

PRIMERA PARTE

“AUTODEFENSA, HETERODEFENSA, AUTOCOMPOSICIÓN, PACTO, CONTRATO, PROCESO”

(Esencias y formas de “la defensa”)

SUMARIO: I. *La norma, su violación y su defensa. Medios para ello.* II. *La “autodefensa de la norma”: La sanción.* 1. *Idea, función de la sanción.* 2. *Sanción y coerción.* 3. *El doble grado de las normas y la sanción.* 4. *Caracteres de la sanción jurídica. La institucionalización.* 5. *El processus de institucionalización de la norma.* 6. *Las “normas sin sanción”.* 7. *Los problemas de las “normas en el vértice”.* III. *Instituciones extraprocesales defensoras de las normas sin sanción.* 1. *Los tribunales. El artículo 2º del Código penal.* 2. *El Ministerio Fiscal.* 3. *El Ombudsman* 4. *La costumbre contra ley.* IV. *Medios extraprocesales de actuar sanciones: autodefensa, autocomposición.* 1. *La conciliación extraprocesal.* 2. *Autodefensa, la autocomposición en el derecho laboral: la huelga.* 3. *El contrato y el proceso: autodefensa, autocomposición.* 4. *Autodefensa y heterodefensa en juicio.* 5. *El pacto, base del proceso: la litis contestatio romana. Su influencia actual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* 6. *El retorno al pacto en lo procesal (interno). La “civilización” del proceso penal. La negociación del Ministerio Público y del imputado sobre la pena en Estados Unidos; el plea bargaining. Su penetración en la LECRIM española.* 7. *Las conformidades del acusado de los artículos 655 y 681 y ss. de la LECRIM.* 8. *El desistimiento de la querrela.* 9. *El perdón judicial.* 10. *Las remisiones totales de pena del artículo 57 bis, b) del Código penal.* 11. *El desistimiento de la demanda civil.* 12. *El allanamiento en lo civil.* 13. *La transacción.* 14. *De nuevo sobre la conciliación.* 15. *Alusión al arbitraje.*

I. LA NORMA, SU VIOLACIÓN Y SU DEFENSA. MEDIOS PARA ELLO

La idea de “defensa” jurídica o fáctica referida a derechos, arranca de ser “una reacción frente a las pretensiones de otros sobre un bien

discutido”.¹ De la que se supone inicial reacción directa y aún posiblemente brutal, a la “jefatura del grupo” que resuelve; ya en este estadio de heterodefensa, el *audiatur et altera pars*, con esa intervención de un tercero, abre al arbitraje; y el sistema arbitral se transforma en nuestro proceso.²

II. LA AUTODEFENSA DE LA NORMA: LA SANCIÓN

La “norma”, si ha de ser tal, predica continuidad en su aplicación. Esto es, que se produzca una reacción contra las vulneraciones de que pueda ser objeto, contra su inobservancia. Y el campo de lo jurídico, por su complicación (que puede devenir complejidad)³ produce —casi ordinarias— vulneraciones de sus normas; no se trata de hipótesis sino de hechos.

Y por lo tanto, es necesario aprestar medios, expedientes que refuercen la norma y pongan remedio a los efectos de su inobservancia.⁴ Y ahí está la sanción.

1. *Idea, función de la sanción*

El concepto de “sanción” en sí, ha dado lugar a una abundante literatura procesal, y su pluralidad, a debates que no han terminado.⁵ Mas si acudimos a su función, se aclara el panorama. Pensemos en que, si se desea que un ordenamiento jurídico subsista, sea efectivo, debemos defenderlo. Y para comenzar, que las normas que cree-

¹ Cfr. De Blasi, “Difesa (in generale)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958, pp. 530 y ss.

² Cfr. Fairén-Guillén, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Libr. Bosch, 1990, I, § I, 1 y ss., pp. 19 y ss.

³ Cfr. mi trabajo *Ensayo sobre procesos complejos*, Madrid, Tecnos, 1991.

⁴ Cfr. Bobbio, “Sanzione”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, UTET, pp. 530 y ss.; arg. en “Comandi e consigli”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile* (XV), 1961, pp. 360 y ss.

⁵ Me refiero a la polémica entre Allorio, en *L'Ordinamento giuridico nel prisma del accertamento giudiziale*, Milán, 1957, pp. 24 y ss., y Carnelutti, “Il valore della sanzione del diritto”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1955, I, pp. 237 y ss., Benvenuti, “Sul concetto di Sanzione” en *Jus*, Milán, 1955, pp. 233 y ss., y Mandrioli, “Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale”, en *Jus cit.*, 1956, pp. 86 y ss.; de nuevo Allorio, en “Osservazioni critiche sulla sanzione”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1956, II, pp. 901 y ss., y en *L'Ordinamento*, I, pp. 135 y ss.

No era ajeno a la polémica el punto de vista estructural de la sanción, sin valor para Allorio (Bobbio, “Sanzione”, 53, nota 1.

mos, puedan —y excúseseme este uso de la expresión— “autodefenderse”.

De una manera, con “función” preventiva de la infracción de la norma, sea con la “represiva”, sea de tipo “premio” —y aquí ya comienza a aludirse al derecho penal— sea “penal”; sea por una influencia de su intimidación, de desalentar al infractor, sea de animarlo a acudir a ella; sea de manera positiva (exigiendo un “actuar”) sea de manera negativa (exigiendo un “omitir”), la sanción garantiza la norma.

2. Sanción y coerción

La sanción, se ha equiparado a la “coerción”, a la fuerza. No hay tal. El cumplimiento de la sanción jurídica consiste en el que el cumplimiento, la aplicación de la norma está garantizada (por la amenaza del uso de la fuerza, de la coerción) a través de los llamados “medios de ejecución forzosa o coactiva” que tan abundante son en el dominio del proceso, brazo ejecutor, o de la administración, si a ella se encomienda tal función.

3. El doble grado de las normas y la sanción

Para esclarecer este problema de las relaciones entre “sanción” y “norma jurídica”, Bobbio, clasifica las normas en general, en pertenecientes a dos grados: En el primer grado, se hallan las normas que regulan la conducta nuestra, de los hombres. En el segundo, las maneras, los “expedientes” para la protección de las normas del primero. Y aquí se hallan las sanciones.⁶

4. Caracteres de la sanción jurídica. La institucionalización

Hállanse como características de la sanción jurídica (ya que las hay morales, económicas, políticas, etcétera) las de no ser, cual otras, difusa, informal,⁷ espontánea, embarullada, sino al contrario, ser formal, organizada, institucionalizada y sistematizada.

⁶ Cfr. Bobbio, “Sanzione”, § 15, 538; arg. en “Diritto e Forza” en *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, Turín, Giappichelli, 1970, pp. 131 y ss.

⁷ Cfr. Bobbio, arg. “Comandi e consigli”, cit.: “Sanzione”, § 15, 538.

Recordemos que hubo una doctrina —la del “juicio sumario indeterminado”, protagonizada por Carpzovius —el terrible autor y defensor de un sistema inquisitivo en el Imperio Germánico, siglo XVII—, que aspiraba a crear prácticamente, “un

5. *El processus de institucionalización*

Y es en el *iter*, en el *processus* de institucionalización de la sanción, en donde —sin perdernos en los recovecos de las discusiones sobre la misma según el mismo Bobbio—⁸ hallaremos ya perspectivas, incluso casi concretas, sobre diversas parcelas del campo del derecho. Así:

a) Se trataría de una especificación de los comportamientos externos —actuaciones positivas, negativas contra la norma— que requieren esa respuesta de la “norma” (ya veremos en donde está), o sea, de lo que estamos transformando en sanción.

Se trataría aquí: de un remedio —esta es la expresión de Bobbio—⁹ de la inconsistencia de la “sanción difusa”. Serían los primeros pasos en la creación de las normas, una por una o en conjunto.

b) La determinación o fijación de la medida en que va a consistir esa respuesta defensiva de la norma.

Se trataría fundamentalmente, si tal “respuesta” defensiva, va a ser positiva, negativa, personal, real, mixta; de extensión o repercusión territorial grande o pequeña; de su intensidad.

Se trataría aquí, de un remedio (sigo utilizando la expresión de Bobbio aunque la ejemplificación es mía), a la indeterminación (“inexistente” se podría mejor decir) de la medida sancionatoria. A su tipo, de imponer un hacer o un abstenerse; de la manera de conminar a hacer o no hacer (intimación, conminación, obligación inmediata; con la coerción o su amenaza más o menos cerca; se trataría también de evitar una posible desproporción entre el delito y

proceso sin procedimiento”, La vía era la de sustituir los *substantialia processus positivi* —los trámites de derecho positivo, los que conformaban el procedimiento— por los “*substantialia processus naturalia*, a *jure naturali seu divino inducta*”. (Carpzovius, *Jurisprudentia forensis*, 1660). El resultado fue un terrible “monstruo” que se expuso en las universidades alemanas, produciendo un retraso de más de un siglo en el avance de la técnica procesal (Cfr. Briegleb, *Einleitung in die Theorie des Summarischen Processes*, ed. Tauchnitz, Leipzig, 1859, esp. pp. 36 y ss. *passim*; mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, Bosch, 1954, I parte, *passim*; “El Consulado de Valencia: su proceso de arbitraje: sus posibilidades”, en mis *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Edersa, I, 1982, pp. 193 y ss., y esp. pp. 219 y ss.)

⁸ Esto es: la “forma” debe significar “garantía”. Y el “aformalismo” es falta de garantías incompatibles con la idea del “proceso”.

⁹ Bobbio, discretamente, se eliminó del terreno de la importante controversia entre autores italianos *cit.*, centrando su atención en el problema de la función de la sanción y no en el de su concepto. Y para este punto, *cfr.* “Sanzione”, § 15, p. 539.

la pena; o a una actuación reducida a un mínimo espacio de terreno, o al contrario, extendida sobre las fronteras del Estado).

c) La designación de la persona o personas a la o a las que se atribuye la función de resolver si aquella actividad o inactividad fuera de la norma y contra ella, precisa de una “respuesta” —esto es, de una sanción— y en qué medida.

Se trataría aquí de la imparcialidad de las personas que enjuician y de los medios puestos a su disposición para elaborar tales juicios (derecho orgánico de la judicatura y procesal).

d) Y en su virtud se trataría de fijar la regla sobre cuya base debe desarrollarse el proceso de resolución.

Se trataría de un remedio contra la indeterminación de las reglas aplicables al caso, a resolver sobre su incerteza. Incerteza de las reglas y de sus efectos. Con lo que aquí se trataría de la cosa juzgada o de los efectos constitutivos.

Y meta final de este camino, de este proceso (ya salió el nombre correcto), es la de hacer la “respuesta” a la violación de la norma cuando más posible sea, constante, proporcionada, imparcial y cierta.¹⁰

Ahora, demos un paso más hacia adelante.

6. Las “normas sin sanción”

Los juristas en general, se han preocupado mucho, como ya se indicó al principio, de las relaciones entre norma y sanción jurídica. Se estaban ya dirigiendo al problema de “las normas sin defensa”, “de las normas sin sanción”. Y ya he dicho que convenía examinar la “sanción” por ver si era la primera autodefensa de la norma.

La pregunta directa y común —la que ha conducido a tanta polémica— se formula así:

“La sanción, ¿es el carácter diferencial específico del derecho?

Mas habida cuenta de la gran cantidad de tipos diversos de sanción extra y metajurídica —incluso filosóficas; morales, económicas, puramente físicas, políticas, etcétera—, a juicio de nuestro autor,¹¹ la pregunta debe formularse así:

“¿Es jurídica una norma no provista de aquella particular sanción que es característica de un ordenamiento jurídico?”, o mejor, ¿“son

¹⁰ Cfr. Bobbio, “Sanzione”, § 15, p. 539.

¹¹ Cfr. Bobbio, “Sanzione”, § 16, pp. 539 y s.

jurídicas tan sólo las normas garantizadas por una sanción institucionalizada”?

La doble manera de formular la pregunta, es de importancia primaria para la respuesta. Ya que las normas que no tienen sanción no son normas jurídicas. Y los que las aceptan como tales, las nombran como “normas incompletas”.

7. *Los problemas de las “normas en el vértice”*

Pero la solución, elegante y bastante convincente de Bobbio, se halla en su clasificación de las normas en “de primer y segundo orden o grado”.¹²

Las normas del primer grado —las que rigen y ordenen la convivencia del hombre en comunidad social— tienen sanción, que es un expediente, un medio de reforzar su observancia para hacerlas efectivas.

Y las normas del segundo grado —las que garantizan a las primeras— en ellas, la sanción, a lo sumo, en el objeto de sus regulaciones.¹³

Y ascendiendo a las “normas en el vértice —que alguna vez llegamos a él—, no tienen, no pueden tener sanción; resultaría vacua, por falta de un vehículo humano y formal para imponerla.

Y hemos llegado a las “normas sin defensa”, a las “normas sin sanción” así llamadas.

a) En el derecho internacional. Me parece que entre los internacionalistas y entre quienes no lo son, hace notoria la existencia de “normas sin sanción”. En esta parcela del campo del derecho, se ven hermosas declaraciones, programas, planes: se lucha contra la guerra, contra las plagas, contra la ignorancia universal, etcétera. Pero, estas normas, ¿son *efectivas*, de tal manera que su vulneración tenga una respuesta que las reponga en su observancia? El Estado que comete una agresión bélica contra otro ¿sufre de una sanción adecuada, *proporcionada*?

Todos, desgraciadamente, sabemos que no. Que la *ultima ratio regis* de la ONU son los llamados popularmente “casos azules”, con un armamento simbólico. Incapaces de rechazar a los ejércitos o bandas victoriosos en la agresión ilegítima. ¿Sanciones económicas?

¹² Bobbio, “Norme primarie, norme secondarie”, en *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 175 y ss.

¹³ Cfr. Bobbio, “Sanzione”, § 16, pp. 539 y ss.

La historia de sus aplicaciones, por la Sociedad de Naciones y por la ONU, ha demostrado su inanidad. ¿Morales? Si tenemos todos los Maquiávelos que queremos. . .

b) En el derecho penal. Pero también hay normas sin sanción en otros dominios en los que, no siendo tan coriácea la base de trabajo como en el derecho internacional, habría menos obstáculo a la existencia de sanciones inadecuadas. Y a la inversa, hay normas que, expresamente, quitan la sanción al acto vulnerador en principio, y que consagran la autodefensa, no de la norma, sino del “individuo frente a la norma” —lo que será también estudiado: otra óptica de la defensa.

Así, frente a la norma, con autodefensa, con sanción que castiga el delito por ejemplo, contra la persona, aparece como excepción la de “legítima defensa” (artículos 8º, 4º C.P.). Esta norma, como se acaba de decir, tiene el objetivo de privar de sanción a los casos en que se violen otras normas penales, con exposición a esa garantía, a esa “respuesta”. Pero también puede interpretarse esta “exención de sanción” como una sanción a su vez: la consistente en un “no actuar” de la norma general sancionatoria. Se impuso por ella el “no matar”, por su excepción se impone el no castigar al que mató en circunstancias de legítima defensa. Pero a mi entender, no hay duda, que la segunda norma, la que prevé la exención de la pena, en vista de la actividad que ubiese sido delictiva, constituye un caso de autodefensa. Y de autodefensa total, ya que la sanción de la norma sobre el resarcimiento —sanción civil— también queda afectada.

Cosa análoga sucede en los casos de las eximentes de estado de necesidad (artículos 8º-7º) y obediencia debida (artículo 8º-12). Mas en el del número 7º —estado de necesidad— la sanción civil se desvía —no se extingue, la autodefensa no la recoge— y se dirige a “las personas en cuyo favor se haya precavido el mal” (artículo 20-2ª).¹⁴ *Cfr. infra*.

¹⁴ Como estudio básico para la autocomposición y la autodefensa, *Cfr.* el de Alcalá-Zamora Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., México, UNAM, *passim*.

Gran desvelador de ideas y con abundante bibliografía, es obra a la que sigo fundamentalmente. Y téngasela como presente en todo este trabajo.

En el terreno de lo penal, se recoge actualmente con gran profundidad —la debida a la trascendencia del fenómeno— el debate entre “autodefensa en juicio” y “heterodefensa en juicio, por abogado”, *Cfr.*, uno de sus más brillantes exponents de hoy en la obra colectiva dirigida por Grevi, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bolonia, Zanichelli, 1982, *passim*.

c) En el derecho civil. Recordamos los casos del enjambre de abejas (artículo 612 CCiv.) y de los “animales amansados” (*idem*); en el artículo 223 —facultades de los padres, testamentarias, sobre la tutela de los hijos menores o incapacitados— veo también una autotutela relativa, por razón de las personas y de las garantías que ofrece el testamento; y para eliminarla los jueces deben dictar una resolución fundamentada (artículo 224). En derecho mercantil, el fenómeno de la echazón y no pocas de las facultades que se atribuyen al capitán del buque, también pueden constituir casos de auto-defensa.

Y más abajo me referiré al papel de la figura del contrato, como eminente actora de la composición pacífica de conflictos.

ch) En el derecho público. En el campo del derecho público, y además del derecho internacional, en el que las potencias políticas y económicas que dominan la escena mundial son más potentes que el aparato jurídico de que se dota a la comunidad internacional, hay otros casos de autodefensa extremadamente sugestivos —probablemente, por intervenir en ellos “el interés público”, lo mismo que en los casos penales.

Así, debemos recordar toda la alusión a “las normas en el vértice” que hace Bobbio, como desprovistas de sanción.¹⁵ Y es lógico. No hay quien lleve la cuestión al terreno extremo de la amenaza de coacción o de coacción misma —ejecución forzosa—, si la persona o entidad que ha de ser conminada por el efecto sancionatorio se halla en plano jurídicamente —y socialmente— superior. A ese superior, habría que oponer otro; a éste, a su vez, otro. La acumulación de tales garantías, ahogaría toda posibilidad de vida y de prosperidad. La mítica leyenda de la Torre de Babel, se haría cierta con todas sus catástrofes. Es el fenómeno del hipergarantismo, una verdadera enfermedad (como lo es el victimismo).

Pues bien, el derecho público en sus diversas ramas, con la imagen de la jerarquización de los hombres y de sus conductas y su distribución de los poderes de mando, es terreno apto para que aparezca la autodefensa.

Así, las administraciones se autodefienden para examinar su propia actividad. Frente a los demás poderes del Estado y especialmente frente al Judicial, esto es una autodefensa. Y en muchas ocasiones, la Administración crea órganos y mecanismos de vigilancia

¹⁵ Cfr. Allorio, “Osservazioni critiche sulla sanzione”, *cit.*, pp. 3 y ss.

interna, que asemejan a los tribunales de justicia, si bien les diferencia fundamentalmente de ellos la no independencia de sus miembros y el actuar por los administrativos móviles de oportunidad y no por los de justicia (que pueden no coincidir y no coinciden de hecho en muchas ocasiones). Los llamados “tribunales económico-administrativos” son entidades administrativas de autodefensa. La heterodefensa contra la administración, se efectúa ya por medio del proceso llamado en España contencioso-administrativo. Y la Ley de procedimientos administrativos regula una especie de paraproceso.

d) En el derecho parlamentario. Si estos fenómenos son muy conocidos, algo menos lo son los que ocurren en el campo del derecho parlamentario. En él, se estima que pueden existir normas de cúspide, sin sanción. O habría que buscarla en otro campo.

Los ordenamientos jurídicos de países democráticos suelen regular normativas, “reglamentos de funcionamiento de sus órganos legislativos”, en cuanto al *processus*, al procedimiento que deben seguir en la formación de las leyes y aun para otros menesteres que se les encargan. Estos son los reglamentos de las cámaras legislativas.

En España, el Reglamento del Congreso de 5 de marzo de 1982, (si no totalmente, interpolo yo aquí) tiene carácter normativo, y está sujeto a la posibilidad del recurso de inconstitucionalidad del artículo 27,1 de la LOTC. Y efectivamente, en él hallamos normas “sancionadoras” claramente: los diputados pueden ser privados, “por acuerdo de Mesa”, de alguno o de todos los derechos “parlamentarios” que el mismo Reglamento les concede o regula (artículos 6 al 9); la sanción normal consiste además, en la privación temporal del derecho (y obligación) de “asistir a una o dos sesiones” (artículo 100 Regl.) así como la de “expulsión inmediata” del diputado en el cual caso, y agotada la amenaza, la conminación del presidente sin efecto, éste “adoptará las medidas pertinentes para hacer efectiva la expulsión” (artículo 104, 2 Regl.). Se trata de normas, “completas” (?) con la correspondiente sanción, y ésta, especificada, “institucionalizada”.

Además de ello, naturalmente, el diputado puede incurrir en responsabilidad penal (artículo 101,3 Regl.), aunque tiene notables especialidades de “aforación procesal”, privilegios,¹⁶ como otras per-

¹⁶ Cfr., *Ibidem*.

Los aforamientos, son exenciones de la jurisdicción (art. 71, de la C.E. de 1978). El TC ha diferenciado muy claramente la “inviolabilidad” con respecto a la “inmunidad” (S. 189/1989, de 13 de noviembre).

sonalidades políticas.¹⁷ Y civil, que no puede quedar borrada por la inviolabilidad.¹⁸ Pero no es este el tema que me ocupa aquí

La actuación autodefensiva de las Cámaras españolas, es muy frecuente y de enorme importancia; por ejemplo, su intervención en las concesiones y denegaciones de suplicatorios para procesar a sus miembros (artículo 750 y ss. LECRIM)¹⁹ —lo que hace surgir a la superficie un conflicto más promovido por la desafortunada *Novela* de 28/12/88, de reforma procesal, de la *que se dice* ha suprimido el auto de procesamiento—. ²⁰ Mas tampoco esta importantísima materia —que puede dar lugar, mal administrada, a impunidad— es la examinada aquí.

Se trata de “presupuestos procesales privilegiados”. *Cfr.* sobre ellos, Sainz de Robles, “Los presupuestos procesales privilegiados”, en *Tapia* Madrid, dic. 1989, pp. 4 y ss.

¹⁷ La “inmunidad” se extiende también al “procesamiento” —sin permiso de la Cámara—, art. 71, 2, C.E. Esto se recoge en todos los Estatutos de Autonomía, en los que, frente a cualquier desaparición del auto de procesamiento —garantía de la defensa— quedan más protegidos los cargos que el resto de los ciudadanos, para quienes se pretende que en el proceso por delitos no graves de la Ley de 28/12/88, “no hay auto de procesamiento”. *Cfr.* esta toma de posiciones entre los profesores Gimeno y Almagro, y el fiscal general del Estado, en contra el auto de procesamiento en tal ley y yo mismo, en favor; no está suprimido, y una tal garantía no se puede admitir que lo haya sido “tácitamente”. *Cfr.* mi trabajo “¿Supresión o sustitución del auto de procesamiento? Viejos problemas en nuevas leyes: la de 28/12/88”, en *Tapia*, Madrid, mayo-junio 1989, pp. 57 y ss. Estas ‘inmunidades’ —desigualdades ante la Ley— en vez de disminuir, en España se van incrementando.

¹⁸ Es el caso de las demandas civiles de protección del honor, etcétera, de la Ley de 5 de mayo de 1982. Y constituiría una mitificación de los políticos el hacerles inviolables o inmunes a sus responsabilidades civiles, emanadas de cualquier fuente prevista en el ordenamiento español.

Cfr. la *Memoria* del FGE para 1988 p. 193. (*Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del Año Judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. señor D. Javier Moscoso del Prado y Muñoz*, Madrid, Gráficas Arias Montano, 1989).

¹⁹ Recientemente se ha puesto de manifiesto el inconveniente de las dudas sobre la supresión del auto de procesamiento —que sería por derogación tácita, peligrosísima tratándose de una garantía del imputado, necesaria para abrir el juicio oral contra él— contra un diputado electo. No opino sobre el caso, que aún no ha terminado.

Cfr. mi trabajo *cit.* en nota núm. 17 y bibl. allí citada.

²⁰ Lo afirman autores como los profesores Almagro y Gimeno. Y el FGE en su circular núm. 1/89, de 8 de marzo sobre el “Procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica —que no es orgánica para su parte procesal, *cfr.* la disp. adicional segunda de la citada ley— de 28/12/88”, en *Memoria*, publ. en 1989, esp. II, B), pp. 407 y ss.

Estimo modestamente, que el FGE se cura sólo del “privilegio de los aforados” de ser procesados por la Audiencia Provisional y de lo irrazonable de que el legislador derogase tal privilegio tácita y no expresamente. Pero queda el resto del pueblo español...

Sí lo es, la de la intervención decisoria del presidente de las Cámaras y en especial de la Baja— con la adopción de “resoluciones de carácter general” (artículo 32,2 Regl. Congreso) y de la extensión de tal potestad. El Reglamento sigue: “Corresponde al presidente cumplir y hacer cumplir el reglamento, interpretándolo en los casos de duda y supliéndolo en los de omisión. Cuando en el ejercicio de esta función supletoria se propusiera dictar una resolución de carácter general, deberá mediar el parecer favorable de la Mesa y de la Junta de Portavoces” (artículo últ. cit.).

Se ha discutido sobre “la naturaleza normativa o no de la resolución de la Presidencia del Congreso”. El TC en su S. de 20 de junio de 1988 (número 118/1988), la ha afirmado; no se trata de un “acto puramente interno de un órgano constitucional” —*inter corporis*—; ²¹ asimilable al Reglamento de la Cámara, y por lo tanto, impugnabile por medio del recurso de inconstitucionalidad (S.TC cit.). Este caso está resuelto. La autodefensa del Parlamento a través de las resoluciones (ya se verá cuales) de su presidente, no es de “normas incompletas”; hay posibilidad de que se imponga una sanción por una entidad, así, superior —el mismo Tribunal Constitucional—. Continúa operando el sistema de “las normas hacia el vértice”, más aún no se ha tocado. Se hallará, para estos casos, en el Tribunal Constitucional.

Más hay que considerar que “el vértice” de la pirámide normativa, se hallará en dicho alto organismo metajurisdiccional o en otro. “Más arriba” de lo cual las normas carecerán de sanción, ya que ésa no podrá ser puesta en práctica por nadie. Lo jurídico ha terminado.²² Y la figura, de pirámide, acabará en un círculo vicioso, más

Y aun otros aforados —los cargos políticos determinados en los estatutos de autonomía— continúan forzosamente *amparados por los autos de procesamiento que todos los Estatutos fijan* para ellos, ya que una ley ordinaria, como la de 28/12/88 —ordinaria en lo procesal, disp. adic. segunda— no puede derogar a 17 leyes orgánicas, como lo son los Estatutos de Autonomía.

Lo que sufre, es el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley procesal.

Cfr. sobre estos puntos, mi trabajo “Supresión...” cit., pp. 61 y ss. Sobre estos autos de procesamiento, cfr. también la circular del FGE de 8/3/89 (núm. 1/1989) cit., loc. cit., publ. cit., pp. 408 y ss.

²¹ Cfr. Thesauro, “Sulla natura giuridica dei regolamenti parlamentari”, en *Rassegna di Diritto Pubblico* (XIV,2), 1959, pp. 193 y ss., cit. por Mohrhoff, en *NDI*, “Parlamento”, § 6, p. 428.

²² Mediante esta diligencia, Bobbio se inhibe de entrar en las controversias sobre la naturaleza de la sanción. Cfr. la controversia cit. entre Allorio de un lado, y Carnelutti, Benvenuti y Manfredi del otro.

o menos elegantemente trazado, con matices para evitar “autosancciones” (por ejemplo, el artículo 57 de la LOPJ).

Si el caso citado se ha resuelto por el TC cubriendo al presidente del Congreso —al cual, de no haberlo hecho, hubiera podido o debido poder imponer una sanción: la nulidad declarada de su acto ya la hubiese llevado implícita, y el resto se habría de transferir al campo de la ética o de la política—, aparece ahora otro incidente parlamentario, de estilo diferente, ya que, en su caso no cabrá recurso de inconstitucionalidad —precluyeron los plazos y ningún legitimado lo hizo—, pero sí una cuestión de inconstitucionalidad. Y recuérdese que éste fue el vehículo para que el TC, mediante su sentencia número 145/1988, de 12 de julio, arruinase la ley de 11/11/1980, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, de cuyos defectos la doctrina había advertido pública y reiteradamente.²³

Se trataba —el día 1º de diciembre de 1988— de posibles irregularidades —así las debo tratar, según mi modesto entender y meditación— que se produjeron en la tramitación de lo que sería la Ley de reforma procesal de 28/12/1988. Se había llegado, tras las necesarias votaciones en el *Pleno* del Congreso, a la votación “final sobre el conjunto del proyecto”, para una ley con parte orgánica y en parte, de “carácter de ley ordinaria” (disp. adic., segunda de la cit. Ley de 28/12/88) en lo procedimental; votación para obtener “mayoría absoluta” necesaria (artículo 81, 2 CE).

El diputado señor Calero Rodríguez, protestó al presidente en ejercicio, señor Torres Boursault, por las irregularidades que se advertían “dados los manifestos defectos del sistema de votación, en cuanto se aprecia que se vota en escaños que en este momento están vacíos; es una simple comparación. Por ejemplo, los escaños que están situados entre las columnas votan cuatro, cuando solamente hay tres diputados” (*Diario de sesiones* núm. 156, de 1º de diciembre de 1988, p. 9419, col. 1ª), y solicitó, a tenor del artículo 82 del reglamento y sobre la base del 85 (por si hubiera otros grupos parlamentarios que lo apoyasen), que la votación fuese pública y por llamamiento.

Accedió el presidente en funciones, señor Torres Boursault, y se celebró tal votación (*DS* cit., pp. 9419, 2ª col. a 9422, 2ª col.). Y dijo el citado señor presidente en funciones: “existiendo discordancia

²³ Cfr. por ejemplo, mi advertencia en mis *Comentarios a la Ley orgánica del Poder Judicial*, Madrid, EDERSA, 1986, pp. 95 y ss. y bibl. allí citada.

entre los diversos cómputos efectuados, la votación se repetirá en el curso de la próxima sesión plenaria, que tendrá lugar el próximo día 13 de diciembre a las cuatro de la tarde”. “Se levanta la sesión”. “Fuentes rumores y protestas” (*DS cit.*, p. 9422, col. 2ª).

(Parte de tales hechos —la que dio la TV oficial— la he visto y oído tantas veces cuantas pasó tal secuencia).

Y en el “Diario de Sesiones correspondiente a la del día 13 de diciembre de 1988, se puede leer, a seguida de “sumario”, lo que a la letra se copia:

Se abre la sesión a las cuatro y cinco minutos de la tarde.

Como cuestión previa al orden del día, el señor vicepresidente (Torres Boursault) participa a la Cámara que la Junta de Portavoces, reunida el pasado 1º de diciembre en relación con el Proyecto de Ley Orgánica por el que se crean los juzgados de lo penal, una vez oídos los soportes de la cinta magnetofónica y verificadas las actas mecanográficas de la votación, acordó que la Presidencia proclamase el siguiente resultado, aceptado por unanimidad, votos emitidos, 241, a favor, 173; en contra, 62; abstenciones, seis”. En consecuencia, alcanzado el número de votos exigidos por el artículo 81,2 de la Constitución, queda aprobado en votación final y de conjunto el mencionado proyecto de ley, que continuará su tramitación en la Cámara Alta conforme a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución (*DS núm. 158, de 13 de diciembre de 1988, p. 9428, col. 1ª*).

La irregularidad, como se ve, alcanza a la votación final y decisiva para la continuación del *iter* de elaboración de la ley.

Con respecto a dichas votaciones, el artículo 78 del reglamento del Congreso dice que “Para adoptar acuerdos (sic) la Cámara y sus órganos deberán estar reunidos reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”.

Y en este caso concreto vemos, a tenor del reglamento, que se trataba del Pleno de la Cámara; que “los diputados tomarán asiento en el salón de sesiones” (artículo 55,1). La votación, comenzó en el salón de sesiones, efectivamente, pero... se interrumpió por las irregularidades que el presidente observó, “discordancia entre los diversos cómputos efectuados” (*DS de 1º diciembre, p. 9422, 2ª col. cit.*).

Había comenzado. No terminó válidamente. Luego “se interrumpió”. El artículo 80 del reglamento, a este respecto dice: “Las votaciones no podrán interrumpirse por causa ninguna. Durante el de-

sarrollo de la votación, la Presidencia no concederá el uso de la palabra y ningún diputado podrá entrar en el salón ni abandonarlo.”

El reglamento da soluciones asimismo al caso de que

si llegado el momento de la votación o celebrada ésta resultase que no existe el *quorum* a que se refiere el apartado anterior (la mayoría de los miembros de la Cámara), se pospondrá la votación por el plazo máximo de dos horas. Si transcurrido este plazo tampoco pudiera celebrarse válidamente aquélla, el asunto será sometido a decisión del órgano correspondiente en la siguiente sesión.

Pudiera haber sido esta dificultad —falta de *quorum*— la que impulsó a la Presidencia a lo largo de toda la efeméride. Mas no tengo datos dignos de credibilidad que obren en uno u otro sentido.

El caso es que, esa “decisión”, esa “votación válida” a la que el artículo 78,2 del reglamento alude, debería haberse celebrado “en la siguiente sesión”, como muy correctamente dijo el presidente al terminar la votación defectuosa e invalidada por él por serlo. Siguiendo sesión “del Pleno”, único competente para votar las leyes. Mas en la “siguiente sesión” —y fuera del orden del día, sin que se haya documentado en el acta de la sesión alguna de las precauciones de los artículos 67 y 68 del reglamento—, no se celebra ninguna votación del Proyecto de Ley, pese a que allí se diga. La mención textual “queda aprobado en votación final y de conjunto el mencionado proyecto de ley”, no sabemos en que votación se apoya. Sí, hay un “recuento” más en la reunión del presidente con los portavoces, los cuales “aceptan por unanimidad” que “la Presidencia proclame el resultado”. El resultado de una serie de operaciones “de repaso de cuentas” de las votaciones, que no pueden ni convalidar siquiera a una votación ya declarada por el presidente como viciada por “discordancias de cómputos”; votación no celebrada por el Pleno, y ni siquiera en público, en el salón de sesiones, “reglamentariamente” (artículos 78, 80, arg. en el artículo 88, 55; 62 del Regl.).

El artículo 32,2, reproducido *supra*— “resolución de carácter general (del presidente) con el parecer favorable de la Mesa y de la Junta de Portavoces”— no da demasiada luz sobre el extremo que aquí interesa, ya que nos dice del “procedimiento”, mas no del fondo; ni tampoco el 39,3, que nos dice del *quorum* de la citada Junta (en este caso, hubo “unanimidad”, mas con una redacción confusa en el comunicado del vicepresidente señor Torres en la sesión del

día 13 de diciembre). Lo que sí sabemos es que presidente y portavoces *trabajaron* (“oídos los soportes y verificadas las actas”) fuera de la sesión del Pleno. Y que llegaron a un “acuerdo” leído el día 13 de diciembre. Y que en él consta que “queda aprobado en votación final y de conjunto el mencionado proyecto de ley”. Pues bien, yo no veo la votación final del Pleno por ninguna parte. Sólo veo la última de la sesión del día 1º de diciembre en la que según el mismo presidente de la Cámara, “existía discordancia entre los diversos cómputos efectuados”, a la vez que ordenaba la repetición de tal votación —así pues, irrita— en la próxima sesión.

Podría darse que la convocatoria y acta de la sesión de la Junta de portavoces con el presidente, el mismo día 1º de diciembre, se hallen en algún otro punto de las colecciones de publicaciones del Congreso. En tal caso, consten aquí mis excusas. Pero entiendo que, sí, he seguido bien las Sesiones del Pleno —en el *Diario de sesiones*, hay continuidad, incluso de dicción, entre las últimas frases del presidente en la sesión del 1º de diciembre, y las primeras —lectura del comunicado— como “cuestión previa al orden del día” en la sesión del 13 de diciembre. Los hechos de que las diferentes publicaciones se produzcan con irregularidad y de que sus envíos sean también irregulares, no facilita las cosas al lector del pueblo.

Siempre so la reserva —no soy temerario y reconozco un posible error— de someter cuanto digo al parecer de mis lectores rogándoles me rectifiquen si lo hay, entiendo que de estar en lo cierto, no se trata de “formalismos” nimios —alguno pensará que caigo en esa manía, y aun quizás de manera interesada aquí—. La “forma” (de la cual se abusa desde siglos ha, y ello ha dado en llamarse formalismo, cuando debe denominarse “hiperformalismo”) es una garantía. Todo proceso, es forma —el procedimiento—. No cabe un proceso sin procedimiento, aunque ello se ha intentado hacer en la historia con resultados lamentables.²⁴ Y el *iter* de elaboración de las leyes está rodeado de una serie de garantías —cuyos principios se hallan en la Constitución y su desarrollo en el reglamento—, de garantías de que es la mayoría de los representantes del pueblo la que está de acuerdo con el texto que se le somete. Y el voto de los diputados y senadores es indelegable (artículo 80,3 CE). La Junta de portavoces no puede suplir al Pleno.

²⁴ Recuerdo de la doctrina del “juicio sumario indeterminado” *cit.* en nota núm. 7; mi libro “El juicio ordinario y los plenarios rápidos”, parte I; “El Consulado”, *cit.*, parte I; Briegleb, *op. cit.*, *passim*.

Para este caso —que debe ser confirmado en su caso, con falta de error por mi parte, naturalmente, si lo hubo, lo reconoceré— y para otros que se puedan producir —nadie está exento de errar— es muy útil la doctrina sentada por el TS en su S. de 8 de julio de 1988, núm. 139/1988; esto es, tal resolución, que debe encuadrarse —pese a los errores de redacción del comunicado leído al Pleno en la sesión del 13 de diciembre— en el artículo 32,2 del reglamento de la Cámara, hubiera sido susceptible de recurso de inconstitucionalidad. Ya no lo es, por preclusión de los plazos. Pero sí cabría la cuestión de inconstitucionalidad. Y el problema lo merece. En otro lugar, he hecho una cita de Malmgrem: “. . . se ha estimado —dice— que si en el *processus* parlamentario se produce una falta de formalidades como método de promulgación (el resultado), no puede ser considerado como ley.”²⁵

²⁵ Cfr. Malmgrem, *Sveriges Grundlager*, 7ª ed., Fahlbeck & Sundberg, 1957, 1957, 54-55, citado por Bader Ginsburg-Bruzeliuss, *Civil Procedure in Sweden* (Columbia University School of Law. *Projet on International Procedure*” dir. por Hans Smit, ed. Martinus Nijhoff, La Haya, 1956, p. 131 nota núm. 34). Y este incidente parlamentario con motivo de la votación final en el Congreso de la ley en tramitación, de reforma procesal. Sesiones del Pleno del Congreso de 1º y 13 de diciembre de 1988. *Diario de Sesiones* núm. 156 (III Legislatura, 1988, pp. 9419 a 9422; y núm. 158, *idem*, pp. 9428 y 9433, cfr. *infra*.) Y mi trabajo “Acción del fiscal y acción popular. (El refuerzo de esta última”, en *Tapia*, oct. 1989, pp. 68 y ss.). *Supra*, en el texto, se ha copiado la intervención del señor vicepresidente en funciones de presidente, señor Torres Boursault al comienzo de la sesión del Pleno del Congreso del 13 de diciembre de 1988. Es tal y como consta en el acta taquigráfica, al parecer. En la p. 9433 del mismo D.S. (núm. 158 de 1988, p. 9433), obra la ref. intervención en lo que debe ser el soporte de la cinta magnetofónica, que dice así:

Se abre la sesión a la cuatro y cinco minutos de la tarde.

El señor vicepresidente (Torres Boursault): Se abre la sesión.

Como cuestión previa al orden del día, y en relación con el proyecto de ley orgánica por el que se crean los Juzgados de lo Penal y se modifican diversos preceptos de las leyes orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal, participo a la Cámara que la Junta de Portavoces reunida el pasado día 1º de diciembre, oídos los soportes de la cinta magnetofónica y verificadas las actas taquigráficas de votación, acordó que la Presidencia proclamase el siguiente resultado aceptado por unanimidad: votos emitidos, 241; favorables, 173; contrarios 62; abstenciones, seis.

En consecuencia, y con rectificación de la decisión adoptada anteriormente al respecto, alcanzado el número de votos exigidos por el artículo 81.2 de la Constitución, queda aprobado en votación final y de conjunto el proyecto de ley orgánica por el que se crean los Juzgados de lo Penal y se modifican preceptos de las leyes orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal, que continuará su tramitación en la Alta Cámara conforme a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución”.

Hay escasísimas variaciones con respecto al acta taquigráfica. Y sigue sin verse una última y válida votación por el Pleno.

Aunque el TC es, naturalmente, muy severo para admitir tales cuestiones, ésta, de existir, lo sería. Y recuérdese lo ocurrido con la ley de 11/11/1980. Se dejó que los juzgados españoles la aplicasen durante ocho años, sin hacer caso de las observaciones de la doctrina *española* que indicaban su carácter inquisitivo; y fue preciso que el TEDH juzgase dos casos —Piersack, S. de 1º de octubre de 1982, y De Curber, 26 de octubre de 1984— y que sus restricciones llegasen a conocimientos de los dos jueces que formularon las cuestiones, para que el TC interviniera con una sentencia que forzosamente —*ope legis*, artículo 40, LOTC, tan discutible en el terreno de la justicia— dejó sin tocar una probablemente larguísima serie de casos ya juzgados, con condenados en virtud de normas que luego se declaran nulas.

Y se evitaría también, naturalmente, la molestia de que fuere una entidad jurisdiccional extranjera —el TEDH u otro de los que sujetan a España— la que viniera a decir. . . que no hay ley, por defectos formales.

Y es tal mi preocupación por hallar una salida más favorable a ese *iter* parlamentario que he comentado, que, con perjuicio de la sistemática vuelvo sobre ello. Si no se me ha escapado alguna actuación parlamentaria (ya las examiné apenas llegaron a la UAM las hojas o cuadernillos correspondientes del “Diario de Sesiones”), sigue resultando que la Junta de portavoces es incompetente para “acordar” que la Presidencia proclamase el siguiente resultado, “aceptado por unanimidad” (véase el comunicado al Pleno, de la sesión del 13 de diciembre, DS, núm. 158, p. 9428), ya que se trata del resultado de una votación, necesariamente del Pleno, “que yo no encuentro”. Salvo error u omisión, repito.

Atraigamos ahora el resultado de esta excursión por el campo o parcela del derecho parlamentario español, a nuestro tema. ¿Qué se deduce de ellos (han sido dos casos los examinados)? Que para ellos, las normas del Reglamento de la Cámara —*vexata quaestio*— no están ayunas de sanción; que son “normativas”; que no les afecta el gravísimo problema del que tanto eco se han hecho los autores.²⁶

No obstante lo cual, siguen siendo *normas de autodefensa*, hasta la intervención del Tribunal Constitucional.

Lo cual nos lleva de nuevo al terreno de este fenómeno.

Y cuando la Ley “vuelva” del Senado al Congreso (artículo 81,2 CE), ni se trata del incidente en el D.S.

²⁶ Recuérdese lo dicho en la nota núm. 5, *supra*.

Ya se ha visto, sobre la base de estos ejemplos, que la autodefensa, puede ser no total; sino procesalizada.

Pero antes de entrar en este nuevo complejo problema, sigamos con las normas sin sanción.

El pretender agotar aquí su relación en el ordenamiento español, sería tarea agotadora y —de mi parte— incompleta, ya que surgen por todas partes; que, en ocasiones, basta un ligero olvido —olvido y nada más— del legislador, para que aparezcan.

e) Otra vez en el derecho penal y en el procesal: la declaración del imputado. Sí, deberemos poner aquí otro importante ejemplo de “norma sin sanción”, al menos, muy aparentemente.

Recordemos que la LECRIM de 1882, introdujo definitivamente en España el “sistema procesal penal mixto”, integrado por una instrucción en la que aparecen aún caracteres inquisitivos y un juicio oral, de tipo acusatorio. Entre las actuaciones del llamado “sumario” de preparación del juicio oral —que el sumario no puede sustituirlo, artículo 299, pese a las graves corruptelas que afligen a aquél, y que se hace necesario optar enérgicamente—²⁷ se halla la del “procesamiento”, acto que tiene como finalidades —es un auto de inculpación provisional— de determinar si existen motivos para celebrar un juicio oral decisorio, sobre un determinado delito y contra un sujeto concreto; si hay fundamentos para “acusar” formalmente; de evitar un juicio oral depresivo e inmotivado contra una persona; de proscribir la posibilidad de que un ciudadano, desde la comisaría de policía —o incluso, desde su casa— y con desconocimiento de la inculpación que se le hace, sea sentado en el banquillo de acusado.²⁸ Es una actuación, que con uno u otro nombre y estructura, aparece en todos los ordenamientos jurídicos de países civilizados; y favorece a los sujetos pasivos, facilitando su defensa.

²⁷ Cfr. por ejemplo, Serra Domínguez, en sus *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 722; “Balance positivo de la Ley de enjuiciamiento civil”, en *Para un proceso civil eficaz*, Bellaterra, Univ. Aut. de Barcelona, 1982 —ed. de Ramos Méndez—, pp. 241 y ss.

²⁸ Cfr. por ejemplo, Pastor López, “El proceso penal especial de la Ley del automóvil: examen crítico”, en *RDPr*, 1966-II, pp. 108 y ss.; “El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal”, Valencia, Secr. de Publ. de la Univ., 1979, pp. 118 y ss.; mis trabajos “Procesamiento, sobreseimiento, acusación”, en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, II, pp. 1269 y ss.; “Algunas notas sobre modernización de la Ley de enjuiciamiento criminal”, en *RDPrIber.*, 1976, IV, esp. § 8, pp. 791 y ss. y notas. Diversas opiniones sobre el procesamiento, en Pastor López, *op. cit.* Y mi trabajo *cit.*, “¿Supresión, etcétera?”, *passim*, y *bibl. cit.*

Su clave, se halla en el artículo 384 LECRIM. Y una de sus consecuencias, es la de que el juez de instrucción haya de recibir al sujeto una declaración formal (artículo 386 ss.). *Hic latet lepus*.

La ley, con graves razones, y a fin de evitar cualquier reminiscencia de aparación de la tortura como medio procesal de confirmar declaraciones, y en especial, como es lógico, las prestadas bajo juramento,²⁹ lo suprimió, así:

“No se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles (el juez) solamente a decir verdad y advirtiéndoles el juez de instrucción que deben responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas.”

La desaparición del juramento —que conllevaba una sanción gravísima de origen y tipo religioso, y más tarde, el terrible corolario de la tortura— acaba con ésta. Mas aparece otra norma, sustitutiva: la del “deber de decir verdad, respondiendo de manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que le fueren hechas”.

¿Cuál es la sanción de este “deber”? *Jurídicamente, ninguna*. La ley deja que el imputado mienta. Así de claro. Se consagra el derecho a no decir verdad, sobre la base del interés de salvación del sujeto pasivo.³⁰

Y no es un descuido del legislador. Prepara al juez para encontrarse con un sujeto que le miente y trata de despistarlo. Y le dice —al juez—:

“La confesión del procesado³¹ no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito” (artículo 406 LECRIM).

²⁹ Por su historia, el juramento está unido a lo religioso y sería inútil intentar abstraerlo de tal origen. Por ello fracasan, a mi entender, los que “quieren crear” un moderno tipo de juramento procesal. Y en cuanto a la tortura como corolario del juramento procesal —el único realmente, el “decisorio”— y para intentar evitar (?) la mentira —la confesión, *regina probatorum*— las citas se harían casi infinitas.

Y para que se vea hasta donde se puede extender la influencia del juramento —que sigue siendo una de las bases del sistema procesal penal anglosajón—: en los artículos 655 y 680 y ss. de la LECRIM se acoge moderadamente, el *plea guilty* inglés. Pues bien, éste se basaba y basa en la fuerza de la confesión emitida por el imputado ante el tribunal y libre de toda tortura, naturalmente. Tal es la fuerza de esta declaración, que hace inútil el *trial*. Cfr. por ejemplo, Hampton, *Criminal Procedure*, 3ª ed. Londres, Sweet & Maxwell, 1982, con citas de la casuística moderna, pp. 184 y ss.

³⁰ Cfr. mi trabajo “La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español”, en *Temas cit.*, 1969, II esp., § 6, pp. 1218 y ss.

³¹ Errores terminológicos. No habiendo juramento, no hay “confesión”. Y no solamente se interroga a los procesados.

Es claro: el juez no puede en absoluto recurrir a la tortura en sus diversas formas, ni amenazar al interrogado (artículo 389,III), ni coaccionarlo (artículo 391,III), ni acudir al siniestro “tercer grado” o interrogatorio extenuador (artículo 393) bajo penas (ahí sí que hay sanciones, artículo 394). Al antiguo tormento, ha sustituido una suave admisión de “decir la verdad” sin efectos jurídicos desfavorables (sí puede tenerlos en el final del proceso: el examen de la conducta procesal de la parte pasiva —una *carga*, la del imputado, imperativo de su propio “interés de salvación”— puede influir sobre los jueces: sería una especie de “sanción indirecta”).

El examen de la norma “derecho a mentir, sin sanción jurídica” —y ahora se quiere dar rango constitucional —indirectamente— a ese derecho a mentir,³² ha de examinarse, no en cuanto a la norma aislada, sino, “según se desvía la teoría del derecho, de la consideración de las normas en particular, a su consideración en el sistema” (Bobbio).³³

Y el sistema lo completamos, en particular, con las dos normas del artículo 406,I (Omissis)... “Con este objeto, el juez instructor interrogará al procesado confeso (¡no hay confesión!) para que explique todas las circunstancias del delito y cuanto pueda contribuir a comprobar su confesión, si fue autor o cómplice, y si conoce a algunas personas que fueren testigos o tuvieran conocimiento del hecho” (406,II).

Si el inculcado señala testigos, el juez de instrucción, lógicamente, debe llamarlos e interrogarlos. Y si incurren en falsedades y éstas se transfieren al juicio oral, pueden ser sujetos a proceso por el delito de falso testimonio (artículo 715 LECRIM y 326 y ss. CP).

³² Sobre ese “derecho a mentir”, al que ahora, se quiere dar incluso rango constitucional —si así fuese, ya veríamos a donde iba a parar la Hacienda Pública— cfr. también Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, ed. Bosch, 1984, esp., pp. 419 y ss.

Se puede admitir ese “derecho a mentir” de parte de un imputado basándolo en su “interés de salvación”. Pero si se le da carácter constitucional, el proceso en su totalidad, queda barrido y a merced de la delincuencia que nunca se podría demostrar. Y aun el propio “interés de salvación” del imputado le impondría su renuncia a ese privilegiado derecho a mentir, sí, como en Estados Unidos se permite la renuncia a los derechos constitucionales. La solución, la ha adoptado —probablemente influido por la doctrina citada— el artículo 167 del Código Procesal militar de 13/4/89.

Además, y sin salir del contexto de la LECRIM, su equilibrado artículo 118 quedaría vacuo.

³³ Cfr. Bobbio, “Sanzione”, a.f., 540.

Podría estimarse este fenómeno, como *una transferencia de la sanción*, admisible en virtud de diversos principios (inexistencia del “interés de salvación” del testigo, el principio *pro reo*, etcétera).

Pero tal transferencia, deja asentada la inexistencia de sanción de garantía del “no decir la verdad”.

[Se dice que ese “deber de decir verdad” y esas “explicaciones sobre claridad, precisión y conformidad con la verdad” de sus respuestas, son inconstitucionales, por producirse contra los principios del “derecho al silencio” (artículos 17,3 y 24, 2 CE) y al de “no declarar contra sí mismos” (artículo 24,2). Esto es debatible en cuanto a si tales derechos son o no renunciables —en Estados Unidos, de donde esta rigidez proviene, posiblemente tras haber viajado hacia allí,³⁴ este “privilegio” es limitado y se puede renunciar a él en un *bargain*, eso es claro,³⁵ cosa en lo que frecuentemente no se cae—; por ese camino, el *mal menor* correctísimo a mi entender, que es el de *plea guilty* de los artículos 655 y 689 y ss. LECRIM también lo será, y llegaría a serlo el auto de sobreseimiento definitivo porque no permitiría que el acusado más tarde desplegase todo su “derecho a la defensa” en el juicio oral y público, esto es, otro derecho constitucional. Estimo que la salida a tal riesgo —aumentado por algunos autores—,³⁶ se corrige, como ellos lo han hecho, mediante la introducción, en la norma sobre esas “exhortaciones a decir verdad” del artículo 387 LECRIM, de unas “advertencias”.³⁷ Lo que ya se ha hecho en el artículo 169 de la Ley orgánica procesal militar (2/1980).³⁸ Y aún entiendo holgada tal “advertencia” si al interrogado se le “habían leído *bien* sus derechos”, como dice el artículo 520,2 LECRIM. Pero más vale tal precaución.]

³⁴ Con procedencia del derecho inglés, eso es claro. Y en Inglaterra, no todo *bargain* es admitido por los jueces. *Cfr.* Hampton, *op. cit.*, ejemplos en pp. 184 y ss.

³⁵ Sobre el *plea bargain* en Estados Unidos, *cfr. infra*.

³⁶ Por ejemplo, el mismo Vázquez Sotelo, *op. cit.*, p. 221.

³⁷ *Cfr.*, *Idem*, p. 220.

³⁸ El artículo 167 de la Ley orgánica procesal militar —no se sabe por qué no se le denomina “código”—, que muestra una fortísima influencia de la LECRIM —lo que nos parece muy bien— dice así:

“El juez, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que los procesados presten cuantas declaraciones resulten convenientes para la averiguación de los hechos. Al procesado se le recibirá la primera declaración dentro del plazo de 24 horas, contado desde la notificación del auto de procesamiento, con la advertencia de que tiene derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, haciendo constar tales extremos en la declaración. En ningún caso se le exigirá juramento o promesa, pero se le exhortará a decir verdad.”

Podría decirse bien, que la norma del artículo 387 LECRIM —sólo en cuanto a ese “decir verdad” —dejando aparte el problema de su inconstitucionalidad posible, ya remediada en la LOPM, que deberá aplicarse analógicamente— es una norma de segundo grado de las que Bobbio fijaba; la cual se ve reforzada por la del artículo 406,2 LECRIM.

En todo caso, he aquí una norma más “sin sanción”.

f) En el derecho mercantil. En derecho mercantil marítimo, basta pensar en las facultades —y aun potestades— del capitán del buque, para ver como posible figuras de autodefensa.

Entre ellas, se halla el “acuerdo”, la “resolución fundada” del capitán, con previa deliberación de la oficialidad y audiencia de los interesados en la carga si se hallaren presentes —que buen recuerdo del Libre del Consolat de Mar— de “hacer los gastos y causar los daños correspondientes a la avería gruesa”. Con estas palabras, el artículo 813 CCom. se refiere nada menos que a una resolución que va a salvar vidas humanas —o a perderlas— y parte de la carga. Se ha de adoptar por escrito (artículo 814). El capitán, dirige la echazón (artículo 815). Toda esta actividad, es de autodefensa clarísima.

De manera análoga la “arribada forzosa”, desvío del buque con respecto al puerto de destino, se resuelve por votación (¿consultiva?). “Se otorgará la arribada al puerto más próximo”. El capitán, tiene voto de calidad. Luego vendrá la declaración de “ilegitimidad” de la arribada judicialmente, pero *in acto*, hay autodefensa.

Y nótese que el capitán interviene en defensa de intereses ajenos. Pero, opera como la legítima defensa de terceros del artículo 8º, 4 CP. Esto se considera como gran aproximación al proceso. “No sólo es altruista (justa) sino que se realiza por un sujeto imparcial e irrecusable, hasta el extremo de que, abstracción hecha del aspecto formal, casi se podría decir que aquél se conduce como juzgador, si bien instantáneo o circunstancial y no permanente” (Alcalá-Zamora Castillo; ref. a la “legítima defensa”).

III. INSTITUCIONES EXTRAPROCESALES DEFENSORAS DE LAS NORMAS SIN SANCIÓN

Y ahora fijemos la atención en que, si se ha hablado de la “autodefensa de la norma”, ello no se puede tomar en sentido propio. Precisa de personas que pongan en acción esos medios de defensa,

entre los que se halla o se busca la sanción. Son los problemas de quién debe defender a una norma sin sanción cuando sea atacada.

Si es posible, y no se trata de una “norma de vértice”, hallar la entidad o persona sancionadoras. Si no es factible, examinar si es asequible en justicia una transferencia de la sanción. O al menos, la declaración de la esfera a la que corresponde imponerla, fijando así su tipo. Política, moral, económica, social. Y recordemos que la apariencia de “actividades sin sanción” —como pueden parecer las del *Ombudsman*, mundo en el que ahora no puedo volver a entrar—³⁹ no supone que realmente falten.

Me estoy limitando ahora, al campo de la autocomposición. Y por lo tanto, aquí, ya quedarán excluidos como medios y personas defensoras de las normas sin sanción, el proceso —especialmente el de las acciones y pretensiones constitutivas— y los tribunales de justicia; medios de heterodefensa calificados, aparte de la autocomposición, que los excluye por definición.

Débase excluir también la jurisdicción voluntaria; la hay ficticia, y puede devenir rápidamente contenciosa (artículo 1817 LEC).

1. Los tribunales. El artículo 2º del Código penal

Tan sólo en el caso de laguna en la ley penal, descubierta por un tribunal (artículo 2 C.P.), este debe, incluso *ex officio* —y de manera evidentemente extrajurisdiccional— “exponer al gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal”. Con lo cual, una situación jurídica estática —la supuestamente delictiva aún no tipificada— quizás incluso sujeta a normas, pero sin sanción, devendría norma (en caso favorable, y de que el gobierno le diera el curso debido); y es de esperar que, con sanción adecuada. Se trataría de actividades normadas “ocultas” —cabe la posibilidad— aunque provocaren en personas o en bienes efectos de un delito, con detrimento de aquéllas, que serían las que destaparían tal “norma” o serie de hechos al ponerla en conocimiento de un tribunal. La actuación moderna de bandas de delincuentes casi perfectamente organizadas, y que llegan a utilizar mecanismos legítimos como instrumentos para su actividad, hace posible la existencia de tales fenómenos.

³⁹ Ya entré alguna vez; cfr. mi libro *El Defensor del Pueblo. Ombudsman*, Centro Est. Constit., 1982 (I) y 1986 (II) y mis *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1982 (III), con trabajos sobre los *ombudsmannen* de Suecia, Finlandia, Israel y sus posibilidades en España e Iberoamérica, *passim*.

2. *El Ministerio Fiscal*

Más bien es posible que fuera el ministerio fiscal, el que, en el desempeño de sus funciones, descubriera y debiera defender alguna norma sin sanción. La del artículo 374 LECRIM, para empezar. La amplia alusión a la defensa por el MF del “interés público o social” (Est.MF, artículo 3, 6) será suficiente para poder hablar de él como posible defensor de las “normas sin sanción”.

3. *El ombudsman*

Tampoco se ve obstáculo decisivo frente a que fuera el *ombudsman* —llamado aquí, sugestiva y engañosamente, defensor del pueblo— el que “sugiriese” al gobierno alguna “modificación de criterios” consistente en el reconocimiento de alguna norma sin sanción que hallare en el curso de sus investigaciones. La relativa falta de forma de tales investigaciones, podría favorecer dichos hallazgos y defensa mediante sus sugerencias.

4. *La costumbre contra la ley*

Y el campo del derecho administrativo —como el civil—, debe ocultar usos y costumbres poco conocidos de quienes no son sus titulares, que, por hallarse ignorados a lo largo y ancho de la geografía de España, o bien por ser “contra ley”, contra norma inadecuada,⁴⁰ carecen de sanción (y por ello se ocultan, pese a ser dignísimos). La costumbre contra ley, es difícil de investigar por los no afectados o interesados en ella.

En otra esfera, aún queda por examinar el fenómeno o figura del contrato, vasta y con facetas interesantísimas aquí

IV. MEDIOS EXTRAPRÓCESALES DE ACTUAR SANCIONES: AUTODEFENSA, AUTOCOMPOSICIÓN

Y el vehículo de defensa de las “normas sin sanción”, o bien resulta ser político —culminando posiblemente en proyectos de ley o pro-

⁴⁰ Cfr. sobre la costumbre —inclusive contra ley— en Aragón, mis trabajos *La Alera foral*, Zaragoza, Inst. Fernando el Católico, 1951, 137; *Para la investigación del derecho procesal vigente en Aragón*, Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1946, *passim*; “Normas procedimentales para un futuro cuerpo de derecho foral aragonés”, en *RDPr.*, Madrid, 1953, *passim*; *Faceries internacionales pirenaicas*, Madrid, Inst. Est. Pol., 1956, pp. 25 y ss.

posiciones de ley o no de ley, o en leyes de destinatario unipersonal— o jurídico, el del proceso y a través del medio más adecuado, que parece sea el de las acciones y pretensiones constitutivas, cuyo carácter cuasijudicial se ha puesto de manifiesto por sus efectos —los de las sentencias— *erga omnes*. Tales pretensiones pueden producirse como consecuencia de una insatisfacción jurídico-material⁴¹ surgida a lo largo de una relación jurídica —o simplemente fáctica— de tal tipo. Mas la insatisfacción jurídica (en materias no penales y *por ahora*) no lleva directamente al proceso. Se puede acudir si la autodefensa, salvo las excepciones que examinamos, está prohibida, a la autocomposición y al arbitraje.

Como medios de autocomposición, se ven, sobre todo, el de la resignación (que en nuestro caso, no conduce a nada), los de la conciliación extraprocesal y procesal, la transacción, el allanamiento, el desistimiento y la renuncia.

1. La conciliación extraprocesal

La conciliación extraprocesal, puede constituir una verdadera autocomposición, si tras el o los actos o negociaciones, se consigue y sigue la situación obtenida adelante sin necesidad ninguna de intervención de tercera persona.

Si intervienen éstas, pueden ser totalmente ajenas a la jurisdicción. “Ciudadanos que se hallen en el pleno disfrute de sus derechos civiles y que sepan leer y escribir” fórmula tradicional española. El papel de la conciliación extraprocesal, si no ha subido de valor, al menos, se ha conocido mejor, posiblemente por una colaboración internacional mayor de los procesalistas. Y con ello, se la ha estudiado más en sus desarrollos.

Si la mencionamos aquí, es como medio de hacer cumplir normas sin sanción, de “crear normas”.

Ello es muy sencillo si tenemos en cuenta que la conciliación de puntos de vista, es la base del contrato. A él me remito. Pero una vez esa “norma de conducta” para entre las partes fijadas, los intervinientes en la conciliación creada, se trataría de saber si se extiende como tal norma (y pese a carecer de sanción) a terceras personas.

⁴¹ Cfr. mi concepto de “satisfacción jurídica” como función del proceso en mis trabajos “El proceso como función de satisfacción jurídica”, *Temas* I, pp. 353 y ss.; “El proceso como satisfacción jurídica”, *La Ley*, Buenos Aires, 5 de agosto de 1968; *Doctrina general del derecho procesal*, cit., I, (III) *passim*.

Omitiendo entrar aquí —y de nuevo lo digo— en el examen del “contrato” como fuente de noticias para nosotros, la fuerza de los contratos para con respecto a terceros,⁴² debe conseguirse por medio de su aproximación al proceso —la homologación judicial de la conciliación— o su penetración en él como un tipo —el proceso de conciliación—. ⁴³ Y en estas condiciones la “conciliación” pasa a constituir un medio de descongestionar al proceso jurisdiccional.⁴⁴ Si deja de constituir una auténtica autocomposición, pasa a tener gran interés, en cuanto que los jueces dotan de perennidad (o pueden hacerlo) a la satisfacción contenida en su sentencia. Aunque así, la primitiva “norma para dos” ganará en consistencia, con respecto a los terceros, fallará, si nos basamos en su naturaleza contractual y aún habrá muchas dificultades si la admitimos como sentencia. Esto es, un juez o tribunal, por intervenir y dirigir un proceso de conciliación —así se les llama— ⁴⁵ no elabora sanciones. Y aún menos, si su intervención es la de simple homologador de la conciliación. Este doble papel es el que se reconoce a los jueces españoles, según el marco de su competencia y el ámbito de la conciliación ante él obtenida el nuevo artículo 476 LEC.

Hemos llegado al umbral del proceso, más en él nos detenemos por ahora. Sigamos con la autodefensa y la autocomposición en otros terrenos.

[En materia administrativa, ya dije, y ahora repito, desde el punto de vista, no de las “normas sin sanción” sino desde el de la autodefensa, que ésta constituye un mecanismo básico de la misma o de las mismas. Los reglamentos internos, llevan disposiciones que se ejecutan sin más coerción que la que emana de ellas. Sólo más tarde, en España, aparece la heterodefensa, bajo la forma del recurso contencioso-administrativo. Una manifestación de las más potentes de la

⁴² Que no es lo mismo que los contratos de prestación a terceros, *cfr.* la obra señera de Hellwig, *Verträge auf Leistung am Dritte*, Deichert, Leipzig, 1899, *passim*.

⁴³ *Cfr.* arg. en Alcalá-Zamora Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, *cit.* (de aquí en adelante, “proceso”), § 49, p. 82.

⁴⁴ *Cfr.* Cappelletti-Garth, “Access to Justice. The worldwide Movement to make rights effective. General Report”, en *Access to Justice*, I (Programa de Florencia), 1978, Milán, Giuffrè, y Alphen an den Rijn, Sijthoff, pp. 61 y ss. Y una no escasa parte del contenido de la obra, debida a grupos de juristas (el programa dejó aparte al proceso penal).

Cfr. también Denti y Vigoriti, “Le rôle de la conciliation comme moyen d’éviter le procès et de résoudre le conflit”, Ponencia General al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Würzburg, 1983; Habscheid, *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, Bielefeld, Giesecking, 1983, pp. 345 y ss.

⁴⁵ *Cfr.* Cappelletti-Garth, *op. cit.*, p. 61.

autodefensa (naturalmente, en beneficio del interés público) de la administración, es su poder de expropiación forzosa, previsto incluso en la Constitución (artículo 33,3).]

2. *Autodefensa, la autocomposición en el derecho laboral: la huelga*

a) En el campo de lo laboral, hay manifestaciones incluso multitudinarias, colectivas de la autodefensa. Se trata de la huelga, reconocida en el artículo 37,2 de la CE. Autodefensa limitada —por la prestación de servicios mínimos, también previstos en la CE— pero no regulada por una Ley de Huelgas, tarea de lo más difícil que pueda existir.⁴⁶ El estudio de la huelga como manifestación de la autodefensa y de su alcance, que puede ser enorme, debe hacerse en profundidad. En la Ley de procedimientos laboral española, que ya ha adquirido estado como “ley buena” —se halla en vigor, fundamentalmente, desde 1908, Ley de Tribunales Industriales y funciona bastante bien, incluso en este tiempo de crisis procesal—⁴⁷ también se hallan manifestaciones de autodefensa, pero procesalizada, como se verá. Y alguna norma sin sanción (las de la defensa técnica).

b) Y para completar esta superficial ojeada, también en el derecho procesal penal hallamos manifestaciones de la autodefensa, al menos en apariencia. Por ejemplo, las de la detención por particulares (artículos 490 y s. LECRIM). (Se trataría en realidad de la asunción privada de una función pública, como la de la “acción popular”).⁴⁸ Pero “salgamos del proceso” de nuevo.

3. *El contrato y el proceso: autodefensa, autocomposición*

El contrato, es un formidable instrumento de autodefensa, y luego, de autocomposición de probable gran antigüedad, y cuyo papel en la evitación de los conflictos debe estudiarse en profundidad.

⁴⁶ Cfr. sobre la huelga, Calamandrei, “Significato costituzionale del diritto di sciopero”, en *Scritti giuridici in onore della CEDAM nel cinquantenario della sua fondazione*, Padua, CEDAM, 1953, II, pp. 52 y ss.; Alcalá-Zamora Castillo, § 21, pp. 42 y ss. Cfr. el R.D. Ley de 4 de marzo de 1977.

⁴⁷ Este juicio, procede del juicio verbal civil —que se sigue hallando en las leyes procesales actuales—, de tipo oral y concentrado, el cual, descende a su vez del tipo de “juicio verbal, para litigios de escasa entidad” que con tanta abundancia aparece en los reinos españoles durante la Edad Media, Cfr. mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, parte I, VI, pp. 71 y ss.

⁴⁸ Cfr. Fairén-Guillén, “Satisfacción”, *cit.*, § 12, pp. 403 y ss.; *Doctrina General*, I (III), 4, pp. 62 y ss.

En efecto, es normal en nuestras sociedades actuales, que las personas contraten; que el contrato —acuerdo— degenere en desacuerdo: de ahí al conflicto, de ahí al litigio y de ahí al proceso para solucionarlo. Este *iter*, tiene también el recíproco: si originariamente hay un conflicto entre personas, éstas le ponen fin por medio de un convenio, de un contrato. Todo dependerá de la entidad de conflicto existente; el que sea o no admisible el arreglarlo por un acuerdo de las voluntades particulares sin intervención superior —judicial, arbitral.

Pero, dadas las cercanías del contrato y de su ruptura, no es de extrañar que, históricamente, estos fenómenos se sucedan o incluso se superpongan. Y que así, hallamos procesos que terminan por contratos y contratos que terminan por proceso. Y que el contrato, en algún caso —me refiero a Roma— tenga tal potencia social, que se introduzca en el proceso, de manera que éste parezca basarse en un contrato (sin olvidar las teorías contractualistas de la sociedad, naturalmente).

Todas estas interferencias, dan lugar a que la autodefensa, arma legítima contractual, pase al proceso; a que el proceso termine incluso por medidas de autocomposición procesalizadas.

Decía Calamandrei:

La prohibición de la autodefensa, tal como existe en los ordenamientos modernos, es el resultado de una larga y trabajosa evolución. En una asociación primitiva, en la que no existía, por encima de los individuos, una autoridad superior capaz de decidir y de imponer su decisión, no se puede pensar, para resolver los conflictos de intereses entre coasociados, más que en dos medios: y en el acuerdo voluntario entre dos interesados, en el contrato, dirigido a establecer amistosamente cuál de los intereses opuestos debería prevalecer, o cuando no se llegase a un acuerdo, en el choque violento entre los interesados ⁴⁹ —autodefensa.

4. Autodefensa y heterodefensa en juicio

Pero la “autodefensa” genuina, la de “defenderse a sí mismo”, tiene una faceta que no se olvida nunca. Esta es la que siempre se discute: la que consiste en defenderse en juicio por sí mismo, sin intervención de otra u otras personas.

⁴⁹ Cfr. Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, EJE, 1962, p. 147.

Alcalá-Zamora Castillo, en un hipotético plano de evolución de la autodefensa ilimitada hacia la razonada, dice que la autodefensa en juicio actual, “no pasa de ser una reminiscencia de la primitiva autodefensa, en que la fuerza física es reemplazada por la fuerza de los razonamientos” (“jurídicos”).⁵⁰

La aparición del patrocinio jurídico por abogados, y su situación actual con respecto a esa “autodefensa”, es tema de enorme importancia.

Trátase de una autodefensa instrumental para y en el proceso y no sobre el fondo de la cuestión. El defenderse por sí mismo o por medio de letrado, no supone el triunfo matemático de la pretensión.

El estudio de este binomio, necesariamente se deja para otro lugar. No se puede despachar semejante tema con ligereza. Él solo, llenaría cursos y cursos completos.⁵¹

Pero no sin recordar que una de las maneras de tratar el sujeto con su defensor, es el del contrato; el contrato de prestación de servicios. Si aludíamos a él como figura elemental, aquí lo vemos de nuevo; esta vez, al servicio del proceso (y de otras figuras humanas sociales).

Y sin olvidar tampoco lo complejo del panorama actual. En tanto que, en materia civil, hay acuerdo universal en cuanto a favorecer la heterodefensa —en este sentido, la defensa técnica—, incrementando los medios de ayuda a los económicamente insuficientes —para qué efugios y circunloquios; mientras el terrible y vergonzoso azote persista, hay que llamarlo por su nombre, que a nadie deshonra: a los pobres—, en lo penal, se ha producido un retroceso y una tendencia incluso a renegar, a prescindir del abogado defensor, en cuanto a determinados delitos —los que corresponden a las llamadas “bandas terroristas”—, en beneficio de la exclusividad de la autodefensa. Indudablemente la motivación es de tipo político y no se oculta.⁵²

⁵⁰ Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, *Proceso...*, § 98, p. 176.

⁵¹ Sobre las actuales direcciones de la organización de la defensa en juicio cfr. por ejemplo —con reservas; no se tienen en cuenta muchas consideraciones de países no representados directamente— Zemans, “Recent trends in the Organization of Legal Services”, en *Effektiver Rechtsschutz*, Würzburg, 1983, pp. 373 y ss.

⁵² Cfr. por ejemplo la obra colectiva dirigida por Grevi, *cit.* en nota núm. 13, *supra*. El fenómeno, de raíz política en gran parte, se produce también en España, con unos caracteres muy semejantes a los que Grevi y los autores de la citada obra describen. Y aquí, *se veía venir* el fenómeno por lo que no somos triunfalistas o inconscientes. Cfr. por ejemplo, mi trabajo “Algunas notas sobre la problemática de la expulsión del acusado de las sesiones del juicio oral”, en *Estudios de derecho*

Y tornando a mirar hacia la sociedad actual, véase que el hombre raramente está desligado de todo contrato. Vive con los contratos.

Ha creado normas de autocomposición para proteger el principio *pacta sunt servanda*. Así, en muchos contratos que afectan a verdaderas masas humanas, aparecen cláusulas —pactos— de fianza por su cumplimiento. La cláusula penal (artículos 1152 y siguientes. CCiv.) aparece como un medio autocompositivo, y el papel secundario del proceso aparece con claridad en el 1154.

5. *El pacto, base del proceso: la litis contestatio romana. Su influencia actual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

El pacto y el contrato, relevándose, aparecen como una de las claves de la civilización de las relaciones entre litigantes —en sentido lato—, al ir sustituyendo paulatinamente a la autodefensa y en su lugar, hacer aparecer un tipo de heterodefensa, de manera no individual, sino de toda una ciudad.

Me refiero a la aparición de un tipo de “proceso”, del que aún se discute si estaba o no fundado en un primitivo arbitraje —en el pacto *receptum arbitris*—. ⁵³ Lo que nos trae de nuevo al “pacto” como fenómeno de sustitución de dicha autodefensa.

En Roma, ésta, fue admitida muy ampliamente “como reacción contra las aplicaciones ilegales de poder”. ⁵⁴

Y a través de la evolución de Roma, parece claro que el Estado, en su desarrollo progresivo, “se apropiase de la función arbitral privada”, articulando la autodefensa mediante un rito obligatorio para las partes. ⁵⁵

Y así, pero ya en la época imperial, se fija la prohibición de la autodefensa, la cual solamente puede ejercitarse por la legitimidad de la reacción (“*vim enim, vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt*”, D, XI, 2, 45, § 4).

Más este *iter*, se desarrollaba al compás, o casi de manera inversa al desarrollo de los *pacta*, de grande influencia en la sustitución de la autodefensa directa, “civilizándola” así.

procesal civil, penal y constitucional, Madrid, EDESA, II (1984), pp. 377 y ss. No se me hizo el menor caso.

⁵³ Cfr. La Pira, *Compromissum e litis contestatio*, en *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, Palermo, 1936, II, pp. 189 y ss.; Bonifacio, “Patti (Storia)”, en *NSSDI*, § 4, p. 485.

⁵⁴ Cfr. Luzzatto, “Von den Selbsthilfe zum römisches Prozess” en *ZSSR (RA)*, Weimar, 1956, LXXIII, p. 35.

⁵⁵ Cfr. Luzzatto, *op. cit.*, p. 47.

El pacto,⁵⁶ como el *pacere*, se remiten a un acuerdo, el cual se refiere siempre, en sus muy variadas acepciones, a una *conventio* o acuerdo (*cfr. infra*); mas la *conventio* gana terreno, y el *pactum* si no se estrecha, sí que ha de coexistir con otras figuras.⁵⁷

El *pactum*, ocupó una posición contrapuesta al *contractus* desde el punto de vista de su defensa procesal. En tanto que la vulneración del *contractus* originaba una *actio*, la del *pactum*, en su caso, tan sólo la de una *exceptio*, la *exceptio pacti conventi*.⁵⁸

Los pactos, adquirieron valor jurídico muy considerable. En el Edicto (7,7, D., *de pactis*, 2, 14) "*pacta conventa... servabo*" se admiten todos ellos salvo que contengan *dolo malo*, sean *adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum* o *fraus*. El pretor los protegerá.

Y en materia penal, hallamos muy interesantes aplicaciones de la sustitución de la autodefensa taliónica, por un *pactum*, en las XII Tablas.

Se trataba de las consecuencias del muy vasto y aun confuso delito de *iniuria*.⁵⁹ Una de sus manifestaciones, la de la ruptura de un miembro, admitía un cambio de la pena taliónica por una composición pacticia (*si membrum rupsit nisi cum eo pacit, talio esto*" VIII, 2). El acuerdo entre la parte lesionada y el ofensor, por medio de un *pactum* evitaba o ponía fin a un procedimiento.⁶⁰

También aparecía el *pactum* como sustitutivo, con respecto al delito de hurto: "...*si de furto pacisti lex permittit*", (17,4, D., *de pactis*, 2, 14).

La venganza privada originaria —autodefensa bruta— se sustituía así por una compensación de tipo pecuniario; de aquí nacían las obligaciones *ex delicto*,⁶¹ a conservar *iure civile*, por lo menos en los casos de *iniuria* y *furto* (*fr. cit.*).

⁵⁶ La voz *pactum*, como el verbo *pacere*, como la voz de origen indoeuropeo *pak*, en origen, indicaban más que la cesación de una situación de hostilidad, la actividad de quien, por vía convencional, determinaba una no-beligerancia. *Pactum* no pierde el sentido de "límite (modo) de impostación de una relación", acentuando el momento "activo" de la constitución de equilibrios. *Cfr.* G. Melillo, "Patti (Storia)", *Enciclopedia del Diritto* (Enc. Dir.), § 2, p. 480.

⁵⁷ *Cfr.* Burdese, "Patto (Diritto Romano)", en *NssDI*, § 7, p. 708.

⁵⁸ *Cfr.* Melillo, *op. cit.*, § 2; Jörs-Kunkel, *Derecho privado romano*, Barcelona, Labor, 1936, § 117, 2 y 3, pp. 268 y ss., trad. esp. Prieto Castro.

⁵⁹ *Cfr.* Fuentesea, *Historia del derecho romano*, Madrid, Europa Artes Gráficas, 1987, pp. 98 y ss.

⁶⁰ *Cfr.* Fuentesea, *op. cit.*, p. 99; Melillo, "Patti", *op. cit.*, § 2, p. 481; Burdese, "Patto", *cit.*, § 2, p. 708.

⁶¹ *Cfr.* Fuentesea, *op. cit.*, p. 99.

Nos aproxima al terreno del proceso, la extensión de los *pacta praetoria*; si no a éste,⁶² al menos al paraproceso que es el arbitraje, por medio del *receptus arbitrum* y del *compromissum*.⁶³

Si parece claro que la *exceptio pacti conventi*, ya relacionaba con el proceso propiamente dicho, puesto que podría ser opuesta y constar en la fórmula sobre la que se produciría la *litis contestatio*, pudiéndose llegar a una sentencia absolutoria;⁶⁴ la aparición de *pacta adjecta* a los contratos, llevaba consigo *actiones stricti iuris* expresamente contenidas en el título contractual, que eran tuteladas por las *actiones* que amparaban al mismo *contractus*.⁶⁵ Entre los *pacta praetoria*, se hallaban los ya citados y claves del arbitraje, de *compromissum* y *receptum*, en las *conventiones legitimas*, aparecían las *actiones*;⁶⁶ y entre ellas, el *compromissum*, en el derecho justiniano, con figura de perseguibilidad con una *condictio ex lege*, a quien no hubiese tenido ni hecho honor al *pactum de non petendo*, yendo así al arbitraje en lugar de ir al proceso.⁶⁷

Punto central dialéctico entre *pactum* y *contractus*, lo ocupan las *conventiones* (siglos II y III, def. de Ulpiano, D, 2, 14, I, 3, 4 ad. Ed.) como elementos de fondo de cualquier figura negocial, sea pacto o contrato, ya que sin *consensus* no hay obligación. El *convenire*, por el que los pactos tendentes a una justa *causa*, asumen, si no el nombre, sí la regulación del contrato.⁶⁸

⁶² Como lo pretende La Pira, *op. cit. supra* nota núm. 53.

⁶³ Cfr. Melillo, *op. cit.*, § 4, pp. 482 y ss.

⁶⁴ Cfr. Burdese, "Patto", § 5, p. 709.

⁶⁵ Cfr. Melillo, § 7, p. 490; Jörs-Kunkel, § 117,3, p. 271.

⁶⁶ D. 2, 14, 6 (Paul.) 3 ad. ed.; *Legitima conventio est qua lege aliqua confirmatur; ei ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur*. El nombre de *pacta legitima*, "no era muy propio" (Jörs-Kunkel, *op. cit.*, § 117,3, p. 271).

⁶⁷ Cfr. Melillo, § 5, pp. 488 y ss.

⁶⁸ Cfr. Melillo, § 10, p. 493; Jörs-Kunkel, § 117, 3.a.f., p. 271. La amplitud de lo pacticio en el Reino de Aragón del siglo XVI, hace pensar en que se recibió esta influencia romanística sobre la amplitud de los *pacta* (recuérdese el principio pretorio *pacta conventa...servabo*). Decía Del Molino:

"*Pactum contra naturam contractus tenet in Aragonia secundum foristas antiquos. Quia omne pactum tenet in Aragonia, a est servandum inter partes; vel contra ius naturale, ut in observ. item iudex de fide instrumentorum* (Es la 1ª del Libro III de la recopil. de 1437), fol. 13 item *quia de foro stamus cartas*".

(Cfr. Miguel del Molino, *Repertorium Fororum et Observantiarum Regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii Justitiae Aragonum practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis*, 3ª ed., completada por Joannem Michaellem Pérez de Bordaiva, Zaragoza, imp. Dominici à Portonariis, 1585, voz "Pactum", fol. 247 vto. 2ª col.).

Se tiende a una homogeneización de *pactum* y *contractus*: éstos proliferan, pero los primeros, conservan el enorme ámbito del Ed. “*pacta conventa servabo*”; y en el siglo III se comprueban remedios pretorios que afirman varias *actiones* nacidas de tal Edicto⁶⁹ (*recepta*, etcétera).

Recordemos aquí, aún en Roma, los *nuda pacta*, negocios que ni son contratos, por falta de *causa*, ni *pacta adjecta* o *conventiones legitimaes*; esto es, no producen *actiones*, y sí solo la *exceptio* derivada de edicto *pacta conventa servabo*.⁷⁰

Recordemos el valor del *pacta sunt servanda*, de la Iglesia medieval “en los límites de la ética y de la jurisdicción eclesiástica”.⁷¹ (Los Glosadores, comenzaron por respetar la distinción entre contrato y pacto. Mas Azon, ve al *pactum* (*conventio*) como un *genus*, del cual el contrato es una especie, con capacidad para crear *actiones* (el *pactum vestitum*). Con esa doctrina del “vestido de los pactos”, se pasa fácilmente a los contratos. El *nudum pactum*, *vestitum*, deviene *contractus*. Este *iter*, se percibe muy claramente en Del Molino:

“*Ex pacto nudo, seu promissione nuda non oritur actio de foro, nisi tale pactum fuerit vestitum in coherentia contractus, vel causa aliqua iusta, vel propter servitium aliquod fuisset, facta talis promissio*”.⁷²

(En materia de derecho de gentes, el *pactum* y la *conventio* —al menos, en cuanto terminología— desbancan al *contractus*. Así lo vemos en el iusnaturalista Vattel: “pacto” se utiliza como sinónimo de “tratado” pero también con mucha mayor amplitud, de consensualismo social,⁷³ la expresión *contrato* aparece como multívoca, pero no muy utilizada).⁷⁴

⁶⁹ Cfr. Méllilo, § 9, 492; Burdese, sobre los términos *conventio* y *contractus*, fr. 7, pr.-4, D, de *pactis*, 2, 14, en “Patto”, § 7, 710.

⁷⁰ Cfr. Méllilo, § 7, 491; Jöas-Kunkel, § 117, 3, 271 a.f.

⁷¹ Cfr. Méllilo, § 11, 493. En el reino de Aragón, el principio *pacta sunt servanda*, era (y sigue siendo, en lo que resta) uno de los pilares básicos del ordenamiento jurídico. Cfr. “De equo vulnerato”, primera del libro I de la recop. de 1437 y la doctrina elaborada sobre el principio *standum est chartae*.

Y para Castilla, cfr. por ejemplo, la Glosa a la ley XXIII, título X, partida III.

⁷² Cfr. Del Molino, *Repertorium*... , cit., voz. “Pactum”, fol. 248, 1ª col., sobre los *pacta adjecta* (mejor, la doctrina de la “vestimenta de los pactos”).

⁷³ Cfr. Vattel, “El derecho de gentes, o Principios de la Ley Natural, aplicados a la conducta; y a los negocios de las naciones y de los soberanos”, trad. española de D. Lucas Miguel Otareña, Madrid, Ibarra, 1822.

(Entre otras cuestiones de extremado interés, trata Vattel de la autodefensa en estado de necesidad (el caso del capitán Bontekoe, t. II, libro II, cap. IX, CXIX, pp. 110 y s.).

⁷⁴ Habla de “pactos”, “ajustes”, “convenios”, “tratados”, y en menos ocasiones,

Esta excursión por los *pacta*, debe devolvernos a su punto de partida, a Roma, ya que allí hallamos un tipo de proceso, predominantemente, el de la República en el que su clave —*lapis angularis* se la ha llamado durante siglos— era la *litis contestatio*, que toda una tendencia de entre los romanistas califica de contrato⁷⁵ formal. Esta tesis ha sido muy discutida.⁷⁶ Pero no obstante, siempre queda un sentido de “acuerdo” en dicho acto o actos; de consenso de las partes, aunque se hallen ya ante el pretor.⁷⁷

Lo que sí ocurrió en Roma, con su evolución, fue un cambio de circunstancias en el que la voluntad del *princeps* era lo fundamental para justificar el proceso. El proceso imperial —la *cognitio extra ordinem*— ya no tenía efectivamente su base en esa *litis contestatio*, cuyos anteriores efectos, se habían diseminado por otros “momentos” del trámite.⁷⁸ Su empeño en buscar “un momento ideal” en donde introducir esa *litis contestatio* ya sin función, fue incluso calificado de “romántico”.⁷⁹

de “contratos” (por ejemplo, “De los contratos privados del soberano”, libro II, cap. XIV, CCXIII, pp. 217 y ss.). De la *juxta causa* de los tratados, habla en muchas ocasiones.

⁷⁵ Cfr. Wlassak, “Die Litiskontestation im Formularprozess” en la *Festschrift zum Doktor-Jubiläum des Prof. Wind Schelds* Leipzig, 1889, pp. 55 y ss.; “Praescriptio und bedingter Prozess”, en *ZSSR* (RA), XXXIII, pp. 92 y ss.; Wenger, *Compendio de derecho procesal civil romano*, 2ª ed., apéndice al *Derecho privado romano* de Jörs-Kunkel, trad. esp. cit., § 13, p. 529; *Istituzioni di Diritto Processuale civile romano*, 2ª ed., Milán, 1838, pp. 170 y ss., trad. it. Orestano.

⁷⁶ Por ejemplo, Biscardi, *Lezioni sul processo romano antico e moderno*, Turín, Giappichelli, 1967, cap. II, “La tesi del Wlassak sulla *litis contestatio* è la reazioni critiche della dottrina”, pp. 26 y ss.; Bonifacio, *Studi sul processo formulare romano. I translatii Iudicii*, Nápoles, Jovene, 1956, cap. II, pp. 26 y ss.; el mismo “*Litis contestatio*”, *NssDI*, § 1, pp. 973 y ss.

⁷⁷ Cfr. Mazzacane, *La litis contestatio nel processo civile canonico*, Nápoles, Jovene, 1954, caps. I y II, y bibl. allí cit.

⁷⁸ Cfr. sobre estos cambios de impostación del proceso romano en relación con caracteres políticos o de repercusión política en la evolución de la urbe, arg. Riccobono, *Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del ius novum*, en *Révue Internationale des Droits de l'Antiquité* (Mélanges Fernand Viesscher), Bruselas, 1949 (II), t. III, pp. 281 y ss.; Orestano, “Augusto e la *cognitio extra ordinem*”, sep. de los *Studi Economico-Giuridici della Reale Università di Cagliari*, XXVI, 1938 (Milán), pp. 31 y ss.; Álvarez Suárez, “La jurisprudencia romana en la hora presente”, Discurso de ingreso en la Real Academia Española, Madrid, 1966, pp. 119 y ss.; Fuenteseca, *op. cit.*, cap. XIII y ss., pp. 229 y ss. En cuanto a la “difusión” de los efectos de la l.c. a través del procedimiento, cfr. por todos, Bonifacio, resumen en “*Litis contestatio*”, *cit.*, *NssDI*, a.f.; y mi monografía *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (contra la doctrina de la litis contestatio)*, ed. Bosch, Barcelona, 1950, cap. II y ss., pp. 43 y ss.; también la voz “Desistimiento”, en la *NEJES*.

⁷⁹ Cfr. Pringsheim, “Die archaische Tendenz Justinians”, en *Studi in onore*

Pero un defectuoso estudio de las fuentes romanas, a lo largo de la Edad Media —y durante el Renacimiento jurídico— hizo que la *litis contestatio* como contrato, deviniera un verdadero mito, un mito jurídico.⁸⁰ La *Constitution Tanta* de Justiniano, pudo tener que ver con el error en la visión de los Glosadores, ya que siguieron a la letra dicha regla;⁸¹ esto es, en una interpretación plana del *Corpus*, en el que había materiales de diversas épocas. Ello hizo que la *litis contestatio*, considerada como la *lapis angularis totius iudicii* (Baldo) (Glosa 1ª a la ley III, título X, partida III; glosa 4ª, a la ley VIII *idem*)⁸² triunfase sobre el proceso civil de toda Europa.⁸³ De ahí, ese pretendido carácter “contractual” del mismo, cuando atenta mirada al panorama político medieval o de la Edad Moderna —por ejemplo, del absolutismo estatal— podían haber indicado que no se trataba de un contrato, sino que era ya la soberanía estatal la que imponía el proceso.⁸⁴

di Pietro Bonfantg, Milán, Giuffrè, 1930, I, pp. 551 y ss.; D'Ors Pérez, “La actitud legislativa del Emperador Justiniano” en *Orientalia Christiana Periodica*, Roma, XIII, (1-2), 1947, pp. 119 y ss. y esp. pp. 122 y ss.

⁸⁰ Sobre este punto, *cfr.* mis trabajos “Una perspectiva histórica del proceso: la *litis contestatio* y sus consecuencias”, comunicación al I Congreso Internazionale di Diritto Processuale Civile (Florencia, 1950), CEDAM, Padua, 1952, y “Proceso, procedimiento y mito jurídico”, en vol. Homenaje al profesor J. Goldschmidt, de la *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1951. Y, naturalmente, Santi Romano, “Mitología Giuridica”, en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, Giuffrè, 1ª ed., 1947, pp. 126 y ss.

⁸¹ *Cfr.* Albertario, “Litis contestata, controversia mota”, en *Studi di diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1946, IV, 269; Perozzi, “Dell'antica e dell'odierna maniera di considerare e di studiare il Corpus Juris nei riguardi della dogmatica”, en *Scritti Giuridici*, Milán, 1948, III, pp. 598 y ss.; *Cfr.* mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (los defectos en la recepción del derecho procesal común; sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, Barcelona, ed. Bosch, 1953, esp. pp. 31 y ss. y *bibl. cit.* y “El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje: sus posibilidades”, en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Edersa, I (1983), pp. 193 y ss., I parte.

⁸² *Cfr.* estas glosas, en la ed. de *Las Partidas* de Juan Hafrey, Madrid, 1611. En Aragón, sobre la l.c. —concertada por la demanda y contestación del reo, del *conventus*—, *cfr.* el fuero (I) “De litis contestatione”, Monzón, 1390, libro III de la *Recop.* de 1552.

Y nótese (Observancia 2ª “De litis contestatione”, libro II de la *Recop.* de 1437) que también existía en el proceso penal.

⁸³ *Cfr.* *Juicio ordinario y los plenarios rápidos*, I parte, *passim*.

⁸⁴ *Cfr.* la crítica ya clásica frente a la doctrina del proceso como contrato en Guasp, “Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil”, I, Madrid, Aguilar, 1943, pp. 17 y s.; Alcalá-Zamora Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª ed., México, UNAM, 1970, §§ 70 y ss., pp. 121 y ss.

La doctrina contractual del proceso, debía ser aherrojada a la historia por los mismos romanistas: por los de la Escuela de Savigny, más o menos directamente,⁸⁵ y salvo para algunas sentencias del T.S. español, de que se hablará.

Pero ya había aparecido, la doctrina del proceso como “cuasi-contrato” —otra nueva derivación de concepciones ya muy erróneas de la l.c.—, arrastrada por autores de gran recepción —por ejemplo, Heineccio,⁸⁶ más tarde, en España, Vicente y Caravantes,⁸⁷ y ya sobre la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 aún vigente— Reus.⁸⁸

Esta concepción, es tan errónea como su parienta. Los vínculos procesales, no derivan de la simple voluntad presunta de una de las partes; si falta en el proceso moderno un acuerdo de voluntades como fuente de las posibilidades y cargas que allí aparecen, aún más

⁸⁵ Recuérdese a autores como Bulow, Kohler, Degenkolb, Stein, Hellukic, etcétera.

⁸⁶ “Porque con la contestación del pleito se verifica un cuasicontrato y se hace novación; de suerte que se da contra los herederos la acción del juicio, el cual dimana de cuasicontrato. En el día se hace la contestación del pleito por la petición del actor y la contradicción del reo; antiguamente donde se señalaba juez y asistían los testigos se decía que había contestación del juicio”. V. a Heineccio, *Penal tit. de iudic.* § 5, 41 y s.

Esto es: la *litis contestatio* con el nombre de cuasicontrato.

Cfr. Vicente, José, *Elementos de derecho romano según el orden de las instituciones. por J. Helneccio*, Madrid, imp. de Sanz y Sanz, 1842, pp. 310 y ss, nota al 1038 del texto.

⁸⁷ Cfr. también Asso y Manuel, *Instituciones del derecho civil de Castilla que escribieron los doctores... enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la Real orden de 5 de octubre de 1802* (uno de los tirocinios más sensatos de la época), por el doctor don Joaquín María Palacio, etcétera, 7ª ed., Madrid, imp. de D. Tomás Alban, 1806, t. II, p. 141.

Pero débese citar también a Vicente y Caravantes, autor muy celebrado en España e Iberoamérica, en su *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, imp. Gaspar y Roig, t. II, 1956, 149: “porque la contestación produce un cuasicontrato mutuo entre los litigantes” (con cita de la ley II, tit. X, partida III, exponente de la l.c. en Castilla).

⁸⁸ Cfr. Reus, *Ley de enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881*, Madrid, t. I, imp. de la Revista de Legislación, p. 420:

“Interpretaron bien el alcance de la contestación Baldo y Gregorio López al llamarla *lapis angularis et fundamentum iudicii*. Los efectos que la contestación produce, son los siguientes. 1. Fija los términos del litigio, estableciendo entre actor y demandado una especie de cuasicontrato, cuyas cláusulas obligan a ambos. La fuerza de este cuasicontrato alcanza hasta a impedir que los litigantes varíen o muden, si sobre ello no hay acuerdo, la base sobre que discuten y ventilan sus respectivos derechos...”

De nuevo “el cuasicontrato” de *litis contestatio*.

Cfr. más obras españolas que admiten la doctrina del proceso basado en la *litis contestatio* en *Desistimiento y su bilateralidad en primera instancia*, pp. 29 y s.

falta con base de una sola voluntad “presunta o tácita”.⁸⁹ No obstante, esta doctrina fue largamente acogida por el Tribunal Supremo español, de manera un tanto incomprensible. Pero a la larga serie de sentencias que consideran al proceso civil como un cuasicontrato,⁹⁰ se unen otras que vuelven a la tesis contractual. Así, la sentencia (Sala I) de 10 de diciembre de 1979, dice que

“Perfeccionado el contrato de *“litis contestatio”* por el escrito de contestación a la demanda que ha de formularse en los mismos términos que aquélla. . .” (*Repertorio Aranzadi*, 4122).

Bien es verdad que este alto tribunal, ha pasado por otras doctrinas sobre la naturaleza del proceso y de las vinculaciones de las partes a él, como la de la “difamación judicial”, de mi modesta autoría,⁹¹ aunque de manera un tanto desordenada, admite otras concepciones

⁸⁹ “La caracterización del proceso como un cuasicontrato: “cuasicontrato de litis”, incide en el mismo error fundamental que la concepción contractual. . . : es absolutamente inadecuada la consideración de la voluntad presunta o tácita de las partes o de la simple voluntad de una de ellas como fuente de los vínculos procesales. Tales vínculos traen su origen de una noción de tipo más general: la sumisión de todos los súbditos de un país al poder público del mismo y a su ordenamiento jurídico; el consentimiento de los particulares no juega ningún papel aquí, como tampoco en la producción de la fuerza obligatoria de una ley o de una decisión administrativa. . .” *Cfr. Guasp, Comentarios cit.*, I, 18 s.

Y aún más lejos estaremos sin mantenemos que la *Einlassung* no es por motivo de una “obligación procesal”, sino de una carga, según la doctrina de J. Goldschmidt.

⁹⁰ Sentencias sobre el “cuasicontrato” procesal, del TS, de 11 de julio de 1890, de 17 de octubre de 1892, de 13 de noviembre de 1867, de 5 de diciembre de 1891, de 8 de marzo de 1916, de 17 de enero y 10 de marzo de 1920, de 3 de marzo de 1931, de 9 de abril de 1932, de 13 de febrero de 1933, de 20 de enero de 1934, etcétera. *Cfr. comentarios en Desistimiento. . . , cit.*, pp. 30 y ss.

⁹¹ En 1947, elaboré una juvenil teoría sobre la “difamación judicial”, como clave de la bilateralidad del desistimiento, cuyo original presenté a las oposiciones a las Cátedras de Derecho Procesal de Santiago y La Laguna. Aún inédita la monografía, fue citada *in extenso* por el jurista que se encargaba de comentar las sentencias del Tribunal Supremo en la *Revista de Derecho Privado* que resultó ser Magistrado de dicho alto tribunal don Manuel de la Plaza, a propósito de la sentencia de 4 de noviembre de 1948 (V. esta revista, núm. de febrero de 1949, pp. 127 y s.).

Se publicó mi monografía citada y mi voz “Desistimiento”, en *NCJES* —y algún trabajo más.

El Tribunal Supremo, *latinizó* mi concepto, y lo aplicó, para justificar la bilateralidad del desistimiento (y no la *litis contestatio*) en sus sentencias de 6 de noviembre de 1956, de 8 de enero de 1958 y de 29 de enero de 1963. Después, ha tornado a las concepciones contractual o cuasicontractual del proceso y a la primera en su sentencia de 9 de junio de 1986. Sobre esta última, *cfr. Calvo Sánchez, “El Tribunal Supremo y su postura ante la bilateralidad del desistimiento”, en La Ley. Repertorio*, Madrid, 1987-I, pp. 1049 y ss.

(la “vinculación”, la misma “relación jurídica procesal”, la “difamación judicial”).⁹²

La doctrina contractual del proceso, que la doctrina procesal estimaba ya abatida en España, despunta, pues, de vez en cuando. Y quienes la utilizan, desconocen que los presupuestos básicos del proceso moderno, con su base en una potestad jurisdiccional, emanada de la soberanía del Estado, *prior* y *posterior* del mismo, sin que se tenga en cuenta la voluntad de los ciudadanos, que subyacen a toda la ordenación por ser tales, súbditos de un Estado, se oponen al viejo contractualismo romano. Las ideas del *imperium* estatal lo han ahogado.

6. *El retorno al pacto en lo procesal (interno). La “civilización” del proceso penal. La negociación del ministerio público y del imputado sobre la pena en Estados Unidos: el plea bargaining. Su penetración en la LECRIM española*

Pero, apenas el “contrato” es expulsado del terreno del proceso por la puerta, se nos introduce por la ventana. Y perdónese la figura retórica.

En efecto, el viejo contractualismo, dejó profundas huellas en el derecho procesal. El renacimiento de los “derechos fundamentales del ciudadano”, contribuyó en no poco. Las modernas constituciones, incluyendo una tabla de los derechos fundamentales procesales, e inspiradas a veces en la doctrina rousseauiana, o en otras paralelas —las del viejo y fuerte Estado anglosajón de Inglaterra, con una Corona superior e igualdad ciudadana—, han favorecido esta persistencia o estos nuevos desarrollos.

Desde la época de la Revolución francesa, en nuestro campo, se marcan dos grandes corrientes mundiales: la de la “civilización del proceso penal” y la de la “penalización del proceso civil”.⁹³ Se trata de los dos movimientos clásicos de la oscilación entre el “proceso isonómico o simétrico” y el “proceso asimétrico o lógico”.⁹⁴

⁹² Cfr. la nota anterior y mi libro “El desistimiento”, esp. caps. VI y VII, pp. 103 y ss.

⁹³ Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, “Liberalismo y autoritarismo en el proceso”. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1974, II, pp. 245 y ss. y esp. 282 y ss.

⁹⁴ Cfr. Giuliani, “L’Ordo Iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)”, en *Riv. Dir. Proc.*, 1988, 3, pp. 598 y ss.

Esto es: en el proceso civil, se dibuja un movimiento legislativo desde el sistema y principio dispositivos⁹⁵ hacia el oficial —o inquisitivo, o autoritario—. ⁹⁶ Y en el proceso penal, y a partir de la Revolución francesa,⁹⁷ se marca un claro retroceso del sistema inquisitivo y avance del acusatorio. Aparece el “sistema mixto”, y el acusatorio, aunque con impurezas —una de ellas, la acusación por el Ministerio Fiscal o Público y en pocos países por los ciudadanos: solamente en España y en Inglaterra— gana terreno. La investigación, la inquisición, siempre necesaria en un proceso penal —y dejemos de pensar en la merecida mala fama de la expresión “inquisición”, mas debida a los procesos inquisitoriales españoles que a los franceses o alemanes—,⁹⁸ se extrae del mismo, y se coloca bajo la simple autoridad de la policía y del mismo fiscal. Y así se dice “que ha triunfado el sistema acusatorio”, lo que no es cierto. Tan poco cierto como que quepa un proceso penal “sin instrucción”, esto es, sin juicios valorativos previos derivados de una investigación sobre los hechos.⁹⁹ Otra cosa es que tales actividades se entreguen a otra persona, juez de instrucción, fiscal, policía, etcétera, que no debe participar en la elaboración inmediata de la sentencia¹⁰⁰

⁹⁵ Cfr. mi concepción de ambos en *Doctrina general del derecho procesal*, XII, (III), 1, pp. 388 y ss. Se hace eco de la de Carnacini “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”, en *Studi in onore di Enrico Redenti*, CEDAM, Padua, 1951, II, pp. 693 y ss. y ahora, Nicoletti, “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo: permanenza e attualità di una dottrina”, en *Studi in onore di Tito Carnacini*, Giuffrè, Milán, 1984, II-1º pp.

⁹⁶ Estas distinciones, nada tienen que ver con las ideas políticas sobre los Estados totalitarios o liberales.

⁹⁷ En el Reino de Aragón, el sistema acusatorio predomina hasta el tercer tercio del siglo XVI. Es la revuelta en torno a Antonio Pérez lo que hace triunfar el sistema inquisitivo de Felipe II. Cfr. mis trabajos sobre el tema, esp. *habeas corpus* y “Manifestación” en *Estudios cit.*, I (1983), pp. 313 y ss.; y *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, UNAM, México, 1971.

⁹⁸ Recuérdesse a Carpzovius, Benedikt, y a su obra *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium* (Wittengerg, 1635) —el juez inquisitorial de las 20,000 sentencias de muerte— y también autor de una *Jurisprudentia forensis* (sobre 1660, cfr. *supra*, sobre el “juicio sumario indeterminado”), del escabinado de Leipzig y profesor de su Universidad. El tipo procesal que describió, alcanzó tal “popularidad” (?) que el tipo de proceso inquisitivo sajón, se llamó “Proceso de Carpzovius”, proceso muy severo y cruel. Cfr. por ejemplo, August von Kries, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Freiburg i.Br., 1892, Mohr, pp. 37 y ss.; Biener, *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte*, Aalen, Scientia Verlag, 1965, pp. 57 y ss.

⁹⁹ Esto significaría algo así como “admitir el proceso sin pensar”, irracional.

¹⁰⁰ Se ha denunciado desde hace muchísimos años, la incompatibilidad entre las funciones de “investigar, instruir” y la de “juzgar” (pese a que esa investigación esté llena de juicios parciales, de evolución de la misma). Decía Carnelutti

Pues bien, en esta situación, nos hacemos cargo, en Europa, de un sistema “procesal” procedente de Estados Unidos, llamado el del *plea bargaining*, el del “negociar”.

“Negociar” sobre la entidad de la pena a imponerse, entre el ministerio público y el sujeto pasivo, prescindiendo del juicio por jurados, que es el previsto en la Constitución (artículo 3, sección 2, § 3; enmiendas V y VI).

Tan grave renuncia, que comenzó a producirse de un modo casi “oculto”,¹⁰¹ “bajo la mesa” y hasta 1968 no se “hizo pública”. Hoy día, sobre el 90% de los casos, no llegan al jurado.¹⁰²

Se trata de una renuncia a una serie de “privilegios constitucionales”,¹⁰³ y consiste en lo que Richard M. Daley describe así:

“Si bien la Constitución garantiza al imputado el derecho a ser juzgado por un Jurado, competente para declarar la culpabilidad o la inocencia, y lo protege contra el peligro de la autoincriminación, el que es acusado de un grave delito (*felony*), prefiere usualmente declararse culpable del delito prevenido o de una imputación menos grave, mejor que reclamar el debate ante el jurado (lo que sucede en una relación de 10 a 1).¹⁰⁴ El hecho de que la mayor parte de

sobre “la investigación”, que “es un trabajo psíquico y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el éxito de aquella; pero tal disposición de ánimo, si bien favorece a la investigación, perjudica a la valoración; mejor que los resultados de la propia investigación se valoran los resultados de la investigación de otro. Todo juicio, realmente, implica tanto la investigación como la valoración; también juzga el acusador después de haber investigado; indaga el juez también antes de valorar los indicios, las investigaciones, los interrogatorios practicados incluso por él mismo..... pero sin embargo, prevalece en la actividad de uno el momento de la investigación, y en la del otro, el momento de la valoración...”. Cfr. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1949, II, pp. 180 y ss.

Y cfr. mi trabajo “La imparcialidad o parcialidad del juez de instrucción penal” (sobre la reforma procesal de 1988 y ss.) en *Tapia*, dic. 1988, pp. 5 y ss. y bibl. allí citada.

¹⁰¹ En Inglaterra, hay *bargaining* no admitidos por los jueces. Cfr. por ejemplo en Hampton, *op. cit.*, pp. 184 y ss.

Cfr. Jeff Brown, “Meriti e limiti del patteggiamento”, *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milán, Giuffrè, 1988, pp. 131 y ss.

¹⁰² Cfr. estadísticas U.S.A. en Richard N. Daley, “Il *plea bargaining*: uno strumento di giustizia senza dibattimento”, en *op. cit.*, *supra*, pp. 157 y ss.

¹⁰³ Muchos de los de las Enmiendas V y VI a la Constitución. Cfr. Brown, Daley, *op. cit.*, *passim*; De Feo, Michael, “La fase dibattimentale”, en *op. cit.*, *supra* nota 101, pp. 181 y ss.; Milton Heumann, *plea bargaining. The experiences of Prosecutors, Judges and Defense Attorneys*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1978, pp. 13 y ss.

¹⁰⁴ Daley, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

las penas sea infligida como consecuencia de un *plea guilty*, en lugar de serlo en virtud de un veredicto o de una condena a seguida del debate, ha suscitado en el país en los últimos veinte años un encendido debate sobre la naturaleza y la oportunidad de mantener el mecanismo procesal sobre la declaración de culpabilidad, haciendo foco de la discusión, sobre todo, sobre las modalidades de acuerdo con las cuales, tal culpabilidad se declara durante el procedimiento de negociar (*plea bargaining*).¹⁰⁵

Se trata de un convenio muy claro. El imputado, renuncia a la garantía del juicio ante el jurado, con defensa formal y las de la VI enmienda ("derecho a un juicio rápido y público, por un jurado imparcial. . . ; a que se le caree con los testigos que declaren en contra suya; a que se obligue a declarar a los testigos que cite en su favor y a tener un abogado que lo defienda"; pero, sobre todo, a los inmediatamente relacionados con el "juicio ante el jurado"), y el fiscal, *prosecutor*, le promete un particular trato de favor.¹⁰⁶ El juez, debe aceptar ese pacto, escrito constituido por un *agreement*.¹⁰⁷

Y esto, este *negociar*, se practica incluso en los casos de delitos gravísimos, que se penarían con la muerte.¹⁰⁸

El *plea bargaining* —como "negociar", progresivo hasta llegar al acuerdo, al *plea guilty*—¹⁰⁹ se concierta durante la fase llamada *pre-trial*, anterior al "debate oral"; puede ser su contenido, de conformidad con la pena pedida que se acuerda, previa declaración de

¹⁰⁵ Daley, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

¹⁰⁶ Nótese la trascendencia de renunciar a todo el *adversary system*, el que tan justamente orgullosos se mostraban los norteamericanos. La sobrecarga de trabajo (Cfr. Brown, Daley, De Feo, Heumann) es lo que ha traído las dilaciones irregulares y la decadencia de tal sistema.

¹⁰⁷ Cfr. J. Brown, 131. Cfr. *in extenso*, Albert W. Alschuler. "The Trial Judges Role in plea bargaining", parte I, *Columbia Law Review*, vol. 76, nov. 1976 (7), pp. 1059 y ss.

¹⁰⁸ Cfr. Richard Uviller, "Pleading Guilty: A Critique of Four Models", en *Law and Contemporary Problems*, Durham, N.C., Duke University of Law, vol. 41 (1977) (invierno), pp. 102 y ss. esp. 118 y ss. Y ahí, el importante caso *North Carolina v. Alford*.

¹⁰⁹ El *plea guilty* español —las conformidades de los artículos 655 y 680 y ss. LECRIM— no se basa en promesas ni es precedido de negociaciones —*bargain*—. Se basa en una acusación concreta, y hay una declaración única, dispositiva del proceso y del mismo derecho penal hasta cierto punto. Lo que diputo inadmisibile, es la *negociación*, que en no pocos casos, y en los mismos Estados Unidos ha merecido durísimos calificativos, y que lleva al último extremo la disponibilidad de la pena. No hay que extrañar que se la considere ya como un asunto de economía del mercado (y máxime, por los "econometristas" de fuerzas del Estado, que no cuentan con las garantías que hacen desaparecer). Cfr., *infra*.

culpabilidad del imputado —*sentence bargaining*— o el de hallarse el imputado de acuerdo con la pena a imponer por una o varias infracciones imputadas, cambio de la promesa del acusador de que no le acusará de las demás ya pendientes *charge bargaining*.¹¹⁰ Se ha impuesto la forma escrita —*agreement*—; el juez puede fijar una *probation* sobre la personalidad del delincuente o sobre circunstancias del delito (pero no ordenar pruebas sobre el asunto en cuestión,¹¹¹ y aprueba el negocio, el *agreement*.

En pocos casos rehúsan los jueces la aprobación al acuerdo alcanzado por las partes. Esto sucede cuando se estima que comporta la aplicación de una pena demasiado leve para satisfacer las exigencias de la defensa social. Y cuando el acuerdo es rechazado por el juez, se ofrecen al imputado dos posibles salidas: puede revocar su declaración de culpabilidad y el *plea guilty* no puede ser usado contra él como confesión o admisión de responsabilidad, o bien puede decidir el arriesgarse, presentándose al juez sin retractarse de su citada declaración de culpabilidad.¹¹²

La revocación del convenio, solo se admite en principio por la concurrencia de vicios en la voluntad del imputado,¹¹³ lo cual se interpreta restrictivamente.¹¹⁴

(El origen del *plea bargaining* —interesante para los españoles, ya que nuestra LECRIM admite el *plea guilty* limitado y éste constituye el final del *to bargain*, del negociar— parece hallarse en el tipo de “procedimiento sumario” (*sic*) aún no marcado por el sistema acusatorio, de principios del siglo XVIII, el cual permitía, en un solo día, despachar de doce a veinte juicios. Fue, paradójicamente, la introducción del sistema *adversary* —del moderno sistema acusatorio, y en particular el derecho probatorio así como la creación del cargo de acusador y del defensor— lo que hizo más largos los procedimientos; lo que provocaron fue una complicación que hizo a tal serie de garantías, idóneas para tratar los delitos más graves).¹¹⁵

¹¹⁰ Cfr. Brown, pp. 132 y ss.; Heumann, p. 42.

¹¹¹ Cfr. Brown, p. 134.

¹¹² Cfr. Brown, pp. 134 y ss.

¹¹³ Cfr. el caso Brady v. Unites States, 1970, en Brown, pp. 137 y ss.

¹¹⁴ Cfr. La Suprema Corte en el caso North Carolina v. Alford, 1970, en Fan-chiotti, pp. 287 y ss.

¹¹⁵ Cfr. alguna nota sobre la historia del *plea bargain* en Alschuler, “The Prosecutor’s Role in Plea Bargaining”, en *University of Chicago Law Review*, p. 36 (1968), p. 52; Friedmann, “Plea Bargaining in Historical Perspectives”, en *Law*

Como se ve, nos hallamos ante un caso de autocomposición procesalizada e incompleta, dada la intervención judicial al fin. Pero autocomposición de gran entidad: es un contrato.

En efecto, supone la renuncia a los llamados “privilegios constitucionales” que conllevan la presencia del jurado, la defensa contra la autoinculpación, el silencio, etcétera. Y todo esto se efectúa y tiene un éxito (¿momentáneo?) con su motivo fundamental en el tremendo trabajo que agobia a los jueces norteamericanos, y en lo enojoso de la preparación del juicio por jurados.¹¹⁶ He aquí, pues, un abandono del sistema acusatorio, una degeneración del mismo,¹¹⁷ una institución capaz de hacer degenerar el proceso expropiando al imputado de sus garantías y privando a la sociedad de su tutela.¹¹⁸

Se ha llegado en Estados Unidos, al “mito de la inevitabilidad del *plea bargaining*”, creado sobre la base del exceso de trabajo de los tribunales,¹¹⁹ y llega la reacción. Por ejemplo, en ciudades grandes como Baltimore y Filadelfia,

se ha reducido considerablemente el número de *plea bargaining*, sustituyendo el juicio por jurados con el de magistrados (*bench trial*), esto es, con un debate sin jurado, de cadencias temporales incomparablemente más ágiles, el cual permite unir la ventaja de hacer posible el tratamiento de gran número de casos sin renunciar a la fase del juicio oral ni prescindir de las garantías constitucionales previstas para el proceso penal.¹²⁰

No obstante, también la tentación del *plea bargaining* ha llevado a sostener posiciones radicalmente ajurídicas, y que si lo acreditan como posible figura económica lo expulsan del campo del derecho.

La más radical —viene resumida por Fanchiotti con ref. a Easterbrook— se deshace de la idea del *bargaining* como *mal necesario* —que está muy generalizada— para basarlo en su *desiderabilidad*.

and Society Review, p. 13 (1979), p. 2; Heumann, *op. cit.*, p. 157; Langbein, “Understanding the Short History of Plea Bargain”, en *Law and Society Review*, p. 13 (1979), p. 2, *passim*.

¹¹⁶ Cfr. Cherif Bassiouni, “Lineamenti del processo penale”, en *op. cit.*, *supra* nota 101; Brown, § 5, pp. 145 y ss.; Daley, § 1, pp. 152 y ss.

¹¹⁷ Cfr. Amodio, “Il modello” *cit.*, XL y ss.

¹¹⁸ Cfr. Daley, § 5, p. 174.

¹¹⁹ Cfr. Schulhofer, “Is Plea Bargaining Inevitable?”, en *Harvard Law Review* (97), 1984 (7), pp. 1077 y ss.

¹²⁰ Cfr. Schulhofer, pp. 1088 y ss.

Tal tesis

ha nacido en el ámbito cultural de los econométristas, que recientemente han atracado en las riberas del proceso penal. Partiendo del presupuesto de que tal proceso penal no es sino un *market system*, un método de “atribuir recursos escasos”, se da por sentada la imposibilidad de los operadores judiciales de alterar el *quantum* de recursos disponibles. Y los “econométristas” afirman —en línea con la concepción del libre mercado propugnada a nivel económico— que la intervención reguladora (*regulatory*, la aprobación del *agreement* por los jueces de la autoridad pública, identificado, en el caso del proceso, con la decisión del juez sobre la pena, puede dar buenos resultados solamente si el “precio” fijado autoritariamente por él coincide con el convenido por las partes en su contrato.¹²¹

En cuanto a la pena, su finalidad, para los “econométristas”, es la “disuasión” o “amenaza” (*deterrence*) según dicen, porque es el único factor que puede ser estudiado con instrumentos de econometría, y por lo tanto, es la única a ser tomada en cuenta. “Y siendo la disuasión o amenaza la única finalidad del sistema penal, por ese camino, llegan a la conclusión de que la disuasión o la amenaza es el único objetivo del Derecho Penal”.¹²²

Se acabó el sistema de normas de la Constitución, el de las declaraciones de derechos humanos. Se acabó la plenitud y finura del espíritu humano dedicado a investigar, a trabajar en un “caso”, en unos hombres. El objetivo de la justicia, es sólo el de “procesar” casos que produzcan disuasión. Y en cuanto al *plea bargaining*, lo contemplan como modelo ideal de expresión del libre mercado, exactamente porque tiende a eliminar el papel regulador, *regulatory*, del juez: *regulatory systems are known for arbitraritees*. Ello, basándose en las analogías con sectores económicos en los que la intervención de la autoridad estatal habría producido resultados desastrosos.¹²³

Estos personajes, con base en el hecho de que el sistema procesal puede ser explicado mediante algunas leyes de mercado, llegan a la conclusión de que todas las normas procesales, son de mercado.

Y naturalmente a toda acción sigue una reacción contraria. Por lo que vemos, en los mismos Estados Unidos, cierta tendencia al estudio *interesado* (esto es, con posibles vistas a su recepción parcial)

¹²¹ Cfr. Easterbrook, “Criminal Procedure as a Market System”, en *12 Journal of Legal Studies*, 1982, pp. 297 y ss. cit. por Fanchiotti, *op. cit.*, *supra*, nota 101.

¹²² Cfr. Easterbrook, *op. cit.*

¹²³ Este es el resumen de Easterbrook.

de un tipo de proceso que los anglosajones clasifican como “inquisitivo” (?) —*inquisitorial system* frente a su *adversary system*—, como es el alemán —en materia civil—. ¹²⁴

No se puede unir, aunque el movimiento sea casi simultáneo, éste, con otro, de valorar la ineficacia del procedimiento civil norteamericano como elemento de disuasión frente al mismo. ¹²⁵ De la economía procesal, se pasa a la mimética del mal. Podría darse que todo no fuere sino una o varias montañas de paradojas, fina o toscamente elaboradas.

Tal es la autocomposición llamada *plea bargaining*, el “negociar”, y ha arrastrado ya a algún otro país, éste europeo: Italia.

En este país, la Ley de 24 de noviembre de 1981, creaba la “aplicación de sanciones sustitutivas a petición del imputado”, con renuncia al proceso (penas pecuniarias, de libertad controlada o de semidetención), para delitos a los que se hubiera de imponer una pena no superior a la de seis meses de arresto. Una norma dedicada, sobre todo, a la juventud, para evitarle penas de prisión pervertidoras, a sustituir por esas penas obtenidas por el *patteggiamento*, por el negocio.

(La idea se transmitió por ésta y otras fuentes a algunos juristas españoles.)

El Codice di Procedura Penale de 22 de septiembre de 1988, en sus artículos 444 al 448 y 563, regula y amplía el *patteggiamento* como “sanción sustitutiva o pecuniaria”, pedida al juez por el ministerio público —que en Italia, y desde el mismo día 22 de septiembre de 1988 devino autónomo en el proceso penal, artículo 53 CPP y 70 del Ordinamento Giudiziario de 1921, reformado en el mismo sentido y el mismo día— ¹²⁶ y el imputado —*hic latet lepus*— dis-

¹²⁴ Cfr. Langbein, “The German Advantage in Civil Procedure”, en *University of Chicago Law Review* (52), 1985, pp. 823 y ss.

¹²⁵ Cfr. Gross, “The American Advantage. The Value of Inefficient Litigation”, en *Michigan Law Review* (85), (1987), pp. 774 y ss.

De “nuevo descubrimiento del Mediterráneo” podría calificarse en de “los procesos complejos”, figura antigua como el hombre. Estamos en época en que el bautizar a viejas figuras con nombres nuevos, debe suponer para algunos el honor del triunfo o algo así. Cfr. mi librito *Ensayo sobre procesos complejos*, Madrid, ed. Tecnos, 1991, *passim*.

¹²⁶ Esto es: en Italia, se preparó un nuevo *ministero pubblico* para asumir el papel de instructor en el nuevo CPP, haciendo autónomos e inamovibles a sus miembros ocupados en cada caso. Cfr. el artículo 53 del nuevo CPP y el 70 del Ord. Giudiziario, reformado también por Decreto de 22/9/1988, esto es, del mismo día que el CPP. ¿Se ha hecho algo de esto en España con nuestro ministerio fiscal? No.

minuida hasta en un tercio, de penas no superiores a dos años de privación de libertad.

Animados por la información de otros países europeos, de admitirse de nuevo —y por ejemplo, ya viejo, en Alemania—¹²⁷ el principio de oportunidad en el proceso penal,¹²⁸ se debió pensar en España,¹²⁹ que era el momento oportuno —el de la caída de la ley inquisitiva de 11/11/80 por obra del TC, S. de 13/7/88— para introducir dicho principio, si no directamente, sí a través del *plea bargain*. Mas éste, se halla oculto en los repliegues de una normativa de redacción ya oscura y defectuosa. Parece el *plea bargaining* inicial, el de “debajo de la mesa”.

A mi juicio, la ley de 28/12/88, no ha derogado los artículos 655 y 688 LEC, sobre las conformidades del acusado. No van precedidas de “negociar”, de “tratar” entre el ministerio fiscal y el sujeto pasivo. Son derechos procesales, *chances* para el citado sujeto, que no se deben considerar extinguidas. Y el artículo 779 y en el 780 nuevos de la LECRIM —los procedentes de dicha ley de 28/12/88— declara palmariamente que “el enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior, se acomodará a las normas comunes de esta ley, con las modificaciones consignadas en el presente título”. Y nada se consigna contra las posibilidades de conformidad simple, de la derivada del *plea guilty*, y no del *bargain*. Y el FGE, en su circular 1/1989, a este respecto genéricamente dice que:

Esta llamada a las normas generales y básicas de la ley se hace más expresamente en la fase de instrucción o de investigación judicial. . . , pero es implícita en todo el procedimiento. Sin embargo, deberán los señores fiscales analizar atentamente, antes de extender el procedimiento abreviado alguna norma del proceso ordinario por delitos gra-

¹²⁷ Cfr. el § 154 y ss. de la Ley de 19 de diciembre de 1964.

¹²⁸ Cfr. los actuales textos de los §§ 153a, 153b, 153c y 153d de la *StPO*. Y su com. por Schoreit, en los *Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz*, Munich, Beck, 1982, pp. 485 y ss. También el com. al § 146 de la *GVG* por Schoreit, *Kommentar, cit.*, p. 1492, esp. núm. 8 y ss.

¹²⁹ No tengo más datos y acorto para evitar juicios temerarios de atribución. Cfr. B.J. Maier, *La Ordenanza Procesal Penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1982, co. al § 153 *StPO.*, pp. 126 y ss.; Gómez Colomer, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, ed. Bosch, 1985, pp. 47 y ss.

Y nada supe del Ministerio de Justicia, pese a ser miembro permanente de la Comisión General de Codificación. Lo poco que pude saber, lo fue a través de lo “que se dijo” en cierto congreso regional, al que rigurosamente no fui invitado.

ves, si tal norma es compatible no sólo con las reglas específicas del primero, sino también con sus principios y su finalidad de enjuiciamiento rápido.¹³⁰

Y por una cuestión de “economía procesal” (?) no vamos a eliminar más posibilidades —y más ajustadas a derecho— del acusado, más claramente concebidas y expresadas que un negociar del MF con el sujeto pasivo, que solamente se intuye del texto de la ley pero que no se ve. Se tratará de garantías frente a redacciones oscuras y por lo tanto, avocadas a confusiones.¹³¹

Estas negociaciones, no se hallan explícitamente, en la ley. “Hay que buscarlas” a través de un lenguaje nada claro y aún técnicamente incorrecto¹³² y proclive a los errores.¹³³

La primera oportunidad que la ley ofrece al fiscal y al “imputado que, asistido de su abogado haya reconocido los hechos que se le imputan” (¿y dónde estaría esa imputación formalmente hecha para que basase nada menos que una negociación? Según algunos autores el auto de procesamiento ha sido suprimido, lo que yo no estimo así...; ¹³⁴ razón de más para considerarlo, como garantía fundamental a favor del sujeto pasivo del proceso que es, no tenerlo como “tácitamente derogado”,¹³⁵ —para buscar a toda prisa un sustitutivo, los que ya hacen algunos—. Esta primera oportunidad, decía, es la del artículo 789.5, quinta, LECRIM, aun antes de comenzar “la preparación del juicio oral”, con lo que se sigue tanto la incli-

¹³⁰ Cfr. FGE, Circular 1/1989, de 8 de marzo, y en *Memoria del FGE de 1988*, publ. en 1989, pp. 398 y ss.

¹³¹ Cfr. sobre las “conformidades” y el *plea bargain* de los nuevos artículos 789, 791 y 793 LECRIM, introducido por la *Novela de 28/12/88*, mi trabajo “Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la ley de 28 de diciembre de 1988”, en *Justicia 1989*, 1, pp. 7 y ss.

Reconozco que tiene graves defectos, que corregiré en otro sobre el mismo tema. En parte, son míos. En parte, los he adquirido de la lectura de la Ley de 28/12/1988, oscura, embrollada y de redacción muy desafortunada.

¹³² Véase por ejemplo, la confusa concordancia en el artículo 790-1.

El mismo FGE reconoce, en su circular 1/1989 *cit.*, los defectos de esta ley, en § II, B), pp. 407 y ss., § VI, C), pp. 507 y ss.

¹³³ Yo mismo habré cometido alguno o muchos en mis trabajos, pero si se me ponen de manifiesto y son ciertos, los reconozco sin ninguna especie de soberbia.

¹³⁴ Cfr. mi trabajo “¿Supresión o sustitución del auto de procesamiento? Viejos problemas en nuevas leyes”, *cit.* en *Tapia*, mayo-junio de 1989, pp. 57 y ss. a.p.

¹³⁵ Este grave problema también lo aborda el FGE en su “Circular” 1/89 *cit.*, II, B), pp. 407 y ss. en relación con las gravísimas “derogaciones tácitas”. Se preocupa de los “aforados” pero no considera el problema de la posible derogación por la tácita, del auto de procesamiento, para los demás ciudadanos, pp. 408 y ss.

nación de algunos juristas de adelantar el momento de “las conformidades”, pero por razones de economía procesal —y ello aunque la instrucción no esté terminada, arg. artículo 790—, como su modelo norteamericano, de difusión del momento procesal del *plea bargaining*.

La segunda oportunidad, se halla “en el escrito de defensa contra la acusación” o en otro anexo o conjunto con el de acusación (?), artículo 791,3. También puede promover la conformidad —y con ello abrir la negociación—¹³⁶ al ministerio fiscal.

La tercera oportunidad, se abre ya en el juicio oral (artículo 793,3):

Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que presentará en ese acto,¹³⁷ que no podrá referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación. Si la pena no excediera de seis años, el juez o Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes.

El límite *ad quem* de estas negociaciones en cuanto a la pena de privación de libertad, es discutido. El FGE opina que se puede extender hasta el límite máximo de apertura de este tipo de procedimiento —doce años, artículo 779 (circular 1/89 de 8 de marzo, III, C. c)—. La ley, sigue oscura. Otros, se inclinan por el tope —ya previsto por las más correctas conformidades de los artículos 655 y 581 y ss. LECRIM, las clásicas, que no van precedidas de *bargaining*, de negociación— de seis años, al final de tal negociación, en el equivalente momento procesal del *agreement*. Y estimo, modestamente, que —a salvo complicaciones competenciales, que las puede haber, e impeditivas—, una negociación puede comenzar a partir de una pena, y llegar a otra muy inferior (si no, ¿para qué negociar?). Esto es, el punto *a quo* de la negociación podría estar hasta

¹³⁶ Cfr. la circular del FGE núm. 1/89 de 8 de marzo *cit.*, III,C, pp. 413 y ss. (“Introducción del principio del consenso”), con el cual nombre oculta piadosamente el *negociar* la pena. Por lo que dice en la p. 414, se ha adoptado perfectamente a ese ya presente *plea bargaining*.

¹³⁷ *Hic latet lepus*. Ahí está el *bargain*, la discusión sobre la pena. Cfr. mi trabajo “Las conformidades” *cit.* pp. 18 y ss. y 28 y ss.

en los doce años, y el punto *ad quem* en los seis o menos.¹³⁸ Pero sigo con dudas, y graves, que procuraré dar a conocer en otro momento y no aquí.

Sean cuales fueran los límites de esta nueva y flamante figura admitida en nuestro derecho *por influencia básica norteamericana*, del *plea bargaining* —las continuas alusiones al *patteggiamento* italiano son producto de falta de conocimiento completo de los movimientos político-procesales que se producen: el *patteggiamento*, proviene de Estados Unidos,¹³⁹ se trata, en los tres casos, de manifestaciones de autodefensa procesalizada parcial; parcial, ya que el juez o tribunal, entiendo que debe ser algo más que un simple homologador del acuerdo, aunque a algunos no parezca así.

Actos de autocomposición sobre cuya naturaleza cabe opinar lo mismo que sobre las conformidades de los artículos 655 y 681 y ss. LECRIM: que se trata de actos dispositivos del derecho procesal y del derecho penal. De gran envergadura, pues.¹⁴⁰

La introducción del *plea bargaining* en España, como “mal inevitable” dada la congestión de asuntos en los juzgados y tribunales españoles en la actualidad, plaga que no lleva trazas de cesar (fenómeno paralelo al que ocurre en Estados Unidos igualmente), no puede basarse sino en un desvío del sistema “acusatorio” que al parecer quiere imponerse. Y ello, sin reconocer que lo inquisitivo, en la instrucción, subsistirá, aunque será de tipo administrativo: lo cual parece tranquilizar muchas conciencias pero no la mía. Desvío combinado o mezclado con la apertura del proceso penal al principio de oportunidad, ya consagrado y muy antiguo. Pero, al amparo de esas *negociaciones* pueden ocultarse incluso *negocios* ilícitos —sobre todo, en materia de exigencias de modificación de acusaciones y de indemnizaciones—. Ciertamente es que la intervención del ministerio fiscal puede garantizar la honestidad de las negociaciones, dadas las calidades que concurren en sus miembros. Ello no empuja a que el fiscal depende del Poder Ejecutivo —el español, no preparado para el *plea bargaining*; que el italiano, a la vez que tal fenómeno se admitía en el nuevo CPP, devino autónomo e inamovible¹⁴¹ (artículo

¹³⁸ Cfr. “Las conformidades”, 28 y ss.

¹³⁹ Cfr. Amodio, *op. cit.*, *passim*. Ninguno de los autores italianos disiente.

¹⁴⁰ Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, *El allanamiento en el proceso penal*, Buenos Aires, EJE, 1962, *passim*; mi trabajo *La disponibilidad del derecho a la defensa*, *cit.*, *passim*.

¹⁴¹ Esta reforma, era desconocida por *alguien* que sobre el tema hablaba en el Congreso o Jornadas sobre la Reforma Urgente del Proceso Penal organizadas por

53 CPP y 70 del Ord. Giud. modif. por Decr. de 22/9/88)—; ¹⁴² lo cual, quíerese o no, hará que consideraciones de tipo político, variables según las oscilaciones lógicas en toda política estatal, se puedan introducir en el proceso penal. A lo que soy opuesto.

Y nótese las enormes distancias que nos separan al PM norteamericano —país de la discrecionalidad más dilatada; de la representación por el MP de la sociedad, del pueblo, y de ahí el nombramiento de sus agentes, típico:

Se ha dicho, en España, sobre el *plea bargaining*, lo que sigue:

La introducción por importación de un modelo procesal de estas características basado en un utilitarismo feroz a costa de una distorsión hipócrita entre principios ético-jurídicos y praxis, debe, a mi entender, rechazarse de plano. Pero, no basta con ello, si no se advierte sobre los peligros de una introducción sinuosa y clandestina que minará los cimientos de una manera de entender el derecho ajeno a concepciones culturales en las que priva un trasfondo puramente economicista.¹⁴³

De “desvío del sistema acusatorio” he calificado al *plea bargaining*, que está acabando con un sistema acusatorio devenido inaplicable en la práctica (el del jurado estadounidense). De “degeneración del sistema acusatorio”, se le moteja.¹⁴⁴ Y su “importación”, de “irracional” en Italia.¹⁴⁵ Y hacer depender lo que sea “el interés general” de oportunidades políticas, no satisface al principio de seguridad jurídica. Ese *plea bargaining*, puede ser, incluso el comienzo de un *iter* de abandono total de las víctimas de los delitos por el Estado, contrariamente a aquello a que exhorta incluso el Comité de Ministros europeo (cfr. Recomendación nº R (83) 7).

el Consell de Col·legis de Procuradors de Catalunya, en Barcelona, durante los días 25 y 26 de noviembre de 1988; y que debería haberse enterado antes de aludir al tema.

Y es de suponer que no conocía tampoco el artículo 127 y ss. de la nueva Constitución brasileña de 5 de octubre de 1988, sobre el *Ministério público*.

¹⁴² El ministerio público en Estados Unidos —*Public Prosecutor*— es diferente. Y la comunidad social lo ha admitido como tal.

¹⁴³ Cfr. Almagro, en “El nuevo proceso penal”, *Estudios sobre la Ley orgánica 7/88, de 1988*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 155.

¹⁴⁴ Cfr. Amodio, *op. cit.*, XL y ss.; Daley, p. 174.

¹⁴⁵ Para Italia. Cfr. Fanchiotti.

7. Las conformidades del acusado de los artículos 655 y 681 y ss. de la LECRIM

Otra actividad de autocomposición en el proceso penal español, está representada por las “conformidades” del acusado con la acusación formulada contra él, de los artículos 655 y 681 y ss. LECRIM.

Consisten en el conformarse de cada uno de los posibles acusados —contra los no conformes con sus respectivas penas solicitadas, el juicio oral continúa— con la acusación más grave contra él formulada, ya *formalmente* (artículo 649 ss. LECRIM), esto es, con todas garantías. La conformidad —no se admiten negociaciones o regateos previos; ahí radica una de sus diferencias con el *plea bargain*— del acusado y de su defensor, vincula al tribunal, el cual debe absolver en sentencia (ello ya sido suavizado casi *a nativitate*, por la doctrina del ministerio fiscal y de la jurisprudencia: el tribunal puede imponer una pena menos grave).

Esta figura, florón hoy día del sistema “acusatorio”, procede inmediatamente, sin embargo, del inquisitivo, y no es la única.¹⁴⁶ También la base del sobreseimiento puede estar en unas actuaciones —las únicas— inquisitivas, las de la instrucción.

En efecto, procede de la fuerza de la confesión del reo como *regina probatorum*. Prueba plena. Naturalmente, tal confesión, prestada ante un tribunal competente, sin tortura ni amenaza, ni ningún otro vicio de la voluntad del confesante, vincula al tribunal. Y si es de “no culpabilidad” (*not guilty*) el tribunal no puede sino absolver. He ahí la naturaleza de las modernas conformidades.¹⁴⁷

(Su entronque con el *plea bargaining* se ve en la figura británica del *plea guilty*, ya que es muy posible llegar a él con negociaciones previas.¹⁴⁸ Debe reconocerse que el exceso de trabajo de los tribunales ingleses también actúa como concausa del aumento de este *plea*).¹⁴⁹

Las conformidades españolas, constituyen, a semejanza del nuevamente admitido *plea bargain*, una disposición por la parte, del derecho procesal aplicable —constituyen una renuncia al juicio oral,

¹⁴⁶ Cfr. mi trabajo *Disponibilidad...*, cit., nota núm. 30.

¹⁴⁷ Cfr. Hampton, *op. cit.*, pp. 184 y ss.

¹⁴⁸ Cfr. Hampton, *op. cit.*, pp. 184 y ss.; Heumann, pp. 102 y ss.; Brown, pp. 135 y ss.; Daley, pp. 151 y ss.

¹⁴⁹ Cfr. Lidstone, “Human Rights in the english criminal Trial”, en *Human Rights in Criminal procedure (A comparative Study)*, La Haya, Boston, Londres, Martinus Nijhoff, 1982, pp. 83 y ss.

nada menos— y aún al material, ya que el tribunal queda vinculado a no imponer una pena superior a la conformada —lo cual podría haberse producido en virtud de nuevas calificaciones.¹⁵⁰

Autocomposición con su base actual en “conformarse con el mal menor”, sin exponerse al riesgo de todo un juicio oral. Con renuncia a la prueba. A los que los anglosajones llaman “privilegios”. Y auto-defensa parcial, incompleta, por doble motivo: 1º) por la intervención causal del tribunal, 2º) por su limitación a las penas no superiores a los seis años de privación de libertad.

Lo que me molestaba del *plea bargaining*, de “la negociación”, era y es, la posible ocultación, benévola o malévola de “interioridades” *que afectan a toda la sociedad, víctima del delito*; su admisión al aire libre, como derogación de todo un sistema reputado excelente. . . , y que no lo es ya. Esto, en gran parte, no sucede con las “conformidades” de los artículos 655 y 681 y ss. LECRIM, *claras en la ley* y no ocultas en infractuosidades de su redacción. La maniobra, el contubernio, de ser muy deseado, es imposible de evitar totalmente. Pero al menos, el sistema de las conformidades, al ser aceptadas, no deja a todo un sistema procesal en ridículo por “economía procesal”. Amplíese más, si se estima bajo su tope *ad quem*, aunque dada la mentalidad de nuestros legisladores, que se plasma en las actuales leyes penales, admitidas para casos con penas superiores a los seis años, significará un golpe para el principio de la seguridad jurídica del pueblo no delincuente.

Anótese que las conformidades del acusado, no existen como tales, más que en los sistemas anglosajones y en España. Ahora penetran laboriosamente por otros caminos —por ejemplo, el de la libertad condicional; el de la suspensión de la causa; el del principio de oportunidad, etcétera—. (Cfr. por ejemplo, los §§ 153 y ss. *StPO* de la RFA).

Débase añadir aquí lo quizás palmario. Esto es, que en las conformidades no se obra sobre promesas de nadie —lo que era la “negociación” pondría o pondrá al Ministerio Fiscal en trances un tanto molestos por no decir más, y en dependencia de sus superiores cada vez más pronunciada—¹⁵¹ sino sobre actos procesales, no privados, ocultos, o de otro pelaje.

¹⁵⁰ Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, *El allanamiento.....*, cit., Fairén Guillén, *La disponibilidad...*, cit.

¹⁵¹ Por ejemplo, con respecto a los condicionamientos de las retiradas de la acusación. Cfr. la instrucción del FGE núm. 1/87, de 30 de enero, en *Memoria de FGE* de 1987, publ. en 1988, pp. 459 y ss.

Esta diferencia, y la falta de lo que se puede tornar un chalaneo, hasta conseguir ese “consenso”, hacen muy distintas nuestras “conformidades” de lo que se quiere introducir y ya se ha introducido, posiblemente digno de una economía de mercado barato.

Y debo advertir que, habida cuenta de la necesidad de que estos medios de autocomposición, para surtir pleno efecto —el deseado por los intervinientes— sean como tales medios, “parciales”, incompletos en sí, se les debe incluir como actividades procesales de “obtención” (“*Erwirkungshandlungen*”) de una resolución judicial, y no como plenos “actos dispositivos” o “de causación”, o sea, de producción de plenos efectos por sí mismos.¹⁵² Dadas las directrices modernas de los sistemas procesales, el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, cada vez se restringe más. Aunque resurja “como mal menor”, tal y como se justifica al *plea bargain*, el “negocio de la pena”.¹⁵³

8. El desistimiento de la querella

Otra actividad de autocomposición procesalizada y parcial, es la del desistimiento de la querella por el particular que la presentó. En sí, parece un acto de autocomposición. Más la calidad de los intereses que con su querella ha podido lesionar, hace que su “apartamiento” le deje “sujeto a las responsabilidades que pudieren resultarle por sus actos anteriores” (artículo 274 LECRIM). Esto es, el posible acto de autocomposición deviene complejo y procesalmente limitado.

9. El perdón judicial

Y como actos de resignación altruista (?) también pueden comprenderse los del perdón judicial (artículo 25, 443, 467, 487). Nótese, si se produce pensando o sintiendo —*hic sunt leones*— beneficio para la persona perdonada. Pero si el que perdona, lo hace

¹⁵² Cfr. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage. Kritik eines prozessualen Denkens*, Berlín, Springer, 1925, reimpr. Verlag, Aalen, Scientia, 1962, 2ª parte, IV, A.a.), pp. 364 y ss y 4.A) b), pp. 456 y ss.

¹⁵³ De “bochornoso chalaneo, con apariencia de desistimiento y realidad de transacción procesal” —recordando el del caso de Ted Kennedy— lo califica Alcalá-Zamora Castillo, *Proceso...*, Adición al § 51, p. 89.

por un pensamiento o sentimiento —móvil— egoísta, entonces debe incluirse en la autodefensa,¹⁵⁴ y no como acto de autocomposición.

10. *Las remisiones totales de pena del artículo 57 bis, b) del Código penal*

El artículo 26, 2 de la CE, fija como “orientación” de las penas privativas de libertad, la de la “reeducción y reinserción social”. Al abrirse así a la subjetividad del penado, poniendo a contribución su voluntad de “reeducarse”, se abre a la autocomposición, aunque sea postprocesal y parcial. De trata de la “remisión incluso total de la pena” por “el tribunal”; esto es, aún quedaba por delante la ejecución forzosa, que sigue teniendo carácter jurisdiccional (“y hacer ejecutar lo juzgado”, artículo 117,3 CE) aunque muy desviado. Se halla en el artículo 57 bis, b) CP —introducido por la Ley de 25 de mayo de 1988.

Trátase, en ese supuesto —artículo citado 2— de “una remisión total de la pena”. Esto es, se confía en la autocomposición totalmente. Pero sólo es “parcial”, en cuanto que precisa ser recogida por una sentencia, no simplemente homologadora de los hechos y calificaciones, sino también sancionadora: la sanción restante, es la de la “condicionalidad” de su libertad “a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 57 bis a)” —los llamados “delitos de terrorismo”—.

Y también participa de los caracteres de la autocomposición “el desistimiento espontáneo” —propio y voluntario, artículo 3º, III, CP— de la tentativa.¹⁵⁵

Y no olvidemos añadir: se trata de una manifestación de derecho premial y no penal, como la de los *pentiti* italianos;¹⁵⁶ ello se deduce con gran claridad sobre todo, del párrafo b) del artículo citado, 57, bis, b) del C.P.

11. *El desistimiento de la demanda civil*

En materia civil —con notables remisiones de la laboral— como fenómenos de autocomposición —parciales, procesalizadas, unilate-

¹⁵⁴ Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, *Proceso...*, arg. § 45, p. 77.

¹⁵⁵ Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, *Proceso...*, § 54, pp. 94 y ss.

¹⁵⁶ Cfr. Grevi, “Riflessi e suggestioni in margine all’esperienza nordamericana del *plea bargaining*”, en *op. cit.*, *supra*, nota 101, pp. 304 y ss.; Palazzo, *idem.*, pp. 324 y ss.

rales— aparecen el desistimiento de la demanda antes de un determinado momento de la instancia, la renuncia al derecho y el allanamiento del demandado. Como bilaterales, el desistimiento desde determinado momento de la instancia,¹⁵⁷ y la transacción, de entidad necesariamente bilateral.

El desistimiento de la demanda, consiste en la retirada de la misma —conteniendo la pretensión—,¹⁵⁸ pero sin que se renuncie más que al proceso incoado, y no al derecho que según el actor —desistente lo respalda, derecho sustancial— de manera que el desistido actor puede, en cualquier momento posterior, volver a presentar su demanda con la misma pretensión.

Necesariamente, puede afectar al interés del demandado en que la instancia continúe.

Incluso históricamente, la evolución de la doctrina del T.S. español sobre su bilateralidad, sobre la audiencia al demandado antes de que el juez lo conceda o no —y con ello se ve que ya no se trata de un acto de autocomposición— nos muestra su carácter anti-contractual.

En efecto, el T.S. español, tradicionalmente, venía fundando el proceso sobre el contrato de *litis contestatio* (!). Ésta, producía su notable efecto consuntivo, por virtud del cual, la demanda se hacía irreiterable. Pues bien, a fin de evitar este efecto consuntivo, a partir del momento en que se concertaba la *litis contestatio* —mediante la concurrencia, demanda y contestación— el demandado que desease desistir debía obtener el consentimiento del referido demandado (sentencias de 5 de diciembre de 1891, de 21 de diciembre de 1927, de 9 de abril de 1932, de 4 de noviembre de 1948).

[A partir de este año, el T.S. cambió de orientación. Aceptó la doctrina de la relación jurídica procesal y la de la “difamación judicial”, de mi autoría ¹⁵⁹ (sentencias de 8 de enero de 1958, de 25 de

¹⁵⁷ También existe la figura de la *Erledigung der Hauptsache*, propia del derecho alemán, de dudosa utilidad aquí. Cfr. mi trabajo “Comentario y propuesta sobre el artículo 199 del Código Procesal civil-modelo para Iberoamérica” (en prensa).

Y cfr. mi monografía “El desistimiento” cit., y la voz “Desistimiento” de la *NEJES*.

¹⁵⁸ Cfr. últimamente, Calvo Sánchez, “El Tribunal Supremo y su postura ante la bilateralidad del desistimiento”, en *La Ley. Repertorio*, 1987-1, pp. 1049 y ss. Y mi “Desistimiento” cit.

Sobre el concepto de derecho de pretender y acto de pretender, cfr. mi *Doctrina general del derecho procesal*, III (I), 6, pp. 85 y ss.

¹⁵⁹ Cfr. nota anterior, a. f. y mi “Desistimiento”, *passim*.

enero de 1963 y de 6 de noviembre de 1986), más ha retornado a la doctrina contractual en la de 9 de junio de 1986.]¹⁶⁰

El desistimiento, así conformado, no deja de tener una faceta autocompositiva unilateral; la aquiescencia del demandado, lo haría bilateral, mas se entiende que el demandado puede oponerse en virtud de intereses por la demanda perturbados (la “difamación judicial”) lo que impone actualmente que intervenga el juez, y no solamente como homologador.

En semejante medida debe ser tenido como acto de autocomposición, el de renuncia de una de las partes en juicio civil, a una actividad del mismo —figura semejante en ciertos aspectos a la *Erledigung der Hauptsache* alemana—; su bilateralidad no empece es de carácter, pero queda en parcial, dada la intervención del juez.¹⁶¹

(En cuanto al desistimiento de ulteriores instancias, se asimila a la renuncia al derecho material-soporte y la demanda no podrá tornar a ser interpuesta, porque ello supondría una renuncia a la cosa juzgada, imposible actualmente. Lo que precisa es delimitar muy bien los efectos de la cosa juzgada, a fin de evitar deber reformar demasiado toda su doctrina, como hoy se anuncia. . .).

12. El allanamiento en lo civil

El allanamiento, también es un ejemplo del acto dispositivo procesalizado, parcial (de manera que algún autor, como Alcalá-Zamora Castillo estima análoga a la de las “conformidades” en lo penal, de los artículos 655 y 681 y ss. de la LECRIM).¹⁶²

Consiste en la posición adoptada por el demandado civil —que se plasma en su situación jurídica correspondiente— ante la demanda y pretensión contra él formuladas, de no resistirlas.¹⁶³

¹⁶⁰ Cfr. la nota núm. 119. Y mi trabajo “Sugerencias sobre la renuncia a la pretensión, el desistimiento de la demanda, de otros actos del juicio y de los recursos, para el Proyecto de Código de Proceso civil — Modelo para los países iberoamericanos”, Comunicación a las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Mérida, mayo de 1990), en prensa.

¹⁶¹ Cfr. también, sobre la *Erledigung der Hauptsache*, por ejemplo, Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2ª ed., Giesecking, Bielefeld, 1974, pp. 103 y ss.; Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Munich, Beck, 1977, § 133, pp. 733 y ss.; Stein-Jonas-Phole, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 19ª ed., Tübingen, Mohr, 1965, § 91a, pp. 489 y ss.

¹⁶² Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, *El allanamiento...*, cit., *passim*.

¹⁶³ Es la situación jurídica que adopta la parte demandada, contraria a la de resistir a la demanda. Cfr. mi *Doctrina general del proceso penal*, I (II), 3, B), pp. 23 y ss.

Puede ser total —para con toda la pretensión del actor— o reducida a una conformidad en los hechos con él. Esto es, más o menos “parcial” —de protagonismo de la parte— y menos o más —a la inversa— del juez.

Un sistema procesal en el que dominase muy ampliamente el sistema dispositivo intraprocesal,¹⁶⁴ nos llevaría a admitir un allanamiento en el que la intervención del juez, fuera la de constatar, actuando como un notario, la cesación de la litispendencia. Pero esta tendencia, que se reducía a que, ante el acto del allanamiento, ese juez reaccionase con una simple providencia: “Por allanado el actor, en las costas”, suponía abrir amplias posibilidades a la mala fe y aun al fraude procesales.

De ahí que la tendencia actual, sobre el allanamiento *total* del actor sea la de dar mayor intervención al juez, para que lo valore y se oponga a él de observar impedimento de los que he aludido.¹⁶⁵ Esto es: se tiende a imponer que los jueces dicten setencias sobre el allanamiento (lo acojan o lo rechacen).¹⁶⁶

Por lo tanto: se trata de un acto autocompositivo de resignación y no de resistencia del demandado. Si es total —el derecho— se trata de un acto parcial y procesalizado.

El allanamiento a los hechos, es un acto procesal de obtención, ya que no determina automáticamente una resolución que lo acoja; sobre todo, si el litigio del proceso era de tipo estrictamente jurídico.

13. *La transacción*

La transacción, es otro medio de autocomposición. “Es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito —*hic latet lepus*— o poner término al que había comenzado” (artículo 1809 CCiv.).

Inútil explicar más, aquí.

Pero la transacción, desarrollada en un proceso, sin dejar de tener aquellas características fundamentales, se procesaliza. Y la “judicial”,

¹⁶⁴ Cfr. esta noción en mi “*Doctrina general del derecho procesal*” cit., XII (II), 1 y 5, pp. 388 y 391 y ss.

¹⁶⁵ Sustituyendo la antigua fórmula “por allanado con las costas”, por una *sentencia completa*. Así se viene manteniendo por ejemplo, por Prieto Castro, desde las primeras ediciones de su *Derecho procesal civil* hasta el *Tratado de derecho procesal*, Pamplona, ed. Aranzadi, 1982.

¹⁶⁶ Cfr. la nota anterior.

puede llevar nada menos que a la ejecución forzosa por vía jurisdiccional —“vía de apremio”— (artículo 1817).

Y en todo caso, para las partes, “tiene autoridad de cosa juzgada” (artículo último citado). Ahora bien, hay que tener en cuenta que el mismo CCiv., en su artículo 1252, se atiene a concebir la cosa juzgada como una presunción de verdad, concepción material y no procesal.

Desistimiento —el unilateral y el bilateral—, allanamiento y transacción, son, como se ha dicho, actos de autocomposición más o menos procesalizados.

La adopción del “contrato” para explicarlos, tiene diferente significación en cada una de las figuras. En el desistimiento —su bilateralidad— el acudir a él —mejor dicho, al cuasicontrato de *litis contestatio*, como lo hizo el TS hasta s. S. de 6 de noviembre de 1956 (artículo 3807) en que varió de orientación—, afirmaría lo que no es la naturaleza jurídica del proceso actual, sustituyendo a la bilateralidad del proceso, la del contrato o del cuasicontrato de l.c.

Mas nada se opone a que por las partes, que puedan disponer de sus derechos sustanciales, pongan fin a la relación jurídica procesal (para mí, a la serie de situaciones jurídicas que integran el proceso) mediante un contrato, no de adhesión, sino bilateral: el de transacción.

14. De nuevo sobre la conciliación

La figura de la “conciliación” extraprocesal, pertenece sin duda a la autocomposición, máxime si se prescinde de los “hombres buenos” como se ha hecho desde la Ley de reforma procesal civil de 6 de agosto de 1984. La conciliación intraprocesal, si se verificare ante un juez inerte, que para nada interviniera en ella, se podría considerar también como autocomposición casi-total, salvo su homologación por el juez —“homologación”, dación de fe y no “creación de la sentencia”—,¹⁶⁷ se trataría de una transacción.

Pero si en la conciliación, la intervención del juez (sobre todo, por ser intraprocesal, el caso del artículo 75 LPL) —y su práctica— lo hace con mayor intensidad, queda poco margen para la autocomposición: el que entienda que por lo convenido “existe lesión grave para algunas de las partes” (artículo citado I) la limita en mucho.

¹⁶⁷ Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, *Proceso...*, § 49, pp. 82 y ss.

Y la conciliación, del tipo intervencionista del juez, que se prevé, por ejemplo, en el “Modelo de Stuttgart”,¹⁶⁸ intraprocésal, mas mostrándose por el juez una gran actividad, aunque fuere conciliadora, no nos parece que deje resquicios grandes a lo autocompositivo inicial de la figura. Se podrá decir que se trata de un nuevo camino emprendido por la jurisdicción —de manera parecida el proceso laboral— pero no de autocomposición.

La conciliación preprocesal en materia de trabajo, ha devenido un instituto altamente apreciado. Pero nótese las graves limitaciones —normales, dado el carácter del mundo del trabajo— a que se sujeta el principio de autonomía de la voluntad —materias y *procesos* que la exceptúan, artículo 51 LPL y base XIV de la LBPL del 12 de abril de 1989—; la autoridad administrativa que la preside; y el curioso hecho de que, en el artículo 53 de la LPL y en la base XIV LBPL, no se hace constar que “se intentará la conciliación” por aquélla; y sí en el artículo 75 LPL y con mayor énfasis en la base XVIII de la LBPL para la conciliación intraprocésal (“el órgano jurisdiccional las exhortará para que lleguen a un acuerdo”). De lo que se deduce el escaso margen autocompositivo que queda a tales “conciliaciones”.

Pero, aun dejando tan escaso margen, en el que quede, la autocomposición será perfecta: “Lo acordado en conciliación tendrá fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal”. No hay ni siquiera homologación. (Base XI, LBPL.)

Aquí sí que puede recordarse la doctrina de los “equivalentes jurisdiccionales” de Canelutti: conciliación “obligatoria para los litigantes” incluso en cuanto a su asistencia (base XIV, 3); “fuerza ejecutiva sin intervención del juez” (base XIV, 4). El número 1 de la base, parece desear dejar sin entrada al posible proceso ulterior, en favor de esta conciliación administrativa.

¹⁶⁸ Cfr. por ejemplo, Bender, “The Stuttgart Model”, en *Access to Justice*, II (*Primising institutions*), ed. Cappelletti-Weisner, Nijhoff, Milán, Alphen aan den Rijn, Giuffrè, 1978, pp. 431 y ss.; Bender y Strecker, “Access to Justice in the Federal Republic of Germany”, en *Access to Justice*, I (*A World Survey*), Cappelletti-Garth, Nijhoff, Milán, Alphen aan den Rijn, Giuffrè, 1978, pp. 527 y ss.

15. *Alusión al arbitraje*

Nos quedamos en el umbral del arbitraje moderno.

Las dificultades, los retrasos, la carestía de los procesos en la actualidad, han desviado la litigiosidad civil hacia los arbitrajes, tanto en lo nacional como en lo internacional.

Y siguiendo la ley que Satta denominaba de “la degeneración de las instituciones”, llegará un momento en que también el moderno arbitraje lo haga. ¿Tornaremos al proceso civil? ¿A otro tipo de soluciones?

Por ahora. . . ¡Seguimos en el pacto!