentración de la población y el avance de la industria van conformando un conjunto de normas de carácter urbanístico que, eso sí, respetan la concepción liberal del derecho de propiedad (Repárese en que la expropiación forzosa que reconocen diversas Constituciones españolas del siglo XIX, como la de 1837, 1869 o la de 1876, entre otras, tiene su causa en la utilidad *común* o utilidad *pública*, pero no en el interés social).

Ya en el siglo XX la concepción sobre la propiedad comienza a cambiar, y empieza a transformarse desde los inicios del siglo. Las transformaciones que se estaban llevando a cabo en distintos Ordenamientos jurídicos se encaminaban a enfatizar la vertiente social de la propiedad. León Duguit, profesor de Burdeos y estudioso del Derecho Público, considera a la Ciencia jurídica como una Ciencia social, y, por tanto, estima que se debe dirigir la atención hacia uno de los problemas más importantes del fenómeno jurídico: la *solidaridad social*. Esto, en el plano concreto de la propiedad, implica un salto de escala, toda vez que el *interés social* comienza a ir tomando cuerpo.

En nuestro país, se dictan algunas normas importantes sobre la materia. Desde la perspectiva sanitaria hay que tener en cuenta la Instrucción General de Sanidad de 12 de enero de 1904, o el Reglamento de Higiene Pública, de 1910, que establece una limitación de la altura de los edificios. Aparte de ello, se formulan diversos proyectos legislativos, pero es en la dictadura de Primo de Rivera cuando se intenta una sistematización de las técnicas interventoras municipales: se establecen unos estándares urbanísticos materiales para todos los nuevos Planes y Ordenanzas.

También debe destacarse la formación de técnicas fiscales específicas que se materializan con la recepción de las figuras de las contribuciones especiales y del arbitrio de plusvalía o del incremento del valor de los terrenos. Y, después de publicarse algunas normas que no alteran radicalmente

el estatuto de la propiedad, se llega a la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, de 1956, que es la que da el paso decisivo para conformar un Derecho Urbanístico global, y la que modifica profundamente la concepción que sobre la propiedad imperaba hasta ese momento.

3.— La Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956: el cambio de concepción.

A) *La función social de la propiedad*

El 12 de mayo de 1956 se aprueba la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, la cual viene a constituir el punto de arranque para una concepción sustancialmente nueva de la propiedad inmobiliaria. La Ley configura a la propiedad como un derecho que tiene una *función social*. Tras esta concepción se percibe toda una evolución que se patentiza en otras normas como el Fuero de los españoles o la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Es observable en estas normas ese salto de escala al que antes me referí. Se prevé, por ejemplo, como causa legitimadora de la potestad expropiatoria de las Administraciones Públicas no sólo la utilidad pública, sino el interés social.

He aquí una de las claves para comprender cabalmente la nueva concepción. *Interés social*, o *función social* dejan entrever una perspectiva nueva del Poder público en sus relaciones con los ciudadanos. El adjetivo *social* se emplea en Leyes que o bien enajenan o bien delimitan la propiedad privada, lo que quiere decir que ahora la propiedad no es un derecho absoluto que se puede oponer frente a todos, incluso frente al Estado, sino un derecho *delimitado* por su función social. Se supera así la concepción que imperaba en el liberalismo decimonónico y se asume y potencia otra nueva en la cual la comunidad es contemplada de una forma sustancialmente distinta y, por ello, el papel que desempeña la Administración es por fuerza mucho más activo.

Es verdad que desde mucho antes la propiedad, sin dejar de ser del individuo, era considerada como una institución que debía estar al servicio de la Sociedad. En la obra de Aristóteles, de Santo Tomás de Aquino, de muchos de los juristas y teólogos españoles de la llamada *Escuela de Salamanca*, como Domingo de Soto, e incluso en la propia doctrina de la Iglesia Católica, la propiedad no era un derecho con la dimensión radical y absolutista que se encuentra, por ejemplo, en el Código de Napoleón de 1804. Aristóteles en su crítica a la utopía platónica consideraba que la propiedad privada como tal no es culpable de que surjan litigios con el Estado, pero *una desmedida riqueza hace propenso al hombre al desenfreno, a la opresión y al desprecio de toda ley*; por su parte, en el Génesis se dice que Dios confió la tierra y sus recursos a la administración común de toda la humanidad, y en el

nuevo y polémico *Catecismo* de la Iglesia Católica, se afirma que el derecho de propiedad, no anula la donación original de la tierra al conjunto de la humanidad (2403). Por consiguiente, había un sustrato bien formado de ideas que, desde ópticas bien distintas, concebían la propiedad como una institución que debe ser valorada partiendo de la comunidad, y no desde una concepción puramente individual y egoísta, *pero van a ser estas normas sobre expropiación o sobre urbanismo* las que explicitan en la práctica el cambio de concepción de la propiedad privada con respecto al ideal decimonónico sobre la misma.

En este sentido la Ley de 1956 dice expresamente en su *preámbulo* que la propiedad tiene una función social. En coherencia con ello el sistema de la Ley se reconduce, como señaló García de Enterría, al principio esencial de considerar al urbanismo como una función pública exclusiva. El planeamiento y la dirección pública de la actividad urbanística se erigen en las piezas fundamentales para poner en marcha el nuevo sistema. Con anterioridad la dirección pública sobre el urbanismo se centraba en un sistema de limitaciones y deberes impuestos a la propiedad privada. Eran limitaciones que establecía el Estado en el ejercicio de sus facultades para regular la “vida externa” de la propiedad. Con la Ley del 56 se produce un *giro copernicano* sobre la propiedad, porque se priva a la misma de todas las expectativas urbanísticas y se considera que éstas derivan directamente del Plan urbanístico confeccionado y aprobado por la Administración, en lugar de entenderse que el Plan debía reducirse a limitar las expectativas urbanísticas que sustancialmente emanaban de la propiedad misma.

B) *Consecuencias del cambio de concepción*

Partiendo de la premisa de que el urbanismo es una función pública se extraen las siguientes consecuencias:

1ª) La propiedad tiene una función social que delimita su contenido normal. No se trata de límites externos a un derecho considerado en términos absolutos, sino por el contrario de una *delimitación* del sustrato, de la esencia de la propiedad. Así, el artículo 70 de la Ley establecía que las normas urbanísticas *definían el contenido normal de la propiedad*.

2ª) El Plan se erige en pieza fundamental para el nuevo sistema. Con la Ley del 56 el concepto de Plan se transforma de manera sustancial, pues no tiene sólo el significado equivalente al plano o representación gráfica de una determinada realidad. El Plan es a partir de la Ley el que va a transformar el suelo rústico en urbano, es el que atribuye las expectativas urbanísticas y el que, en definitiva, precisa el contenido y alcance del derecho de propiedad en una porción concreta del territorio.

3ª) Como es a partir del Plan cuando surgen las expectativas urbanísticas, se produce por esta razón un enriquecimiento de los fundos, que se concreta en el paso del valor inicial —rústico— al valor urbanístico, que es el valor abstracto calculado según coeficientes de utilización de los solares. Esta plusvalía, esto es, la cantidad de valor suplementaria que añade el Plan, se afecta al sostenimiento de los gastos de la urbanización misma por la técnica de ejecución de ésta por los propios propietarios, por la técnica de las contribuciones especiales, que pueden ser incluso en especie, como la cesión de viales y zonas verdes, o por el ejercicio de la potestad expropiatoria del sector entero al precio del valor inicial para la Administración realizar la urbanización y compensar el coste de la misma con la enajenación de solares.

4ª) Como quiera que es el Plan el que concreta las expectativas, la ordenación del uso de los terrenos y construcciones no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización por implicar nuevas limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística. Sin embargo, los afectados, decía el artículo 87 de la Ley, “tendrán derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento en los términos previstos en la presente Ley”.

5ª) El valor urbanístico es un valor abstracto, que es aún sobrepasado por el valor comercial que el giro y tráfico del mercado establece. La diferencia es consecuencia de la función pública urbanística, y no se considera propia del dominio del solar, sino que la Administración lo afecta para estimular la edificación; de manera que si el propietario no construye se verá privado de él por cualquier otro dispuesto a construir, a quien será ofrecido el solar en venta forzosa al precio del valor urbanístico.

Estas consecuencias determinan el régimen jurídico de la propiedad del suelo a partir de la entrada en vigor de la Ley de 1956. Desde ese momento hay una configuración del derecho de propiedad inmobiliaria que compone un verdadero “estatuto”, que tiene poco que ver con la concepción romana o decimonónica del derecho de todo propietario sobre su bien. Ésta es la razón por la cual se habla de “configuración estatutaria” del derecho de propiedad, toda vez que la condición de propietario de un bien inmueble comporta la titularidad de unas facultades y el cumplimiento de unos deberes que se explican sólo y en la medida de la función social que se le atribuye a la propiedad, y que implica un equilibrio entre las posibilidades del particular y la iniciativa pública en el proceso de dirección del urbanismo.

C) La propiedad inmobiliaria en la Ley de 1956: clasificación del suelo, limitaciones y deberes

Como ha destacado Carceller Fernández, la Ley del Suelo de 1956 establecía un contenido mínimo del derecho de propiedad que se aplicaba,

incluso, al suelo rústico, de manera que, las ordenaciones que redujeran el volumen mínimo edificable de un metro cúbico por cada cinco metros cuadrados de superficie, conferirían derecho a indemnización mediante expropiación o imposición de servidumbre.

La Ley de reforma de 1975, en cambio, hizo desaparecer el contenido mínimo, de forma que la delimitación del derecho de propiedad depende desde ese momento únicamente de la clasificación del suelo. Empero, la Ley del 75 fijó un contenido máximo que afecta fundamentalmente al suelo urbanizable programado. Se imponen unos estándares en orden al establecimiento de dotaciones mínimas y densidades máximas.

En cualquier caso, *la definición del estatuto legal de la propiedad del suelo dependía y depende de la concreta clasificación del suelo, cometido que cumplen los Planes Generales de Ordenación Urbana*, si bien la propia Ley del Suelo contenía previsiones para la clasificación del suelo en los Municipios que no tuvieran Plan General (arts. 12.1 a) y 81), lo cual aseguraba la total clasificación del suelo del territorio español.

El Tribunal Supremo ha asumido desde hace bastantes años estos criterios. Para la jurisprudencia el urbanismo constituye una función pública y no una expectativa privada, función que se despliega y ejerce fundamentalmente a través del Plan General de Ordenación Urbana que posee la virtud de establecer y definir el estatuto del derecho de propiedad y que ostenta por tal razón la cualidad innovativa, constituyendo, según la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, un gradual y coordinado sistema normativo, al que debe ajustarse el ejercicio de las facultades dominicales (S. de 21 de noviembre de 1969).

De suerte que en los Municipios en los que existía Plan General el suelo se clasificaba en tres categorías: urbano, urbanizable y no urbanizable; en los que no había Plan General sólo existía el suelo urbano y no urbanizable (arts. 77 y 81), lo que traía como resultado que sólo el Plan creaba ciudad, y de no existir Plan se mantenía la situación sin alterar.

Pues bien, partiendo de esta distinción se podía hacer la siguiente clasificación:

1º) Municipios con Plan General de Ordenación Urbana.

El artículo 78 establecía que constituirían suelo urbano “los terrenos a los que el Plan incluya en esta clase por contar con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o por estar comprendidos en áreas consolidadas por la edificación al menos en dos terceras partes de su superficie, así como en los que en ejecución del Plan lleguen a disponer de los mismos elementos de urbanización”.

El suelo urbanizable era el que el Plan declaraba apto para urbanizar, si bien hay que distinguir el suelo urbanizable programado (que se urbaniza según el Programa del propio Plan) del no programado (que puede ser urbanizado cuando se apruebe un programa de actuación).

El suelo urbanizable lo crea, dentro del sistema que establece la Ley, el Plan. Se convierte en suelo urbano cuando, en el supuesto de urbanizable programado, se aprueba el Plan parcial, o cuando se trate de uno no programado, se aprueba un Programa de Actuación Urbanística. El resto queda como suelo no urbanizable, que según el artículo 80, lo constituían los terrenos que el Plan no incluya en alguno de los tipos de suelo anteriores, o aquellos que el Plan determine para otorgarles una especial protección en razón de su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, de sus valores paisajísticos, históricos o eventuales para la defensa de la fauna, flora o equilibrio ecológico.

2º) Municipios sin Plan General de Ordenación Urbana.

El artículo 81 se ocupaba de la clasificación del suelo y establecía que el suelo urbano está compuesto por los terrenos que por contar con acceso rodado, abastecimiento y evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, o por estar comprendidos en áreas consolidadas por la edificación al menos en la mitad de su superficie, se incluyan en el Proyecto de delimitación, que tramitado por el Ayuntamiento con arreglo al artículo 41 se aprobaba por la Comisión Provincial de Urbanismo, previo informe de la Diputación Provincial. Por otra parte, el suelo no urbanizable era el resto de los espacios de los términos municipales.

3º) Limitaciones y deberes derivados de la clasificación del suelo.

La configuración estatutaria del derecho de propiedad que hizo la Ley de 1956 tenía por objeto establecer un equilibrio entre las expectativas urbanísticas generadas a partir del Plan y los deberes y limitaciones que la dirección pública del urbanismo exige; de tal manera que:

— en el *suelo urbano* no se podía edificar hasta que la respectiva parcela no obtuviera la calificación de solar (art. 82), salvo que se asegurase la ejecución simultánea de la urbanización y la edificación mediante las garantías que reglamentariamente se determinasen (art. 83). Podían, sin embargo, autorizarse construcciones destinadas a fines industriales en determinadas zonas precisadas por el Plan, y los propietarios estaban *obligados a ceder* gratuitamente los terrenos destinados a viales, parques y jardines públicos y centros de Educación General Básica (EGB); a *costear* las obras de edificación; a edificar los solares cuando el Plan así lo estableciera y dentro del plazo que

éste señalase o, en su defecto, en los plazos fijados en el capítulo I del Título IV de la Ley; además tenían que solicitar licencia (art. 178).

— en el *suelo urbanizable programado* sólo admitía el artículo 84 la realización de obras de infraestructuras y otras que prepararan el futuro asentamiento, y se imponía, a su vez, al propietario los *deberes* de ceder gratuitamente a los Ayuntamientos u otro órgano urbanístico los terrenos que se destinen permanentemente a viales, parques y jardines públicos, zonas deportivas públicas, etc., así como el 10 por ciento restante del aprovechamiento medio del sector en que se encuentra la finca (determinando los metros cúbicos que corresponden a cada metro cuadrado y multiplicarlo por el resto de la finca); costear la urbanización y edificar los solares, cuando el Plan así lo establezca.

— en el *suelo urbanizable no programado* sólo podían hacerse construcciones de un determinado tipo o con una concreta finalidad (art. 85); además, en las transferencias de propiedad, divisiones y segregaciones de terrenos rústicos no podían efectuarse fraccionamientos en contra de los dispuesto en la legislación agrícola (arts. 85.4 de la Ley del Suelo, y 43 a 48 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 1973).

— en el *suelo no urbanizable* las limitaciones a los propietarios eran las mismas que las prescritas para el urbanizable no programado, y además los espacios que por sus características según el Plan General debían ser objeto de una especial protección, no podían ser destinados a utilización que implique transformación de su destino o naturaleza o lesionen el valor específico que persiga proteger (art. 86).

El régimen que estableció la legislación de 1956-75 se apartó resueltamente de la concepción liberal de la propiedad inmobiliaria. Las facultades se ejercen a partir del Plan, se intenta equilibrar las plusvalías generadas por éste con un elenco de deberes que necesariamente tienen que cumplir los propietarios, las parcelaciones, por otro lado, deben ser conformes con la ordenación urbanística y no cabe parcelar suelo urbano sin que exista aprobado un Plan General, ni suelo urbanizable sin la aprobación de Plan Parcial (arts. 94 y ss.). Además, tanto Notarios como Registradores de la Propiedad deben exigir para autorizar e inscribir escrituras de división de terrenos que se acredite el otorgamiento de licencia (art. 96.3).

4.— El impacto de la Constitución española de 1978.

Aunque en 1975-76 se produjo una reforma de la Ley del Suelo de 1956, se respetó en dicha modificación las bases de partida del texto del 56. Hay que considerar, además, que debido a la larga duración de la reforma (se

inició realmente el estudio de la misma en 1972, año en que se publica el documento *El por qué de la reforma*), cuando entró en vigor no tardó mucho en ponerse de relieve que el texto ya estaba superado por la realidad que pretendía regular.

En este marco se aprueba la Constitución española, la cual, en el artículo 33.1, reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, si bien en el 33.2 dispone que “la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes”.

¿Qué significa esto?. Por de pronto que todo ciudadano tiene derecho a la propiedad. La propiedad es, en principio, accesible a todos y no a una determinada categoría formal de sujetos; pero, también, que se prohíbe la confiscación pura y simple (T.R. Fernández). La propiedad, asimismo, está delimitada por su función social. Ésta delimita desde dentro el derecho de propiedad. Y esto es así porque el punto de partida de la Constitución es sustancialmente distinto al del legislador decimonónico. Esta diferencia se observa no sólo en el referido artículo 33.2, sino en el artículo 128.1 (“Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”), y en otros preceptos que permiten extraer la conclusión de que el concepto de propiedad que la Constitución pergeña no sólo supera al decimonónico, como es bien conocido, sino que está determinado por unas exigencias que la propia Constitución establece y que tienen por objeto evitar la especulación, el deterioro del paisaje o la destrucción del patrimonio histórico-artístico. La propiedad es, obviamente, de su titular, existe y tiene un contenido que puede ser tutelado ante los órganos jurisdiccionales, pero está delimitada por su función social; esto es, no puede ser instrumentada de manera unidimensional como si sólo existiera la protección del derecho del propietario. La propiedad está enmarcada, pues, en un panorama en el cual los poderes públicos disponen de títulos de intervención en orden a la conservación, mejora y fomento de otros bienes constitucionales. A ello se une que, en gran parte, las expectativas urbanísticas se originan por su inserción en la comunidad; así el artículo 47 dice que:

“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

Los poderes públicos, por tanto, deberán evitar la especulación y hacer participar a la comunidad en las plusvalías generadas. Ello implica que en la delimitación que se haga de la propiedad habrá que respetar las facultades ínsitas a este derecho (art. 53.1). Pero habrá que tener en cuenta, a su vez, el mandato que formula el artículo 47, así como lo que disponen los artículos 45 y 46 de la Carta Magna en orden a la conservación del medio ambiente, la utilización racional de los recursos y la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico.

La función social de la propiedad tiene aquí su encuadramiento fundamental. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 20 de marzo de 1987, declaró en este sentido que:

“La Constitución Española reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a ésta subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”.

De esta doctrina del Tribunal Constitucional se puede colegir que la Constitución en los artículos antes mencionados presta cobertura suficiente a la regulación que se hizo sobre urbanismo y, en concreto, sobre el estatuto de la propiedad por las Leyes de 1956-75. Es más, algunos autores, como Parejo Alfonso o T.R.Fernández, consideran que la Norma Fundamental permite al legislador ir más allá de donde se situó la Ley del 56. Otro sector de la doctrina que ha estudiado esta cuestión (A.Gallego Anabitarte) se muestra, por el contrario, disconforme con el concepto de propiedad tal como se ha desarrollado en España desde 1956. “Este concepto de ‘propiedad estatutaria’ —dice Gallego—, que el plan me da y me quita el aprovechamiento urbanístico, fija las cesiones y obligaciones, plan cuyas determinaciones clasificatorias y calificadorias, difícil o imposiblemente se pueden fiscalizar, ya que son ‘soberanas’ o ‘discrecionales’, todo esto, en mi opinión, no está de acuerdo con la Constitución Española ni con un Estado de Derecho”.

Evidentemente, como ya destacué al principio, la propiedad como derecho no es más que una superestructura de las ideas o creencias que se tienen. El legislador podrá ir más allá o quedarse donde está o, si lo estima oportuno, volver sobre sus propios pasos. Ésta es una posibilidad que sólo a él le está atribuida por la Constitución. La Constitución es una norma y además vinculante, pero su interpretación es peculiar y difiere de la mera interpretación de una ley o de un reglamento. Una Ley y, por tanto, una ley urbanística, es expresión de una concreta y determinada política partidaria; pero la Constitución prefigura un marco pluralista dentro del cual tan legítima puede ser una política del suelo como otra radicalmente distinta, con tal de que respete el marco que establece la Constitución. Sentado esto, lo que resulta evidente es que la función social tiene que delimitar el haz de facultades que dan vida a la propiedad. Y tal delimitación se hace en un Estado social y democrático de Derecho conjugando el derecho de propiedad, subjetivamente considerado, con otros bienes y derechos que también la Constitución ampara. A mi juicio, esto está bastante claro.

En otro orden de consideraciones, la Constitución ha repercutido de manera relevante en la distribución de competencias entre las diversas Administraciones Públicas. El artículo 2 y el Título VIII de la Carta Magna al reconocer y garantizar el derecho a la autonomía ha posibilitado la constitución del Estado autonómico, y ha permitido que las Comunidades Autónomas asuman competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 148.1.3), lo que han hecho los distintos Estatutos de Autonomía (cfr. art. 29.11 del Estatuto de Canarias). De acuerdo con esta competencia, las Comunidades Autónomas han aprobado varias leyes sobre la materia.

III. UNOS APUNTES SOBRE DERECHO COMPARADO

El proceso de transformación del derecho de propiedad se puede también comprobar en otros Estados. En ellos el denominado *ius aedificandi* ha sufrido un cambio importante dirigido hacia su socialización.

— En *Inglaterra* desde los años cuarenta se tiene una idea totalizadora y global de la planificación del campo y la ciudad. No por casualidad sus Leyes se denominan *Town and country planing acts*, y parten de la idea de que el suelo, al contrario de lo que sucede con otros recursos naturales, no puede incrementarse, de manera que lo que procede es planificar y racionalizar su uso y sus evoluciones.

En 1975 se dictó la *Land Community Act*, que estableció un sistema en el cual a partir de cierto momento queda prohibida toda operación urbanísti-

ca y obligó a las autoridades locales a adquirir suelo necesario para satisfacer las necesidades de la ciudad por un período de 10 años. En esta concepción inglesa se considera que es la comunidad local la que debe controlar las evoluciones de la Sociedad. Para ello debe adquirir suelo, lo que hace sobre la base de valorarlo por el valor en uso o destino actual, sin tener en cuenta, por tanto, las posibles expectativas urbanísticas o edificatorias del fundo.

— En *Francia* también es observable la modificación del *ius aedificandi*. Inicialmente la jurisprudencia calificó las limitaciones a la facultad de edificar como *servidumbres legales*, que eran en principio indemnizables. Sin embargo, esta solución jurisprudencial no fue operativa, en general; ya que existe una auténtica imposibilidad financiera para hacer frente a todas las indemnizaciones por servidumbre, por lo que se dispensó de indemnizar por la constitución de tales servidumbres.

En la actualidad, en consecuencia, la regla es la no indemnización de las limitaciones a la propiedad por razones urbanísticas.

Por su parte, la Ley de 31 de diciembre de 1975 ha dividido el derecho a edificar entre el propietario y la colectividad. En primer lugar, se permite que el derecho a edificar pertenezca al propietario del suelo; en segundo lugar, se limita el mismo de forma igualitaria. Pasado el límite, el derecho a edificar pasa a la comunidad o ente local, de forma que si el propietario del terreno pretende construir todo el aprovechamiento que el Plan de Ocupación del Suelo reconoce deberá pagar su valor al Municipio. Con esta regulación se superó en la República Francesa el anterior sistema, que estableció soluciones desiguales en virtud de las cuales se imponían severas limitaciones a los propietarios de determinados fundos, mientras otros eran beneficiarios de cuantiosas rentas urbanas.

— En *Italia*, asimismo, por la Ley de 28 de enero de 1977, se separa el *ius aedificandi* de la propiedad. En virtud de esta división, la Administración otorga una concesión al propietario, el cual debe pagar una determinada cantidad que se afecta al pago de la Corporación de las obras de urbanización. Se trata, en consecuencia, de que por una concesión urbanística (que es aditiva y tiene carácter real, pues se atribuye al propietario y no a cualquier ciudadano, y en relación con la finca) el propietario puede edificar. En este sentido la *Corte Constitucional*, en la Sentencia núm. 5/1980, ha declarado que la situación implantada por la Ley del 77 no comporta una transferencia del derecho a edificar al Estado sin indemnización, pues las cantidades que se deben abonar por los propietarios por las concesiones aditivas se consideran de naturaleza tributaria.

De esta sintética exposición de Derecho Comparado se puede deducir que la facultad de edificar, como integrante del derecho de propiedad, ha

sufrido una profunda modificación, que es producto de unas nuevas concepciones sobre la propiedad y de nuevas circunstancias, las cuales son bien distintas a las que imperaban cuando se redactaron los Códigos decimonónicos. Hoy es un hecho poco discutible que el suelo es un recurso escaso y que su uso es preciso racionalizarlo, que resulta necesario evitar la especulación, que las plusvalías que genera la comunidad deben, en parte, revertir de nuevo a ella y, en definitiva, que la perspectiva que debe tomarse no puede ser la de entender el derecho de propiedad como derecho absoluto frente a todos, sino la que considera al mismo en conexión con otros valores y bienes constitucionalmente protegidos (medioambiente, protección del patrimonio histórico, artístico y monumental, etc.). *El problema de la propiedad en la actualidad se ha trasladado de lugar, porque ya no se trata tanto de determinar unidimensionalmente unas facultades, sino de definir de manera equilibrada el alcance de las mismas, así como establecer los contrapesos necesarios para que, efectivamente, no haya una regulación de la propiedad que impida la protección de otros valores y bienes constitucionalmente protegidos, pero que tampoco exista una discrecionalidad administrativa que genere desigualdad, inseguridad e incluso pura arbitrariedad. Éste es el verdadero reto de una legislación y de una jurisprudencia que quiera estar in harmony with the Constitution, como dicen en los Estados Unidos respecto de todas las Leyes y de los actos de la Administración.*

IV. LA LEY 8/1990, DE 25 DE JULIO DE 1990 Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 26 DE JUNIO DE 1992

1.— Los motivos de la reforma.

Desde muy diversos sectores se abogaba por la reforma de la Ley del Suelo. Había deficiencias y carencias que necesitaban una seria reforma que adaptase el régimen jurídico del suelo a las exigencias constitucionales. Así, existía una insuficiente participación de la comunidad en la plusvalía que genera la actividad urbanística en suelo urbano, de forma que el propietario de éste se apropiaba de la casi totalidad del aprovechamiento lucrativo en vigor sin ninguna contraprestación; además se consideraba que eran insuficientes los instrumentos legales de intervención de los poderes públicos. En unos casos, la complejidad y lentitud de las técnicas establecidas por el Texto Refundido de 1976 hacía en la práctica poco operativo al sistema, como sucedía con el Registro de Solares. En otros, la insuficiencia de recursos impedía la puesta en marcha de los instrumentos de intervención (Patrimonio Municipal del Suelo). Junto a ello también se entendía que los criterios de valora-

ción del suelo eran insatisfactorios, y dieron lugar a una dualidad entre expropiaciones urbanísticas y no urbanísticas, con distintos criterios de valoración. Si a esto se añaden los problemas competenciales y el “boom” inmobiliario que se produjo a mediados de los años ochenta, que elevó el precio del suelo hasta límites irrazonables (en el *preámbulo* de la Ley 8/90, se dice que “*el fuerte incremento del precio del suelo... excede de cualquier límite razonable en muchos lugares*”) es claro que existían motivos para la reforma.

2.— Los resultados directos sobre el derecho de la propiedad inmobiliaria.

El régimen que ha establecido el legislador de 1990-92 entronca con los principios establecidos en la Ley del Suelo de 1956-75, y, por consiguiente, parte de la función social de la ordenación urbanística en cuanto delimitadora del derecho de propiedad; no obstante, como ha destacado el Profesor Tomás Ramón Fernández, *ha radicalizado el estatuto jurídico de la propiedad del suelo* definido en su día por la Ley del 56, y ha enlazado rígidamente las facultades del propietario con los deberes y cargas inherentes a la propiedad; de suerte que si el propietario no cumple en el plazo fijado con los deberes establecidos se ponen en marcha los mecanismos expropiatorios, bajo la pena de expropiación-sanción al propietario incumplidor.

La Ley de 1990 y el Texto Refundido de 1992 han sido objeto de una severa crítica debido a que se elaboraron ambos textos sin el necesario consenso que unos textos jurídicos de esta envergadura social, económica y jurídica, deben tener. De hecho se han interpuesto varios recursos de inconstitucionalidad, y desde luego alguno de los títulos competenciales en los que se apoya son como mínimo discutibles, aunque éste es otro tema que no me corresponde a mí tratar en este momento.

Lo que sí me interesa significar es que establece una regulación excesivamente rígida y formal para la adquisición por el propietario de las plusvalías que resulten del Plan. Como ha dicho Fernández Rodríguez en su “Informe sobre la Ley 8/1990, de 25 de julio, y sobre el anteproyecto de texto refundido de la legislación del suelo”, publicado en la *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 129, es preciso denunciar la omnipresencia de la Administración actuante con el peligro de alargar el proceso con una gran cantidad de trámites; además, no hay que olvidar que el uso de la técnica de la expropiación-sanción no es demasiado realista. La insuficiencia de recursos económicos de las Administraciones Públicas y, especialmente, de las locales es un hecho con el cual hay que contar.

V. LA ESTRUCTURA SECUENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

1.— Principios informadores de la regulación del régimen urbanístico de la propiedad del suelo.

El legislador de 1990-92 desarrolla principios que ya estaban consagrados en nuestro Ordenamiento jurídico (cfr. el preámbulo de la Ley 8/90), no obstante, los intensifica y los lleva más lejos que el legislador anterior. De forma que se parte del:

1º) Principio de la *función social de la propiedad*. El artículo 5 del Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana (TRLRHL), que tiene carácter básico, dispone que: “La función social de la propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio”. La Ley, los Reglamentos y los Planes (art. 8 TRLRHL) son, pues, los que delimitan el derecho de propiedad.

2º) Principio de *no indemnizabilidad por la ordenación*. El artículo 6 lo consagra en los siguientes términos: “La ordenación del uso de los terrenos y construcciones no confiere derechos indemnizatorios, salvo en los supuestos que la Ley define”.

Dentro de la economía del sistema, la no indemnizabilidad es una consecuencia lógica. La delimitación que hacen la Ley, los Reglamentos y los Planes correspondientes no supone un recorte o una restricción de un derecho que originariamente era ilimitado (concepción romana de la propiedad), sino una conformación interna del derecho de propiedad. Éste tiene su razón de ser ahora en esta delimitación. Dicho de otra manera: la delimitación no es algo adjetivo, sino sustantivo para el derecho de propiedad, porque siendo un derecho del titular debe tener una función social.

Ahora bien, hay casos en los que el propio TRLRHL reconoce el derecho a indemnización (arts. 237 a 241).

3º) Principio de *participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística*. La Constitución Española en su artículo 47, segundo párrafo, dispone que la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos; y en congruencia con este principio rector de la política social y económica, el TRLRHL establece en el artículo 7 que: “La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos y el reparto entre los afectados por la misma de los beneficios y cargas derivados del planeamiento urbanístico, se producirán en los términos fijados por las Leyes”.

Éste es otro principio que parte de la idea según la cual el aumento del valor de la propiedad deriva de la acción urbanística. Como es una adición que no es producto de la acción individual del propietario, sino de la comunidad, la conclusión es que la comunidad debe participar también de esas plusvalías. Se parte, pues, de la premisa —que, lógicamente, puede o no ser aceptada, pero que en las sociedades postindustriales parece tener un consenso bastante generalizado— de que la propiedad normal de los fundos es el aprovechamiento cinegético, ganadero, agrícola o forestal, y todo lo que sea aprovechamiento urbano viene directamente del Plan. He aquí la trascendencia del planeamiento. Es él quien da las plusvalías y no la propiedad *per se*.

4º) Principio de *utilización del suelo conforme a la ordenación territorial y urbanística*. Está previsto en el artículo 8 TRLS: “La utilización del suelo y, en especial, su urbanización y edificación, deberá producirse en la forma y con las limitaciones que establezcan la legislación de ordenación territorial y urbanística y, por remisión de ella, el planeamiento, de conformidad con la clasificación y calificación urbanística de los predios”.

Todos estos principios son los que informan el estatuto vigente de la propiedad inmobiliaria. De ellos se deduce una concepción diametralmente distinta a la romana, explicitada en el artículo 348 del Código Civil. Con arreglo a estos principios y a las normas que los ponen en práctica *la propiedad individual se hace más bien copropiedad o comunidad* (T.R.Fernández).

2.— Análisis de las facultades que integran el derecho de propiedad.

A) Sobre *derecho*, facultades y clasificación del suelo.

Un derecho, cualquier derecho, se descompone en un haz más o menos extenso de facultades. Aludir a *facultades* en la Ciencia Jurídica es hacer referencia a las posibilidades de acción que tiene el titular de un derecho. Las facultades, por tanto, forman parte del contenido de un derecho sin agotarlo —*deberes* de otras personas para con el titular del derecho y *protección del mismo* también forman parte del *contenido*—. Pues bien, las facultades que integran el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria han sido objeto de una reforma importante. La importancia de esta modificación no deriva del cambio de concepción, que básicamente es la misma que la que tenía la Ley de 1956-75, sino de la radicalidad con la que ha configurado el legislador de 1990-92 el estatuto de la propiedad del suelo. De manera que si, por un lado, incrementa las cesiones obligatorias y gratuitas, en línea con lo ya establecido en la reforma de 1975, por otro, vincula conceptualmente las facultades y los deberes y los beneficios y cargas, de suerte que puede hablarse de una *estructura secuencial o gradual del derecho de propiedad*.

La lectura del preámbulo de la Ley 8/90 puede dar una idea más precisa cuando dice:

“Este nuevo esquema, que debe contribuir a la disminución de las tensiones especulativas y facilitar una mayor intervención administrativa en el mercado del suelo, descansa en los siguientes fundamentos:

1. El planeamiento confiere sólo una aptitud inicial para la edificación de un terreno, pero el derecho consolidado se alcanza sólo en una parte (la restante corresponde a la colectividad) y tras cubrir unas determinadas fases, que tienden a garantizar la efectividad del principio redistributivo, el cumplimiento de las cargas de cesión, la realización de la obra urbanizadora precisa y la sujeción del ejercicio del mismo a la verificación de su conformidad plena con la ordenación urbanística mediante la exigencia de la licencia municipal.

2. Resulta, por ello, obligado diferenciar las diversas facultades que gradualmente se van incorporando, en correspondencia con el proceso de ejecución del planeamiento, definiéndolas, fijando los requisitos para su adquisición y las causas de extinción y estableciendo los criterios para la valoración de los terrenos en cada una de ellas (...)”

Se establece un régimen de propiedad de estructura secuencial o de *integración sucesiva*, la cual se produce conforme a su clasificación (suelo urbano, suelo urbanizable y suelo no urbanizable) y calificación (división o zonificación de cada suelo en función de cada uso o intensidad). La clasificación urbanística cobra, al igual que sucedía antes, una dimensión importantísima, toda vez que de la inclusión de un terreno en una u otra categoría se aplica el principio de equidistribución.

La Ley aporta en esta materia una gran novedad, cual es la de que el *principio de equidistribución* no sólo se aplica en los suelos urbanizables, sino también en los *urbanos*, aproximándose el régimen jurídico de ambas categorías de suelo. No se aplica, por el contrario, al suelo no urbanizable. Ello supone la existencia de dos “estatutos” de propiedad inmobiliaria claramente diferenciados: el del suelo no urbanizable, el cual se asimila en gran parte al urbanizable no programado, y el del suelo urbano y urbanizable programado.

B) Régimen del suelo no urbanizable y urbanizable no programado.

1º) *Suelo no urbanizable.*

La legislación urbanística tiene con respecto al suelo no urbanizable un carácter esencialmente preventivo, aunque no descarta algunas medidas de protección, que deben ceder ante las medidas establecidas en la legislación sectorial (Argullol Murgadas).

El régimen jurídico de este suelo constituye un mínimo legal encaminado a preservarlo del proceso urbanizador, de manera que “los terrenos clasificados como suelo no urbanizable, o denominación equivalente atribuida por la legislación autonómica, no podrán ser destinados a fines distintos del agrícola, forestal, ganadero, cinegético y, en general, de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, conforme a lo establecido en la legislación urbanística y sectorial que los regule” (art. 15 TRLS).

En coherencia con ello, quedan prohibidas las parcelaciones urbanísticas para preservarlo del desarrollo urbano, sin perjuicio de lo que la legislación aplicable establezca sobre el régimen de asentamientos o núcleos rurales (art. 16 TRLS). Este último inciso, relativo a los asentamientos o núcleos rurales, es una innovación del texto refundido que no se encontraba en la Ley de 1990.

Sobre la propiedad de este tipo de suelo hay que tener en cuenta algunos aspectos que definen el régimen del mismo.

En primer lugar, la Ley establece unas vinculaciones, pero su régimen de utilización concreta se remite a la legislación urbanística —estatal o autonómica— y sectorial. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la categoría de suelo no urbanizable no quiere decir que se impida absolutamente todo tipo de construcción. El mismo artículo 16.3 TRLS, que tiene carácter supletorio, permite construcciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza, extensión y utilización de la finca y respeten las normas y planes correspondientes, además de construcciones e instalaciones vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas. Las citadas construcciones e instalaciones podrán ser autorizadas por los Ayuntamientos.

Aparte de ello, podrán autorizarse por el órgano autonómico competente edificaciones o instalaciones de utilidad pública e interés social.

2º) *Suelo urbanizable no programado.*

Tiene el mismo régimen que el suelo no urbanizable hasta que no se apruebe el correspondiente Programa de Actuación Urbanística (PAU). Deberán respetarse las incompatibilidades de usos señaladas en el planea-

miento, no dificultando las actuaciones que se permitan sobre el mismo la consecución de objetivos de dicho planeamiento.

Aprobado el PAU, se estará a las limitaciones, obligaciones y cargas establecidas en él, en su acuerdo aprobatorio y en las bases del correspondiente concurso para su ejecución, que no podrán ser inferiores a las fijadas para el suelo urbanizable programado (art. 18). Es decir, cuando se apruebe un PAU el suelo pasa a ser urbanizable “programado”. Además, las cargas y obligaciones pueden ser *superiores* a las del suelo urbanizable programado (Menéndez Rexach).

C) Régimen del suelo urbano y urbanizable programado.

Es distinto al del suelo no urbanizable y urbanizable no programado. En estos tipos o clases de suelo es cuando se observa con toda claridad la configuración secuencial o sucesiva del derecho de propiedad, ya que la aprobación del correspondiente planeamiento atribuye facultades urbanísticas y determina el deber de los propietarios afectados de incorporarse al proceso urbanizador y al edificatorio, en las condiciones y plazos previstos en el planeamiento o legislación urbanística aplicable, conforme a lo establecido en la Ley (art. 19).

Por lo tanto, este régimen comporta unos deberes que habrán de cumplir los propietarios para la adquisición de las facultades urbanísticas, y si no se cumplen los deberes inherentes a cada fase, no se produce la adquisición de las facultades y hay una restricción —cuando se hubiera alcanzado el derecho al aprovechamiento urbanístico— o extinción del contenido patrimonial o económico de la ya obtenida, y pone a su vez en marcha el proceso encaminado a la prosecución del expresado proceso, lo cual se concreta en la expropiación forzosa o en la venta forzosa.

1º) *Los deberes legales.*

Así, el artículo 19 TRLS, que tiene carácter básico, dice que la aprobación del planeamiento preciso, según la clase de suelo de que se trate, determina el deber de los propietarios afectados a incorporarse al proceso urbanizador y al edificatorio, en las condiciones y plazos previstos en el planeamiento o legislación urbanística aplicables.

En el suelo urbano y urbanizable programado la ejecución del planeamiento debe garantizar la equidistribución o distribución equitativa de los beneficios y cargas entre los afectados e implicará el *cumplimiento de los siguientes deberes legales* que determinarán la adquisición gradual de las facultades urbanísticas (art. 20):

a) Ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas.

b) Ceder los terrenos en los que se localice el aprovechamiento correspondiente a los Ayuntamientos, por exceder del susceptible de apropiación privada o, en su caso, adquirir dicho aprovechamiento por su valor urbanístico en la forma que establezca la legislación urbanística aplicable.

c) Costear y, en su caso, ejecutar la urbanización en los plazos previstos.

d) Solicitar la licencia de edificación, previo el cumplimiento de los deberes urbanísticos correspondientes en los plazos establecidos.

e) Edificar los solares en el plazo fijado en la preceptiva licencia.

De la lectura del artículo 20 TRLS se puede comprobar claramente el incremento de los deberes y cargas de los propietarios. Las obligaciones legales de los propietarios de suelo urbano son, por su parte, casi idénticas a las que imponen a los propietarios de suelo urbanizable programado.

Esta comprobación es palmaria en la obligación de ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas, ya que la legislación urbanística anterior sólo incluía en esta obligación los terrenos destinados a viales, parques y jardines públicos y centros de EGB. Bajo el imperio de la nueva Ley, hay que entender (art. 94.1 y 3 TRLS) que en suelo urbano sólo se refiere a dotaciones locales, y no a los sistemas generales, salvo que la legislación urbanística establezca lo contrario. Sin embargo, donde se muestra con mayor claridad la intensificación de los deberes y cargas es en la limitación del aprovechamiento susceptible de apropiación por los propietarios, pues se limita a un porcentaje del aprovechamiento tipo del área de reparto. En consecuencia, se extiende al suelo urbano la atribución de un contenido unitario que se determina mediante la técnica del aprovechamiento tipo, de manera análoga a lo que la legislación urbanística anterior había establecido para el suelo urbanizable programado mediante la técnica del aprovechamiento medio.

2º) *Las facultades urbanísticas.*

La Ley regula las facultades urbanísticas tomando como punto de referencia el cumplimiento de las obligaciones. El artículo 23 regula, con carácter básico, las facultades urbanísticas de la propiedad de la siguiente forma:

“1. El contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria se integra mediante la adquisición sucesiva de los siguientes derechos:

a) A urbanizar, entendiéndose por tal la facultad de dotar a un terreno de los servicios e infraestructuras fijados en el planeamiento o, en su defecto, en la legislación urbanística, para que adquiera la condición de solar.

b) Al aprovechamiento urbanístico, consistente en la atribución efectiva al propietario afectado por una actuación urbanística de los usos e intensidades susceptibles de apropiación privada, o su equivalente económico, en los términos fijados por la Ley,

c) A edificar, consistente en la facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico correspondiente.

d) A la edificación, consistente en la facultad de incorporar al patrimonio la edificación ejecutada y concluida con sujeción a la licencia urbanística otorgada, siempre que ésta fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable.

2. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta Ley o en la legislación o planeamiento urbanístico aplicables”.

Por tanto, de acuerdo con lo establecido en el artículo transcrito se pueden distinguir:

a) Derecho a urbanizar.

Es una posibilidad encaminada a convertir una propiedad en *solar*. Este derecho-facultad se adquiere con la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento más específico de los que sean exigibles según la clase de suelo:

— en suelo urbano, el Plan General o Normas subsidiarias y, en su caso, el Plan Especial de Reforma Interior.

— en suelo urbanizable programado, el Plan General y el Plan Parcial.

— en suelo urbanizable no programado, el Plan General, Programa de Actuación Urbanística y Plan Parcial.

— en el suelo apto para urbanizar, Normas subsidiarias y Plan Parcial (art. 24.2).

Por otra parte, el artículo 24.4 dispone que el ejercicio del derecho a urbanizar requiere la aprobación, cuando así lo establezca la legislación o el planeamiento urbanístico, del estudio de detalle, proyecto de urbanización u otro instrumento previsto y regulado en aquélla.

El *derecho a urbanizar se extingue* cuando la urbanización efectiva y los deberes de cesión y equidistribución no se realicen en los plazos establecidos al efecto. La resolución que declare el incumplimiento deberá dictarse previa audiencia del interesado (art. 25.2 TRLS).

Sin embargo, en las llamadas actuaciones asistemáticas, que son sólo posibles en suelo urbano, el derecho a urbanizar no se extingue al estar indisolublemente vinculado al derecho al aprovechamiento urbanístico, el cual se entiende adquirido en virtud de planeamiento.

b) Derecho al aprovechamiento urbanístico.

Según el artículo 26 “el derecho al aprovechamiento urbanístico se adquiere por cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización en los plazos fijados por el planeamiento o la legislación urbanística aplicable, debiendo acreditar los propietarios el cumplimiento de los expresados deberes”.

Ahora bien, en caso de actuaciones asistemáticas (suelo urbano) el derecho se entenderá adquirido por aprobación del planeamiento previsto en cada caso (art. 31.1 TRLS).

Realmente la instrumentación práctica de este derecho-facultad es compleja y requiere despejar algunas incógnitas.

Por de pronto hay que tener presente que el aprovechamiento susceptible de apropiación no se puede confundir con el aprovechamiento real de un terreno conforme a las determinaciones que hace el planeamiento. Es más, lo normal será que no exista coincidencia; de suerte que el aprovechamiento susceptible de apropiación será el resultado de referir a la superficie de un terreno el 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentra (art. 271. TRLS), calculado de la forma señalada en la propia Ley (arts. 95 a 97 TRLS).

En la realidad fáctica ese aprovechamiento unas veces será superior y otras inferior al permitido por el planeamiento. En estos casos el TRLS de 1992 prevé formas para corregir tales incongruencias:

— *En actuaciones sistemáticas*, cuando los aprovechamientos permitidos por el planeamiento en una unidad de ejecución excedan de los susceptibles de apropiación por el conjunto de los propietarios, los excesos corresponderán a la Administración, la cual los podrá destinar a compensar a propietarios de terrenos no incluidos en unidades de ejecución afectos a dotaciones públicas o sistemas generales, o también a compensar a propietarios con aprovechamiento real inferior al susceptible de apropiación (art. 151 TRLS).

En cambio, el artículo 152 TRLS dispone que cuando se trate de unidades de ejecución con aprovechamiento real inferior al susceptible de apropiación “se disminuirá la carga de urbanizar en cuantía igual al valor del aprovechamiento no materializable”, y “si mediante la reducción no pudieran compensarse íntegramente el valor de los aprovechamientos no materializa-

bles, la diferencia se hará efectiva en otras unidades de ejecución que se encuentren en situación inversa o incluidas en la misma área de reparto o mediante el abono en metálico de su valor urbanístico, a elección de la Administración actuante” (art. 152.2 TRLS).

— *En actuaciones asistemáticas*, esto es, actuaciones al margen de las unidades de ejecución, los desajustes se corrigen por medio de la técnica de las transferencias de aprovechamiento, salvo que la legislación autonómica correspondiente establezca otra cosa (arts. 29.1,b) y 2, y 185 y ss. TRLS).

Por otra parte, *los propietarios deberán acreditar el cumplimiento de los deberes* a que se refiere el artículo 26, y la Administración actuante expedirá la certificación correspondiente a instancia de aquéllos. Pero por el transcurso de tres meses sin resolución expresa se entenderá otorgada esta certificación (art. 28.3 TRLS).

El propietario que cumple en tiempo y forma sus deberes *adquiere el 85 por 100 del aprovechamiento tipo*, supuesto que se materializa cuando la ejecución del planeamiento se lleva a cabo por un sistema de gestión privada (compensación). Cuando, por el contrario, se aplica la expropiación, los criterios de valoración a tener en cuenta para la determinación del justiprecio serán los que resulten de referir a la superficie expropiada el 75 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto, si se trata de suelo urbano, o el 50 por 100, si se trata de suelo urbanizable programado (art. 32 TRLS). Además, el derecho se reduce al 50 por 100 si no se solicita licencia en el plazo fijado por el Plan, o en su defecto en el de un año contado desde su adquisición, o de dos (cuando se refiera a actuaciones asistemáticas) (cfr. art. 31 TRLS).

Pero ¿qué es el aprovechamiento tipo? Con arreglo a la nueva legislación se puede calificar como una técnica “*que pretende garantizar una mínima uniformidad en el trascendental aspecto de la incidencia de la ordenación urbanística —cualquiera que sea ésta— en el derecho de propiedad inmobiliaria*”, ya que “*la legislación urbanística establece el marco al que debe ajustarse el planeamiento (densidades máximas, reservas para dotaciones, criterios para clasificación del suelo, etc.), y éste asignará ya clasificaciones y calificaciones urbanísticas. Es sólo la incidencia de la ordenación urbanística concreta resultante de dicho marco legal y de las determinaciones del planeamiento sobre las propiedades afectadas, lo que resuelve el mecanismo expresado*” (Preámbulo de la Ley 8/90).

El aprovechamiento tipo es en la nueva Ley el elemento clave para determinar el aprovechamiento susceptible de apropiación. Esta técnica se aplica por áreas de reparto de cargas y beneficios, y cuya delimitación se

hace en el planeamiento general. El artículo 95 TRLS, que tiene carácter básico, establece que “para cada área de reparto el Plan General o Programa de Actuación Urbanística o instrumentos equivalentes, según los casos, definirán el aprovechamiento tipo respectivo”.

Hay que tener en cuenta, además, que en el suelo urbano pueden existir una o varias áreas de reparto, quedando excluidas de ellas los terrenos destinados a sistemas generales. En el suelo urbanizable programado, los sectores cuyo planeamiento parcial debe aprobarse en el mismo cuatrienio y los sistemas generales adscritos o incluidos en aquéllos integran una sola área de reparto. En el suelo urbanizable no programado, el ámbito de cada PAU, con sus sistemas generales integra un área de reparto. Y en el suelo apto para urbanizar se estará a lo previsto en las Normas subsidiarias (art. 94.3 TRLS).

Pues bien, partiendo de esta premisa, el aprovechamiento tipo de cada área de reparto en *suelo urbano* se obtiene dividiendo el aprovechamiento lucrativo total, correspondiente a la misma, expresado siempre en metros cuadrados, incluido el dotacional privado, por la superficie del área, excluyendo los terrenos afectados a dotaciones públicas ya existentes (art. 96.1 TRLS). Así, las dotaciones locales se hacen a costa de los propietarios del suelo. Además, deberá ponderarse entre los diferentes usos y tipologías por referencia a aquél.

En el *suelo urbanizable programado*, el aprovechamiento tipo se determinará con respecto a cada área de reparto dividiendo el aprovechamiento lucrativo total de las zonas incluidas en ella por la superficie total del área, sin exclusión alguna (art. 97.1 TRLS). Todos los terrenos dotacionales se obtienen gratuitamente a costa de los propietarios. El artículo 29 desglosa la concreción del aprovechamiento urbano.

c) Derecho a edificar.

La adquisición del derecho a edificar se obtiene, según el artículo 33 TRLS, cuando se otorga la licencia y siempre que el proyecto presentado sea conforme a la ordenación urbanística. Pero cuando la licencia autoriza la urbanización y edificación simultánea, la adquisición definitiva de los derechos al aprovechamiento urbanístico y a edificar, quedará subordinada al cumplimiento del deber de urbanizar (art. 33.2 TRLS).

El derecho a edificar permite materializar el aprovechamiento urbanístico ya adquirido, pero si no se edifica en el plazo concedido al efecto se extingue (art. 35.2 TRLS).

Debe resaltarse que la Ley no contiene ninguna previsión sobre la prórroga de los plazos para edificar. Ahora bien, parece de justicia, y no debe olvidarse que la Justicia es un valor superior de nuestro Ordenamiento (art. 1.1 de la Constitución), que cuando se abra un expediente contradictorio y se determine que el incumplimiento no es imputable al propietario debe otorgarse prórroga al mismo. Las consecuencias que prevé la Ley son demasiado contundentes (expropiación o venta forzosa) como para abogar por otra interpretación más restrictiva sobre este importante extremo.

d) Derecho a la edificación.

Se adquiere por conclusión de las obras realizadas al amparo de la licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (art. 37.1 TRLS). Ahora bien, si la licencia en cuestión fuera declarada posteriormente ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable, el derecho sobre la edificación no se integraría en el patrimonio de su titular (art. 40.1 TRLS).

El artículo 37.2 ha incluido, además, una prescripción por la cual “los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado”.

VI. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES LEGALES

La configuración secuencial que hace el legislador de 1990-92 de las facultades urbanísticas de la propiedad tiene como complemento fundamental el cumplimiento de los deberes que ya se han desglosado anteriormente. La inobservancia o incumplimiento de estos deberes legales abre mecanismos de cierre como la expropiación y la venta forzosa. Así, el artículo 207 TRLS, que según la disposición final, es de aplicación plena en todo el territorio nacional, regula las expropiaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad, y dispone que:

“La expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad se aplicará:

a) Por inobservancia de los plazos establecidos para la urbanización de los terrenos y su edificación o, en general, de los deberes básicos establecidos en esta Ley, cuando no se opte por la aplicación del régimen de venta forzosa.

b) En los supuestos de parcelación ilegal en suelo urbanizable no programado o no urbanizable, en cuyo caso se deducirá del justiprecio el importe de la multa que se imponga”.

Por su parte, los artículos 227 y siguientes regulan el régimen de venta forzosa para el caso que la Administración actuante no opte por la aplicación de la expropiación. Esta alternativa se apoya en la actual normativa urbanística en la reorganización del Registro de Solares y Terrenos sin urbanizar, en el cual podrán inscribirse los terrenos del propietario que incumple los deberes para ulteriormente proceder a la adjudicación mediante concurso a la persona que pague el precio correspondiente y asuma las cargas y deberes que dejó incumplidos el propietario inicial, así como los que deriven del pliego de condiciones del concurso (art. 233 TRLS), y si el nuevo titular no cumple se abre de nuevo la opción entre expropiación y venta forzosa.

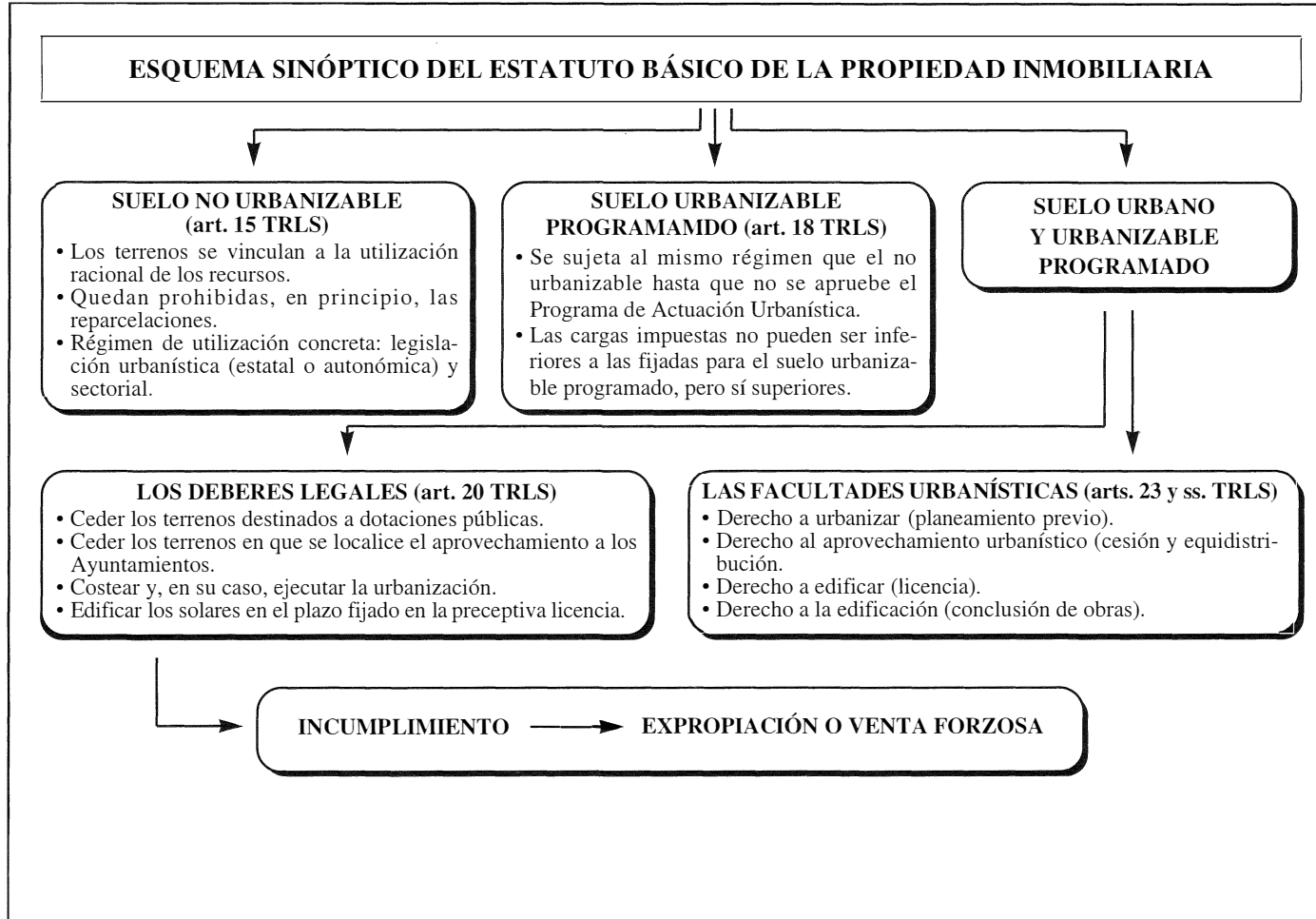
Resulta claro que la elección de cualquiera de las dos vías que prevé la Ley trae consecuencias importantes para el propietario. El TRLS se muestra particularmente riguroso con el cumplimiento de los deberes, de forma que si el propietario no los cumple lo sanciona de forma expeditiva y contundente. Sin embargo, este formalismo y rigor en la adquisición de las facultades urbanísticas no se corresponde con la tolerancia que el mismo Texto Refundido tiene con relación a los deberes que se imponen a la Administración Pública, como se observa en la reversión que se produce cuando “hubieren transcurrido cinco años desde la expropiación sin que la edificación se hubiera concluido o diez sin que lo hubiera sido la urbanización, según que el terreno expropiado tuviera o no la condición de solar en aquel momento” (art. 226.1 TRLS). La duración de estos plazos es mucho más dilatada que la que se impone al propietario para observar los requisitos y deberes que la Ley y el correspondiente Plan establecen, lo cual demuestra el distinto rasero con que se han medido los deberes legales.

VII. ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS

Es evidente que la regulación que ha hecho el legislador de 1990-92 sobre la propiedad inmobiliaria es más radical que la que hizo en su día la Ley del Suelo de 1956-75. La configuración secuencial o sucesiva de la propiedad, que comporta que sólo en la medida en que se cumplan los deberes y se levantan las cargas se adquieren las facultades urbanísticas, supone un avance importante en dirección a la transformación sustancial del derecho de propiedad, que lo asemeja a una especie de copropiedad. Parece que la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanísti-

ca y el establecimiento de medidas que eviten la especulación han servido de apoyo al legislador para establecer este régimen. No obstante, el calado de esta reforma debe hacer recapacitar sobre algunas cuestiones que quedan en una zona de penumbra y por ello mismo pueden producir inseguridad. Así sucede con la prórroga de los plazos para edificar cuando quien incumple no es el propietario, sino la Administración, o con la poca precisión que se detecta respecto del incumplimiento de los deberes susceptibles de poner en marcha la expropiación. Como ha señalado T.R.Fernández, se debe hacer constar que se ha producido un incumplimiento *culpable*, esto es, imputable a título de dolo o culpa grave al propietario del suelo, constatación que debe realizarse en un expediente contradictorio. En otro orden de cosas, los límites que fija el artículo 16.2 TRLS —que tiene carácter básico— con respecto al suelo no urbanizable tienen que perfilarse con más precisión, pues algunas Comunidades Autónomas pueden establecer la localización de actuaciones de gran envergadura que se declaran de interés regional en el citado tipo de suelo, lo que puede suponer la transformación urbanística de grandes extensiones de terreno.

Como se puede comprobar con estos extremos dudosos que he citado, el examen de la nueva normativa no ha hecho sino comenzar. Es en este plano concreto donde se juega su ser o no ser el contenido de la propiedad inmobiliaria, y el que permite de veras materializar los principios informadores de la nueva legislación.



INCIDENCIA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO FISCAL DE CANARIAS EN LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS LIGADAS AL TIME-SHARING

ARTURO MORA GARCÍA

*A. Carlos J. Cabrera
Abogado del Estado, Maestro y amigo*

SUMARIO

- 0. GENERALIDADES
- I. NOCIONES BÁSICAS
 - a) Caracterización
 - b) Elementos
- II. MARCO JURIDÍCO TRIBUTARIO
- III. EL MULTIPROPIETARIO Y EL IMPUESTO GENERAL INDIRECTO CANARIO
- IV. PROMOTOR Y PROPIETARIO E IMPUESTO GENERAL INDIRECTO CANARIO

0. GENERALIDADES

Este breve estudio tiene por objeto examinar las implicaciones del régimen tributario que se ha derivado del Régimen Económico Fiscal de Canarias, en relación con el Time-Sharing.

El sector turístico se ha convertido en motor de la economía canaria; la diversidad de fórmulas de explotación y la presencia de capital extranjero son notas características en el desarrollo de esta actividad económica.

Pese a la oposición de gran parte del sector, es un hecho incuestionable la importante presencia de explotaciones en régimen de Multi-propiedad o Time-Sharing, configurándose Canarias como una de las zonas del territorio nacional con mayor presencia de este modelo empresarial.

La singularidad económico tributaria de Canarias encuentra su cobertura constitucional en la Disposición Adicional 3ª de la Constitución que dispone: “La modificación del régimen económico y fiscal del Archipiélago canario requerirá informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico”; así como en el Cap. I del Título IV del Estatuto de Autonomía de Canarias que particularmente dispone en su art. 45.1: “Canarias goza de un régimen económico-fiscal especial basado en la libertad comercial de importación y exportación y en las franquicias aduaneras y fiscales sobre el consumo”.

Encontrándose regulado en la actualidad en la Ley 20/91 de 7 de Junio de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico-Fiscal de Canarias, y la 19/94 de 6 de Julio, reguladora de las Bases Económicas del Régimen Económico Fiscal de Canarias, parcialmente modifica por el Real Decreto 3/96 de 3 de Enero.

La referencia casi continua que se hace al Régimen Económico y Fiscal por los medios de comunicación social y por los representantes de las instituciones públicas en el Archipiélago adolecen generalmente de la precisión técnica que sería exigible. La innegable realidad del Time-Sharing en Canarias y la deficiencia antes citada avalan la utilidad del estudio propuesto.

Por lo que a nuestro análisis se refiere, centraremos nuestra atención en la Ley 20/91 de 7 de junio por regular esta última el Impuesto General Indirecto Canario, figura impositiva cuyo hecho imponible determina, en los casos que posteriormente examinaremos, el nacimiento de la correspondiente obligación tributaria. Prescindiendo de la Ley 19/94 de 6 de Julio, pues ésta centra su objeto en las Bases Económicas del Régimen Económico Fiscal de Canarias y el Real Decreto 3/96 de 3 de Enero dedicado a la regulación de la Zona Económica Especial de Canarias.

En cuanto a la posible incidencia de las restantes categorías tributarias que integran el Régimen Económico Fiscal de Canarias, esto es el Arbitrio sobre la Producción e Importación de Mercancías, examinando su Hecho Imponible se desprende que son irrelevantes en el Time-Sharing sin perjuicio de las obligaciones que se deriven por el desarrollo de operaciones conexas al desarrollo de la actividad turística, pero que desde un punto de vista jurídico estricto no pueden considerarse subsumibles dentro del Time-Sharing. Obviamente la producción o elaboración de bienes muebles corporales y la importación de dichos bienes en el ámbito territorial de las Islas Canarias, situaciones que el art. 71 de la Ley 20/91 de 7 de Junio señala determinantes para el nacimiento de la correspondiente obligación tributaria, quedan a priori lo suficientemente lejos del Time-Sharing como para no quedar contenidas dentro de las operaciones económicas que se desarrollan entorno al mismo.

I. NOCIONES BÁSICAS

A) Caracterización.

Los orígenes del Time-Sharing, prescindiendo de antecedentes aislados de análogas características, se encuentran en las explotaciones turísticas de Orlando y Miami en los EEUU, la posibilidad de adquirir la opción al uso del inmueble vacacional para un concreto periodo de tiempo unida al de intercambiar el uso con otros inmuebles localizados en otras partes del país y de América Latina durante un periodo de tiempo determinado, se diseñaron como atractivas fórmulas que permitieran dar salida a la brusca caída en la demanda turística tras la crisis del petróleo de 1973.

Ello permitía que los particulares, por un precio sensiblemente inferior al de la compra del inmueble, accedieran, con una certeza asimilable al Derecho de propiedad, a la posibilidad de disfrutar no sólo de un concreto periodo vacacional, que por lo demás se correspondía generalmente con sus vacaciones anuales, sino que además optimizaba la inversión del Promotor al vender la opción de uso hasta completar el total del año, a lo que hemos de añadir los beneficios derivados del mantenimiento y custodia de los inmuebles y de las instalaciones de ocio que los integraban.

Con posterioridad y a medida que se han globalizado las comunicaciones y que los distintos segmentos que integran la comercialización del producto turístico se han concentrado en manos de grandes multinacionales este modelo se ha generalizado en las distintas zonas turísticas.

Pese a la existencia de diversos modelos de explotación es característica común a todos ellos el reconocimiento del derecho a disfrutar durante un

periodo de tiempo determinado del año de unas vacaciones en un complejo turístico determinado o en uno perteneciente a una cadena internacional.

Al igual que ocurre con el Leasing, el Engineering, el Franchising o el Factoring y otras figuras procedentes del ámbito anglosajón, el Time-Sharing ha planteado problemas de recepción en nuestro marco jurídico y tributario al no existir regulación legal específica que la contemple, ni en el Código Civil, ni en el de Comercio, ni en la normativa Fiscal.

El Time-Sharing implica la obtención del derecho de uso y disfrute generalmente de naturaleza inmobiliaria, por tiempo determinado ejerciéndose por turnos entre los diversos titulares de ese derecho.

Proporciona a las personas que participan en la operación un derecho al uso del bien durante ese tiempo en las mismas condiciones que si el inmueble fuese enteramente de su propiedad con las limitaciones establecidas en el contrato de adhesión de la operación y que giran en torno a coordinar el uso del bien entre las diferentes personas que son usuarios del mismo.

Las notas básicas de la multipropiedad pueden sistematizarse de la siguiente manera:

Respecto al derecho que nace como consecuencia de la celebración del contrato:

- Tiene un contenido equivalente al derecho de propiedad.
- Se puede arrendar, ceder, o transmitir a través de cualquier forma.
- Es de vigencia cíclica, a la vez que puede ser temporal o perpetua.
- Tiene un carácter limitado por su carácter de derecho compartido.

En relación a la inversión:

- Se trata de una promoción inmobiliaria, estrechamente relacionada con la hostelería.
- La promoción de los inmuebles suele ir acompañada de una oferta de uso de zonas deportivas e instalaciones de ocio común.

En relación a los promotores:

- Suelen ser empresas de carácter multinacional, procedentes del sector inmobiliario.
- Su carácter multinacional hace que las figuras participantes estén domiciliadas en diversos países, generalmente del área anglosajona.

B) Elementos.

Con carácter previo se hace necesario aclarar la significación de ciertos términos que por su presencia en el desarrollo de las operaciones relacionadas

con el Time-Sharing serán mencionados en el análisis que posteriormente realizaremos. Así hablaremos de promotor, propietario, multipropietario y administrador.

- **Promotor:** Su función consiste en adquirir o financiar la adquisición y, en su caso, transmitir o transferir los inmuebles a los propietarios o a los adquirentes. En algunas ocasiones se reserva la propiedad del inmueble, si bien en la mayoría de los casos procede a reservarse derechos que le pueden suponer el control de la operación utilizando la figura de la sociedad propietaria como titular de la propiedad. Es el responsable de garantizar los derechos de ocupación transmitidos por él mismo ya directamente o delegando esta función en otra figura.

Posee, en principio, todos los derechos de ocupación, pues en las diversas modalidades bien es el propietario del inmueble o bien controla inicialmente de una forma u otra a la sociedad propietaria del mismo. Es por tanto quien determina el precio de la operación y selecciona a los participantes en ella, ya sea a los administradores, a los adquirentes y a los restantes participantes en las operaciones de Time-Sharing.

Asume los riesgos de la operación y tiene en su haber los derechos no vencidos, convirtiéndose en socio ordinario además de fundador en caso de existencia de club u otra modalidad que suponga la existencia de éstos.

- **Propietario:** Tal figura, a no ser que coincida con la del promotor, tiene un carácter pasivo. Se utiliza como titular de la propiedad, como un intermediario entre el promotor y el adquirente. Permite articular todo el sistema de multipropiedad y aísla al promotor del resto de participantes, interrumpiendo las responsabilidades de éste en el marco de su introducción en la sociedad propietaria.

Suele tratarse de sociedades de mera tenencia por cuanto no realizan actividad alguna, y en relación a su residencia por lo general tiene lugar fuera del territorio nacional.

- **Multipropietario:** adquirente final de la cuota de uso del inmueble por el tiempo que se haya establecido.

- **Administrador:** Juega un papel fundamental en cuanto su figura es indispensable para el futuro de la operación ya que su función es la gestión y administración de los inmuebles, en lo concerniente al mantenimiento, limpieza, coordinación de entradas y salidas de usuarios, ofertas de prestaciones adicionales y todos los aspectos de la administración de los mismos. Generalmente es una figura separada del promotor y suele ser una sociedad vinculada a la misma, a modo de filial. Actúa por sí misma o por delegación, subcon-

tratando los servicios a prestar; percibe una cuota periódica, normalmente anual, de los usuarios actualizada con los índices preestablecidos para su revisión.

II. MARCO JURÍDICO TRIBUTARIO

Las situaciones jurídicas que se derivan de la celebración de contratos de Time-Sharing constituyen en numerosos casos hecho imponible del Impuesto General Indirecto Canario.

El art. 4.1 de la Ley 20/91 de 7 de Junio de Modificación de los aspectos Económico-Fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias establece como hecho imponible del Impuesto “Las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por empresarios y profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional”.

Por otra parte, el art. 6.1 de la Ley considera entrega de bienes “La transmisión del poder de disposición sobre bienes incorpóreos”, especifica el apartado 2.1 como entrega de bienes en particular “La constitución, ampliación de su contenido o la transmisión de derechos reales de goce y disfrute sobre bienes inmuebles”.

Se considera así mismo entrega de bienes, según el art. 6.2.2º de la Ley “La transmisión de la propiedad, el uso o el disfrute exclusivos de bienes inmuebles mediante la cesión de títulos que atribuyan dichos derechos sobre los mismos”.

Considerando a la multipropiedad como un derecho real *ex novo* o como una especialidad dentro de la genérica categoría del Derecho de propiedad, su transmisión constituye, siguiendo la normativa legal antes expuesta, entrega de bienes y por tanto hecho imponible del mismo.

Respecto a la configuración como hecho imponible del Impuesto, de la transmisión del derecho a la utilización espacio-temporal del inmueble en régimen de Time-Sharing, podría plantear dificultades la dicción literal del art. 6.2.2 de la Ley que, como anticipábamos, habla de “La transmisión de la propiedad, uso, o el disfrute de bienes inmuebles mediante la cesión de títulos que atribuyan dichos derechos sobre los mismos”, en base a considerar que, en el Time-Sharing no se transmite una propiedad exclusiva sobre un bien inmueble, sino que tal propiedad es compartida por los restantes propietarios, sin embargo los negocios jurídicos que comporta el Time-Sharing son susceptibles de ser subsumidos dentro de la categoría “cesión de títulos que atribuyan dichos derechos sobre los mismos”.

Es frecuente que la transmisión al multipropietario de su derecho a la utilización del inmueble en régimen de Time-Sharing se efectúe fuera del ámbito de las Islas Canarias y, más aún, incluso fuera del territorio de España.

Ello no obsta a la exigibilidad del Impuesto, pues de acuerdo con el art. 3 de la Ley 20/1991 de 7 de Junio de Modificación del Régimen Económico Fiscal de Canarias “Estarán sujetas al Impuesto General Indirecto Canario las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en las Islas Canarias, así como las importaciones de bienes en dicho territorio”.

Por tanto la constitución o transmisión de derechos de multipropiedad sobre inmuebles sitos en Canarias celebradas en el extranjero no impide que la operación, al menos en principio, esté sujeta al Impuesto General Indirecto Canario.

Así mismo los servicios de mantenimiento del inmueble que comprenden limpieza, conservación, y otros servicios accesorios, cuya existencia da lugar al pago por parte del multipropietario de lo que se denomina “cuota de mantenimiento” y que suelen contratarse por la sociedad administradora residente o no en España, dan lugar en cualquier caso a un hecho imponible en el Impuesto por el concepto de prestación de servicios tal y como se desprende del antes citado art. 4.1: “Estarán sujetas al Impuesto por el concepto de entregas de bienes y prestaciones de servicios las efectuadas por empresarios y profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional”.

Finalmente hemos de citar la prevención que el legislador introduce en el art. 4.3: “La sujeción del Impuesto se produce con independencia de los fines o resultados perseguidos en la actividad empresarial o profesional o en cada operación en particular”. Con ello se alejan todas las dudas que podría plantear la complejidad del fenómeno de la multipropiedad.

Para la determinación del Sujeto Pasivo acudiremos al Capítulo V del Título I de la Ley 20/1991 de 7 de Junio; así el art. 19 aborda la regulación de los Sujetos Pasivos en las entregas de bienes y prestaciones de servicios.

Será sujeto Pasivo del Impuesto en las operaciones de Time-Sharing el promotor o, en su caso, el propietario transmitente, ya que el art. 19.1 dispone que ostentan tal condición, con carácter general, las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales y realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al mismo”, así mismo se dispone que “A los efectos de lo dispuesto en esta Ley se consideran establecidos en un determinado territorio a los sujetos pasivos que tengan en el mismo la sede de su actividad económica, un establecimiento permanente o

su domicilio fiscal, aunque no realicen las operaciones sujetas desde un establecimiento situado en las Islas Canarias”, situación esta última que frecuentemente se da en el Promotor del Time-Sharing que es generalmente una sociedad domiciliada en el extranjero.

Contempla el art. 19.1.2 la posibilidad de lo que se ha denominado la “inversión del sujeto pasivo” al considerar como sujetos pasivos del Impuesto a “(...) Los empresarios o profesionales para quienes se realicen las operaciones sujetas a gravamen, cuando las mismas se ejecuten por personas o entidades no establecidas en las Islas Canarias”.

Es improbable que la inversión del sujeto pasivo se produzca en el supuesto de operaciones de Time-Sharing; ello se debe en primer lugar a que el adquirente o multipropietario, salvo en el supuesto de que actúe empresarialmente, —lo que sucedería en el caso de que arriende su derecho a la utilización temporal del inmueble—, no es un empresario o profesional—, o al menos no actúa en cuanto tal; en segundo lugar la inversión del sujeto pasivo precisa que quien efectúa la entrega de los bienes no esté establecido en Canarias, bastando como antes señalamos para ello la mera “sede de su actividad económica, establecimiento permanente o domicilio fiscal”.

En esta línea establece el art. 17.2 de la Ley que se considerará establecimiento permanente, la sede de dirección, sucursales, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, almacenes, tiendas y en particular las agencias o representaciones autorizadas para contratar en nombre del sujeto pasivo, así como otros supuestos que dados los caracteres de las operaciones derivadas de la realización de operaciones de Time-Sharing no mencionamos (agricultura, minería, etc.).

Por tanto para que en una transmisión del derecho a la utilización espacio temporal de un inmueble en régimen de multipropiedad se sea sujeto pasivo del Impuesto General Indirecto Canario, es necesario que éste tenga la consideración de empresario, es decir que sea arrendador de bienes aunque solamente arriende ese inmueble en particular y además, que la entidad promotora del transmitente no esté incluida dentro del concepto de sujeto pasivo.

En los restantes casos será sujeto pasivo el transmitente de los bienes, mientras que el adquirente de los mismos, a través del mecanismo de la repercusión, regulado en el art. 20 de la mencionada Ley 20/91 de 7 de Junio, vendrá obligado a soportar el importe correspondiente.

Dispone en este sentido el art. 20: “Los sujetos pasivos a que se refiere el art. anterior, nº 1º apartado 1º, deberán repercutir íntegramente el importe del Impuesto sobre aquél para quien se realice la operación gravada, quedando

do éste obligado a soportarlo siempre que la repercusión se ajuste a lo dispuesto en esta Ley y sus normas reglamentarias, cualesquiera que fueran las estipulaciones existentes entre ellos”.

Debemos así mismo considerar la posibilidad de que la transmisión se encuentre exenta, según se desprende de la extensa tabla de exenciones contenidas en el Cap. II del Título I de la Ley y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación, situación en la cual obviamente no deberá realizarse pago alguno.

En cuanto al devengo del Impuesto, de acuerdo con el art. 18, podemos diferenciar entre prestaciones de servicios y entregas de bienes, así “En las entregas de bienes cuando tenga lugar su puesta a disposición o, en su caso, cuando se efectúen conforme a la legislación que les sea aplicable. No obstante, en las entregas de bienes efectuadas en virtud del contrato de ventas a plazos con pacto de reserva de dominio o arrendamiento de bienes con cláusula de transferencia de propiedad vinculante para ambas partes se devengará el Impuesto cuando los bienes que constituyan su objeto se pongan en posesión del adquirente. En las prestaciones de servicios, cuando se presten, ejecuten o efectúen o, en su caso, cuando tenga lugar la puesta disposición de los bienes sobre los que recaigan”.

De ello se desprende que el devengo por lo que se refiere a la entrega de bienes se producirá en el momento de suscripción de los certificados de Time-Sharing o del otorgamiento del documento público, en atención al contenido del art. 1.462 del Código Civil: “Se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”, de donde concluimos que se asimila el otorgamiento de escritura pública a la entrega de cosa vendida.

En relación con la base imponible señala el art. 22.1: “La base imponible está constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo”. De este modo la misma vendrá dada por el importe total de la contraprestación de las operaciones gravadas formando parte de aquélla los intereses correspondientes, en caso de aplazamiento en el pago del precio.

Respecto al Tipo de Gravamen aplicable estará comprendido entre el 3% y el 6% según se desprende del art. 27 de la Ley 20/91 de 7 de Junio de Modificación del Régimen Económico Fiscal de Canarias.

III. EL MULTIPROPIETARIO Y EL IMPUESTO GENERAL INDIRECTO CANARIO

La incidencia del Impuesto General Indirecto Canario se da en la mayor parte de los casos únicamente por vía de la repercusión; el adquirente vendrá obligado a soportar el importe del impuesto que le haya repercutido el promotor o, en su caso el multipropietario transmitente, sujeto pasivo del mismo, caso de que la operación no esté exenta ni sea de aplicación la posibilidad antes citada de inversión del sujeto pasivo que contempla el art. 19.2 de la Ley 20/91 de 7 de Junio.

Para el estudio de la incidencia del Impuesto General Indirecto Canario en la órbita jurídica del Multipropietario podemos diferenciar las siguientes situaciones:

A) Disfrute directo del multipropietario de su derecho.

No genera obligación tributaria de ningún tipo, al no tener lugar la realización del hecho imponible pues no se produce entrega de bienes o prestación de servicios.

B) Arrendamiento de su derecho por parte del multipropietario.

El multipropietario que arrienda su derecho a la utilización de un inmueble en régimen de Time-Sharing tiene la consideración de empresario conforme a la Ley.

Para realizar tal afirmación partimos del análisis sistemático de los arts. 4, 5 y 6 de la Ley 20/91.

Establece el art. 4: “Están sujetas al Impuesto por el concepto de entregas de bienes y prestaciones de servicios las efectuadas por empresarios y profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional...”

El nacimiento de la obligación tributaria exigirá que junto a la entrega de bienes concurra la condición de empresario; al respecto dispone el art. 5.4 de Ley 20/91: “Se considerará en todo caso empresarios o profesionales a quienes efectúen las siguientes operaciones: a) La realización de una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo...”.

Dispone en este sentido el art. 6: “En particular se consideran entregas de bienes: 1º) La constitución, ampliación de su contenido o la transmisión de derechos reales de goce o disfrute sobre bienes inmuebles”.

Respecto a la condición de entrega del bien la misma queda clara, pues en el arrendamiento que pueda hacer el multipropietario, se produce la transmisión del Derecho de goce del que es titular el multipropietario.

Y la condición de empresario ligada a la adjudicación o cesión de edificaciones aunque se realicen ocasionalmente se da en el contrato de arrendamiento, pues incluye la cesión ocasional por cualquier título.

En principio tal operación podría quedar exenta del Impuesto, según se desprende del art. 10.1.23, que dispone: “La exención de los arrendamientos (...), que tengan por objeto terrenos o viviendas (...)”; en este punto hemos de determinar la significación jurídica del término “vivienda” así es obvio que las notas de permanencia y habitualidad que definen al uso de un inmueble como vivienda se excluyen con la temporalidad inherente al Time-Sharing.

C) Venta de su Derecho por parte del Multipropietario.

La venta del Derecho por parte del Multipropietario no está sujeta al Impuesto General Indirecto Canario, como ya advertimos en su momento el Hecho Imponible se define por las entregas de bienes o prestaciones de servicios efectuadas por empresarios o profesionales, siendo sujetos pasivos del mismo las personas físicas o jurídicas que tengan tal condición, según se desprende de la inteligencia del art. 19 de la Ley del Impuesto que dispone: “Son sujetos pasivos del impuesto con carácter general las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales...”, acudiendo al art. 5 que define al empresario a los efectos del impuesto como “... quienes efectúen la realización de una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados el tiempo”.

La nota de la vigencia en el tiempo permite excluir la venta ocasional del derecho de multipropiedad del hecho imponible y por tanto de la obligación tributaria; estando no obstante sujeto si fuera su actividad profesional precisamente la compra-venta de inmuebles.

En el caso de que el Multipropietario que transmite su derecho sea una sociedad mercantil, dado que éstas se consideran en todo caso como empresarios, la venta estará sujeta, pero podemos entender que queda exenta en virtud de la previsión del art. 10.22 de la Ley, que declara exentas las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, en aquellos casos en que la venta que efectúe la Sociedad sea una segunda o ulterior entrega.

Interesa en este punto determinar el significado de lo que la Ley denomina “Edificaciones”; en este sentido la misma Ley en su art. 5.4 determina

que tendrán tal consideración las viviendas, edificios urbanos, y las construcciones efectuadas en suelo y subsuelo siempre que sean susceptibles de utilización autónoma e independiente”, criterio extensivo en el que podemos incluir a los inmuebles del Time-Sharing.

En ambos casos la venta del derecho a la utilización temporal del inmueble en régimen de Time-Sharing estará sujeta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en concepto de transmisiones patrimoniales onerosas, como claramente se deduce de la lectura del art. 7.1 del Real Decreto 3.050/1980 de 30 de Diciembre al declarar sujetas “las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas”.

D) Donación de su Derecho por el Multipropietario.

En este supuesto la donación, al tratarse de una cesión gratuita, al no adquirirse la condición de empresario no constituirá hecho imponible del Impuesto General Indirecto Canario, sino del de Sucesiones y Donaciones, según se desprende del contenido del art. 3.1 de la Ley del 29/87 de 18 de diciembre del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de acuerdo con el cual constituye hecho imponible “(...) la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e *inter vivos*”.

En el caso de que el multipropietario donante tenga el carácter de empresa mercantil, siendo por tanto empresario conforme al art. 5.2.2º de la Ley 20/91, la cesión gratuita del derecho puede constituir una situación de autoconsumo si el beneficiario de la donación es el mismo propietario de la empresa prevista en el art. 9.4º de la Ley 20/91 para los que se proclama la no sujeción “como transferencia de bienes o derechos del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo a su patrimonio personal o a su consumo personal”.

E) Permuta de su Derecho por parte del Multipropietario.

La permuta del Derecho efectuada por el Multipropietario persona física, estará sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en atención a lo dispuesto en el art. 7.1 del Real Decreto Legislativo 3.050/1980 de 30 de diciembre que contiene el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Establece el citado artículo que son transmisiones patrimoniales sujetas: “Las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas (...)” devengándose el mismo por cada transmisión.

IV. PROMOTOR Y PROPIETARIO E IMPUESTO GENERAL INDIRECTO CANARIO

En relación con la incidencia del Impuesto sobre las figuras citadas hemos de considerar los matices siguientes:

Los servicios de mantenimiento y conservación del inmueble que presta el promotor u otra sociedad administradora, constituyen hecho imponible del Impuesto, según se deduce del art. 4.1 de la Ley al disponer: “Están sujetas al Impuesto por el concepto de entregas de bienes y servicios las efectuadas por empresarios y profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional” siendo su lugar de realización el Archipiélago Canario según se desprende del art. 17.1 de la Ley.

Teniendo lugar el devengo de acuerdo con el art. 18.1 b) “(...) Cuando se presten, ejecuten, o efectúen o en su caso, cuando tenga lugar la puesta a disposición de los bienes sobre los que recaigan”.

Por lo que refiere a las transmisiones del derecho el art. 10.22 de la Ley declara exentas del mismo a “Las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación”. En este caso pueden darse las situaciones que a continuación citamos.

La primera posibilidad vendría dada por la situación en que el promotor adquiera el inmueble que va a explotar en régimen de Time-Sharing, a un tercero que con arreglo al Impuesto tenga la consideración de empresario. Esta transmisión estará sujeta a tributación, siempre que se trate de una primera transmisión. Las posteriores transmisiones que pudieran efectuarse no estarán sujetas al Impuesto General Indirecto Canario, sino al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, por tratarse de una segunda transmisión según se desprende del art. 7.1 del Texto Refundido del Impuesto anteriormente citado.

Cabe que de quien adquiera el inmueble el promotor, sea un tercero que carezca de la condición de empresario por no haber promovido, construido, o rehabilitado el inmueble según se desprende del art. 5.4 b) de la Ley 20/91 de 7 de Junio, ello se debe a que normalmente será una segunda transmisión, y porque al no tratarse de una actividad empresarial la simple venta no constituye al particular que la efectúa en empresario, a diferencia del simple arrendamiento. Esa transmisión estará sujeta por tanto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, por las razones que expusimos anteriormente.

La segunda posibilidad vendría dada por el supuesto en que el promotor transmita al propietario el inmueble y éste, a su vez, a los distintos adquirentes o multipropietarios. La transmisión de promotor a propietario estaría sujeta al Impuesto si fuese primera transmisión, es decir, si el promotor es constructor, no devengándose el mismo si se tratase de segunda o ulterior transmisión. La misma conclusión podríamos aplicar al supuesto de que el promotor transmita directamente a los adquirentes las transmisiones que efectúe el propietario a los adquirentes por tratarse de segundas o ulteriores transmisiones, no estarán sujetas al Impuesto General Indirecto Canario sino al antes citado Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, por tratarse de una segunda transmisión.

BIBLIOGRAFÍA

ALLENDE SALAZAR ORMAECHEA, L. ET ADL.: *El Time-Sharing y su configuración jurídico tributaria*. Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid 1989.

ALONSO HERNÁNDEZ, C.E. ET ADL.: *Canarias: La Economía*. Centro de la Cultura Popular Canaria /Cabildo de Tenerife, La Laguna 1995.

MARTÍNEZ LÓPEZ DE CASTRO, J.: *La Multipropiedad Inmobiliaria*. Reus, Madrid. 1989.

RUIZ SÁNCHEZ, L., MORENO PÉREZ, F.: *El régimen tributario derivado del IVA*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986.

CLAVIJO HERNÁNDEZ, F.: *La modificación del Régimen Económico Fiscal de Canarias, en la reforma del Régimen Económico Fiscal de Canarias*. Monografías Jurídico-Fiscales. Marcial Pons, Madrid 1992.

TEXTOS LEGALES CONSULTADOS

— Real Decreto Legislativo 3.050/1980 de 30 de Diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

— Ley Orgánica 10/82 de 10 de Agosto por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Canarias.

— Ley 29/87 de 18 de Diciembre del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

— Ley 20/91 de 7 de Junio de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

— Ley 19/94 de 6 de Julio de modificación del Régimen Económico Fiscal de Canarias.

— Real Decreto Ley 3/96 de 3 de Enero por el que se desarrolla la Zona Económica Especial de Canarias.

EN TORNO A DIEZ AÑOS DE LA LEY CAMBIARIA Y DEL CHEQUE

RAFAEL TRUJILLO PERDOMO
ABOGADO

El 12 de enero último recibí, a las siete de la mañana, una llamada telefónica de nuestro Decano. Al propio tiempo que suponía la constatación por mí, una vez más, de su dedicación sin límites al cargo, cobré inmediata conciencia de la grave responsabilidad que entraña el acuerdo de la Junta de Gobierno que por tal medio y temprana hora me trasladó.

La Junta de Gobierno, dijo, acordó ofrecerte la importante tarea de pronunciar la conferencia con ocasión de los actos de nuestro Patrono, San Juan Nepomuceno, correspondientes al presente 1996.

Debo confesarles que mi reacción inmediata fue de rotunda negativa. En primer lugar, porque sin duda alguna existen Ilustres Colegiados en quienes ciertamente concurren mejores méritos para ocupar esta Tribuna, ya altamente prestigiada por muchos de los que desde ella me han precedido; en segundo término, porque constituía mi fraternal venganza por la matinal zozobra dispensada.

Mas, vuelto a mi natural forma de ser y pensar, y en cierto modo interiormente confortado con la inmediata reflexión que llevó consigo el pensamiento de que, de este acto, todos Ustedes, compañeros integrantes de la Junta de Gobierno, son corresponsables y por ende pagaríamos proporcio-

nalmente las costas que el paciente auditorio al final me pudieran imponer, terminé aceptando.

De todos modos y por observancia del consabido dicho que hace referencia al bien nacido, hago constar públicamente mi agradecimiento por tan alto e inmerecido honor y procuraré eximirles de toda onerosidad.

También debo confesarles que de mi expresada decisión última fue ingrediente importante la posibilidad de elegir libremente el tema a tratar. Pensé en algo que, a la par de substraerlo de toda inocuidad e indiferencia para los profesionales del Derecho, pudiera asimismo interesar, o simplemente no aburrir, con lo que me daría por altamente satisfecho, a los que, hallándose hoy aquí presentes, sean ajenos a las ciencias jurídicas.

Ello, junto a la circunstancia de que la Ley Cambiaria y del Cheque acaba de cumplir el décimo aniversario de su entrada en vigor, fue bastante para dar contenido y título a esta charla, que no conferencia: “En torno a diez años de la Ley Cambiaria y del Cheque”.

Multa paucis. Mucho en pocas palabras, siguiendo así, pero arrejacando y vaciando de la expresión todo atisbo de petulancia en cuanto la frase pudiera aludir a la exposición de elocuentes quintaesencias, la norma que propugna por respetar el mandato del auditorio cuando, en actos como el presente, clama por/a la brevedad como agradecida delicia.

Decía BARNAVE, uno de los tantos émulos del político del s. XVIII, MIRABEAU, refiriéndose a las intervenciones orales, que la “brevedad es la delicia de los jueces”. Yo añadiría de los jueces y de todas nosotras: me refiero naturalmente a las demás personas, expresión esta última que, con evidente gracia, usaba uno de los ilustres Profesores españoles de nuestra Reina, Doña Sofía, evitando de este modo esa doble referencia al género: señoras, señores; alumnos, alumnas, niños, niñas, jueces, juezas, abogados, abogadas, maestros, maestras, etc., que puso de moda, a mi criterio de manera desafortunada, cierta Parlamentaria española de todas nosotras conocida.

Recordamos que, con ocasión de la publicación de la Ley Cambiaria, concretamente en los meses de “vacatio legis” y en los inmediatos siguientes al de su entrada en vigor (1 de enero de 1986), hubo numerosas charlas, conferencias y seminarios. Iban principalmente dirigidos a comentar la nueva regulación de la letra de cambio, en cuya figura se concentraban casi todas las atenciones, aunque ya por algunos Ponentes se recalcase/recalcara que la auténtica vedette de la Ley no era precisamente la letra sino el cheque. En la práctica también va cobrando gran pujanza el pagaré de cuenta corriente, rabiosamente puesto de moda principalmente por las entidades de depósito en su incesante búsqueda de medios de garantía, con eficacia ejecutiva, de

sus operaciones de préstamos personales justificado, a la vez, en el argumento de conseguir un menor costo para los consumidores del mercado del dinero evitándoles los desembolsos que implica la intervención de fedatarios públicos.

España, si bien es cierto que en su día participó, como todos sabemos, en la Conferencia de la Haya y en la Conferencia de Ginebra, en cuanto a la redacción de la Ley Uniforme, también es sabido por todos nosotros que luego no ratificó el Tratado de tal modo que la letra de cambio continuó rigiéndose por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio y, en lo que respecta a su tratamiento procesal, por las pertinentes normas de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Y esto que, repito, ciertamente fue así tuvo como consecuencia, en la práctica, que la letra de cambio fuera teniendo en nuestro país una regulación jurisprudencial que, en gran medida, fue imponiéndose gracias a las tesis sostenidas por nosotros, los abogados, por la jurisprudencia dimanante de las entonces Audiencias Territoriales y, en cierto modo también y en determinadas situaciones específicas, merced al Tribunal Supremo.

Bástanos aquí recordar, como aserto de lo dicho, las mutaciones que en el tratamiento procesal experimentó, a lo largo de más de 75 años de jurisprudencia, la letra en blanco y aquellas en las que se habían suprimido la formalización de las cláusulas “a la orden” y “valor”.

Transcurridos estos diez años de vigencia de la Ley Cambiaria y del Cheque, hay pues que reafirmarse en la conclusión que extraíamos de sus primeras lecturas: La Ley Cambiaria y del Cheque supuso la elevación al rango de norma legal del sistema que había venido consolidándose por las sentencias de los jueces y Tribunales españoles en unos extremos siguiendo a la Ley Uniforme, rechazada en el momento en que se imponía su adhesión por el Estado, y en otros de carácter netamente innovador.

Sin embargo, en el Preámbulo de la Ley se hizo una extraordinaria gala de insinceridad y hasta de innmercido desconocimiento de la realidad que acabamos de apuntar. Y resaltó que el paso que la misma suponía, y que decisivamente se encaminaba a la renovación de nuestro Derecho Mercantil, es el de adaptarnos, como si ello surgiera *ex novo* a la legislación uniforme de Ginebra cuando, en realidad, debió haber elogiado la circunstancia de que gran parte de lo que se nos mostraba como contenido de la nueva ley ya venía siendo la gran obra de todos los que colaboramos con la Administración de justicia.

Así tenemos hoy que agradecer, por su innegable bondad para la seguridad del tráfico mercantil, la desaparición del grave problema que se nos

presentaba a la hora de ejecutar una letra con pluralidad de obligados al pago; dilema que, impuesto desde el tenor de los derogados artículos del Código de Comercio, surgía al elegir cuál de sus signantes iba a ser el destinatario de la correspondiente acción ejecutiva y la sobrevenida incertidumbre sobre el posterior peregrinaje que habríamos de soportar en búsqueda del responsable solvente, fue felizmente superado a través del principio de solidaridad, desde el instante en que el tenedor puede proceder contra todos ellos conjuntamente.

De todos modos, es evidente que la letra de cambio no sólo ha iniciado su decadencia como instrumento de presentación y va perdiendo la función trayecticia que históricamente la caracterizó sino que incluso ha cambiado tanto que podemos afirmar, y así lo estamos viviendo, que el protesto, acto notarial que en cierto modo era argumento justificativo de su inclusión entre los documentos públicos hábiles para ejercitar la acción ejecutiva, asimilándosela por consiguiente a ellos, reduce notablemente su presencia procesal para dar paso a las llamadas declaraciones equivalentes que sólo a las entidades de depósito domiciliarias y a las Cámaras de Compensación competen formular.

Aunque la eliminación o minoración en la práctica del protesto notarial, entonces fórmula única para acreditar la falta de pago y viabilizar en consecuencia la ejecución de la letra, se nos antojara al principio, y desde otra vertiente, como una verdadera expropiación o expoliación de un derecho reconocido a los Notarios aunque éstos, y lo decimos sin intención de mermar el reconocido prestigio del Notariado español, habían contribuido en cierto modo a la devaluación de que tales actos se hicieran acreedores (recordamos aquí a aquellos fedatarios que de modo casi habitual practicaban las respectivas diligencias ante el vecino más próximo a su Notaría), *la declaración equivalente* ofrece sin embargo la constatada ventaja de una mayor agilidad y menor costo aunque las entidades crediticias también hayan hecho a sus referidas declaraciones objeto de especial atención en el índice de sus comisiones sin que todavía vislumbremos la cota que puedan llegar a alcanzar tanto los mínimos devengables como las cantidades porcentuales a aplicar a partir de aquéllos.

El otro sucedáneo del protesto notarial introducido en la ley española, y que proviene de la Ley Uniforme de Ginebra, ni yo ni la entidad de depósito en la que hasta ahora desarrollo gran parte de mi actividad profesional como Abogado, y posiblemente ninguno de ustedes, profesionales del Derecho, lo hayamos visto realizado en la práctica a pesar de los diez años de vigencia en nuestro Derecho cambiario.

Me refiero a la declaración que hoy puede hacer el propio deudor o librado haciendo constar sobre la cambial, seguido de la correspondiente fecha y firma, su expresa negativa a aceptarla o a hacerla efectiva.

Conste que, como el cínico Diógenes para encontrar UN HOMBRE, hemos buscado con gran ansiedad tan “rara avis” pues en uno de los Seminarios a que asistí, organizado por la ESCA, surgió la promesa cierta, formulada por uno de nuestros grandes mercantilistas, anecdóticamente miembro de la comisión codificadora del Ministerio de Justicia, en el sentido siguiente:

Cuando encuentre una cambial cuyo deudor haya estampado la expresión “Embárgueme porque no quiero o no puedo pagar esta letra”, preséntemela porque se la haré efectiva en el acto.

Transcurridos estos diez años, de los que, al menos yo, esperaba más juego conformador de la ley por parte de los profesionales del Derecho, continúo lamentando que la nueva regulación del derecho cambiario (que en la práctica a todos nos corresponde hacer) no haya sido más valiente luego del reconocimiento implícito que desde su tenor se hace respecto de la corruptela que se sufre a la hora de cumplirse el trámite procesal para designarse los bienes a embargar, traducido muchas veces en embargo sin límite cuantitativo de bienes para cubrir una deuda de escaso valor frente a lo embargado) ya que su levantamiento y sustitución por caución bastante sólo es admitida en los específicos casos de negación categórica por el deudor de la autenticidad de la firma que se le atribuye, o en el supuesto de alegrarse la falta absoluta de representación.

La novedad se muestra tímida y raquítica, y trae a mi memoria dos anécdotas: una, contada por el Decano del Colegio de Abogados de Castellón; y la otra, narrada en su día por Don Miguel Casals, esta última conocida quizá por algunos de ustedes.

Asistía el primero de dichos Letrados a una diligencia de embargo sin otra concurrencia que la del Agente judicial de servicios (sin Secretario). Y aquel agente judicial iba consignando, en la correspondiente diligencia, con impresionante frialdad y voracidad, todos cuantos bienes se le indicaban por el acreedor. Y, cuando para cubrir unas responsabilidades ascendentes a setecientas mil pesetas, ya existían bienes embargados por valor de varios millones, el desesperado deudor dijo:

— Oiga, señor Juez, ¿no basta ya?

Y el agente, tal vez halagado con el tratamiento, y sin más aclaración, le contestó:

— Mire usted (expresión hoy puesta en boga por algunos Políticos en sus intervenciones, campañas y debates): La justicia nunca tiene bastante.

En cuanto a la invocada intervención del Sr. Casals, nos recordaba que, con ocasión de la diligencia de requerimiento de pago y embargo en un procedimiento ejecutivo derivado del impago de una cambial de 1.500.000 pesetas, el deudor abrió el cajón central de su mesa de despacho y depositó sobre ella un fajo de títulos representativos de acciones de distintas compañías mercantiles.

Acto seguido, el agente judicial comenzó a reseñarlas, consignando sus diferentes valores nominales. Cuando llevaba rellenos dos folios, el deudor le increpó:

— Oiga, ¿no ve usted que lo reseñado supera con creces las responsabilidades que se siguen en este proceso, o es que no ha leído hoy las cotizaciones en Bolsa de gran parte de las acciones reseñadas?

Y a ambas preguntas, el agente judicial respondió lacónicamente:

— Ah, ¿pero es que usted se fía de los periódicos?

Dicho esto, y dejando ya de un lado a la letra de cambio, nos preguntamos ahora: ¿Quid del cheque en estos años?

Como ya dijimos, no podemos olvidar que éste irrumpió en la ley de 1985 como auténtica vedette y, como tal, con cierto donaire revolucionario y novedoso ropaje, diseño del legislador patrio. No olvidemos que mientras que en el Código de Comercio el cheque sólo era contemplado y regulado por ocho artículos, hoy lo hacen sesenta y uno, aparte las remisiones a una serie de preceptos inmersos en los distintos epígrafes consagrados a la letra de cambio.

De esa actual normativa, en este décimo aniversario de su vigencia, resaltamos aquí lo siguiente:

a) La necesidad, extremo ya pasado de toda actualidad, y al igual que sucede con la letra de cambio, de que la denominación de cheque se inserte en el texto del documento con la natural consecuencia de su descalificación como tal si así no figurara.

La claridad del precepto y las consecuencias de su omisión no fueron sin embargo argumento bastante para que por un Juzgado de esta Capital, con ocasión de una litis entre dos entidades de depósito, planteada tres años después de la entrada en vigor de la ley y actualmente (siete años después) todavía en trámite de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, se dictara sentencia en la que, a pretexto de prevalencia del principio de buena fe en las transacciones mercantiles, se llegara a afirmar que el documento

básico de la demanda al adolecer de dicho requisito ha de conceptuarse como un cheque en blanco posteriormente subsanado o completado mediante la diligencia de conformidad estampada al dorso del mismo por la entidad librada.

Tal fundamentación, sin duda conculcadora del artículo regulador de los elementos formales del documento para devenir al concepto de cheque, motivó, junto a otras consideraciones jurídicas a las que ahora no procede hacer referencia, el subsiguiente recurso de apelación.

La Audiencia Provincial nos dio la razón al afirmar en su sentencia, de fecha 6 de julio de 1993, lo siguiente:

“Evidentemente, el monema “cheque” ha de figurar no en cualquier lugar del documento sino inserto en el texto del mismo; como quiera que el texto aparece en su totalidad en el anverso, pues el texto lo constituye el conjunto gramatical de las menciones exigidas por la ley cambiaria y éstas, en el documento a que nos referimos se encuentran en dicha cara del papel, sintácticamente engarzadas, no cabe considerar, por consiguiente, que con la palabra cheque escrita en el reverso, inserta en la diligencia de conformidad, se haya cumplido con tal exigencia formal”.

La victoria de este Letrado fue solamente moral pues, a pesar de cuanto acabo de exponerles, la sentencia fue confirmatoria del resultado adverso anteriormente recaído fundándose la Sala al efecto en otros preceptos de la ley cambiaria a cuyo imperio o regazo no tuvo inconveniente acogerlo a pesar de que no estábamos ante un cheque.

Y en este singular asunto, en el que se ventila un principal de treinta millones de pesetas, se lleva consumido siete años, de los que uno (marzo de 1990 a marzo de 1991) fue agotado por el Juzgador de Instancia para resolver o sentenciar el mismo; dilación que una vez más llevó a este Letrado a sentir la necesidad de la creación de Juzgados que entiendan únicamente de los asuntos mercantiles y, en otros círculos del mundo financiero, a optar por someter muchas de las controversias jurídicas interbancarias a la decisión de Comités creados al efecto, los cuales funcionan en la práctica con bastante agilidad, desde luego superior a la de los juzgados y tribunales, profundo conocimiento de las instituciones y gran sentido del alcance de las responsabilidades en juego y, por ende, de los perjuicios de todo orden que los retrasos infieren al justiciable.

b) La convertibilidad del cheque nominativo en cheque al portador, otra de las características ignoradas aún por muchos empleados de ventanilla de las entidades que más deben saber sobre este documento pues no pueden tener librado distinto de los Bancos y Entidades de Crédito asimiladas a

ellos, ha dado lugar a situaciones cómicas como la que a mí me ocurrió cierto día y en cierto Banco:

Para pagar la cuota que me corresponde satisfacer a una Comunidad de Propietarios, libré delante del empleado de ventanilla el correspondiente cheque designando el nombre de la Comunidad. Lo arranqué del talonario y se lo entregué. Luego de su rápida lectura, me dijo, si tiene usted firma reconocida en el Banco, como representante de la Comunidad, firme al dorso del cheque. Si no es así, no puede ingresarse este cheque.

Le contesté que tenía razón pero que, como no representaba a esos efectos a la Comunidad acreedora, me diera el cheque y, en su presencia, añadí al nombre de la misma las palabras “o al portador”.

El empleado no tardó absolutamente nada en decir:

— Yo, ese cheque, no se lo admito.

Ante mi insistencia en que tenía que proceder a su abono en la cuenta que se le indicaba hubo de terciar el Interventor de la oficina, quien, luego de examinar con cierta gravedad en su rostro, el cheque que se le exhibía para su ingreso, me invitó, al parecer por lo insólito del tema que se planteaba y por ser yo conocido del Banco, a entrevistarme con otro alto Jefe, cuyo despacho se encontraba en la planta alta y desde donde se divisaba el patio de operaciones.

Como si de un especial servicio se tratara, me dijo:

— No te muevas de aquí. Te traeré el correspondiente justificante del ingreso.

A pesar de la orden de inmovilidad, me asomé y comprobé que el Alto Jefe, con mi cheque en la mano, y la vista puesta en el mismo, sostenía un conversación telefónica.

Cuando regresó, me hizo entrega del documento acreditativo del ingreso no sin antes pedirme que advirtiera a la entidad librada no poner reparo alguno al cargo cuando éste fuera recibido a través de la respectiva Cámara de Compensación, olvidando incluso al efecto que por razón de su exigua cuantía el cheque sería objeto de truncamiento y, por consiguiente, ni siquiera tendría la ocasión de viajar hasta el Banco librado.

Cuando regresé a mi despacho, llamé a la Asesoría Jurídica del Banco. Su Letrado Jefe apenas me dejó hablar.

Se precipitó a decir dos palabras:

— Tienes razón.

c) La irrevocabilidad mientras no haya transcurrido el tiempo hábil para su presentación al pago, o a partir de su fecha de emisión aunque se encuentre postdatado, otra de las nuevas características introducida por la Ley, no ha dejado de estar en estos dos lustros exenta de polémica en el ámbito bancario interno, en cuanto se la relaciona con aquellos supuestos en los que se haya invocado extravío, destrucción o sustracción, pues son temerosas de que, ante la conocidísima picaresca española, tales situaciones no sean cosa distinta de una revocación encubierta de modo que se interrogaban frecuentemente si en tales casos deberían hacerse sólo con una declaración escrita y firmada por el tenedor desposeído o si, por el contrario, debería éste acreditar la correspondiente denuncia y la subsiguiente existencia del procedimiento judicial encaminado a impedir que se pague a tercera persona; procedimientos que, por la lentitud de su tramitación, e ignoramos cuáles sean sus causas dilatorias, devienen estériles en la mayoría de los casos.

Con el decurso del tiempo ha ido prevaleciendo la tesis, sostenida desde el principio por el Consejo Superior Bancario y también compartida desde la publicación de la ley por nosotros, de que es bastante la declaración escrita que haga el librador para que la entidad librada no pague el cheque a su presentación; criterio amparado en el hecho de que la ley, cuando alude al procedimiento especial para obtener, en aquellos supuestos, la amortización del cheque y el reconocimiento de su titularidad, no está haciendo referencia alguna al librador sino al tenedor del mismo.

Sólo en este sentido ha de concebirse pues, a mi entender, la facultad que la ley confiere al librador para oponerse, sin más cortapisas, al pago del cheque en los enunciados casos.

Para no rebasar el límite de tiempo que me había autoimpuesto con el objetivo de no empañar el carácter festivo que conllevan las efemérides patronales, permítanme, antes de terminar, una breve referencia a dos temas importantes: el primero es el relativo al supuesto del daño que se infiera al titular de una cuenta por atender el Banco librado el pago de un cheque falso o falsificado, en los supuestos de previa sustracción del mismo; el segundo, el uso del pagaré como instrumento de garantía y ejecución de operaciones de préstamos personales.

Por lo que atañe al primero, la experiencia vivida en la década a que nos referimos, tremendamente influida por el desconcierto que cada día producen los dispares criterios sostenidos por Juzgados y Tribunales en orden a la determinación de los hechos tipificadores de la culpa o de la negligencia en la custodia del talonario por parte del titular de la cuenta, me decanto desde luego de la forma a que luego haré referencia.

Y digo esto porque desde llegar a afirmarse en sentencias de Instancia, confirmadas por la Audiencia Provincial, en cuyas litis he intervenido como Letrado director de la entidad de depósito demandada, existir negligencia en cuanto a la conservación del talonario ya que el posible autor de la sustracción tuvo acceso fácil al domicilio de su titular y al bolso donde aquél se encontraba, hasta resoluciones judiciales en las que no se reconoce como hechos determinantes de culpa o negligencia dejar el respectivo talonario, del que se sustrajeron algunos cheques y otros documentos de identificación personal, en la guantera del coche aparcado en una zona portuaria notoriamente caracterizada por la alta inseguridad ciudadana, existe una gran cantidad de matices que nos llevan a clamar unas veces por las posiciones, anteriores a la nueva ley, de la distribución del daño entre el titular de la cuenta y el librado (a la que también se llega en fáciles transacciones extrajudiciales por el buen juicio y evidentes sentimientos de responsabilidad compartida) y otras, quizás más susceptible de controversia, pero no por esto menos adecuada a Derecho, por la que, partiéndose al efecto del precepto de la propia ley cambiaria que exonera expresamente a las entidades de depósito de la obligación de comprobar, en el momento de pagar un cheque, la autenticidad de la firma de los endosantes, y una vez acreditada la falsedad o falsificación del cheque, sin más exigencias sobre la graduación de la misma, se remita y ciña la cuestión planteada a lo que resulte acreditado sobre si ha habido, o no ha existido, negligencia respecto de la custodia del talonario por quien estaba obligado a ello en virtud del correspondiente contrato de cuenta corriente, e incluso sobre la subsiguiente diligencia adoptada por el titular de la cuenta para que la noticia del suceso llegue a tiempo a conocimiento de la entidad de depósito.

En cuanto al segundo de los últimos temas apuntados, esto es, el que se contrae al pagaré, sólo unas palabras y casi a modo de reflexión:

Perdida la posibilidad de aplazar el pago del cheque mediante su expresa postdatación, novedad introducida por la ley, el pagaré se convirtió de inmediato en instrumento idóneo para colmar, con la misma garantía de efectividad, los inconvenientes que tal supresión legal planteaban en el tráfico mercantil. Hubo incluso comerciantes que, ante la supresión de los referidos efectos del cheque postdatado, llegaron a plantear a algunas entidades, sin calibrar las perspectivas que les ofrecía el libramiento de pagarés que, para evitar la huida de clientes que de esa guisa habitualmente pagaban sus compras, si no podrían imprimirse talonarios en los que se omitiera la palabra cheque.

A partir de 1990, la figura del pagaré en blanco, contemplada por remisión que el legislador hizo a los preceptos dedicados a la letra de cambio; la

inclusión del pagaré entre los títulos que llevan aparejada ejecución; la necesidad, conforme ya habíamos expresado, de buscar fórmulas de abaratamiento de los préstamos personales; la circunstancia de que tal documento no aparecía contemplado como sujeto al pago del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados por no realizar función de giro, fueron elementos suficientes para atraer la atención de los estudiosos de la materia cambiaria y hacer de ellos instrumentos de lícita garantía y, por lo tanto, adecuados para afianzar operaciones de activo y, entre éstas, por qué no, de préstamos, sin olvidar desde luego que el prestatario cuenta, de un lado, con la declaración de que el pagaré, al igual que sucede con la letra, siempre ha de ser completada de conformidad con los acuerdos del negocio causal; de otro que, para el supuesto de su ejecución, el deudor cambiario podrá oponer las excepciones que se basen en sus relaciones personales con la entidad prestamista.

Es preocupante que en la actualidad por algún Juzgado y Audiencia Provincial basándose, a mi personalísimo criterio, en hiperbólicas interpretaciones de la Ley de Protección a los Usuarios y Consumidores, se cuestionen tales garantías y puedan cerrar el paso a los subsiguientes procesos de ejecución de las mismas, iniciándose así además un fuerte acoso al principio histórico de autonomía de la voluntad, a pretexto de que con ello se trata de eludir determinadas garantías y controles para los consumidores y la necesidad de corregir el desequilibrio inter partes cuando es evidente que tales riesgos podrían, y hay que decirlo sin ambages de ningún tipo, evitarse con la buena observancia por jueces y secretarios de las normas rectoras del proceso desterrándose desde ya y en consecuencia, aparte otras corruptelas de todas conocidas, la novísima moda de declarar impertinente la prueba de confesión judicial y la proposición de otras; actitudes que en numerosas ocasiones claramente producen indefensión.

Transcurridos estos diez años, creo obligado seguir reconociendo que, si bien es cierto que la letra de cambio sigue perdiendo el papel trayecticio que la caracterizó históricamente, no es menos evidente que tenemos que admitir que la función de pago, característica del cheque, también va debilitándose desde que sus grandes competidores, el dinero plástico y el simple recibo de ventanilla como medio de disposición de los depósitos en cuenta corriente, con todos sus inconvenientes y secuela de nuevos modos de delinquir, continúan acentuando su presencia.

Si fueron necesarios 75 años de buenhacer profesional (abogados, jueces y Tribunales) para alcanzar una aceptable y más moderna regulación legal de la letra de cambio, desde aquí, esta noche, me permito sugerir, a modo de viático, que nos adentremos más en la órbita cambiaria, para conseguir, a través de su estudio más profundo una mejor interpretación y aplica-

ción práctica de las posibilidades y garantías que, para el tráfico mercantil ofrece la ley cambiaria de cuyos resultados sería sin duda claro exponente, entre otros de extraordinaria importancia, la total desaparición de esos famosos carteles que, como sangrante puntilla a la vedette de la ley, tanto me irritan: “no se admiten cheques personales”.

EL TRIBUNAL DEL JURADO

EXAMEN DE LA L.O. 5/1995 DE 22 DE MAYO*

JOSÉ VICENTE REIG REIG

SUMARIO

- I. PRÓLOGO Y EXPOSICIÓN.
- II. PRIMERA PARTE.
 - a) Evolución histórica.
 - b) Concepto y clases de Jurado.
 - c) El tipo de Jurado en la L.O. 5/1995.
- III. SEGUNDA PARTE.
 - a) Planteamiento.
 - b) La Ley del Jurado y la Constitución.
 - 1. El artículo 125 de la Constitución.
 - 2. Los artículos 117 y 125.
 - 3. El artículo 24 de la Constitución.
 - a) Proceso justo sin dilaciones indebidas.
 - b) Proceso público con todas las garantías.
 - 4. El principio de igualdad del artículo 14.
 - 5. El artículo 120.3. La motivación de las sentencias.
- IV. TERCERA PARTE.
- V. BIBLIOGRAFÍA.

(*) Accésit Premio Foro Canario, 1996.

PRÓLOGO Y EXPOSICIÓN

“La propuesta de restauración, en esta misma legislatura, del juicio penal del Tribunal del Jurado, no ha pasado desapercibida, sino que ha creado una cierta expectación en la sociedad española.

De ese aún incipiente eco social hay que subrayar una primera constatación, por cuanto podría ser indicativa del eje sobre el que se desarrolle el futuro debate, pues la sociedad española percibe el Jurado como una oferta de la ciudadanía, como una oferta de enriquecimiento de la Ciudadanía.

El que, en determinadas causas penales y de forma progresiva y gradual, nueve vecinos, bajo la dirección técnica de un Juez profesional, emitan el veredicto sobre el que se construya la sentencia, es contemplado como el reconocimiento de una cierta mayoría de edad judicial a los ciudadanos.

La restauración del Jurado en el marco de la salud de la Administración de Justicia no permite afirmar que sea una cuestión políticamente intrascendente; al contrario, debe estimarse de enorme significación política por cuanto afecta al núcleo mismo de la cultura democrática.

Con su instauración habremos alcanzado un grado de avance cultural de la Justicia Penal que facultará para ver con optimismo otras piezas claves de nuestro sistema jurídico; precisamente aquellas que componen la respuesta institucional a la grave pregunta sobre la legitimidad de la potestad pública sancionadora y de la forma democrática de ejercerla.

Por eso, la gran ventaja que el Jurado puede y debe satisfacer en la práctica del Derecho es la de contribuir a la realización de un proceso penal basado en el sistema acusatorio y en el predominio de la forma oral en el que, a la vez que la persona acusada vea garantizados sus derechos fundamentales, sea la sociedad quien se sienta copartícipe de la decisión judicial y, por ende, de la responsabilidad de castigar a quienes cometen hechos delictivos”.

Estas palabras del Ministro BELLOCH a los medios de comunicación —ABC, de 14 de Febrero de 1994—, y en consecuencia, anteriores a la entrega del Anteproyecto, ponen de manifiesto la importancia que, por sus creadores, se atribuía al enjuiciamiento de los delitos por un Tribunal Popular.

Cierto es que la institución del Jurado no ha alcanzado las cotas polémicas de otras cuestiones, tales como la debatida abolición de la pena de muerte o la delicada problemática del aborto, que han provocado amplias discusiones doctrinales, han trascendido al gran público y originado abun-

dante literatura jurídica. Aun así, y siendo quizá su ámbito más restringido, no es posible desconocer su impacto social.

Fruto del deseo gubernamental de enriquecer el orden jurídico patrio no menos que poner al alcance del pueblo un aceptable grado de avance cultural, la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Mayo “reinstaura”, como se dice más arriba, la figura del Jurado en nuestro Derecho.

El momento elegido para ello, el modelo de Jurado por el que se han decantado sus redactores, la bondad jurídica de las disposiciones de la nueva ley, su acoplamiento dentro del ordenamiento jurídico procesal y penal patrio como también con las legislaciones de nuestro entorno, son aspectos de indudable interés que, sin embargo, no serán abordados de modo directo sino en cuanto guarden relación o conexión con el tema principal, objeto del presente trabajo: examinar la conformidad y adecuación de la ley 5/1995 a los superiores principios contenidos en la Constitución Española.

Para la exposición concreta del tema a tratar, parece aconsejable establecer tres apartados:

1.— Un breve repaso a la evolución histórica en nuestro Derecho de la institución del Jurado, contemplando las vicisitudes por las que pasó en su peregrinar por los diferentes Cuerpos legales del pasado siglo y de la presente centuria.

En esta primera parte será objeto de examen el tipo de Jurado regulado en la ley, como el llamado a regir en adelante este sistema de enjuiciar, con lo que surgirá un primer problema, de no fácil solución, en cuanto a si el modelo elegido resulta ser el más idóneo para ser implantado en nuestra vida social y jurídica.

2.— Una segunda parte a desarrollar vendrá determinada por la, más que discutible, sumisión de la Ley del Tribunal del Jurado a los criterios constitucionales relacionados con el ordenamiento procesal penal, contenidos en la Carta Magna y debidamente interpretados por la doctrina del Tribunal Constitucional.

Cuestión no menos fundamental y trascendente de la que derivará un segundo aspecto importante, esto es, la posible inconstitucionalidad de la ley de 22 de Mayo de 1995.

3.— Finalmente, un breve resumen crítico y como tercer apartado, cerrará el presente trabajo.

PRIMERA PARTE

A) Evolución histórica.

Punto obligado en la exposición de la mayoría de las instituciones que gozan de pasado histórico es la referencia al mismo, siquiera por los datos de indudable interés que aporta para la interpretación y comprensión de la figura que cuenta con antecedentes significados.

En el terreno del Jurado, esta visión retrospectiva es tanto más conveniente ya que debe salirse al paso de la valoración que el Preámbulo de la Ley 5/1995 hace de la trayectoria, a lo largo del siglo XIX y del presente, de esta especie de tribunal popular, tal y como se desarrolló a partir de su momento inicial, representado por la Constitución de 1812; y bueno será proceder, en este repaso a la Historia, con la precisa objetividad eludiendo, como razonablemente apunta ALEJANDRE,⁽¹⁾ “un afán de buscar conexiones con el pasado, con claras intenciones políticas, cual sería la de fundar la institución en la tradición pura, para reducir la oposición que, inevitablemente, surge ante todo lo nuevo”.

No faltan algunos estudiosos que, en esta búsqueda de antecedentes⁽²⁾, llevan su indagación a épocas remotas, encontrando vestigios del Jurado en el Fuero Juzgo; sin perjuicio de reconocer la importancia y el papel que, en su momento, desempeñó este cuerpo legal del Derecho visigodo, resultaría aventurado afirmar que las actividades por aquel entonces desenvueltas a través de sus páginas coincidieran, ni aun en sus puntos más esenciales, con lo que hoy se conoce como enjuiciamiento por ciudadanos colaborando con la Administración de Justicia.

Y es que los precedentes verdaderamente normativos de esta entidad, a los que acudir con fiabilidad, hay que situarlos en los albores del régimen constitucional: “el tribunal del Jurado es consecuencia de la implantación y asentamiento del sistema liberal y, por ende, ofrece la evolución y las vicisitudes propias e inherentes a la consolidación de esta forma política”.

Sin perjuicio del énfasis que las acompaña, justo es reconocer que son ciertas las anteriores manifestaciones, formuladas por el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, al emitir el dictamen que a propósito del

(1) ALEJANDRE. J.A.: *La Justicia Penal en España*. U. Complutense. p. 36. 1981. Madrid.

(2) Fuera de nuestra órbita histórica, se ha considerado que el Jurado nace como el derecho del individuo a ser juzgado por sus iguales, para frenar el temprano absolutismo normando del S. XI.

Anteproyecto de 1994, le fue⁽³⁾ solicitado. Empero, no resulta fácil comprender, y es por ello sumamente extraño, que el Órgano de Gobierno de los Jueces no aluda a una realidad palpable y comprobada, cual es que las alternativas que a través de su caminar legislativo, ha experimentado el Jurado, a lo largo de los ciento veinticinco años que transcurren desde la aparición de la primera de nuestras Constituciones hasta el Decreto de 8 de Septiembre de 1936, apareciendo y desapareciendo a la manera del Guadiana del panorama político español, no traen causa única y exclusivamente de los avatares del régimen imperante en cada momento.

Por contra, la Historia pone de relieve, y así lo admiten incluso los más decididos partidarios de esta forma de participación popular en la Justicia, que han concurrido otras razones influyentes en la vida y muerte, en el esplendor y el ocaso del Tribunal del Jurado: los defectos en la elección de los candidatos a la función; el demostrado caciquismo en el sistema de designación de aquéllos; la oposición decidida de ciertas clases a la implantación del Jurado y no sólo de la doctrina, si no también de la Magistratura que, en este punto, cerró filas⁽⁴⁾ rechazando su presencia en nuestro ordenamiento jurídico; la escasa confianza, tradicionalmente sentida por los legisladores hacia la capacidad del pueblo soberano para la excelsa carga que se les asignaba, las enmiendas, no muy numerosas por cuanto revelaban el escaso entusiasmo de los parlamentarios de la época, y no siempre constructivas, llevan a la consecuencia clara de que las ideas políticas en boga, en un determinado momento, no fueron las únicas motivaciones que alzaron o hicieron que se frustrara la institución del Jurado⁽⁵⁾.

Ya en el campo netamente histórico, el Estatuto de Bayona recogió en su artículo 106 dos cuestiones harto polémicas desde comienzos del pasado siglo, cuales eran lograr la necesaria publicidad en los debates del proceso penal, lo que se consiguió mediante las formas abiertas del juicio oral y, por otra parte, alcanzar la intervención popular en la Administración de Justicia⁽⁶⁾.

(3) Recibido en el Consejo el Anteproyecto el 14 de Marzo de 1994, la Comisión acordó designar una Ponencia conjunta, en su sesión del día 17, para dirigirse a todos los miembros del Consejo a fin de que remitieran a la Comisión todas las sugerencias que estimasen convenientes.

La Comisión, en las reuniones del 5 y 7 de Abril, aprobó el informe, remitido al Pleno del Consejo.

(4) Así, en relación con el artículo 93 de la Constitución de 1869, apelaba Montero Ríos a la buena voluntad de los miembros de la carrera Judicial, pese a lo cual la postura adoptada por la inmensa mayoría fue de absoluto rechazo a la Institución.

(5) Pese a lo anterior, la Exposición de Motivos de la Ley atiende solamente a razones de carácter político: etapas de libertad o de restricción de estos derechos fundamentales.

(6) Era lógica esta declaración del Estatuto de Bayona, pues basta pensar que el enjuiciamiento por Jurado fue sembrado por las conquistas napoleónicas en todo el mundo.

Tal era el contenido del mencionado precepto, llamado como la totalidad del Estatuto a ser letra muerta ante la irrelevancia legislativa del citado cuerpo legal. Siempre, no obstante, deberá ser recordado como el primero de los intentos de introducción del sistema de enjuiciamiento del Jurado en España.

No es extraño que ante la proximidad, tanto de fechas como de acontecimientos, la Constitución de 1812 se hiciera eco de esta situación y contuviera referencias directas a la institución del Jurado. Tras la mención en el Preámbulo al Fuero Municipal de Toledo como el antecedente más inmediato de la figura jurídica que se incorporaba, el artículo 278 disponía que “las leyes decidirán si ha de haber tribunales especiales para conocer de determinados negocios” y, posteriormente, en el capítulo titulado De la Administración de Justicia, proclamaba el artículo 307: “si con el tiempo creyeran las Cortes que conviene que haya distinción entre los Jueces de hecho y de derecho, lo establecerán en la forma que consideren conducente”, dando de esta suerte ⁽⁷⁾ carácter puramente potestativo al texto constitucional la vez primera que se recoge esta materia ⁽⁸⁾.

Con posterioridad a estas previsiones constitucionales y ya en la etapa del denominado trienio liberal, fue aprobada la Ley de Imprenta de 20 de Octubre de 1820, reformada en 1822 y que limitaba la actuación del Jurado al marco delictivo consignado en la Ley, estableciendo asimismo la diferenciación entre el Jurado de Acusación y el de Calificación ⁽⁹⁾, distinción mantenida durante cerca de veinte años hasta que el Decreto de 10 de Abril de 1844 suprimió el denominado Jurado de Acusación ⁽¹⁰⁾.

Desde el prisma puramente sustantivo, el Código Penal de 1822, primero de los Cuerpos punitivos codificados y surgido por imperativo del artículo 258 de la Constitución de 1812, amplió en los artículos 104 y 110 las competencias del Tribunal del Jurado y, finalmente, no debe olvidarse, pese a su escasa repercusión práctica, el Código Procesal Criminal de 1823, en el que se reconocía al Tribunal Popular competencia para el conocimiento de todos

(7) Escasísima fue la discusión parlamentaria, preludio de lo que más tarde ocurriría con el actual 125 de la Constitución de 1978.

(8) A partir de la Constitución de 1869 se asigna carácter imperativo a la instauración del Jurado.

(9) Implantado en los países anglosajones el Jurado de Acusación con el nombre de Gran Jurado, su función era determinar si existía base fáctica suficiente para seguir adelante con el procedimiento. FAIREN GUILLÉN, *Los Tribunales del Jurado en la C.E.* Madrid. Civitas. 1979.

(10) Con acierto indica GISBERT que en la Ley de Bases de 1936 para el desarrollo del artículo 9 de la Constitución de 1931, se preveía la intervención de los Jurados en el antejuicio, para exigir responsabilidad a Jueces, Magistrados y Fiscales. *Historia del Jurado en España*. Ministerio de Justicia. 1995. pág. 22.

los delitos graves, con la excepción de los cometidos por autoridades y determinados funcionarios públicos y que no llegó siquiera a ser discutido en las Cortes, tanto por razones de índole política como por la posición doctrinal, abiertamente contraria a la Institución ⁽¹¹⁾.

Apenas si en relación con la materia de enjuiciamiento por Jurado se registraron modificaciones en y durante la etapa isabelina. La Constitución de 18 de Junio de 1837 disponía en el artículo 2 el derecho a la libertad de expresión escrita, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes, para afirmar seguidamente que “la calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente a los jurados”, ⁽¹²⁾ precepto que tendría su desarrollo en la Ley de 17 de Noviembre del mismo año con la consecuencia de retornar al sistema de 1820. Esta regulación, sin embargo, sería modificada por una disposición de 10 de Abril de 1844 que preludiaba la desaparición del Jurado en la Constitución de 1845 si bien, posteriormente, el Decreto de 2 de Abril de 1852 instauró un Jurado compuesto por siete miembros, supliendo de esta forma el obligado silencio de la Constitución y fijando también el ámbito de conocimiento exclusivamente en materia de delitos de imprenta.

Como era previsible en esta etapa de turbulencias políticas, la Ley de Noviembre de 1855 ratificó esta competencia e idéntica orientación siguió el Acta Adicional a la Constitución de 1856; el mismo año fue dejada sin efecto el Acta y, por consiguiente, el Tribunal del Jurado, aunque de acuerdo a este vaivén legislativo, la Ley de 22 de Junio de 1864 restableció la intervención popular en los delitos de imprenta hasta que una nueva ley, esta vez de 29 de Marzo de 1867, eliminó por enésima vez la restauración anterior, al disponer que solamente los Jueces de Primera Instancia serían competentes para conocer de los delitos de aquella naturaleza.

A partir de la Revolución de Septiembre de 1868, denominada “la Gloriosa”, se inicia en España una nueva etapa política conocida como el Sexenio Revolucionario que, en el aspecto jurídico y más concretamente en el tema histórico que aquí se examina, ofrece dos aspectos a cual más interesante: de una parte se va consolidando y adquiriendo forma la institución del Jurado, aun cuando sus momentos de plena actividad merezcan todavía el calificativo de efímeros; de otro lado, se abandona el limitado campo de los delitos de imprenta como restringido terreno competencial, al entender susceptibles de llegar al Tribunal del Jurado la generalidad de las infracciones del Código Penal.

(11) Dos graves defectos se apuntaron ya entonces: la invasión del Jurado de Acusación de materias reservadas al de Calificación y los serios defectos en el sistema de elección de los Jurados.

(12) La disposición adicional primera disponía que las leyes determinarán la época y el modo en que ha de establecerse el juicio por Jurados para toda clase de delitos.

En este sentido, el artículo 93 de la Constitución de 1869 declaraba que “se establecerá el juicio por Jurado para todos los delitos políticos y comunes que determine la Ley. La Ley determinará igualmente las condiciones necesarias para desempeñar el cargo de Jurado”.

Como consecuencia del precepto constitucional y a la luz de su carácter marcadamente imperativo, la Ley provisional sobre Organización del Poder Judicial, de 1870, atendió en sus artículos 583 a 762 y 889 a 932, a una regulación del Jurado, remitiéndose a una ley de procedimiento que, lógicamente, contendría la complementaria normativa para el adecuado funcionamiento del Tribunal Popular.

Esta ley procedimental fue la, también provisional, ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, creadora de un Tribunal compuesto por doce jurados y tres Magistrados; su importancia deriva, principalmente, al ser la primera que contempla la participación ciudadana con carácter general; poseía una amplia competencia desenvuelta en el artículo 661; comprendía asimismo los delitos conexos y exceptuaba aquellas infracciones cometidas por personas que tuvieran la condición de aforadas, viniendo su competencia atribuida al Tribunal Supremo⁽¹³⁾.

Nuevamente las vicisitudes políticas dejaron su impronta en la institución del Jurado por lo que a su reimplantación se refiere, pues el levantamiento de Martínez Campos en Sagunto, en Diciembre de 1874 trajo, juntamente con la restauración borbónica, la publicación de un Decreto de 3 de Enero de 1875, suspendiendo aquella parte de la ley de Enjuiciamiento Criminal que hacía referencia al tribunal del Jurado.

No se abandonó por ello el deseo de traer al ordenamiento jurídico patrio esta institución sometida a tantos factores⁽¹⁴⁾ y así, tras diversos intentos, vio la luz la Ley de 20 de Abril de 1888.

Curiosamente, y a diferencia de las anteriores leyes reguladoras del enjuiciamiento popular, que fueron desarrollo de un texto constitucional previo, esta disposición vino al mundo jurídico carente de aquella especie de padrino y, por pura paradoja también, ha sido la de mayor duración en esta materia.

Su composición se mostraba idéntica a la de la ley de 1872 mas, a cambio, había aumentado su competencia y presentaba en su articulado lo que era el caballo de batalla en este punto; el complejo sistema ideado para la

(13) Dictada siendo Ministro de Justicia MONTERO RÍOS, desenvolvía esta materia en los artículos 658 a 795.

(14) ROMERO GIRÓN, autor de un Proyecto que no llegó a ver la luz, SILVELA y, por último, ALONSO MARTÍNEZ, intervinieron en estos trabajos preparatorios.

designación de quienes habían de desempeñar el cargo de Jurados; de otra parte, el veredicto requería mayoría absoluta y, caso de abstención, se entendería como voto de inculpabilidad.

El amplio contenido de delitos quedaba reflejado en el artículo 4 de la Ley que optó por un sistema enumerativo. Respecto del veredicto podían interponerse los recursos de reforma y de revista, regulados en los artículos 107 a 115, y contra la sentencia, los medios de impugnación quedaban reducidos a los tradicionales de casación y revisión, aquél en sus dos modalidades de infracción de ley y quebrantamiento de forma⁽¹⁵⁾.

También la ley de 1888 sufrió las modificaciones derivadas de la tradicional incontinencia legislativa en el orden procesal y penal, de manera que por ley de 10 de Julio de 1894 pasaron al ámbito competencial del Tribunal del Jurado los delitos cometidos por medio de sustancias y aparatos explosivos mientras que, a la inversa, por ley de 1 de Enero de 1900 se exceptuaron de aquel conocimiento los delitos de calumnia e injuria contra particulares, ya fueren civiles o militares, culminando la puesta de manos del legislador en la referida ley a través de dos disposiciones, un Decreto de 4 de Enero de 1907 y otro de 7 de Agosto de 1920.

El primero de ellos⁽¹⁶⁾, haciendo uso de las facultades contenidas en las disposiciones finales de la Ley de 1888, procedió a la suspensión de las garantías constitucionales en las provincias de Barcelona y Gerona, en cuanto a los delitos de la ley de 1894; a virtud del segundo de los Decretos aludidos, se ratificó la suspensión, siquiera limitada a la comarca de Barcelona aunque añadiendo a la relación de infracciones exceptuadas las de asesinato y homicidio.

Posteriormente, el entorno político y social derivado del régimen instaurado por la Dictadura de Primo de Rivera fue causa de suspensión en todo el territorio nacional de la Ley de 1888⁽¹⁷⁾.

Resulta así, a la vista de la publicación y entrada en vigor de la ley del Jurado de 22 de Mayo de 1995, que bien puede afirmarse que el penúltimo intento de implantación del tribunal popular vino de la mano de la proclamación de la segunda República el 14 de Abril de 1931.

(15) Si se interponía por quebrantamiento de forma, además de las causas procesales se adicionaban las comprendidas en la Ley de 1888, artículo 119.

(16) Los delitos cometidos mediante explosivos, de acuerdo a la ley de 1894.

(17) El RD de suspensión indicaba: "el Jurado ni ha fortalecido, ni dado independencia a la Administración de Justicia, siendo frecuente el caso de exteriorizarse con escándalo público la coacción que se ejercía ante estos tribunales y no siendo raro el caso de ciudadanos negligentes que delegaban sus funciones en otros que hacían de ellas su modo de vivir".

Pocas fechas después de su aparición, un Decreto de 27 de Abril restablecía el sistema de enjuiciamiento popular, introduciendo diversas modificaciones en relación con la Ley de 1888⁽¹⁸⁾ y las normas contenidas en los Decretos de 18 de Junio y 22 de Septiembre abonaron el terreno para que la Constitución de 1931 proclamara en su artículo 103: “el pueblo participará en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, cuya organización y funcionamiento serán objeto de una Ley especial”. Por su parte, el artículo 99.1 hacía referencia, asimismo, a la creación de un Jurado con la finalidad de que el Tribunal Supremo pudiera “exigir la responsabilidad en que hubieran podido incurrir Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones”.

El desarrollo normativo y programático del mencionado artículo 103 se operó, principalmente, en base a la ley de 27 de Julio de 1933, que redujo de manera sensible los delitos atribuidos al conocimiento del Jurado y, de modo concreto, los constitutivos de una mayor gravedad⁽¹⁹⁾; por su lado, la ley de 13 de Julio de 1936 sentó las bases para la puesta en funcionamiento del llamado Jurado especial, institución cuya suspensión tuvo lugar, ya de manera indefinida, por el Decreto de 8 de Septiembre de 1936⁽²⁰⁾.

Consecuencia de los acontecimientos que sacudieron el solar español, desde el triunfo electoral del Frente Popular y el Movimiento militar del 18 de Julio de 1936, quedó España dividida en dos bandos, siendo esta división productora de una sensible duplicidad en diversas cuestiones, entre ellas de carácter jurídico y sin que el Tribunal del Jurado pueda considerarse una excepción: sobre la base de planteamientos, como se ha escrito “no sólo ya distintos, sino antagónicos e irreconciliables, el jurado adquirió una dualidad de situaciones que, con motivaciones absolutamente dispares, condujeron a la adulteración, en un caso, y a la desaparición en otro, de la Institución”.

Así, la llamada “zona republicana” vivió los conocidos con el nombre, tristemente famoso, de “tribunales populares”, compuestos por funcionarios

(18) Principalmente, reducción a ocho del número de jurados; veredicto sobre la participación, no sobre la culpabilidad; supresión del resumen y reducción, asimismo, del número posible de recusados, limitado a dos. Rompía también una lanza a favor de la mujer, permitiendo su acceso al Jurado en determinados delitos cuando el móvil de la infracción se construyera sobre el amor, los celos u otro aspecto de las relaciones sexuales.

(19) Asesinato, homicidio, robo con violencia, rebelión y sedición, entre otros.

(20) Estas eran palabras del Decreto de 8 de Septiembre: “los defectos inherentes a la Institución del Jurado, de sobra conocidos, acrecentados en España por la labor disolvente realizada por el Frente Popular que, por todos los medios ilícitos hizo presa en muchos de sus componentes al sustituir la recta Administración de Justicia, con notoria parcialidad, aconseja en forma indeclinable la necesidad de suspender el funcionamiento del Jurado para que los Tribunales de Derecho restablezcan el imperio de la Justicia misma, única e imparcial, columna básica en que ha de sustentarse toda sociedad organizada”.

judiciales y ciudadanos cuya designación era a cargo del Frente Popular. Por contra, la lucha fratricida llevó al bando denominado zona nacional los “tribunales militares”, compuestos por militantes activos de los diversos partidos y organizaciones integrantes del Alzamiento.

El resto de la génesis histórica es sobradamente conocido: la Ley 5/1995 de 22 de Mayo ha cumplido el “imperativo” del artículo 125 de la Constitución y una también ley orgánica 8/1995 de 16 de Noviembre completó diversos aspectos de la Ley citada, a base de incorporar a su texto las enmiendas aprobadas por el Senado “dado el resultado obtenido por la votación de conjunto, que significó el rechazo de aquéllas a pesar de que previamente habían sido muy favorablemente valoradas y, casi, unánimemente aceptadas por el Pleno del Congreso”, según reza la Exposición de Motivos de la Ley 8/1995.

B) Concepto y clases de Jurados.

Como antecedente más próximo al vigente texto de la Carta Magna de 1978, disponía el artículo 103 de la Constitución de 1931 que “el pueblo participará en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, cuya organización y funcionamiento serán objeto de una ley especial”. Por su parte, el artículo 125 vigente proclama que “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

En idéntico sentido se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Noviembre que, además, contiene en los artículos 8 y siguientes las exigencias, tanto a la manera positiva como negativa que deben ir unidas a quienes vayan, en su momento, a ostentar la cualidad de Jurados, de donde se infiere la ausencia de dificultades para ofrecer un concepto de lo que sea esta clase de Tribunal.

La Ley establece, en efecto, los dos elementos que facilitan un juicio de valor conducente a la obtención de aquella definición: de una parte, el aspecto subjetivo; de otra, el teleológico o finalista y de su combinación puede afirmarse, como aproximación a una acepción concreta, que el Jurado consiste “en una reunión de ciudadanos, designados de acuerdo a ciertas características personales y profesionales, elegidos a través de un sorteo aséptico e imparcial, que tiene como misión intervenir —o participar—, en la Adminis-

tración de Justicia, singularmente en la esfera procesal penal ⁽²¹⁾ decidiendo sobre puntos esenciales del procedimiento” ⁽²²⁾.

Las señaladas notas de índole subjetiva, carácter popular, condiciones exigibles y concreta finalidad permiten de acuerdo a su combinación y concurrencia, fijar las dos grandes categorías que en punto a los sistemas de Jurado han sido y son en las legislaciones modernas: el llamado puro y el denominado escabinado ⁽²³⁾.

A través de su configuración tradicional, el primero de estos modelos viene formado por un conjunto de ciudadanos, variable en su número ⁽²⁴⁾ respecto de los que la nota más acusada que les caracteriza es la de su desvinculación con el mundo jurídico; precisamente es por esta razón que sus funciones no podrán ir encaminadas ni perseguir otra finalidad que pronunciarse acerca de si los hechos prefijados y sobre los que deberá recaer su veredicto, una vez practicadas las pruebas en las sesiones del plenario, resultan, o no, debidamente acreditadas, correspondiendo a otra sección autónoma las decisiones de carácter jurídico.

En la segunda de las categorías se habla, en sentido amplio, de Jurado mixto o escabinado. Sin embargo, y como advierte el Consejo General del Poder Judicial, es necesario realizar algunas precisiones dado que en el término empleado pueden tener cabida dos acepciones distintas:

a) De una parte, el escabinado en sentido propio en el que los Jurados son, ciertamente, legos y, además, elegidos al margen de su posible valía téc-

(21) JOSÉ M. SERRANO ALBERCA cita los comentarios que formuló NICOLÁS PÉREZ SERRANO, en “La Constitución de 1931”, al artículo 103 a propósito de la restricción a los procesos penales, manifestando su opinión favorable a su aplicación a los procesos civiles: “de esta forma volvería la institución a recobrar su fisonomía primitiva pues, como dijo MAITLAND, ni el Jurado era de origen inglés, ni nació en la esfera criminal, ni se basaba en la distinción entre el hecho y el derecho”. *Comentarios a la Constitución*. Editorial Civitas. Madrid. 1985.

(22) Cita la doctrina la tradicional fórmula de JOAQUÍN ESCRICHE, de mediados del siglo XIX; modernamente ALMAGRO NOSETE habla del Jurado como “constituido por un determinado número de ciudadanos, no pertenecientes a la carrera judicial que, de manera transitoria intervienen en un proceso penal para fijar, por medio del veredicto, los hechos sobre los que deben pronunciarse, aplicando las normas jurídicas atinentes a los mismos el Tribunal de Derecho”. “El Derecho Procesal en la Nueva Constitución”. *RDPI*. n.º, pág. 855.

(23) Aparte la distinción, ya superada, entre Jurado de acusación y de calificación han distinguido algunos autores otras categorías, como por razón de la competencia, la materia y la composición de los Jurados.

(24) Distintos estudios, comenta SUÁREZ GONZÁLEZ, —“El Proyecto de Ley de Jurado”, *A.P.* n.º. 37. 1994— señalan la conveniencia de un número impar, si bien una mayor participación permite la representación de distintos puntos de vista y la minuciosidad de las deliberaciones.

nica y profesional, compartiendo con Jueces de carrera las funciones de calificación, en una conjunción armónica que facilita una visión total del problema presentado.

b) A su vez puede aparecer el escabinado en sentido técnico: los ciudadanos que componen el Tribunal juntamente con Jueces profesionales, son elegidos en función de sus especiales conocimientos técnicos.

De estas dos manifestaciones apuntadas, la primera de ellas es la que, en puridad, debería denominarse Jurado mixto, con aspiraciones a compartir con el modelo anglosajón la primacía en las diferentes legislaciones. La segunda de las modalidades, llamada técnica o Jurado de técnicos, hace acto de presencia, principalmente, en la Jurisdicción militar.

En torno a la elección de una de estas dos fórmulas debería haber recaído la elección de los redactores de la ley, habida cuenta de la situación que registra el Derecho Comparado. Empero, el legislador de 1995 ha tirado por la calle de en medio y se ha decantado por una nueva categoría pues, al amparo de una pretendida composición de ciudadanos candidatos a la función de Jurados, la ley 5/1995 ha traído al ordenamiento jurídico español una figura mixta, híbrida; en definitiva, un sistema en el que por personas ajenas de conocimientos jurídicos, al menos titulados⁽²⁵⁾, va a dictarse un pronunciamiento no sólo en lo relativo a los hechos puramente materiales sometidos a su consideración, sino que también decidirán acerca de la culpabilidad de quienes, a lo largo del procedimiento, se han mostrado como presuntos autores de aquéllos.

Por demás clara y terminante sobre este aspecto se ofrece la redacción del artículo 3 de la Ley: “los Jurados emitirán veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable que el Magistrado Presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros que decidan incluir en su veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél.

También proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos respecto de los cuales el Magistrado Presidente hubiese admitido acusación”⁽²⁶⁾.

(25) Esta condición de los Jurados, en nuestro actual modelo, resulta de la exigencia general del artículo 8, “saber leer y escribir” y, a contrario sensu, de las incapacidades del artículo 10, muy levemente modificada por la ley 8/1995 de 16 de Noviembre, al excluir a los Agentes de la Administración de Justicia.

(26) Éste era el contenido inicial del artículo 5, hoy 3 de la Ley; posteriormente se adicionaron los dos párrafos siguientes, alusivos a la necesidad de mantener la independencia, responsabilidad y sumisión a la ley, de los Jurados, así como arbitrar los medios necesarios para impedir o reprimir tales perturbaciones.

Con razón se ha calificado de vacilante la postura legislativa, que no apuesta decididamente por el sistema escabinado pero tampoco se orienta con firmeza hacia el Jurado de corte sajón, lo que ha producido como inevitable resultado un modelo mixto que recibirá —ya está ocurriendo—, críticas de los partidarios de una y otra modalidad.

Así lo entiende MARTÍN OSTOS, señalando que la ley “en lugar de tomar partido por el Escabinado intenta atenuar los tradicionales defectos del jurado puro con unas innovaciones que, tampoco conducen al modelo evolucionado, teniendo en cuenta que conserva la separación entre Juez técnico y los jueces legos”.

Y añade, saliendo al paso de una de las críticas, aunque inconsistente, de las más extendidas que “la explicación aportada por algunos autores de que el Juez profesional influiría decisivamente en los legos a la hora de emitir opiniones, hasta el extremo de imponer su voluntad, además de representar una desconsideración manifiesta e injusta de las personas implicadas, descalifica de un plumazo toda la actividad juzgadora llevada a cabo desde hace muchos años en aquellos países que lo tienen consagrado como modelo práctico”.

“La principal característica del Escabinado radica en la participación conjunta de jueces técnicos y legos en la única sección de un Tribunal, sin separaciones ni distribución de funciones diferentes, con toda la riqueza de comunicación que ello comporta.

Y eso, evidentemente, no se encuentra en el modelo elegido por los redactores de la ley 5/1995”⁽²⁷⁾.

C) El tipo de Jurado en la Ley Orgánica 5/1995.

Obvio resulta a la luz de lo expuesto el carácter novedoso de la postura del legislador español al decidirse por este modelo de enjuiciamiento popular; como ya se dijo, no guarda similitud con el sistema europeo⁽²⁸⁾ ni tampoco ofrece la debida sintonía con los antecedentes históricos que jalonan el paso del Tribunal del Jurado por los Cuerpos legales de nuestro pasado.

Por ello parece interesante, incluso necesario, aludir a una cuestión que se presenta con dos alternativas:

(27) MARTÍN OSTOS, José de los S. Universidad de Sevilla. *El Escabinado como Jurado*. 1995, pág. 46 y ss.

(28) En el derecho Comparado es mayoría la preferencia por el sistema de escabinado: Suiza, Alemania, Portugal, Francia, Grecia, Italia, o bien lo establecieron de entrada, o evolucionaron hacia esta modalidad. Sin olvidar que a virtud del pacto entre acusación y defensa (plea bargaining system) más del 90% de los acusados opta por la Justicia Profesional, en USA. Y en Inglaterra, sólo el 5% de los justiciables se inclinan por el Jurado.

a) Por qué se ha elegido para la reimplantación del Jurado en nuestro Ordenamiento jurídico una modalidad que se sitúa en franca decadencia en el horizonte comunitario, en lugar de otorgar primacía a la decisión de optar por el Jurado mixto, más común en los países de nuestro entorno.

b) Qué razón ha motivado que a este jurado puro se le asignen funciones exclusivas de la modalidad denominada mixta o escabinada.

Parecería lógico, para aclarar estas situaciones, un tanto anómalas, volver la mirada a los antecedentes históricos y, sobre todo, acudir a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, buscando una explicación normal a las cuestiones apuntadas. Sin embargo, no parece muy proclive el Preámbulo a facilitar el porqué de estas decisiones de los autores de la ley: no hay, en consecuencia, respuesta al tema de la opción de haber tomado partido por un Jurado especial, lejos de pronunciarse por otro más en boga en países de características parecidas al nuestro.

Apunta CARLOS SUÁREZ que la Exposición de Motivos de la Ley desea fundamentar la aparición del Jurado en tres puntos: el artículo 125 de la Constitución; ser una constante en la historia del derecho Constitucional español y su indiscutible raigambre liberal, razones que, en opinión del citado autor, más que argumentos son coartadas⁽²⁹⁾, puesto que, en cuanto al fundamento normativo indicado, más que dudoso es el carácter imperativo del artículo 125; la invocación de la Historia del Derecho español no puede ser tomada en serio, dado el notable fracaso que se aprecia sólo con la simple ojeada a dicho pasado y, en cuanto a la vinculación al régimen liberal, idéntica “raigambre poseen la masonería, el capitalismo o las sociedades mercantiles, y no por ello merecen el calificativo de indiscutibles”.

Por lo que concluye que “nadie puede sostener de verdad que seis, o doce, miembros legos de un Jurado, elegidos por sorteo, representen al pueblo soberano y que no lo haga así un Juez o un Tribunal profesional, compuesto también por ciudadanos elegidos por razones técnicas”⁽³⁰⁾.

La solución que pueda aportarse al problema delicado de la opción por uno u otro de los posibles modelos de enjuiciamiento popular ha de pasar, necesariamente, por la afirmación, que constituye premisa previa, que el artículo 125 admite cualesquiera de las formas de Jurado. Por esta razón, la decisión de los legisladores de dar entrada en el derecho patrio al denomina-

(29) En el fondo de estas consideraciones, late una clara oposición al que se considera nuevo sistema procesal instaurado por la ley 5/1995, y este rechazo es fuente de duras críticas surgidas contra la Ley del Jurado.

(30) SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Ob. citada*. pág. 690.

do puro⁽³¹⁾ es perfectamente válida, como lo sería también si la alternativa se hubiese inclinado del lado del escabinado: la elección de esta modalidad jamás podría tacharse de contraria a la Carta Magna⁽³²⁾.

No puede, en consecuencia, afirmarse, ni siquiera a efectos dialécticos, que el Jurado escabinado sea inconstitucional⁽³³⁾. Cosa diferente es que los constituyentes no pensarán en el sistema mixto puesto que las únicas enmiendas presentadas lo fueron en relación con el Jurado técnico que, como más arriba se indicó, integra una institución distinta.

Tampoco puede estimarse de recibo el argumento peregrino de que el Jurado puro sea, aparentemente, el más apto para hacer efectiva la participación popular en la Administración de Justicia, ya que así parece desprenderse del texto constitucional, pues como ha reiterado la doctrina del Alto Tribunal, máximo vigilante de la Constitución, debe la Carta Magna interpretarse como un todo unitario y, desde esta idea básica difícil será encontrar una razón convincente que fundamente la falta de adecuación del jurado escabinado a la fórmula del artículo 125.

Curioso es, por otra parte, que llegado el momento de los debates parlamentarios en 1978, surgidos a propósito del que es hoy el vigente artículo 125⁽³⁴⁾, no se planteara referencia siquiera alguna, a la comentada modalidad de intervención popular en la Administración de Justicia, tal vez porque el debate fue variado, confuso y falto de consistencia hasta el extremo que, asomándose al Diario de Sesiones, se percibe la poca claridad de ideas que sobre el Jurado poseía el legislador constituyente. Se insiste, constantemente, dice MARTÍN OSTOS, en la conveniencia de facilitar la participación ciudadana en la Administración de Justicia, para desembocar en una modalidad no acorde a los modelos tradicionales; y es que “la definitiva redacción que acoge, ciertamente, el término Jurado, admite en realidad cualquier tipo, máxime cuando bajo esta denominación se permite en nuestro entorno”⁽³⁵⁾.

(31) El Consejo General del Poder Judicial declara que “la opción por uno u otro modelo del Jurado es plenamente constitucional con el contenido del artículo 125, siendo el Jurado puro una decisión constitucionalmente legítima, adoptada por el Legislador”.

(32) GIMENO SENDRA, J.V.: *Poder Judicial*. 1983.

(33) DAVO ESCRIVA, F. apuesta decididamente por el Jurado puro, entendiendo que la interpretación más lógica del artículo 125 impide dar cobijo en él a la figura del escabinado, y añade que resulta difícil creer que a D. ANTONIO PEDROL RIUS, autor de la enmienda definitiva, se le escapara la existencia de una institución similar al Jurado. *El Tribunal del Jurado*. Colex. 1988. pág. 95.

(34) SERRANO ALBERCA, J.M. señala la evolución legislativa del artículo 125, plasmada en el Anteproyecto, BOC. 5-1-78; informe de la Ponencia BOC. 14-4-78; Dictamen de la Comisión del Congreso BOC. 1-7-78, hasta llegar a la Comisión constitucional del Senado que dio con la fórmula apenas modificada posteriormente. *Ob. citada*.

(35) MARTÍN OSTOS, J. de los S.: *Ob. citada*. pág. 46.

En parecido sentido se manifestaba ALEJANDRE⁽³⁶⁾ al indicar que “el legislador constituyente parecía no conocer la figura del escabino y su creciente difusión en los países de nuestro ámbito geográfico y cultural, y que es también una forma de participación ciudadana en la Administración de Justicia, a la que podía conducir el texto inicial del anteproyecto y que hoy parece, incluso, gozar de mejor aceptación que el Jurado puro. Sorprende, en consecuencia, la ausencia de mención del escabinado, institución que parecía desconocida para los artífices de la Constitución”.

De ahí que éste sea el primer y principal problema a resolver dadas las discrepancias legislativas surgidas en torno a cuál de las dos figuras debiera haber sido objeto de la Ley 5/1995 y, por tanto, plasmación concreta y correcta del desarrollo del imperativo constitucional. Y se trata de una cuestión cuya resolución, a la luz de las opiniones vertidas a raíz de la publicación de los proyectos y, finalmente, del texto de la ley parece tomar derroteros significativos, si se piensa que la mayoría de los procesalistas patrios se inclinan, sin dudas, por estimar que una u otra tipología de enjuiciamiento popular tiene cabida en el marco del precepto constitucional; ahora bien, llegado el momento de pasar al terreno pragmático, y también en mayoría, abogan por el sistema escabinado.

Sólo a manera de exposición de pareceres se ha considerado oportuno ofrecer la opinión de juristas, de acusada objetividad, que se han pronunciado a propósito de esta materia.

Así, entiende RUIZ VADILLO, con su característica mesura y ponderación, que debe tener consideración prioritaria el mantenimiento de las garantías que tanto la Constitución como la Ley Procesal recogen, “sin que el Jurado pueda convertirse en instrumento de realización de la Justicia Penal que disminuya aquellas garantías, y que el artículo 125 de la Carta Magna admite sin forzamiento alguno, el Jurado puro anglosajón como el mixto y, dentro de estas dos categorías, cualquiera de las varias modalidades que la doctrina y la práctica muestran, si bien y desde esta perspectiva, es la fórmula más conforme a nuestros peculiares principios la del Jurado mixto que, con mayoría cualificada de Jueces legos, un simple Juez profesional, un Magistrado de la Audiencia, es suficiente para conseguir una perfecta simbiosis entre la técnica que aporte el profesional del derecho y la posible distinta sensibilidad de la sociedad que pueden incorporar los jueces legos”⁽³⁷⁾.

(36) ALEJANDRE, J.A.: *Ob. citada*. 253.

(37) RUIZ VADILLO, E.: *La Constitución y el Jurado*. Universidad de Sevilla. págs. 177 y 178. 1995.

También con su peculiar estilo considera BAJO FERNÁNDEZ que “la reimplantación del Jurado puro, es decir, de aquel que formado exclusivamente por jueces legos se pronuncia sobre la comisión de los hechos debatidos y también en orden a la culpabilidad de sus presuntos autores, resulta altamente fuera de lugar”⁽³⁸⁾.

Completando esta crítica, recoge palabras de J. MELERO en el sentido que, con relación al Jurado puro “su naturaleza es tan extraña a nuestra cultura jurídica como el hecho de que los Magistrados americanos sean designados por razones políticas, por el Presidente de los Estados Unidos de América; o las Magistrates Court inglesas donde dicta sentencia el Jefe de Bomberos del Condado, o un licenciado en Botánica”.

Conforme al texto de la Carta Magna es obvio, —y éste es un punto sobre el que no parece existir duda alguna—, que el legislador español es muy dueño de optar por un jurado cuyo conocimiento y funciones aparezcan referidos, exclusivamente, a los simples hechos o bien, decantarse por una fórmula de mayor amplitud y extender las funciones del Jurado a la aplicación del derecho, siendo esta nota la auténticamente diferencial entre el Jurado anglosajón y el de corte continental, diferencia que permitiría superar los inconvenientes de nuestro pasado histórico y posibilitar una mayor participación popular al votarse la totalidad del objeto procesal.

El escabinado, apunta FAIREN GUILLÉN, “aparece con una función correctora de los defectos del Jurado de veredicto que no es sostenible en cuanto que no representa al pueblo, ignora la inescindibilidad del hecho y el derecho y, desde una visión pragmática, la complejidad del mundo jurídico choca con la mentalidad de sus miembros. Aparte que el lego suele buscar consejo en el jurista, precisamente por esta última razón”⁽³⁹⁾.

Para GIMENO SENDRA, “el legislador no ha acertado a dibujar el modelo de Jurado en la Ley 5/1995; ha optado por un Jurado puro, simplemente decorativo de la democracia, en lugar de un Jurado con asesoramiento y discusiones ampliamente jurídicas, con intervención de los Magistrados y que, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial ha terminado imponiéndose en la mayoría de las democracias europeas”⁽⁴⁰⁾, y no se separa apenas de la anterior idea SERRANO ALBERCA al afirmar que el legislador no pensó en la diferencia entre jurado y escabinado y, en consecuencia, no habría inconveniente en establecer un sistema de escabinos que, al margen

(38) BAJO FERNÁNDEZ, M.: “El Proyecto de Ley del Jurado”. *A. Penal.* n° 34, págs. 688 y ss.

(39) Citado por BAJO FERNÁNDEZ, *ob. citada.* Pág. 689.

(40) *El artículo 125 de la Constitución Española.* Universidad de Sevilla. 1995. págs. 161, 162.

de sintonizar con los sistemas europeos vigentes, podría cumplir la esencia del artículo 125 cual es la participación popular en la Administración de Justicia”⁽⁴¹⁾.

De manera clara y concreta y, sobre todo con una evidente y acertada síntesis del problema, ANA LAURA NÚÑEZ añade: “si bien el Jurado constituyó en su momento una auténtica revolución, posteriormente se fueron detectando una serie de desventajas que han movido a la reconsideración de esta institución⁽⁴²⁾, surgiendo en el tiempo el Tribunal de Escabinos, nueva forma de participación popular en la Administración de Justicia, no la definitiva, y cuya principal característica radica en la conjunción jueces-legos, para el total conocimiento y resolución de asuntos de índole penal”.

Y sigue la citada autora considerando que, a la luz de los precedentes que ya pueden contabilizarse en nuestro ordenamiento jurídico, representados principalmente por la Ley Orgánica de 15 de Julio de 1987, que “el escabinado ha dejado de ser un término nuevo, ajeno e, incluso, desconocido en el Derecho Español. Antes bien, de esta forma de administración de Justicia, procedente del ámbito castrense, es perfectamente deducible que bien pudiera constituir el primer paso para el desarrollo del artículo 125 de la Constitución, bastante diferente del que preconizan los partidarios del Jurado puro anglosajón. Lo expuesto, termina, no sólo significa la consagración legal del vocablo escabinado y de una determinada forma de participación en la Justicia, sino que representa un importante paso legislativo en pro de una moderna y flexible interpretación del mandato constitucional”⁽⁴³⁾.

Interesantes son los razonamientos de índole social y política que aporta a este problema ORTIZ URCULO, y que le llevan a afirmar que en el actual marco constitucional español no tiene cabida el Jurado puro ni es aconsejable el modelo patrocinado por la ley de 22 de Mayo de 1995 pues, al amparo de la facultad irrenunciable de cada pueblo de elegir su forma de Justicia dentro de los parámetros que, naturalmente, garantizan una sociedad democrática y de derecho, “no es posible trasladar modelos procesales completos de una nación a otra y, menos, modelos de jurados”.

(41) SERRANO ALBERCA, J.M.: *Ob. citada* pág. 1851.

(42) *El Jurado en España*. Ministerio de Justicia. págs. 223 y ss. Así mismo admite la posibilidad de que el Texto constitucional dé cabida, tanto al Jurado puro, como al escabinado.

(43) En síntesis, esta Exposición de Motivos afirma que “la tecnificación jurídica de los órganos es otra de las finalidades de la Ley que respeta, no obstante, la tradicional composición mixta de los Tribunales castrenses de técnicos en Derecho y profesionales de las Armas, y que tiene también su respaldo constitucional en la institución del Jurado. Así se consigue una acertada administración de justicia, al proceder parte de los juzgadores, del ámbito en que se ha producido el hecho”. Y añade que, “a partir del Tribunal Militar Central, ya aparece el escabinado”.

Y si ello no ofrece dudas, también parece claro que las sociedades latinas responden a unas formas de vida y a una idiosincrasia definida y ciertamente distinta de las sociedades anglosajonas, y se encuentran en un grado de desarrollo del Derecho también diferente.

Con lo que queda dicho que si en España se ha optado por un sistema de Jurado anglosajón puro, siquiera en cuanto a la composición pues por sus funciones ofrece una naturaleza marcadamente híbrida, en realidad se ha resuelto la alternativa de elección apostando por un modelo asaz diferente del consagrado por las legislaciones latinas, a cuyo entorno pertenecemos e, incluso, por la mayoría de las naciones occidentales.

Además, por si lo anterior no fuera suficiente, se ha otorgado preferencia a un tipo de Jurado que, por esencia, discrepa del entramado de garantías del que nuestra Constitución aparece como depositaria”⁽⁴⁴⁾.

“La escasa aceptación y la también poco ejemplar tradición del Jurado en España es una afirmación común, que no precisa de mayores aclaraciones”, matiza ZARZALEJOS, y sostiene MANZANARES que “el Jurado puro fracasó estrepitosamente en España, no corrió mejor fortuna en los países de nuestro entorno y, precisamente por todo esto sorprende la insistencia legislativa en dar vida a un sistema de enjuiciamiento popular que responde a una fórmula fracasada”⁽⁴⁵⁾.

El parecer mayoritario de la doctrina procesalista española en el sentido de abogar por el sistema escabinado y que se refleja en el número claramente superior de autores proclives a dar preferencia a esta modalidad no exime de hacer la oportuna referencia a quienes prefieren el sistema puro o, en su caso, el recogido en la Ley 5/1995.

A modo de Preámbulo decía MARGARITA ROBLES, que “la administración de Justicia es, junto a la sanitaria la actividad del Estado que más incidencia tiene en el ciudadano en cuanto persona individualizada y, por ellos el acercamiento entre Justicia y ciudadano adquiere especial trascendencia, tanto que en la Constitución española sólo se establecen expresamente dos instituciones consideradas como tales: el Defensor del Pueblo y el Jurado y éste, el Jurado, es un Tribunal de equidad, de conciencia social, no técnico, y por ello se compone de ciudadanos legos cuya preparación para el juicio queda fundamentalmente en manos del Juez profesional quien, de forma previa a la vista oral, les informará de los principios que rigen el proceso”⁽⁴⁶⁾.

(44) ORTIZ URCULO, J.C.: *Veredicto, fallo y sentencia*. Universidad de Sevilla. 1995. pág. 33 y ss.

(45) Votos particulares emitidos con ocasión del dictamen que el Consejo remitió al serle solicitado, y al que más arriba se ha hecho referencia.

(46) ROBLES FERNÁNDEZ, M.: Escrito a petición de IRESFLASH, edición castellana, nº 3 de 1994. pág. 2.

De manera más decididamente favorable al enjuiciamiento puro, DAVO ESCRIVA señala que “los jurados y escabinos responden a criterios contrapuestos y claramente diferenciados, fundamentalmente en cuanto a la participación de los ciudadanos y hasta tal punto existen esas diferencias que no puede afirmarse bajo ningún concepto que el Tribunal del Jurado y el Escabinado sean variantes de una misma forma de intervención en la Administración de Justicia”.

Y, establecida esta diferencia, discrepa DAVO de cualquier intento de interpretación de las fases del iter parlamentario que justifique la posibilidad de incluir el Escabinado en la mención concreta del artículo 125.

En conclusión, termina, “ningún argumento justifica la instauración del Tribunal de Escabinos al amparo del artículo 125 de la Constitución que, exclusivamente, tiene como finalidad el reconocimiento del principio de participación popular a través del tradicional e histórico Tribunal del Jurado”⁽⁴⁷⁾.

En esta opinión abunda ANDRÉS IBÁÑEZ, quien, después de la necesaria semblanza entre ambas modalidades en conflicto, concluye afirmando que “el Escabinado no supone ni aporta ninguna mejora del Jurado clásico; por el contrario, puede suponer una deformación de su espíritu y finalidad”⁽⁴⁸⁾.

Ésta es, desde la perspectiva cronológica seguida en la presente exposición, la primera de las cuestiones planteadas con motivo de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Mayo: si los autores de la ley acertaron con el modelo de Jurado destinado a resolver los procedimientos que a su amparo pudieran corresponder, o equivocaron lamentablemente el camino al optar por un sistema de enjuiciamiento no acorde a nuestra actual situación, contemplada desde una óptica social, material y jurídica.

Esta decisión de los legisladores de 1995 de preferir un sistema de Jurado de las notas y caracteres que ofrece el regulado en la ley se antoja todavía más carente de fortuna si se piensa que, en el cúmulo de conferencias, coloquios, seminarios y, en definitiva, doquiera que se ha tratado de la institución del Jurado como tema central, se ha podido constatar que, a salvo opiniones quizá excesivamente cerradas y, por ende, escasamente abiertas al diálogo, ha sido posible superar el que parecía inevitable enfrentamiento entre partidarios y detractores de la institución.

Y ha sido posible por cuanto, más que a la esencia del Jurado y el momento acertado o no de su reimplantación, lo que se cuestiona es el modelo a ele-

(47) DAVO ESCRIVA, F.: *Ob. citada*, págs. 93 y ss.

(48) ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *El Poder Judicial*. Tecnos 1986. pág. 330.

gir, así como la reforma procesal llevada a cabo al socaire de la ley orgánica de 1995.

Sin ánimo repetitivo, basta señalar que a favor del Jurado puro se ha señalado su arraigo en la legislación histórica, el deseo de evitar posibles influencias de los jueces en los legos y la utilización del artículo 125 del vocablo Jurado que se considera indisoluble a la idea de enjuiciamiento netamente popular.

Quienes se decantan por el sistema escabinado aducen, lógicamente, la ausencia de fuerza convincente en los razonamientos apuntados, con más la difícil separación entre hecho y derecho así como la falta de motivación de las sentencias, sin que sea admisible que la fórmula del texto constitucional cierre las puertas de nuestro ordenamiento jurídico a tal modelo de escabinos.

Por ello, domina en la doctrina patria, en un sentido claramente casi unánime, que la decisión contenida en el artículo 125 debe ser atendida, y que para conseguirlo habrán de ser tenidos en cuenta muy diversos factores, sin que la visión del pasado histórico ofrezca elementos útiles, decisivos para la resolución del problema.

Pues y aun cuando la Exposición de Motivos de la Ley afirme que “la depuración crítica tan acentuada que ha experimentado el Jurado a lo largo de su Historia ha permitido extraer la masa ingente de datos sueltos, experiencias y precedentes que han facilitado la captación íntegra de la institución”, este punto de vista únicamente es mantenido por los redactores de la Ley; para la doctrina, incluidos partidarios del enjuiciamiento popular, la historia del jurado no suministra una orientación diáfana en orden a la solución de sus problemas, dado que ello equivaldría a que el ciudadano español quedara ubicado, sociológicamente, a finales del siglo XIX.

SEGUNDA PARTE

A) Planteamiento.

Expresamente señala el artículo 125 de la Carta Magna de 1978, surgida de la transición política, que “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

Esta norma constitucional se ha visto desarrollada, es evidente que con notable retraso⁽⁴⁹⁾, por la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Mayo, luego ligeramente modificada por la Ley 8/1995 de 16 de Noviembre, consecuencia de “no haberse incorporado al texto de aquélla las enmiendas aprobadas por el Senado, dado el resultado de la votación de conjunto que significó el rechazo de aquellas enmiendas no obstante haber sido previamente valoradas de forma muy favorable y aceptadas de forma casi unánime por el Pleno del Congreso”⁽⁵⁰⁾.

La Exposición de Motivos de la Ley reguladora del Jurado contiene unas declaraciones que conviene mencionar y matizar en cuanto es posible extraer de ellas deducciones interesantes, de modo particular y sobre todo a la hora de concretar el pensamiento de sus autores, y así indica el Preámbulo:

“Con la aprobación de la Ley se da un paso cualitativo más, desde una perspectiva técnico-legal, encaminado a cerrar el modelo básico de la Justicia, diseñado por el constituyente y la Ley Orgánica del Poder Judicial, facilitando la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia.

El establecimiento del Tribunal del Jurado debe ser considerado como uno de los contenidos constitucionales pendientes de desarrollo y mediante su regulación se da cumplimiento a un mandato tantas veces diferido, y se establece una de las piezas básicas en el funcionamiento de la Administración de Justicia.

En definitiva, el artículo 125 de la Constitución supone un inequívoco emplazamiento que fuerza el largo paréntesis de vivencias y expectativas de participación del ciudadano en los asuntos públicos, y en el que la institución del Jurado reaparece con una renovadora carga de sugerencias y matices capaces de dar sentido y proyección a la realidad social, hoy suficientemente contrastada, que demanda un cambio urgente en los modos de administrar Justicia por lo que su desarrollo no es tan sólo un imperativo constitucional, sino que es una urgente necesidad en cuanto que pieza decisiva en la Administración de Justicia, que es sentida como necesidad inaplazable por buena parte de los ciudadanos”.

De las anteriores expresiones del Preámbulo es fácil colegir no solamente una alegre y desenfadada frivolidad sino también un innegable al par que excesivo triunfalismo, consecuencia natural del entusiasmo y la euforia

(49) Para MARGARITA ROBLES, no cabe hablar de retraso ni siquiera de olvido. Se trata de “una simple postergación, tanto por otras necesidades como por el recuerdo del fracaso histórico que ahora, evidentemente, no debe temerse que se produzca”. *Obra citada*.

(50) En realidad, la ausencia de diputados determinó la no aprobación de la ley remitida por el Senado, lo que evidencia que la falta de interés sigue dominando el tema del Jurado en el área parlamentaria.

de los artífices de la nueva ley, tal vez demasiado pagados de sí mismos por la obra realizada que, y así se irá exponiendo, al lado de indudables virtudes encierra defectos de monta que justifican una crítica severa, aunque siempre constructiva.

Por supuesto no quiere decirse que, en materia jurídica deba proscribirse la alegría y vedarse cualquier tipo de satisfacción por la tarea llevada a cabo, pero sí parece más apropiado a la función de legislar que este caminar parlamentario lo sea por senderos ecuanímenes, sin acceder a exageraciones o a la adopción de posturas que permitan suponer, incluso que pongan de relieve, un deseo mal encubierto de lograr a toda costa la aprobación de una ley, cualquiera que fuere el sentido y el contenido de la oposición que a ella se hubiere presentado.

En este tema del Jurado la postura un tanto dictatorial de los legisladores, sin duda claramente influidos por el Ejecutivo, hizo acto de presencia determinando, dice CARLOS SUÁREZ, “que las reuniones de las diversas Asociaciones de Jueces y Fiscales con el Ministro finalizaran con gran escándalo, básicamente al entender que, con el Proyecto, se daba un paso más para la entrega de la instrucción⁽⁵¹⁾ al Ministerio Fiscal”.

Criterio al que se apunta ORTIZ URCULO⁽⁵²⁾ al afirmar que “el Borrador de la Ley ya estaba hecho y tal como estaba pasó a convertirse en Proyecto de Ley sin que la intervención de los sectores jurídicos convocados haya tenido influencia alguna, hasta el punto que la demostrada voluntad de no aceptar cambio alguno sustancial, por el Ministro de Justicia, ha motivado la retirada de diversas Asociaciones y la crítica constante de otras”.

“La decisión adoptada por las Asociaciones judiciales de retirarse de las conversaciones mantenidas con el ministerio, levantándose de la Mesa del Jurado obedeció principalmente, indica PEDRO CRESPO, a la apreciación de que algunos aspectos de la reforma constituyen una simple operación de maquillaje orientada a alterar radicalmente el modelo vigente de instrucción penal⁽⁵³⁾, impulsando un fortalecimiento de la posición del Fiscal, en detrimento de los Jueces”⁽⁵⁴⁾.

(51) *Obra citada*, pág. 687.

(52) *Obra citada*, pág. 25.

(53) *Nuevo modelo de instrucción Penal en el Tribunal del Jurado*. Ministerio de Justicia. 1994. Pág. 183.

(54) El modelo que, se dice, introduce la ley del Jurado, indica PEDRO CRESPO, no pasa, en muchas ocasiones, de meros gestos. El Juez sigue siendo soberano en la instrucción (*ob. cit.* pág. 219) lo que contrasta con la postura de MANZANARES que observa la introducción, “de pasada pero con sensible vocación de permanencia, de un sistema acusatorio con predominio del fiscal”. Voto particular, ya indicado.

Aunque sea de pasada, bueno será manifestar que esta actitud nada democrática de aprobación por encima de cualquier consideración no es, por desgracia, nueva en nuestro ordenamiento jurídico. En tiempos muy recientes, y con relación al Anteproyecto de 1992, en el penúltimo párrafo de la introducción que firma el entonces Ministro de Justicia TOMÁS DE LA QUADRA, se recoge lo siguiente: “este Anteproyecto no nace, con todo, con una vocación de incitar al debate, como hiciera la PANCP sino con vocación de convertirse, tras superar los trámites pertinentes, en norma jurídica vigente. Ha sido enviado a cuantos tienen verosímilmente algo que decir respecto de una norma tan directamente vinculada con la conducta cotidiana de la ciudadanía como el Código Penal. Pero ha sido enviado, no a título de debate sino para que esas entidades representativas tengan cabal conocimiento de las propuestas que el gobierno considera más razonables en orden a la articulación de un nuevo Código Penal”⁽⁵⁵⁾ de donde es difícilmente comprensible la afirmación, tanto del Preámbulo como del Ministro BELLOCH, al principio expuestas, de otorgar al Jurado el significado de pieza básica de la Administración de Justicia y de elemento esencial del sistema democrático.

Y esta dificultad de comprensión radica, desde luego sin ánimo de polémica institucional, en que los referidos mensajes parecen volcar en la institución del enjuiciamiento popular las esencias del régimen democrático, con olvido que desde y a partir de la Ley Procesal Penal de 1882 se ha administrado Justicia en España sin necesidad de Jurado; ha existido democracia, y los conceptos que, ciertamente, deben ser estimados fundamentales, Sociedad, Justicia y Estado, no han precisado ni dependen de la existencia de un tribunal popular para gozar de aquellos calificativos de democráticos.

Y esto es así por cuanto las instituciones representativas de la democracia se encuentran claramente establecidas en el derecho español, y se traducen en la iniciativa del pueblo en la construcción del ordenamiento jurídico; el sistema electoral del que nacen los estamentos y funciones más características del Estado; la acción popular, antaño aludida en los artículos 101 y 270 de la Ley del Enjuiciamiento Criminal y hogaño en el artículo 125 de la Constitución y respecto de la cual el Tribunal Constitucional ha manifestado que se trata de una garantía fundamental que está implícita en el derecho a la tutela judicial que consagra el artículo 24.1 y por ende, protegida mediante el recurso de amparo; la igualdad ante la Ley, la soberanía popular y el sufragio universal y directo. Éstas sí son las instituciones auténticamente dotadas de esencias democráticas.

(55) SERRANO GÓMEZ, A.: *Actualidad Penal*, n° 26. 1995, pág. 398.

Precisamente por ello el artículo 9.2 de la Constitución ordena a los Poderes públicos, en una función cuasi legislativa, potenciar los valores anteriormente enumerados, ya que es la existencia en plenitud de tales factores lo que permite afirmar que se vive respirando aires democráticos, al margen de la presencia o inexistencia de la figura del Jurado.

Como afirmó PEDRAZ PENALVA ⁽⁵⁶⁾, “calificar a esta exigua y ocasional intervención popular en la Justicia, de piedra angular democrática responde a un incongruente criterio representativo”.

B) La Ley del Jurado y la Constitución.

Ya en el terreno del derecho positivo y a la luz del texto constitucional, la relación entre sí de diversos preceptos de la Carta Magna, como la puesta en juego de algunas disposiciones de la Ley 5/1995 con las garantías fundamentales consignadas en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución producen como consecuencia que el intérprete abrigue serias dudas a propósito de la adecuación de la nueva ley al espíritu y a la letra de aquella norma que garantiza la tutela judicial efectiva, al tiempo que proscribía la indefensión. Y lo que debe considerarse más grave es la aparente falta de entendimiento entre los artículos 117 y 125, y que posee carácter trascendente por cuanto adiciona a las dudas ya indicadas, una inevitable sensación de inseguridad jurídica.

Para una mejor exposición, procede dividir el anterior apartado en estos cinco epígrafes:

1. El artículo 125 de la Constitución.

Las primeras manifestaciones en el sentido de apreciar en las disposiciones de la Ley 5/1995 contornos no exactamente acordes con el texto constitucional, toman como punto de referencia el artículo 125 que, en el sentir mayoritario de nuestra doctrina, encierra un carácter significadamente imperativo en cuanto a la reimplantación, en el derecho procesal penal, del enjuiciamiento por el tribunal del jurado.

Sin embargo, y desde una perspectiva estrictamente personal, los problemas suscitados por la redacción y consiguiente interpretación del mencionado artículo no están resueltos con la sencillez que se quiere preconizar, singularmente en lo que puede considerarse caballo de batalla del precepto, cual es la expresión “podrán”, empleada por los redactores de la Ley.

(56) Citado por BAJO FERNÁNDEZ, *ob. citada*, pág. 691.

Este término se ofrece a la atención del jurista dotado de un claro sentido potestativo y discrecional, en una palabra, diáfananamente indicativo de una materia cuya operatividad se deja al libre arbitrio de sus destinatarios. De donde habrá que resolver una primera interrogante, y que consiste en determinar quién sea el titular del verbo utilizado en el texto de la Carta Magna; a su vez, ello se traduce en la necesidad de pronunciarse acerca de si la referida fórmula del artículo 125 precisa, obligatoriamente, de un desarrollo normativo.

El Consejo General del Poder Judicial no ha podido por menos de manifestar su preocupación ante las diversas opiniones sostenidas en orden a estos puntos, y que van, desde las que afirman la propia inconstitucionalidad del precepto⁽⁵⁷⁾, argumentando que supone una clara vulneración del fundamental principio de igualdad consagrado en el artículo 14, hasta aquellas otras que, poniendo el énfasis en el significado del término “podrán”, consideran que se trata de una fórmula puramente potestativa, por lo que su desarrollo legislativo se encuentra muy lejos de requerir, desde ya, una interpretación en el sentido de mando que se le desea asignar.

Respecto de las aludidas orientaciones, ha puesto de relieve el Consejo que, por lo que atañe a la primera de ellas, su mantenimiento supone “el desconocimiento” de la jurisprudencia constitucional en orden a la interpretación de la Constitución como un todo sistemático y, por lo que a la segunda de tales versiones se refiere, aparte de ignorar la idea de la Constitución como norma jurídica así como el contenido de determinados preceptos constitucionales, parte del error de considerar como destinatarios del verbo podrán, al legislador, y no a los ciudadanos como se desprende de una interpretación sistemática del precepto”.

Ante todo lo anterior, el Consejo obtiene sus propias consecuencias y afirma que “no estamos en presencia de una mera declaración programática sino de una auténtica norma jurídica, con el carácter de precepto imperativo y no de simple remisión a la ley, cuya aplicación se ha diferido en el tiempo de forma incomprensible”.

Desde luego, y sin desconocer la autoridad jurídica que emana del órgano de gobierno de los Jueces, parece necesario formular algunas puntualizaciones a los criterios reflejados en las anteriores líneas, puesto que la exclusión del legislador como sujeto destinatario del verbo “podrán”, tantas veces repetido, no se perfila con la claridad que se debe hacer ver, ya que no conviene relegar al olvido dos importantes aspectos que bien pudieran conducir a una posición contraria o, al menos dejar en entredicho la rotundidad de las afirmaciones vertidas.

(57) Informe ya aludido, acerca del Anteproyecto de Ley del Jurado.

Así, y de una parte, la fórmula voluntaria ofrece, en el terreno histórico al que gusta de acudir la Exposición de Motivos de la Ley 5/1995, el arraigo que le presta haber sido la alternativa elegida por la Constitución de 1812. Solamente a partir de la redacción del artículo 93 del texto de 1869 es cuando se asienta la nota de imperatividad, y no sin algunos altibajos.

La segunda nota deviene en razón de los debates parlamentarios suscitados en las Cortes Constituyentes, cuando se trataba de dar contenido y forma al actual artículo 125. En este orden de cosas, PECES BARBA señalaba que “el artículo, tal y como está concebido, es lo que podría denominarse, desde el punto de vista de la teoría del derecho, una norma de organización, una norma que permite mandar, que faculta al legislador ordinario para establecer los casos y la forma en que, por los ciudadanos, se participará en la Administración de Justicia. Y al ser una norma de segundo grado, de organización, que permite mandar, no establece taxativamente, desde luego, el Jurado, si bien permite hacerlo”⁽⁵⁸⁾.

SAINZ DE VARANDA, como el anterior del Grupo Parlamentario Socialista, afirmaba en parecido sentido que “con la redacción del texto no se establece una forma terminante de su inicio”, y PEDROL RIUS, autor de la enmienda que prácticamente condujo a la redacción definitiva del artículo, coincidía con los anteriores: “creo interesante que nuestra Constitución abra hacia el futuro la posibilidad de un funcionamiento de la institución del Jurado”⁽⁵⁹⁾, y no difiere de lo expuesto la opinión de BAJO FERNÁNDEZ, al entender que “el artículo 125 de la Constitución se limita a facultar al legislador a determinar los procesos penales en que los ciudadanos “podrán” participar en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado, sin que sea razonable entender, como hacen algunos, que estamos en presencia de un mandato constitucional”⁽⁶⁰⁾.

No resulta aventurado afirmar, a la luz de las manifestaciones indicadas, que la postura interpretativa del Consejo en orden al significado del artículo 125 de la Constitución debe, si no puesta en tela de juicio, sí ser admitida con evidente cautela, y así es como se pronuncian GUTIÉRREZ DE CABIEDES y CORDÓN MORENO, que lo califican como un precepto puramente programático, ambiguo y potestativo, que deja al legislador futuro la interpretación de su exacto significado y contenido⁽⁶¹⁾.

(58) Congreso, sesión del 8 de Julio de 1978.

(59) Senado, sesión del 7 de Septiembre de 1978.

(60) *Obra citada*, pág. 689.

(61) Citados por GIMENO SENDRA, V. en “La participación popular en la Administración de Justicia”. *Poder Judicial*. 1983.

En cualquier caso, y si se toma partido por la estimación del carácter imperativo hacia el legislador del artículo 125, ello supone trasladar el problema del significado del verbo “podrán”, y considerar como destinatarios del mismo, a los ciudadanos, sin que este cambio de sujeto implique desaparición de los problemas surgidos alrededor del citado texto constitucional⁽⁶²⁾.

Ardua, en efecto, sigue siendo la tarea de determinar cuál sea la postura de los ciudadanos, que éstos puedan adoptar, para el caso de enfrentarse con la designación de los mismos como partícipes en las funciones de enjuiciamiento de delitos: si libre y potestativa, como parece desprenderse del texto constitucional, o bien obligatoria en el sentido de la Ley.

No es posible desconocer que los particulares, aspirantes a la función de jurados por encontrarse en abstracto poseedores de los requisitos exigidos por la nueva normativa, se hallan igualmente en situación de libertad de decisión para su colaboración con la Administración de Justicia. Es algo que debe considerarse enteramente dependiente de su voluntad, pues no otro significado es atribuible a la tantas veces repetida expresión “podrán”, que en el lenguaje vulgar y técnico equivale a discrecional, lo que mal se compagina con la doble nota de derecho-deber que, al amparo del artículo 6 de la Ley 5/1995 delimita aquella función⁽⁶³⁾.

Aparece así una contradicción evidente entre estos dos preceptos, el artículo 125 de la Constitución y el 6 de la Ley del Jurado, y lo más curioso es que trata una antinomia quizás, inexplicable, y ello a la luz de las siguientes consideraciones.

De una parte, la significación gramatical y vulgar, que posee la expresión del texto constitucional y que ya se ha matizado suficientemente.

De otra, el antecedente más inmediato representado por la Constitución de 1931 que en el artículo 103 hablaba de que “el pueblo participará”, con clara exclusión de todo aspecto de voluntariedad.

En tercer lugar, y en el desarrollo legislativo del actual artículo 125, en el BOC. del 5 de Enero de 1978 el entonces artículo 115 indicaba “participarán”, mientras que a partir del BOC de 17 de Abril el artículo 117 se refería a este punto con la actual terminología y diferente, por tanto, a la inicial; finalmente, el texto a examen comienza refiriéndose al carácter potestativo de un doble ejercicio: el de la acción popular descrita en los artículos 101 y 270, y la intervención en la Administración de Justicia. Pues bien, la actividad acorde

(62) SÁNCHEZ AGESTA, L.: *El sistema político de la Constitución Española de 1978*. E.N. Madrid. 1980, pág. 339.

(63) El artículo actual 6 es el antiguo 2 del Anteproyecto.

a los mencionados artículos de la Ley Procesal era y es, hasta ahora, un puro derecho sin que la falta de su ejercicio conlleve sanciones económicas y, menos, tipificaciones penales, por lo que no se ve razón para aplicar un tratamiento distinto a la participación ciudadana, incluida bajo idéntico criterio discrecional.

Por lo cual, esta contradicción deberá resolverse con la lógica primacía que hay que otorgar al texto constitucional, desde el momento en que el acto de voluntad legislativa complementario no hace operativos los principios en él enunciados.

2. Los artículos 125 y 117 de la Constitución.

Desde este apartado resulta inevitable mencionar la antinomia, más real que aparente, que se descubre entre estos dos preceptos de la Carta Magna, cercanos en el tiempo y en la distancia material; la concepción y finalidad que encierra en punto al Jurado el primero de ellos puede marchar en clara y abierta contradicción con el segundo.

Proclama, en efecto, el artículo 117⁽⁶⁴⁾, que “la Justicia emana del Pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sujetos únicamente al imperio de la ley”, declaración enfática pero también meridianamente diáfana y que encuentra su debido complemento en el párrafo tercero del mencionado precepto cuando reafirma que “el ejercicio de la potestad en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado⁽⁶⁵⁾, corresponderá a los jueces y Tribunales⁽⁶⁶⁾, determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento”.

Semejante artículo permite sostener, al menos indiciariamente, que los particulares que, a virtud de la normativa desplegada por la ley 5/1995, hayan adquirido la condición de Jurados no por ello asumen también la calidad de Magistrados.

Es evidente, siquiera a efectos dialécticos, que el principio de unidad jurisdiccional recogido en el artículo 117 y que, en esencia, establece una reserva de esta índole a favor de Jueces y Magistrados, quedaría seriamente afectado si fueran admitidos a la función de administrar justicia personas

(64) Apenas si este artículo presentó dificultades a la hora de su redacción, salvo el cambio de numeración.

(65) Esta fórmula ya aparecía recogida en la Provisional Ley Orgánica del Poder Judicial, 1870.

(66) Complemento de este precepto lo es el artículo 122 de la Constitución.

carentes de la cualidad reflejada en el aludido precepto, lo que ocurriría si al citado principio de unidad jurisdiccional se adicionara en curiosa mezcolanza, el de participación popular⁽⁶⁷⁾.

Estas consideraciones se ven avaladas por la doctrina emanada del Tribunal Constitucional que reitera el principio de plenitud jurisdiccional, “correspondiendo en exclusiva a los Jueces del Poder Judicial valorar la prueba, seleccionar, interpretar y aplicar las normas legales”. (Ss. del TC. 90/1990, de 23 de Mayo y 170/90 de 5 de Noviembre), viniendo obligado el mismo Tribunal Constitucional “a respetar y reconocer el margen de apreciación de los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de su competencia reconocida en el artículo 117 de la Constitución, no pudiendo por ello, sustituir el juicio de hecho del órgano judicial que, en el ejercicio de su función exclusiva, aplica la norma propia de la legalidad ordinaria al supuesto de hecho existente y por él declarado”. (S. 41/1989 de 16 de Diciembre).

En suma, y con base en el artículo 117 de la Carta Magna, ha declarado el Tribunal Supremo que “son los Jueces y Tribunales del orden penal los únicos llamados a efectuar la apreciación a que se refiere el artículo 741 de la Ley Procesal, subsumiendo en la norma penal los hechos que se llevan a su conocimiento”. (Ss. 23/1985 de 15 de Febrero y 161/1990 de 19 de Octubre).

Apuntaba a este respecto SERRANO ALBERCA⁽⁶⁸⁾ a propósito del problema del ejercicio de aquella función que “suele ser corriente la confusión que consiste en deducir del origen popular del poder judicial la consecuencia de que éste se ejercite por personas representantes del pueblo y elegidas por éste. Por el contrario, hoy la mayoría de la doctrina está de acuerdo en conferir la designación de los Jueces a través de un sistema de selección en el que se garanticen los principios de mérito, capacidad e igualdad de acceso, incluso estimado más democrático y que implica la no politización de este Poder y su sometimiento a la ley, que es la expresión de la voluntad general.

Ello no quiere decir que no pueda haber Jueces elegidos como, en cierta forma, se produce en el supuesto del Jurado”.

En materia de la delicadeza y trascendencia adquirida por el enjuiciamiento popular, se ha manifestado de contrario que “esta interpretación, que debe ser calificada de restrictiva, llevaría a la imposibilidad de admitir a los ciudadanos que no pertenecen a la categoría de Jueces profesionales como miembros integrantes de pleno derecho de un Tribunal de Justicia y, por

(67) *El Tribunal del Jurado*. Conferencia del Ilmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín. Las Palmas. Octubre de 1995.

(68) *Obra citada*. Pág. 1693.

ende, vedaría el establecimiento en nuestro ordenamiento jurídico, de la institución del Jurado”⁽⁶⁹⁾.

Admiten los mismos partidarios del sistema de enjuiciamiento popular la existencia de una antinomia entre ambas normas de la Constitución que sólo podría ser salvada mediante la reforma constitucional o, quizá, por el criterio interpretativo del Alto Tribunal o bien, mediante una visión racional y coherente, considerar que el artículo 117 no contempla sino una enunciación de los principios fundamentales que informan la actividad del Poder Judicial que, además de los Jueces y Magistrados profesionales, estará integrado por aquellos ciudadanos que, con arreglo a las leyes, y muy especialmente en aras del principio de participación, se integren en cualquier tribunal con competencia jurisdiccional en las materias que son de su ámbito: de esta guisa es como podría conseguirse una combinación armónica de los artículos cuya oposición parece evidente.

Lo que no resulta de recibo es que se llegue a la conclusión de que el Jurado pueda funcionar sin el menor inconveniente, como si no se hubieran formulado serias objeciones; en una palabra, como si no existiera la menor fricción entre las normas reguladoras del mismo y los superiores principios recogidos en la Constitución.

Tampoco se antoja extraño que, ante estas situaciones, el jurista perciba una clara sensación de inseguridad, de desconcierto por la indudable ambigüedad de las disposiciones contenidas en la Ley 5/1995, y que traen causa de la misma deficiente fórmula del artículo 125.

Y es así por cuanto conocidas son, sin que importe señalarlas aquí, las circunstancias que llevaron, en los momentos preparatorios de la Constitución, a la redacción del artículo mencionado; es cierto que los trabajos encaminados a dar vida a la Carta Magna ocuparon cerca de año y medio, tiempo en el que se deben incluir las discusiones habidas en Ponencia, en Comisión y en los Plenos de ambas Cámaras, con más la convocatoria y la celebración del Referéndum. Sin embargo, muy poco de este tiempo debe cargarse en el debe del que se dedicó al Tribunal del Jurado pues nulas fueron, prácticamente, las discrepancias respecto de la reinstauración del sistema de enjuiciamiento popular, brillando por su ausencia los enconados y tradicionales debates entre los partidarios y los contrarios a la institución.

Ello permitió escribir a ALEJANDRE⁽⁷⁰⁾ que “solamente conociendo la composición de las Cortes Constituyentes de 1978 puede explicarse que la

(69) DAVO ESCRIVA, F. *Obra citada*, pág. 89.

(70) *Obra citada*, pág. 246.

constitucionalización de una figura de tanta trascendencia en el orden judicial y en el sistema político de la nación, se haya llevado a cabo de una forma tan anodina, confusa e improvisada, con un desconcertante menosprecio del pasado histórico que, al parecer, sólo era conocido por los dos parlamentarios que aludieron a él en la discusión del tema”.

El carácter breve y limitado de la polémica en torno al Jurado, desde luego escasamente clarificadora, volvió a repetirse tanto en la Comisión como en el Pleno del Congreso⁽⁷¹⁾, por lo que puede estimarse como muy posible que esta falta de interés, o si se quiere de lucidez, sobre el significado y la relevancia de la institución que se debatía con miras a lograr su inclusión en nuestro ordenamiento, fueran determinantes de la publicación de una ley del Jurado que ha acogido en su seno una serie de disposiciones mal avenidas con el espíritu de la Constitución.

Ya se ha indicado la poca fortuna que acompañó la redacción del artículo 125; ahora, de la lectura de la ley aumentan las más que razonables dudas, ya indicadas, que acosan al jurista y que se traducen, no ya en la sospecha sino mejor en la seguridad de que la Ley 5/1995 hubiera precisado de una meditación más profunda, de un ánimo más reposado y de una mayor comunicación previa mucho más amplia a los sectores cualificados para opinar sobre ella, antes de lanzarla a las páginas del Boletín.

Como simple botón de muestra, basta indicar que para la Comisión del Consejo, y en orden a la ocasión u oportunidad de aparición del Jurado, “el momento no es mejor ni peor que otro”; para ZARZALEJOS, el momento no es bueno por la amplia gama de razones que señala, mientras que MANZANARES advierte de la necesidad de “eliminar precipitaciones en la entrada en funcionamiento del Jurado, máxime tratándose del Jurado puro, abandonando las improvisaciones y las prisas y estableciendo una *vacatio legis* lo suficientemente larga para que Tribunal del Jurado tenga unas mínimas posibilidades de éxito”⁽⁷²⁾.

3. El artículo 24 de la Constitución.

En el apartado 1, anteriormente examinado, se puso de relieve que la Ley del Jurado muy posiblemente haya traspasado los límites de la redacción del artículo 125 al configurar la situación de los miembros del jurado

(71) PECES BARBA, G., CASTELLANO, P. y DE LA FUENTE, L. tuvieron las intervenciones más destacadas en estas discusiones parlamentarias.

(72) Entre otras señalaba ZARZALEJOS falta de desarrollo procesal, saturación de los órganos jurisdiccionales, déficit económico y ausencia de auténtico arraigo del Tribunal del Jurado en España. En ambos casos, votos particulares ya aludidos.

como mixta de derecho y deber, siendo así que parece más acorde a la Constitución la estimación puramente discrecional, ausente de toda matización obligatoria.

Al lado y en el segundo punto, la antinomia entre los artículos 125 y 117 permitía dudar seriamente de la aptitud constitucional de los miembros del jurado, para pronunciar veredictos sobre aspectos fundamentales sometidos a su poder decisorio, en un procedimiento penal.

Procede ahora hacer referencia al artículo 24 de la Carta Magna que proclama ante todo el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, para dibujar seguidamente una serie de derechos y garantías de significado fundamental, orientadas unos y otras a que no se malogre la efectiva protección que puede reclamarse a Jueces y Tribunales, de manera que la indefensión deba considerarse siempre prosrita.

Vaya por delante que el haz de garantías referidas no han tenido entrada ni, por consiguiente han desplegado sus efectos en el ordenamiento jurídico español merced a la publicación de la Constitución; por el contrario, ya se encontraban previstas y recogidas en el articulado de la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, como con total acierto señalaba la luminosa exposición de Motivos de la Ley Procesal ⁽⁷³⁾.

Aludía, en efecto, ALONSO MARTÍNEZ, al grave inconveniente que ya en aquel entonces se apreciaba en la Administración de Justicia, cual era la excesiva duración de las actuaciones procesales, admitiendo la posibilidad de que “un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que su duración no baje de dos, pudiendo añadirse para completar el cuadro, que estos procesos solían acabar con la llamada absolución en la instancia, que dejaba al acusado en situación incómoda y deshonrosa, siempre bajo la perenne amenaza de abrirse cualquier día el procedimiento bastando para ello que se prestara a declarar en su contra cualquier vecino rencoroso o vengativo”.

La necesaria presencia de las garantías procesales y sustantivas, imprescindibles en el proceso, eran reclamadas igualmente por el ilustre prócer burgalés, denunciando “el hábito vicioso de nuestros Jueces y Magistrados de otorgar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales, de donde resultan dos consecuencias a cual más funesta para el ciudadano: la primera, que al com-

(73) Al cumplirse el centenario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dedicó a esta efeméride un número especial de la Revista el Consejo del Poder Judicial en el que con rara unanimidad, todo fueron merecidos elogios para la venerable ley Procesal Penal.

pás que adelanta la instrucción se va fabricando una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado; la segunda, que cuando éste, llegado el plenario quiere defenderse no hace sino forcejear inútilmente por cuanto deviene vencido o, por lo menos, desarmado”⁽⁷⁴⁾.

Sentado lo anterior, hay que orientar el sistema de enjuiciamiento popular ideado por la Ley 5/1995, hacia el conjunto de medios garantistas contenidos en el artículo 24, apartado segundo, de la Constitución, y comprobar si existe la precisa sumisión de aquellas normas al texto constitucional, y para ello se estima necesario hacer las siguientes precisiones:

a) Proceso justo sin dilaciones indebidas.

El primer punto a desarrollar debe ser el de la posible excesiva duración temporal del procedimiento, aspecto sobre el cual ha reiterado la doctrina del Tribunal Constitucional que el derecho es un concepto jurídico indeterminado, que necesita ser dotado de un contenido concreto en cada caso en particular, y ello atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico para así poder deducir de tales circunstancias la irrazonabilidad del carácter excesivo del retraso”. (Ss. 13/1990, de 17 de Septiembre y 185/1990, de 15 de Noviembre).

Desde la perspectiva que le es propia, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en un sentido evidentemente claro y pragmático, teniendo a la vista los concordantes preceptos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, —artículos 9,3 y 14,3⁽⁷⁵⁾— así como el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales⁽⁷⁶⁾ —matizando que la cuestión que se plantea “queda circunscrita a determinar el efecto que tal violación ha de producir en el ámbito de las responsabilidades penales pues es indudable, y resulta obvio, que cuando se juzga más allá de un plazo razonable, cualquiera que fuere la causa de la demora, se está juzgando a un hombre distinto en sus circunstancias personales, familiares y sociales, por lo que la pena no puede cumplir las funciones

(74) Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Tribunal Constitucional reservan valor probatorio, con la consiguiente desvirtuación de la presunción de inocencia, a las pruebas practicadas en el plenario, sin más excepción, por regla general, que las denominadas pruebas preconstituidas.

(75) ...“a ser juzgada dentro de un plazo razonable”. (9.3) derecho de toda persona acusada de un delito “a ser juzgada sin dilaciones indebidas”. (14.3).

(76) “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas”. (6.1)

de ejemplaridad y reinserción del culpable que constituyen los fines justificantes de la sanción”⁽⁷⁷⁾.

A la luz de las conclusiones a que llega la doctrina de nuestros Altos Tribunales, ya sea el Supremo, bien el Constitucional, se impone para obtener consecuencias correctas, comprobar cuál fuere el tiempo de duración del procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Es decir, si el proceso por un hecho concreto, presuntamente delictivo, originará ante el Jurado un lapso de tiempo superior a si fuera enjuiciado, pura y simplemente, por Jueces y Magistrados profesionales.

Planteadas en tales términos la cuestión, resulta inevitable afirmar que las actuaciones que se acomoden a la ley 5/1995 consumirán más tiempo que si caminaran por la vía procesal del procedimiento normal, ordinario o abreviado, por lo que puede sostenerse que el juicio ante el Tribunal popular se desarrollará a través de una carga temporal que, muy posiblemente, merecerá el calificativo de dilación indebida.

Y esto es así por cuanto no es posible llegar a otra inferencia si se observan con detalle las normas contenidas en la Ley del Jurado.

Es la primera la larga etapa inicial con su división en instrucción y audiencia preliminar, mediante las que el legislador busca la brevedad y concentración del plenario, a costa de mayor plazo de esta fase previa⁽⁷⁸⁾; la vista de los artículos de previo pronunciamiento con los que se forma una pieza incidental, a semejanza del proceso ordinario, pero en contraposición al abreviado⁽⁷⁹⁾; la casi segura suspensión del juicio oral antes de su comienzo, en base a que es en tal momento cuando han de comparecer los candidatos a Jurado y, si su número no fuera suficiente, habría que acudir a la burocrática tramitación de nuevos sorteos, descrita en la Ley; las sucesivas recusaciones, admisibles al final sin necesidad de expresión de causa⁽⁸⁰⁾; las alegaciones que, al comienzo del plenario, deberán formular las partes a modo de prelude explicativo de lo que, a lo largo del juicio oral, va a constituir la esencia de sus pretensiones; el escrito que el Magistrado-Presidente presentará a los miembros del jurado, en audiencia pública y en presencia de las partes; la

(77) (SS. de 26 de Junio de 1992; de 5 de Mayo de 1993 y de 18 de Diciembre de 1994).

(78) “El riesgo de prolongación excesiva del plenario aconseja la introducción de mecanismos de simplificación, singularmente en la fase precedente al juicio oral”. Sin embargo, no por ello se abrevia el plenario y, por contra, se alarga en demasía la fase previa o preliminar.

(79) En éste, y de conformidad al artículo 793.2 seguidamente a la lectura de los escritos de acusación y defensa, comenzará una serie de intervenciones, entre ellas las cuestiones de previo pronunciamiento que serán resueltas en el mismo acto.

(80) La ley 8/1995 elevó a cuatro el número de jurados que, por parte de las acusaciones y las defensas, podían ser recusados sin mención de causa, frente al número de tres, inicialmente fijado en la Ley de 22 de Mayo.

forma de preguntar a los testigos, peritos y acusados, necesariamente por escrito, fuente inevitable de dilaciones; el mismo procedimiento de votación y, en su caso, de ampliación de instrucciones, integran una serie de situaciones, de concreta aparición en este sistema de enjuiciamiento, causa de seguros retrasos y, quizás, de suspensión del procedimiento, dada la tajante prescripción del artículo 47 de la Ley.

Dispone, efectivamente, este precepto que, “cuando con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal haya de suspenderse la celebración del juicio oral, el Magistrado-Presidente podrá decidir la disolución del Jurado, que acordará en todo caso siempre que dicha suspensión se haya de prolongar durante cinco o más días”.

Este desenlace, nuevo en el derecho procesal en cuanto a su esencia, adquiere particular significado en una Comunidad Autónoma como Canarias, donde las suspensiones de los juicios están a la orden del día, en gran parte como tributo al fenómeno de la insularidad.

Desde una perspectiva pragmática, estas consideraciones han sido tenidas en cuenta por el Ministerio de Justicia que, al llevar a cabo un estudio de índole económica acerca del costo del Jurado, ha cuidado de señalar que la duración de este enjuiciamiento, en punto a determinación de su gasto, debe calcularse sobre dos jornadas y media por vista, tiempo sensiblemente superior al normal en los⁽⁸¹⁾ hasta ahora existentes.

De interés son las siguientes declaraciones de la Jurisprudencia, íntimamente relacionadas con la materia estudiada en este apartado:

“Excluir del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas las que vengan ocasionadas por un defecto de estructura en la organización judicial sería tanto como dejar sin contenido el derecho que consagra el texto constitucional” ha manifestado la Sentencia 36/1994 de 14 de Mayo; por su parte, el fallo del mismo Tribunal Supremo, afirma que “el deber judicial, constitucionalmente impuesto, de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permite la duración normal de los procesos lleva implícita la dotación a los órganos judiciales de los medios necesarios, materiales y personales”⁽⁸²⁾.

Mal se compagina esta orientación, reiterada y sin fisuras, del Tribunal Supremo con el sistema ideado por los redactores de la ley de 22 de Mayo para la celebración del juicio mediante el tribunal del Jurado, que se presenta

(81) Ministerio de Justicia. Memoria económica al Anteproyecto de Ley del Tribunal del Jurado. 20 de Abril de 1994.

(82) El mismo informe expresa con toda claridad que el Ministerio de Justicia carece de recursos propios para la financiación del gasto derivado de la implantación del Jurado.

rodeado por todas partes de carencias notables, pudiendo decirse que su celebración sin dilaciones es una aspiración que, desde el primer momento, hay que considerar utópica e inalcanzable; el procedimiento establecido, en orden a su duración efectiva, hace agua por todas partes y, a la vista de estas situaciones, lamentablemente contrastadas, cabe preguntarse qué crítica deberá verse respecto de un sistema procesal establecido con visos de novedad y que, de entrada, nace contraviniendo uno de los derechos fundamentales del ciudadano.

Y la respuesta a la cuestión mencionada, no por sincera resulta menos agradable pues, como quiera que habrá de suponer en los artífices de la ley un mínimo de conocimientos jurídicos en las distintas áreas en que va a desenvolverse el enjuiciamiento ante el jurado, no cuesta trabajo llegar a la conclusión que estas graves anomalías, presentadas bajo la forma de sensibles dilaciones temporales, traen causa de una grave negligencia, de falta de interés o, bien de ausencia de previsión que, muy probablemente impedirán que el Jurado alcance los frutos que era dable esperar de esta institución, tan largamente deseada por su partidarios.

Ya indicaba MANZANARES que “de la suerte que corra el Jurado puede depender buena parte del crédito de la Administración de Justicia española que, si actualmente no es enteramente satisfactoria, sí es, por desgracia, empeorable”.

La realidad de la tardanza, en ocasiones excesiva, de los procesos penales y su más que probable presencia en el campo del enjuiciamiento popular determina la necesidad de llevar igualmente al sistema del Jurado la solución procedente cuando estas dilaciones son ajenas a la voluntad del imputado, con lo que dicho queda que para este punto a resolver es preciso, como en otras ocasiones, volver la vista a la doctrina de la Sala Segunda.

También en esta delicada materia, la Jurisprudencia ha sentado conclusiones claras que constituyen una orientación pacífica y armónica, decidiendo para la satisfacción producida por este demasiado largo transcurso de tiempo entre las posibles salidas plurales que, en torno a la solución de este problema, se han barajado ante el Tribunal de Casación.

Así, la sentencia 683/1995 de 15 de Junio rechaza la posibilidad de dictar el fallo condenatorio para, a renglón seguido, no ejecutar la pena. Obvio es, señala la aludida resolución, que tal salida al problema carece de cobertura legal pues, pronunciado el fallo, la parte dispositiva del mismo ha de ser ejecutada so pena de abdicar del derecho a la tutela judicial, consagrado en la Constitución como derecho fundamental.

Integra una segunda hipótesis, explica la sentencia 1594/1994 de 15 de Septiembre, dictar sentencia si bien otorgando a la misma un sentido absolu-

torio, singularmente por entender la existencia y consiguiente aplicación del instituto de la prescripción, estimada en sentido analógico por su carácter beneficioso para el reo. Tal postura no tiene en cuenta que la modalidad de la prescripción en cuanto que factor extintivo de la responsabilidad criminal, opera en base a parámetros de seguridad jurídica, más que de justicia.

Algunas sentencias se han decantado por la aplicación de una atenuante por considerar que la sensación de pesadumbre e inseguridad generada al individuo, luego condenado, ante el excesivo transcurso del tiempo sin que se resuelva su situación hace viable aquella forma de reparación, —S. 14 de Diciembre de 1991—, mas indica la Jurisprudencia la necesidad, para hacer válida tal hipótesis, que previamente se haya hecho valer este derecho conculcado, ante el propio órgano jurisdiccional.

“A la vista de las anteriores manifestaciones, la satisfacción por la injustificada y excesiva duración de la causa, y pese a que la parte no haya hecho valer en su momento su oportuna protesta por las dilaciones, tiene que pasar inexcusablemente por una medida de gracia, si bien reservando a los condenados la formulación de solicitud en los términos previstos en la Ley de 18 de Junio de 1870”.

Como quiera que este criterio de la Sala Segunda no es otra cosa que fiel reflejo del contenido de los Convenios Internacionales suscritos por España, indica a la manera de corolario RUIZ VADILLO que “en espera de una modificación legal que pueda introducir, si lo estima conveniente el legislador, una cuasi prescripción sobre la base de sumar los tiempos muertos en la tramitación, utilizando la interrupción y no la suspensión de la prescripción, o de establecer una atenuación de la pena cuando concurren los requisitos que en la ley se establece, hasta entonces y por ahora, y mientras la Jurisprudencia mantenga las apuntadas soluciones, no tienen cabida sino las interpretaciones señaladas: la petición a la Administración por parte de la víctima, de una indemnización al haber sufrido de una indebida dilación por causas totalmente ajenas a su voluntad, o bien interesar del Gobierno, al amparo del artículo 2 del Código Penal, un indulto total o parcial⁽⁸³⁾, según la situación real del supuesto”⁽⁸⁴⁾.

(83) El Código Penal aprobado por ley 10/1995 de 23 de Noviembre se hace eco del excesivo transcurso del tiempo, señalando en el artículo 4 la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena, si mediare petición de indulto y el Juez o Tribunal hubiere apreciado, en resolución fundada, que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

(84) RUIZ VADILLO, E.: Sentencia 1.033/1994, de 10 de Mayo.

b) Proceso público con todas las garantías.

Juntamente con la ausencia de dilaciones indebidas, en el sentido matizado por la Jurisprudencia, el juicio público precisa también por imperativo constitucional, de la concurrencia de las garantías “todas”, como puntualiza el segundo apartado del artículo 24 de la Constitución, y esto no puede recibir ni atribuírsele otro significado que la presencia inexcusable en el sistema procesal ideado por los redactores de la Ley 5/1995, de todas y cada una de las formalidades que con el carácter de presupuestos fundamentales cuidan de señalar tanto la Carta Magna como la Ley Procesal Penal, en cuanto que son inevitables acompañantes del justiciable para la obtención de aquella aspiración, al principio del precepto consignada, de alcanzar la tutela judicial, proscribiendo la indefensión.

Empero, entendemos que la expresión constitucional “con todas las garantías”, debe ser interpretada de manera peculiar teniendo presentes las también singulares notas y las especiales características a través de las que se desenvuelve el enjuiciamiento en el Tribunal del Jurado. En concreto, y en la aludida fórmula legal deberá incluirse el derecho a una sentencia justa, pero ocurre que esta exigencia adquiere particular relieve cuando se traslada al ámbito del juicio popular.

Y es que esta especial postura en cuanto a la esperanza, mejor dicho, al lógico y fundamental derecho a recibir un fallo ajustado a las leyes, planteamiento corriente en el campo de los juicios ordinarios fallados por Jueces y Magistrados profesionales, adquiere una mayor y más enérgica exigencia cuando se habla de los procesos seguidos al amparo de la Ley de 22 de Mayo, al ser las sentencias dictadas con ocasión de los mismos por el Magistrado-Presidente transcripción pura y simple del veredicto pronunciado por los integrantes del Jurado⁽⁸⁵⁾, lo que pudiera ser sinónimo de su proclividad a presentar errores, omisiones e incongruencias, precisamente por la especial condición de quienes, por imperativo legal, han de estar ayunos de conocimientos jurídicos y pertrechados únicamente por el bagaje de su sentido común para poder ser incluidos en aquel tribunal popular⁽⁸⁶⁾.

Como no cabe desconocer esta realidad, la referida aspiración a un fallo justo pudiera desvanecerse y con ello quedar sensiblemente tocado el sistema constitucional de garantías que, en base a éstas, configura a España

(85) Textualmente, el artículo 70 de la Ley 5/1995 expresa que el Magistrado-Presidente “procederá a dictar sentencia incluyendo como hechos probados y delito objeto de condena o absolución el contenido correspondiente del veredicto”.

(86) Esta preocupación trasciende a la Exposición de Motivos cuando indica “la intensificación del papel asignado al Magistrado-Presidente”, con la finalidad de impedir el fracaso del proceso montado ante el Tribunal del Jurado.

como un Estado social y democrático de derecho, de manera que no será fácil mantener esta fundamental proclamación de principios si el Pueblo, del que emana la Justicia, no la aplica conforme a los superiores principios de nuestro ordenamiento.

Las dudas acerca de la bondad jurídica del pronunciamiento, por los designados como jurados, de una resolución adecuada tienen su razón de ser tanto en la evolución histórica como en la misma ley del Jurado: no otro es el motivo de presentar como muy probable un fallo que se aparte de las exigencias constitucionales.

En la exposición del devenir histórico del Jurado arriba apuntada se indicaba cómo a través de los Cuerpos legales del pasado siglo, uno de los argumentos con más frecuencia y de mayor peso esgrimidos en contra de la presencia y funcionamiento en nuestro Derecho de la institución del Jurado, lo era la escasa preparación de los candidatos a la función⁽⁸⁷⁾, con el temor fundado que se creaba a la aparición de veredictos sorprendentes y fuera de lugar, situaciones y posibilidades ambas recogidas en la Exposición de Motivos de la Ley⁽⁸⁸⁾.

Y si bien es cierto que los legisladores quieren conceder un voto de confianza al ciudadano que va a desempeñar las funciones de Jurado, de índole decisoria, no lo hacen sin adoptar una serie de precauciones encaminadas a que sus actuaciones incidan en los mínimos errores posibles.

La enumeración de los delitos que, en principio, serán de la competencia del Tribunal está marcada por el sello de la sencillez al decir que “se han seleccionado aquellos delitos en que la acción típica carece de excesiva complejidad o en que los elementos normativos integrantes son especialmente aptos para su valoración por ciudadanos no profesionalizados en la función judicial⁽⁸⁹⁾”.

Recoge igualmente esta orientación de docencia y consejo el artículo 45, relativo a la exposición ante el tribunal, de las precisas alegaciones dirigidas a preparar el terreno que, luego en el plenario, va a ser objeto de discusión y prueba, y así lograr que los jurados adquieran un anticipado conoci-

(87) Este argumento, reiterado posteriormente, se adujo por vez primera en la Ley de 21 de Julio de 1820, indicándose de modo expreso que “el pueblo español no estaba suficientemente preparado, ni cultural ni socialmente, para recibir y aceptar la nueva institución”.

(88) “La experiencia histórica da noticia de uno de los reproches más generalizados con respecto al funcionamiento del jurado: la emisión de veredictos sorprendentes”.

(89) Sin embargo, “el futuro legislador valorará, sin duda, a la vista de la experiencia y de la consolidación social, la ampliación progresiva de los delitos que han de ser objeto de enjuiciamiento”.

miento de la materia a debatir. Esta primera intervención⁽⁹⁰⁾ o toma de contacto se reserva, conforme a la ley, a las explicaciones por las partes del contenido de sus escritos de calificación así como de los medios de prueba de que intentarán valerse, y resulta interesante que en este momento procesal puedan proponer nuevas diligencias a practicar, lo que contribuirá, seguramente, a una mayor comprensión por parte del jurado al hacerse tal solicitud en su presencia y resolverse de esta forma por el Magistrado-Presidente, lo que éste considere oportuno⁽⁹¹⁾.

Los nubarrones de preocupación que la presumible falta de aptitud de los miembros integrantes del Jurado rodean al legislador pudieran, al menos en parte, disiparse mediante la impartición de instrucciones, o formación del resumen que la ley 5/1995 recoge en el artículo 52 y que, desde luego, está muy lejos de constituir una práctica nueva, introducida por la ley del Jurado vigente: si bien el Decreto de 27 de Abril de 1931 suprimió el llamado resumen, había figurado hasta entonces con mayor extensión, en las leyes de 1872 y 1888.

Con esta incorporación se plantea de nuevo la cuestión acerca de la conveniencia de que por el Magistrado-Presidente se dé cuerpo a esta impartición de consejos, comprensiva de las manifestaciones del procesado, informes de las partes, naturaleza de los hechos debatidos, circunstancias concurrentes y demás aspectos que, debida y objetivamente indicados, cumplieran el papel que se asigna a esta “recomendación” de contribuir a que los Jurados aprecien con la mayor exactitud la índole de tales elementos fácticos y la participación de los imputados, siempre dentro de la más estricta imparcialidad.

En aras de la consecución, o el mantenimiento de la objetividad proclamada, indispensable para lograr un veredicto imparcial, el escrito se someterá a la preceptiva audiencia de las partes quienes podrán solicitar las inclusiones o interesar la exclusión de los que consideren perjudicial a su derecho y, seguidamente, se hará entrega a los Jurados del mismo.

Y aquí es donde el legislador, quizá en contra de su voluntad, pero adelantándose a las más que presumibles críticas, se pone la venda antes de recibir la herida pues no otro significado es dable atribuir a las expresiones contenidas en el artículo 54, que cuida de señalar al Magistrado que no haga alusión alguna “a su opinión sobre el resultado probatorio; pero sí sobre la

(90) Situación en cierto modo equivalente a la prevista en el artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(91) Una vez más, dice el Preámbulo de la Ley “ésta deposita un alto grado de confianza en la Magistratura, como garantía del buen funcionamiento de la Institución”.

necesidad de que no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él”.

Y no debe quedar en el olvido, a propósito de la posible falta de credibilidad en los jurados, que la propia ley recomienda al Magistrado que la exposición a realizar ante los miembros del tribunal popular, debe hacerla “detenidamente, en forma que puedan entender”. Sería interesante desvelar si este consejo, dirigido al Magistrado, para que se exprese de forma inteligible, no deja de ser otra manifestación del temor a la actuación de los jurados⁽⁹²⁾.

Resta en pie la cuestión de si los miembros del Jurado podrán sustraerse a la influencia de quien, en definitiva, posee una para ellos indudable categoría profesional. Y no es fácil la respuesta a esta interrogante; incluso el legislador apunta y reconoce en la Exposición de Motivos que la presencia de las instrucciones aparecen justificadas “para suplir las deficiencias que puedan derivarse del desconocimiento técnico de la Ley”, lo que vuelve a poner sobre la mesa el eterno problema de la posible sugestión que los profesionales del Derecho pudieran ejercer en los legos⁽⁹³⁾.

Interesante parece mencionar que, en torno al artículo 117 de la Carta Magna, ha indicado el Tribunal Constitucional —S. 110/1990 de 18 de Junio—, “que el Juez no está sujeto a instrucciones de los Tribunales Superiores o del Tribunal Supremo, que, sólo mediante los recursos previstos en las leyes procesales, pueden corregir, en su caso, la interpretación de las leyes que juzguen, también con libertad, incorrectas”.

¿Hasta qué punto casa esta doctrina con la cuasi continua recomendación del Magistrado-Presidente a los miembros del Jurado?

Lo cierto es que los redactores de la Ley manifiestan su proclividad en orden al mantenimiento de las citadas indicaciones, dando a entender que no es posible prescindir de ciertas advertencias en relación con algunas materias,

(92) Resulta difícil sustraerse a este comentario: habla la ley, en su Exposición de Motivos, “del lenguaje a utilizar”, que debe variar sustancialmente, y por ello hace la recomendación ya indicada en el artículo 54. punto 2. Pues bien a modo de expresión que el legislador utiliza, y que pudiera ser leída por los jurados, vaya este botón de muestra consignado, por supuesto, en el Preámbulo: “allí donde el jurado puede, desde la irresponsabilidad, sustituir el genérico y apriorístico criterio del legislador por su concepción en el caso concreto, el apodíctico veredicto no está necesitado de articulación ni de motivación”. No parece que sea esto lo que la ley llama “lenguaje inteligible al ciudadano”.

(93) Este problema, no debe surgir en los Jurados mixtos por cuanto el número de legos, generalmente múltiplo de los magistrados, equilibra suficientemente la aludida influencia, como el último Jurado español, (compuesto por tres magistrados y ocho jueces legos), y así lo entiende GIMENO SENDRA —*El artículo 125 de la Constitución* Universidad de Sevilla pág. 162—. Cuando indica que “la acusación lanzada contra el escabinado según la cual este jurado constituiría un fraude a la participación popular, no deja de ser una petición de principio, no confirmada por la práctica forense de los países europeos”.

singularmente delicadas. Con ello se dibuja, nítidamente, la aspiración de la ley orientada a conseguir que los jurados conserven la nota de espontaneidad, que las instrucciones impartidas por el Magistrado-Presidente constituyen el debido y necesario complemento de aquélla y, en razón de este punto de vista, añade la Exposición de Motivos que “aun cuando el Jurado debe reunirse para deliberar sin interferencias mediatizadoras, no se ha querido prescindir de la permanente disponibilidad de acceso al asesoramiento que, libremente quieran elegir”.

En atención a esta última hipótesis es por lo que en la Ley figura el artículo 57: “si alguno de los jurados tuviere dudas sobre cualquiera de los aspectos del veredicto, podrá pedir por escrito y a través del Secretario la presencia del Magistrado-Presidente para que amplíe las instrucciones.

La comparecencia de éste se hará en audiencia pública, asistido del Secretario y en presencia de las demás partes”⁽⁹⁴⁾.

De lo acabado de exponer pudiera derivarse una cuestión, ciertamente no de escasa importancia y que radica en determinar hasta qué punto la actuación espontánea, deseable en los jurados, puede quedar enturbiada por las instrucciones aportadas por el Magistrado-Presidente, y aquí son admisibles dos posibles salidas a este delicado tema, pues cabe, en efecto, la sumisión en un sentido más o menos estricto a las indicaciones mencionadas o, por contra y en aras de un prurito de independencia, decantarse por una postura contraria y pronunciar un veredicto disconforme y en desacuerdo, en más o en menos, con aquellos consejos y es claro que ninguna de ambas posiciones debiera estimarse correcta⁽⁹⁵⁾.

Como un ejemplo claro de la influencia que en el ánimo de los miembros del Jurado puede desprenderse de la postura del Magistrado, apunta DOLZ la concreta redacción del artículo 49, conforme al cual “si el Magistrado estima que del juicio no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado, podrá decidir de oficio la disolución del Jurado.

En tales supuestos se dictará dentro de tercero día, sentencia absolutoria”.

(94) El Consejo General del Poder Judicial, en el informe ya mencionado, cuida de señalar que el salón de deliberaciones del Jurado tiene carácter inviolable, tanto para el Juez como para las partes, por lo que cualquiera petición de instrucciones deberá tener lugar fuera de esta sede, a la que se retirará de nuevo el Jurado para deliberar.

(95) La Fiscalía General del estado se mostró, tradicionalmente, contraria a las instrucciones por parte del Magistrado-Presidente, al estimarlas atentatorias a la autonomía de los Jurados, dando lugar esta especial postura a la supresión del Resumen por el Decreto de 27 de Abril de 1931.

Las consecuencias a inferir del transcrito precepto son sencillas, acudiendo a una simple interpretación a contrario sensu: si la facultad de disolución del Jurado encuentra su fundamento en la inexistencia de prueba bastante de cargo, bien pudiera entenderse, dice DOLZ, que si no se disuelve, “el Magistrado está indicando a los jurados que existe prueba de cargo suficiente, con lo que se estaría enviando un sutil mensaje de condena al tribunal popular”.

Y, añade, “si se desea salvar la cuestión sosteniendo que el Juez técnico es un Juez de garantías constitucionales y que debe impedir la continuación del proceso cuando entienda que no concurre una mínima actividad probatoria de cargo, parece que huelga entonces hablar de Tribunal Constitucional”⁽⁹⁶⁾.

De todo ello y como conclusión parece dominar en el legislador la falta de confianza en los miembros del jurado para la emisión de un veredicto ajustado a derecho⁽⁹⁷⁾, y como así es, surge una duda más que razonable en torno a que en este sistema de enjuiciamiento se otorgue el debido acatamiento a la exigencia de un juicio con todas las garantías, tal y como proclama el apartado segundo del artículo 24 de la Constitución.

4. El principio de Igualdad.

La Constitución española de 1978, en su artículo 1º y a renglón seguido de la afirmación de que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, proclama que los valores superiores de nuestro Ordenamiento jurídico son “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Se trata, innecesario es decirlo, de derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional y cuya colocación por el orden establecido por dicho artículo pudiera originar dudas acerca de si contiene, o no, un significado de subordinación y preferencia. Dudas que surgen, principalmente, en base a las manifestaciones contenidas en el Preámbulo de la Ley 6/1984 reguladora del procedimiento de Habeas Corpus y que parecen abonar la tesis de la primacía del derecho a la libertad como el máspreciado y fundamental: “nuestra Constitución ha configurado, siguiendo las líneas del constitucionalismo moderno, un ordenamiento cuya pretensión máxima es la libertad de

(96) DOLZ LAGO, M.J.: *El Jurado*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1994. pág. 265.

(97) Recientemente los medios de comunicación han resaltado que en un proceso, celebrado en la Sección Primera de la Audiencia de Vizcaya, los Magistrados condenaron al procesado como culpable de homicidio, a la pena de doce años y un día; por contra el Jurado, reunido a título experimental, declarará la ausencia de pruebas mostrándose partidario de una sentencia absolutoria. *La Provincia*, 24 de Enero de 1996.

los ciudadanos y ello hasta el punto de que la libertad queda instituida, por obra de la Constitución, como valor superior del ordenamiento jurídico”.

Empero, reiterada y pacífica es la doctrina del Tribunal Constitucional cuando interpreta este primer artículo de la Carta Magna, en el sentido de que no establece un orden de primacía entre los valores referenciados, lo que no es óbice para que al consagrar la libertad, “se reconozca la autonomía del individuo para elegir, entre las diversas opciones vitales que se le representen, de acuerdo con sus propios intereses y referencias”. (S. TC. 132/1989 de 18 de Junio).

Del mismo modo, ha manifestado el Alto Tribunal que la igualdad proclamada en el artículo Primero “no solamente se traduce en la equivalencia de carácter formal consignada en el artículo 14 que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferencias arbitrarias, sino también de índole sustancial, recogida en el artículo 9,2 cuando obliga, dice la S. 216/1991 de 14 de Noviembre, a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sea efectiva y real”, sin perjuicio, y así lo ha puesto de relieve la sentencia 118/1987 de 16 de Julio, de la existencia de “un tratamiento diverso de situaciones distintas que puede venir exigido, incluso en un Estado democrático y social, precisamente para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores”.

Sentada la anterior postura del Tribunal Constitucional, por demás clarificadora, es necesario hacer alusión, siquiera de manera breve, a la doctrina, que tanto por este Tribunal como por el Supremo, se ha postulado a propósito de la concreción del valor superior de la igualdad a que hace referencia el artículo 14 por cuanto el mentado precepto “no constitucionaliza un principio de igualdad en términos tan absolutos que impida tomar en consideración la existencia de razones objetivas que justifiquen la desigualdad de tratamiento legal pues, en ocasiones, el régimen jurídico diferenciado vendría exigido por el propio principio de igualdad —S. 84/1992 de 25 de Mayo—, y sería un instrumento ineludible para su efectividad, ya que lo que prohíbe el principio de igualdad son las diferencias de trato que no estén justificadas por el fin lícito de la norma. De manera, que el juicio de razonabilidad deba construirse sobre los criterios legales establecidos para la distinción, y no en orden a casos particulares individualizados”: (S. 70/1991 de 8 de Abril).

Un apunte más cuida de añadir el Tribunal Constitucional al interpretar el principio de igualdad: la necesidad de un término comparativo que evidencie la vulneración de aquél, lo que entraña la necesaria consecuencia que, “siendo los supuestos idénticos, deban inferirse también iguales consecuencias jurídicas, y debiendo considerarse iguales los casos de hecho cuando la

introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro deba estimarse carente de fundamento racional y, por ende, arbitraria”. (S. 260/1988 de 22 de Diciembre).

No podía dejar de aportar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo su propia luz sobre este tema; así, ha indicado que “el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento idéntico, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, pues el hecho de que exista diferencia de trato jurídico a una u otra clase de personas no significa, por sí solo, conculcación del artículo 14 de la Constitución, siempre que la diferencia posea una justificación razonable, de acuerdo con el orden de valores de la Constitución”. (S. de la antigua Sala 4ª, de 22 de Diciembre de 1986).

Este resumen de la orientación de la doctrina del Tribunal Supremo y del Constitucional se ha considerado necesario con miras a demostrar que en la ley 5/1995 se encierra algún que otro supuesto de inadecuación al principio de igualdad. De ellos, constituye una realidad palpable, sin la menor sombra de dudas subsumible en los criterios jurisprudenciales señalados, la redacción del artículo 40: el último apartado de su número 3 evidencia que el legislador ha desconocido el principio de igualdad, prescindiendo de cualquier referencia jurisprudencial.

Dispone el citado precepto que, concurriendo el número suficiente de candidatos a jurado⁽⁹⁸⁾, se procederá a un sorteo para la selección de los nueve que formarán parte del Tribunal, más otros dos suplentes y, respecto de los así designados y, tras las preguntas oportunas y estimadas pertinentes, “podrán recusar sin alegación de motivo determinado hasta cuatro de aquéllos por parte de las acusaciones y otros cuatro por parte de las defensas”.

Sin embargo, y éste es el punto que motiva el planteamiento de insumisión al principio proclamado en el artículo 14, el último apartado de este texto afirma que “el actor civil y los terceros responsables civiles no pueden formular recusación sin causa”.

Son evidentes las razones que han llevado al legislador de Mayo de 1995 a establecer un sistema de recusaciones respecto de los candidatos a jurados, y no son otras que los antecedentes históricos⁽⁹⁹⁾, las enseñanzas del

(98) El precepto que se cita fue modificado por la Ley 8/1995 de 16 de Noviembre, precisamente elevando a cuatro el número de Jurados que podían ser recusados sin expresión de causa.

(99) En la Ley de 1872, y llegado el día de la vista, podían ser recusados sin expresión de causa a los que fueran saliendo hasta que quedaran 14 nombres en la urna. En la Ley de 1888 y siendo el número de jurados de 20 titulares y 4 suplentes, podrán recusarse hasta 12 y 2, respectivamente. El D. de 27 de Abril de 1931 redujo a dos, solamente, las posibles recusaciones.

Derecho Comparado, incluso el paralelismo con los Jueces y Magistrados para los que la Ley de Enjuiciamiento y la Ley Orgánica del Poder Judicial fijaron desde antiguo las causas que podían, de ser aducidas y debidamente acreditadas ⁽¹⁰⁰⁾, determinar la ausencia del Juzgador respecto de un asunto cuyo conocimiento, inicialmente, le correspondía. Situaciones a las que cabe adicionar el deseo de lograr que las partes intervinientes se encuentren convencidas de la imparcialidad y pureza de intenciones que presidirán la actuación de los miembros del Tribunal popular; la mayor dilación que por mor de las recusaciones se produce, queda compensada por una mayor asepsia en el nombramiento de los candidatos.

De ahí la permisividad de este rechazo contenida en el examinado artículo 40 de la ley 5/1995.

Sin embargo, lo que resulta inexplicable, en el doble sentido de no comprensible y de ausencia de razones en la Exposición de Motivos, es que esta facultad de exclusión, esta libertad de eliminación sin especial motivación, no se admita para quienes desarrollan su actuación en el proceso ante el Jurado exclusivamente en el terreno de las responsabilidades civiles, ya intervengan como actores, bien como obligados, con reserva, en cambio, para quienes ejercitan la acción penal o se defienden de su ejercicio ⁽¹⁰¹⁾.

La consecuencia más inmediata es que este descarte que realizan los redactores de la Ley no sólo va en contra del repetido principio de igualdad; contradice también el criterio de las normas procesales, anteriores a la Constitución y, lógicamente, se traduce en una sensible indefensión en cuanto a los actores y terceros civiles.

De conformidad con el artículo 109 de la Ley Procesal, “al recibirse declaración al ofendido por el delito se le instruirá del derecho que le asiste a mostrarse parte en el proceso penal” y en la misma orientación añade el artículo 110 el carácter preclusivo del plazo que los perjudicados por el presunto delito tienen para aquella personación, haciendo la ley la aclaración, favorable a dichos terceros, que “aun cuando no se muestren parte en la causa, no por ello se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación e indemnización que, a su favor, pudiera acordarse en sentencia firme”.

(100) Ha declarado el Tribunal Constitucional que las causas legales de recusación se ordenan a conseguir y preservar en el proceso la imparcialidad objetiva y subjetiva del juzgador, por lo que idéntica función deberá reservarse a las recusaciones en la ley 5/1995. Empero, tales causas, en la Ley del Jurado, están muy lejos de encontrarse taxativamente señaladas, siendo ésta una de las razones de inseguridad en el enjuiciamiento ante el tribunal popular.

(101) La Ley se limita a manifestar que debe conciliarse la imparcialidad de los jurados con las exigencias de que la institución no se vea frustrada en su funcionamiento efectivo.

El origen secular de estas disposiciones, por cuanto nacieron con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, se ha mantenido en las modernas reformas del procedimiento penal, y así la Ley 7/1988 de 28 de Diciembre, instauradora del proceso abreviado, establece en la regla cuarta del artículo 789 que “deberá realizarse la instrucción al perjudicado de sus derechos previstos en el artículo 109 de esta Ley, si bien advirtiéndole que la falta de esta instrucción no impedirá la continuación del procedimiento”.

Este sentido protector del tercero perjudicado ofrece, a la manera de complemento, las normas relativas a la fijación de la fianza para aseguramiento de responsabilidades civiles; la formación de la pieza de este orden en razón de idéntica finalidad, y el traslado de la causa al actor civil, así como a los terceros responsables, que deberán formular sus respectivos escritos, siquiera limitados a la cuestión privada que les afecta.

Pues bien, este conjunto de disposiciones procesales que culminan con la declaración de nulidad, posible al amparo del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial si no se ha concedido audiencia al actor y al obligado civil pueden, en el sistema de enjuiciamiento ante el Tribunal del Jurado quedar en simple papel mojado si se priva a estas partes de la posibilidad de recusar, en los mismos términos y extensión que sí se faculta a las restantes partes intervinientes en la causa⁽¹⁰²⁾.

Ya en el terreno constitucional y en armonía con el resumen expuesto de los criterios jurisprudenciales reflejados en las sentencias mencionadas, resulta que no hay razones objetivas que justifiquen este diferente tratamiento legal, a menos que se considere a las partes civiles en el sentido de intervinientes de segunda fila; no aparece un juicio de razonabilidad sobre el que construir la diversidad de criterios de actuación entre acusaciones y defensas por un lado, y los personados que se mueven en el terreno de las responsabilidades civiles; entra en juego, en este punto, la innegable existencia de un término comparativo desde el momento en que, salvo estos intervinientes civiles, el resto puede recusar jurados sin necesidad de especial motivación y se introduce, en fin un elemento de favor que determina una diferencia de trato huérfana de toda justificación razonable, de acuerdo con el orden de valores establecido por la Constitución.

(102) Curiosamente aunque en relación con esta ausencia de explicaciones, el objeto del veredicto descrito en el artículo 52, para nada alude a la declaración de responsabilidad civil como punto a resolver por los jurados; por ello, nada se dice sobre esta materia en el acta de votación. En cambio, acerca de petición de indulto y resolución sobre condena condicional, sí deberán pronunciarse los jurados, lo que una vez más revela el olvido por parte del legislador, del perjudicado.

Del examen reposado de lo acabado de exponer puede inferirse que, al menos en el punto señalado del precepto 40 de la Ley 5/1995, esta disposición conculca el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 del texto constitucional, lo que debería llevar de inmediato a una modificación de la citada norma de la Ley del Tribunal del Jurado para acomodar su contenido a la Constitución, evitando la indefensión generada por el trato discriminatorio sufrido por quienes se han limitado a personarse en el proceso penal para solicitar la reparación civil a que creen tener derecho, no menos que respecto de aquellos que, posiblemente, vinieran obligados a satisfacerla.

Para acentuar, si preciso fuere, el sentido del citado artículo 40 atentatorio al principio de igualdad, viene como anillo al dedo una sentencia del Tribunal Constitucional que hace bueno el conocido dicho de que un ejemplo vale más que mil palabras.

El artículo 627 de la Ley Procesal dispone, en efecto, el traslado de la causa para instrucción al Ministerio Fiscal y, en su caso, al Procurador del querellante, sin que aparezcan mencionados los acusados.

Desde el punto de vista material, tal omisión del trámite de traslado del artículo 627, concedido al Ministerio Fiscal y a las demás partes acusadoras, respecto de los acusados, con base a que no existía una previsión legal, motivó la petición de amparo por los recurrentes y la resolución que, de manera breve y en lo tocante al tema que aquí interesa, fue pronunciada por el Tribunal Constitucional y que corresponde al fallo 66/1989 de 14 de Abril y cuyos pronunciamientos más destacados son los que siguen.

“El reconocimiento de un proceso con todas las garantías implica ciertamente que, para evitar el desequilibrio entre partes, ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, pruebas e impugnación. Esta exigencia, que cobra particular relevancia en el proceso penal, aparece en el plenario, en la actividad probatoria incluidos los supuestos de prueba anticipada y, también, en la denominada fase intermedia del procedimiento por delito.

Efectivamente, en dicha fase no sólo se tiende a dar oportunidad para que se complete el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva, sino que es el momento de determinar si concurren o no los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral, y quienes se encuentran procesados tienen indudable interés en ambos aspectos, por lo que no puede prescindirse de su intervención.

Debe tenerse en cuenta que, a la vista de los escritos de las partes, formulados al amparo del artículo 627, se abren varias posibilidades al Tribunal penal, y no sólo y obligatoriamente la apertura del juicio oral por lo que ante

este hecho, que únicamente las partes acusadoras pudieran alegar al respecto colocaba a los procesados en una clara situación de desigualdad, al no poder hacer valer ellos sus argumentos frente a los esgrimidos por las otras partes.

En conclusión, pues, no cabe duda que la propia trascendencia de la decisión a adoptar exigía del Tribunal Penal que, de acuerdo a los artículos 24.2 de la Constitución, y 5.1 y 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, efectuara una interpretación integradora del repetido artículo 627 para dar oportunidad a los procesados, no sólo de solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento sino de interesar, en su caso, la práctica de nuevas diligencias distintas de las rechazadas”.

Es innecesario poner de relieve que la situación de los procesados recurrentes en amparo es similar, por no calificarla de idéntica, a la del actor y los terceros civiles a quienes nos estamos refiriendo; aquéllos solicitaron el amparo al ser olvidados por el artículo 627 mientras que éstos no han sido tenidos en cuenta en el artículo 40 de la Ley 5/1995.

De donde resulta a la vista de idénticos fundamentos derivados de la igualdad de situaciones la necesidad de que una misma solución deba ser la adoptada: si allí la desigualdad existente y probada determinó la concesión del amparo, no hay por qué pensar que acá no proceda el Tribunal Constitucional arbitrando la misma solución, y bastaría para sostener esta afirmación la simple lectura de los fundamentos jurídicos de la S. 66/1989⁽¹⁰³⁾.

En consecuencia, un aspecto más en el que la Ley del Tribunal del Jurado se separa del texto constitucional, en este concreto caso del artículo 14, contraviniendo el principio de igualdad, de manera que solamente es posible, para acomodar su contenido a la Constitución una variación en lo esencial del artículo 40 evitando la indefensión que, hasta ahora, se viene generando a quienes se han limitado a solicitar la reparación civil a que creen tener derecho, como también a quienes pueden resultar obligados a prestarla.

5. Artículo 120.3. La motivación de las Sentencias.

En este Capítulo dedicado a pasar revista a la mayor o menor adecuación a la Constitución de algunas de las disposiciones contenidas en la Ley

(103) Sin perjuicio del respeto que merece toda resolución del Tribunal Constitucional, no deja de ser preocupante la “interpretación integradora que del artículo 627” hace esta sentencia, ya que por esa vía exegética y como se ha escrito “toda la doctrina jurisprudencial queda en entredicho, pues el artículo 627 dice lo que dice y, ciertamente, con envidiable claridad”.

Lo que no parece deba hacer el Tribunal Constitucional es legislar veladamente; ni es esa su función, ni puede haber de ese modo seguridad jurídica.

del Jurado, es obligado comprobar si esta relación armónica y de respeto a los superiores principios contenidos en la Norma Fundamental, se cumple también tomando como punto de referencia el artículo 120, apartado 3, cuando establece la obligatoriedad de razonar el fallo de las resoluciones judiciales: “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

Esta exigencia contenida en el artículo transcrito supone, sencillamente, la atribución de rango constitucional a lo que, con anterioridad, era simple facultad normativa y supone, en consecuencia, variar sustancialmente la Jurisprudencia anterior a la Constitución que mantenía la ociosidad del análisis y la valoración de las pruebas practicadas pues, como explicaba la Sentencia de 12 de Mayo de 1986, “es así dada la soberanía que la Ley concede para dicha valoración y que ha de permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores”.

Es evidente que esta obligatoria motivación de las Sentencias judiciales da lugar a una doble relación pues de una parte, conecta directamente con el principio de un Estado Democrático y, de otra, con la legitimidad de la función jurisdiccional; precisamente y en paralelismo a esta dual relación, surgen asimismo las dos funciones que la motivación está llamada a cumplir y, por ende, el criterio mediante el cual se va a llevar a cabo la verificación de tal exigencia constitucional.

Y es que la Constitución quiere ante todo que los fundamentos de la Sentencia revelen el esfuerzo del Tribunal para mostrar y lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad y de ahí la motivación de los fallos con miras a permitir el control de la actividad jurisdiccional.

Por otro lado, la justificación de la Sentencia constituye una exigencia sin la que se privaría en la práctica, a la parte afectada por aquélla, del efectivo ejercicio de los recursos que otorga el ordenamiento jurídico, toda vez que, únicamente si el fallo aparece motivado es posible a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del Derecho y, al Tribunal Constitucional en el ámbito del recurso de amparo por la vía del artículo 24.1 comprobar si el Tribunal de la causa ejerció la potestad jurisdiccional sometido únicamente al amparo de la Ley, en la manera y forma que determina el artículo 117.1 de la Constitución Española.

Sentado lo anterior, la doctrina jurisprudencial interesa, lógicamente, conciliar el aspecto fundamental de la motivación que descansa en la interdicción de la indefensión, con la posible brevedad que suele acompañar a las razones por el Juzgador expuestas, de forma que la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva puedan considerarse satisfe-

chos con razonamientos no necesariamente exhaustivos o de gran amplitud, pudiendo bastar con la expresión de los hitos básicos de los que pueda deducirse la racionalidad del fallo de la sentencia.

En términos generales, se inclina la Jurisprudencia por estimar que la ausencia de motivación, por mor de lo relatado, lleva generalmente consigo la nulidad de la Sentencia (S. 1957/1994 de 10 de Noviembre), mas sin que ello obligue a una pormenorizada respuesta a todas y cada una de las alegaciones de las partes (S. 1.497/1994 de 8 de Julio), singularmente cuando se trata de prueba directa.

Basta, en definitiva, que “la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del derecho, ajena a toda arbitrariedad y permita su eventual revisión jurisdiccional”. (S. 196/1988 de 24 de Octubre).

Pasando al ámbito de la Ley del Tribunal del Jurado, el artículo 61 en su actual redacción, dispone en la letra d. - que este apartado “contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado determinados hechos como probados”⁽¹⁰⁴⁾.

De este planteamiento legal y jurisprudencial cabe inferir una serie de consecuencias:

Toda la cuestión de la motivación de las sentencias, pronunciadas en el sistema de enjuiciamiento popular de la ley 5/1995 corresponde en exclusiva a los miembros del Tribunal del Jurado; así se infiere de los artículos ya citados, 61 y 70.

En rigurosa coherencia con la anterior afirmación, queda excluido del imperativo constitucional del artículo 120.3 el Magistrado-Presidente, aun cuando por medio del resumen, o instrucciones ya aludidas pudiera influir, subliminalmente, en la decisión y correspondiente motivación por parte de los Jurados. Es evidente que, en tales supuestos se estaría burlando el sentido de la institución si ello tuviese lugar, pese a las recomendaciones de prudencia y cautela que el legislador ha cuidado de situar al frente de las instrucciones mencionadas.

La fórmula legal empleada por los redactores de la Ley de 22 de Mayo no se adapta por entero al deseo igualmente reflejado en la doctrina del Tribunal Supremo y del Constitucional que hablan de motivación, razonamiento, especialmente exigible para la hipótesis de pruebas indiciarias y que en materia penal adquieren particular relevancia. En líneas generales, y como

(104) Artículo 59 del Proyecto, que pasó sin variación a la L.O. 5/1995.

contenido mínimo, el requisito de la motivación exige una fundamentación, escueta si se quiere, incluso por remisión pero que siempre deberá reflejar el proceso de formación de la voluntad del órgano judicial de instancia, (S. 12 de Mayo de 1986), en este caso el Tribunal del Jurado, todo bastante distinto de una “sucinta explicación de razones”.

A la luz de lo acabado de exponer, nada tiene de extraño que la duda y el desconcierto que ya hicieron acto de presencia en el estudioso, aparezcan no sólo renovados sino, lamentablemente, con una mayor carga de incertidumbre, debido en buena parte a la regulación del mecanismo para el pronunciamiento del veredicto, tal y como resulta de la Ley.

Dice, en efecto, el artículo 59 en sus apartados segundo y tercero, que “si no se obtuviese la mayoría necesaria podrá someterse a votación el correspondiente hecho con las precisiones que se estimen pertinentes por quien proponga la alternativa y, nuevamente redactado así el párrafo, será sometido a votación hasta obtener la indicada mayoría”.

Y, de conformidad al siguiente punto, “podrá incluirse un párrafo nuevo o no propuesto, siempre que no suponga alteración esencial”.

Suscita un doble comentario la letra de este precepto al ponerlo en relación con sus concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, en último término con el texto constitucional.

Uno, el primero, que las Leyes citadas expresan claramente el camino a seguir para los casos de discordia en el pronunciamiento de la sentencia indicando de forma sensiblemente igual la manera de dirimir aquéllas⁽¹⁰⁵⁾.

Sin embargo, no se alude en estas disposiciones a la posibilidad de modificar los hechos propuestos ni de introducir alguna alternativa no contemplada a lo largo del plenario; por contra, esta situación es declarada perfectamente posible por la ley de Mayo.

Un segundo aspecto a comentar, precisamente a la hora de valorar esta facultad concedida a los miembros del Jurado, es la sensación de inseguridad que así se genera; en efecto, asusta que personas legas en Derecho puedan variar, aunque sea “no de manera sustancial”, los hechos anteriormente debatidos, o dar entrada a nuevas hipótesis no expresamente contempladas,

(105) El artículo 163 de la LECrim. prescribe que, para caso de no obtenerse la mayoría, volverán a discutirse y votarse los puntos en que hubieren disentido los votantes; el artículo 262 de la LOPJ. se pronuncia de manera análoga, incluso añadiendo la celebración de nueva vista.

Todo lo cual difiere bastante, y ofrece más garantías que el sistema del artículo 59 de la Ley del Jurado.

máxime si las mismas Leyes de Enjuiciamiento y Orgánica no han concedido visos de viabilidad a esta actuación por parte de los Magistrados cuando surgen las eventuales discordias.

Por lo que, llevando esta materia al terreno constitucional, muy dudoso resulta el cumplimiento del imperativo consignado en el artículo 120.3. Y es que la motivación de las sentencias, como apunta RUIZ VADILLO “constituye el penúltimo escollo en este orden de cosas. ¿Quién la motivará?, ¿Cómo se explicará el curso de las reflexiones?. No podrá desempeñarse esta función por el Presidente del Jurado a quien, presumiblemente, le puede venir escasa su preparación. Menos corresponderá al Juez profesional, pues no estuvo presente en las deliberaciones ni en la construcción de los debates. El final será que la resolución no vendrá, en muchos casos, motivada. Y estas dificultades aumentan cuando se trata de prueba indirecta: las fisuras a la exigencia de motivación se incrementan considerablemente”.

Y finaliza el ilustre Magistrado con estas dos preguntas, posiblemente de no fácil respuesta: ¿“quién podrá explicar razonablemente la convicción de prueba de los correspondientes indicios, y su conexión causal con el fallo”? La práctica judicial ha resuelto, prudentemente el escollo. ¿Lo conseguirán los Jurados?⁽¹⁰⁶⁾

Dos interrogantes a las que, por cuenta propia, pudiera añadirse una tercera muy directamente relacionada con ellas: ¿Se logra por el Jurado el adecuado cumplimiento a la exigencia constitucional de la motivación de las sentencias?

TERCERA PARTE

Las palabras del Ministro de Justicia JUAN ALBERTO BELLOCH, a los medios de comunicación y que sirvieron de punto de partida del presente trabajo serán utilizadas para poner punto final al mismo, formando el núcleo de esta Tercera Parte dedicada, como también se indicaba en la exposición, a señalar un resumen crítico y breve, dos notas que habrá que observar necesariamente, tanto por la extensión alcanzada como por cuanto ya se formularon ideas sobre los aspectos polémicos estudiados en cada supuesto concreto.

La adquisición de un estimable “grado de avance cultural”, como se dijo, puede ser admitida como válida; es innegable que con la entrada en

(106) *Obra citada*. Pág. 175.

vigor de la Institución del Jurado han aparecido síntomas de preocupación, curiosidad y deseo de conocer las características de este enjuiciamiento popular y, desde tal perspectiva, ciertas son las manifestaciones del titular de las carteras de Justicia e Interior.

Será, eso sí, mayor o menor el interés por participar activamente en la Administración de Justicia, pues, aun cuando las estadísticas no sean enteramente fiables, es interesante el tanto por ciento de quienes estiman favorable la presencia del Jurado en el ordenamiento jurídico español, pero no debe relegarse al olvido que, según estos mismos datos, resulta superior el número de los que, apostando a favor de la institución, rehúsan luego intervenir en su composición y desempeñar las funciones inherentes a su condición.

Hay que convenir también, que con la reinstauración de este instituto se reconoce una “cierta” mayoría de edad judicial a los ciudadanos; otra cuestión es que estos presuntos partícipes posean, junto a esta mayoría específica, la preparación necesaria que actúe de soporte imprescindible para que, junto a la espontaneidad y el sentido común buscados, figure una mínima base jurídica; debidamente combinadas, estas notas, aumentarían las posibilidades de actuaciones correctas, al par que serían menos frecuentes los que la Ley denomina “veredictos sorprendentes”.

Y esto nos lleva a reiterar, con relación a la primera parte, de acuerdo con el sentir más generalizado y sin perder de vista el Derecho Comparado, que es el Jurado mixto, integrado en perfecta simbiosis por jueces técnicos y jurados legos, el que mejor se adapta a nuestra peculiar idiosincrasia, al tiempo que conserva intactas el cúmulo de garantías fundamentales de las que la Constitución es fiel depositaria.

A título de simple comentario en torno a este tema y en clara decantación por el sistema de Jurado que preconiza nuestra doctrina en oposición al Jurado puro, llega a sostener BAJO FERNÁNDEZ, que el modelo de la Ley 5/1995 “constituye una conculcación de la presunción de inocencia, en particular en toda la fase referente a la valoración de la prueba”.

A propósito de la segunda parte, el enfrentamiento, en ocasiones frontal de algunas de las disposiciones de la Ley del Jurado con los superiores principios de la Constitución y, también, la antinomia entre los artículos 117 y 125, suscitan un doble comentario; de un lado los motivos que llevaron a producir tales situaciones, anómalas e incomprensibles; de otro, la solución deseable para conseguir una completa armonía que eliminara aquellas contradicciones.

En punto a la primera de estas cuestiones, y aunque sea como admonición para el futuro, la ausencia de interés, capacidad y preparación parlamen-

tarias fueron los factores determinantes de la problemática aparecida al relacionarse los artículos del texto constitucional con la ley 5/1995, sin olvidar que las precipitaciones, la ausencia de consultas con la voluntad de atender las sugerencias de los órganos a quienes se solicita dictamen, y la brevedad del tiempo de *vacatio legis* han sido las notas características de la preparación, publicación y entrada en vigor de la Ley del Jurado.

Respecto de la segunda situación, no cabe duda que debe primar por encima de cualquier consideración el superior valor de la Carta Magna, lo que conlleva a la necesaria adecuación de las normas de la Ley de 22 de Mayo, para eludir cualquier asomo de mínima fricción con aquélla.

En la exposición ya mencionada se indicó que las disposiciones de la Ley 5/1995 serían contempladas desde la perspectiva constitucional, sin entrar en cuestiones de legalidad ordinaria y así va a ser, siquiera por una mínima coherencia.

Empero, lo anterior no obsta a que se apunten algunas consideraciones precisamente sobre aspectos que no menciona la Ley del Tribunal del Jurado.

Ocurre, en efecto, que a virtud de la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de Diciembre el legislador español ha creído oportuno conceder una especial protección a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en causas penales, señalando a continuación las medidas que se estiman necesarias para la consecución de los fines perseguidos, y siempre a la luz del cumplimiento de las exigencias que la misma ley ha previsto. Pues bien, pese a la fecha de su publicación, posterior a la aparición del Anteproyecto de Ley del Jurado, para nada se ha adicionado o incluido disposición alguna tendente a prestar idéntico amparo a quienes han accedido a la condición de Jurados, no obstante las frecuentes indicaciones del temor a posibles daños o amenazas sobre los integrantes de este sistema de enjuiciamiento.

Es así un tema cuyo silencio no es comprensible, máxime si se observa que la Exposición de Motivos de la Ley justifica las medidas a adoptar por cuanto “la experiencia pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la Policía Judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales, ante el temor a sufrir represalias”.

Un segundo punto dominado por el silencio legislativo se produce al contemplar que la actuación de los jurados puede devenir no ya desacertada sino escandalosamente incorrecta, si el veredicto se presenta huérfano de toda lógica y ayuno del sentido común que, como se ha escrito, es el principal patrimonio aportado por aquéllos al participar en la Administración de Justicia.

Si bien se observa, el Código Penal ha previsto desde antiguo el delito de prevaricación para los Jueces, y el nuevo Texto punitivo a entrar en vigor en Mayo próximo mantiene esta postura con ligeros retoques y considera conducta típica pronunciar sentencia injusta, tanto a sabiendas como por imprudencia grave, pero sin crear un delito de iguales caracteres y que tuviera como sujetos activos a los jurados.

Es este un caso, posible, de silencio por parte del legislador penal tan proclive en otras ocasiones a dar a luz nuevas figuras punitivas. Sin embargo, en esta callada situación existe una razón de cierta entidad que pudiera explicar la actitud omisiva que se comenta, y que radica en un punto concreto: ya quedó expresado que los redactores de la Ley miraron con innegable desconfianza la aptitud de los jurados para el cumplimiento de sus funciones y siendo esto así, mal pueden exigirse exquisiteces a quienes, en muchas ocasiones carecen de la adecuada preparación para entrar a fondo en la controversia jurídica planteada a lo largo de las sesiones del plenario.

No se pueden pedir peras al olmo y, en consecuencia, sólo si se llega a esa aspiración que señala la Ley, de consolidación social de la institución pudiera empezar a tomar cuerpo la posible atribución de responsabilidad penal a los miembros del Jurado, y siempre que tal actuación haya sido trasladada a las páginas del Código Penal.

Situación a la que no sería fácil llegar si el tipo de Jurado establecido en la Ley de 22 de Mayo de 1995 dejara su sitio a un Jurado mixto que, en unión armónica, reservara a los legos el pronunciamiento sobre los hechos y a los técnicos, los aspectos jurídicos, llegando de esta forma a una total visión del problema.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEJANDRE GARCÍA, J.A.: *La Justicia Penal en España*. Universidad Complutense. Madrid. 1981.
- ALMAGRO NOSETE, J.: "El Derecho Procesal en la Constitución". *RDPI*. nº 4. 1978.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *El Poder Judicial*. Tecnos. Madrid. 1986.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: "El Proyecto de Ley del Jurado". *Act. Penal*. nº 37. Madrid. 1994.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Informe sobre el Anteproyecto de la Ley del Jurado*. Abril, 1994. Madrid.
- CRESPO BAQUERO, P.: *El nuevo modelo de instrucción penal en el A. de L.O. del Tribunal del Jurado*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1995.
- DAVO ESCRIVÁ, F.: *El Tribunal del Jurado*. Colex. Madrid. 1988.

- FAIREN GUILLÉN, V.: *Los Tribunales de Jurado en la Constitución Española*. Civitas. Madrid. 1979.
- GIMENO SENDRA, V.: *El artículo 125 de la Constitución*. Universidad de Sevilla. 1995.
- GISBERT GISBERT, A.: *Historia del Jurado en España*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1995.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: Voto particular al dictamen del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.
- MARTÍN OSTOS, J. de los S.: *El Escabinado como Jurado*. Universidad de Sevilla. 1995.
- NÚÑEZ PORTILLO, A.L.: *El Jurado en España*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1995.
- ORTIZ URCULO, J.C.: *Veredicto, fallo y sentencia*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1995.
- ROBLES FERNÁNDEZ, M.: "La Ley del Jurado: un mandato constitucional". *IRESFLASH*. nº 3. Barcelona.
- RUIZ VADILLO, E.: *La Constitución y el Jurado*. Universidad de Sevilla. 1995.
- SÁNCHEZ AGESTA, L.: *El sistema político de la Constitución Española*". E.N. Madrid. 1983.
- SERRANO ALBERCA, J.M.: *Comentarios a la Constitución*. Civitas. Madrid. 1985.
- SERRANO GÓMEZ, A.: "El Proyecto de Código Penal". *Act. Penal*. nº 26. Madrid. 1995.
- SUAREZ GONZÁLEZ, C.: "El Proyecto de Ley del Jurado". *Act. Penal*. nº 37. Madrid. 1995.
- ZARZALEJOS ALTARES, J.A.: Voto particular al informe del Consejo General del Poder Judicial.