

### TERCERA PARTE

## NOTAS SOBRE LA “COMPLEJIDAD” PROCESAL

SUMARIO: I. *El proceso complejo*. II. *Elementos de la crisis que sufre la administración de la justicia en España. La Reforma procesal de 1988*. 1. *La judicatura*. 2. *Los justiciables*. 3. *La normativa*. 4. *Abogados y procuradores*. 5. *La sociedad española*. III. *Algunas muestras de “procesos complejos”. Historia y presente*. 1. *Los procesos de Antonio Pérez (siglo XVI)*. 2. *Los procesos del capitán Alfred Dreyfus (1894-1903)*. 3. *“El caso de la colza”. Acción penal (popular), de las víctimas, del fiscal y acciones civiles*. 4. *El caso Rumasa*. IV. *La participación de sociedades para la persecución de los delitos*. V. *Los procesos destruidos durante la Guerra civil española (1936-1939) y otras catástrofes*. VI. *La influencia de la intervención de abogados en la complejidad de los procesos*. VII. *Los honorarios de los abogados y la complejidad*. VIII. *Los testigos-peritos” y la complejidad procesal*. IX. *Los “descubrimientos” de las partes (discovery) y la complejidad*. X. *Otros problemas y la complejidad*. XI. *Proceso “complejo” y proceso “escandaloso”*. XII. *La congestión de los tribunales y la complejidad*. XIII. *El establecimiento de tribunales especiales como remedio de la “complejidad procesal”*. XIV. *Las potestades instructorias de los jueces y la complejidad*. XV. *La acumulación de procesos y la complejidad*. XVI. *La colaboración entre jueces y abogados como remedio de la “complejidad procesal”*. XVII. *Funciones del proceso: ¿Resolución de conflictos o modificación de conductas? Las acciones de jactancia, como preventivas*. XVIII. *Otros medios (arbitrajes, private courts y otros)*. XIX. *La introducción de la tecnología en los tribunales*. XX. *La división de funciones en los bufetes colectivos de abogados*. XXI. *La fungibilidad o infungibilidad del abogado (procesos escritos o procesos orales)*. XXII. *La defensa de los intereses difusos y la complejidad*.

Este trabajo es una especie de “apócope” de mi colaboración a la ponencia que los profesores Lindblom y Watson (Uppsala y Ontario) elaboran sobre el tema —que formulamos en la reunión celebrada por la directiva de la Asociación Internacional de Derecho Procesal en Bolonia, en septiembre de 1988— “Tribunales y juristas

frente a los problemas de litigios complejos (para el XII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Portugal, 1991), adoptando entonces una moderna terminología" (?) que sirve para designar fenómenos casi tan antiguos como el mundo. La expresión se ha abierto camino en Estados Unidos, haciendo una vez más buenas, las enormes posibilidades de aquellos juristas, para "rebautizar" viejos fenómenos. Véanse los ejemplos que suministro, *infra*.

Tenía entonces en comienzo y tengo ahora en publicación, un muy extenso *Ensayo sobre procesos complejos* (Madrid, Editorial Tecnos, 1991). Por ello son abundantes las legítimas remisiones a mi propia obra, y especialmente, cuando se trata de notas. Las citas y referencias a "la versión larga del trabajo" o a "procesos complejos", quedan así explicadas.

Si la diagnosis de la "complejidad procesal" parece sencilla, no lo es el tratamiento, para ciertos casos, determinados por ciertos acontecimientos —catástrofes naturales, por ejemplo— cabe el fijar una serie de principios y aun normativas de prevención, pero para otros, ello resulta imposible, o casi. Solamente por aproximación puede operarse, a fin de intentar salir del caos a que la complejidad procesal puede conducir.

Una serie de lo que ya se anuncia como "remedios" solamente lo serán entre todos, a no ser que alguno de ellos haya operado como concausa eficiente para desencadenar la "complejidad". La situación del hombre civilizado ante estas calamidades, debe ser la que se adopta ante enfermedades desconocidas: la de ordenar limpieza, asepsia, medidas de precaución genéricas y preparar fuerzas para intervenir "cuando se sepa en qué sentido" y no antes. Más adelante, es posible que ese o esos procesos —también se les llama en ocasiones "macroprocesos"— ya disecados, consten "en los libros" y puedan ser estudiados para su correcta prevención. Pero las primeras ocasiones en que se produzcan, temo nos pillen desprevenidos o casi.

## I. EL PROCESO COMPLEJO

Es frecuente hablar, leer y escribir sobre procesos míticos; el mito jurídico tiene enormes potencias,<sup>1</sup> ya desde antiguo, de "procesos

<sup>1</sup> Cfr. Santi Romano, "Mitología giuridica", en *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milán, Giuffrè, 1947, pp. 126 y ss.; mis trabajos "Una perspectiva histórica del proceso: la *litis contestatio* y sus consecuencias", en *Atti del I Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile* (Florencia, 1950), Padua, CEDAM,

mágicos”, dada su relación con lo parareligioso; de “procesos modelo”; de “procesos contra animales; de “macro y microprocesos”; de “complejidad procesal”, dirigida por “jueces administradores” (*managerial judges*).

A mi entender, y ampliando el sentido gramatical de la expresión “complejidad”, entiendo, a los fines que aquí se persiguen (y entre los que no está ciertamente el de copiar simplemente lo ya hecho en la materia), que puede decirse de un proceso que es “complejo”, cuando aparece o se desarrolla —o termina— en circunstancias atípicas de o para la comunidad a la cual está destinado a servir. Circunstancias naturales, desde los intelectos que crean ese proceso, o bien, provocadas, que producen situaciones de amplitud o generalidad, graves e inesperadas, frente a las cuales no sirven ni los mecanismos ni las técnicas de los procesos ordinarios.

Y esa complejidad externa volcada sobre un proceso, hace necesario crear, *ex abrupto* o casi, o en todo caso, poner en acción medios personales y materiales, o bien previstos, pero no ordinarios ni en su naturaleza, ni en su mecánica, ni en su dinámica, o bien no previstos, por ser imprevisible el acontecimiento principal; en cuyo caso, la exposición al fracaso es grande.

De los hechos, del acontecimiento que provocó la aparición de tal o tales procesos “complejos” en su origen —excepto en los casos en que tal origen se halle en una o varias personalidades humanas extraordinarias y no susceptibles de ser encajonadas en moldes— en ocasiones se pueden extraer lecciones, se puede llegar a la conclusión de que se trata de acontecimientos inesperados específicamente, pero cíclicos con riesgos de repetición.<sup>2</sup> En tales casos, se debe comenzar a preparar los medios de garantizarse contra tales reiteraciones. Se debe reconstruir teniendo en cuenta las posibilidades de que el fenómeno, se torne *normal*.

Y en todo caso, sería necesario *tener preparado*, uno o varios tipos de proceso ya preadaptados a condiciones de las que pueden originar *complejidad*; procesos de los que suelen llamarse “de urgencia” (aun-

1952 y en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, ed. Rev. Der. Priv., 1955, pp. 13 y ss.; “Proceso, procedimiento, mito jurídico”, en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, ed. Tecnos, 1969, I, pp. 435 y ss. Cfr. También notas núm. 3 al 7, versión larga del trabajo.

<sup>2</sup> Vgr. las inundaciones de tipo fluvial. Cfr. *infra*, sobre la de Valencia (España) en 1957.

Cfr. aussi, Alcalá-Zamora Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª ed., México, UNAM, 1970, § 9, p. 26, nota 23.

que algunos hayan pasado a ser normales) como es el tipo de los procesos concursales civiles y comerciales (concurso, quiebra).

Nos encontramos con que, como secuencia de actitudes de los hombres —la guerra—, o de la influencia de elementos sobrehumanos —catástrofes, eventos naturales (la circunstancia, diría Ortega y Gasset)— que actúan fuera de lo habitual sobre o en una comunidad de hombres, todo el ritmo del grupo social —o al menos, de uno de sus segmentos— experimenta una conmoción, incluso un sobresalto: este evento extraordinario puede dar lugar a procesos extraordinarios.

La historia (a la que desde no ha mucho, se acostumbra, por ciertas gentes, a despreciar e intentar suplir por la pretendida técnica actual o por simple y lamentable soberbia) nos muestra que no es raro, que uno de los primeros elementos exteriores de una convulsión general esté constituido por uno o varios procesos. Es rica en tales ejemplos, incluso con anterioridad a los procesos de Jesús.

Catástrofes naturales, como inundaciones y sequías —que a ambos fenómenos es proclive España— o incendios; acontecimientos sociales como guerras (recordemos la tristísima Guerra civil, 1936-1939) y sus secuelas, crisis económicas, incapacidades políticas de previsión, pueden ser y son causas de la aparición de esos procesos extraños, con sus problemas.

Pero, asomados a perspectivas tan inquietantes no parece fácil el trabajo de “intentar una generalización de los supuestos de proceso complejo”.

Sí, que atribuyo a ellos un elemento común: su carácter insólito, extraordinario, sean cuales sean sus motivos. No cabe confundirlos —aunque no se hallarán muy lejos— con el proceso, con partes complejas en los múltiples sentidos ya admitidos en el campo del derecho procesal, de pluralidad de partes o de pluralidad de personas en situación de partes; se trata de que “no se esperaba lo sucedido” y por ello se abre el paso, en determinada medida, a la improvisación.

Y si nos volvemos a la historia, hallaremos ocasiones de aparición de lo extraordinario, e incluso de descubrir una especie de ley histórica por la cual, lo “extraordinario”, recibido por una comunidad social, deviene paulatinamente “ordinario”. Así, en Roma, todo un sistema procesal —el de la llamada *cognitio extra ordinem*— apareció como proceso extraordinario<sup>3</sup> en las provincias romanas

<sup>3</sup> Cfr. p. ej., Biener, *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengericht*, Leipzig, 1825, reimp. Scientia Verlag, Aalen, 1965, *passim*;

fronterizas, militares; pero fue extendiéndose su uso, por estar más adaptado a la realidad social, a toda Roma y terminó por ser el ordinario. Otro ejemplo, es el de la “sumariedad” (abreviación, en sus diversas especies: aceleración o recorte de las actuaciones procesales), como remedio contra la complejidad de los negocios que amenazaba el tráfico en la Edad Media.<sup>4</sup> Los procesos sumarios, en no pocas ocasiones, han devenido “ordinarios”, plenos. Y ello aun en comunidades que no comprenden bien el término “sumario”.

## II. ELEMENTOS DE LA CRISIS QUE SUFRE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA EN ESPAÑA. LA REFORMA PROCESAL DE 1988.

No se puede admitir nunca que la impresión de los planificadores deje en blanco alguna parte del programa que enuncian. Por ello, es tarea de los que ponen en práctica los programas ajenos, la de adaptarlos a la realidad. Y eso es lo que estoy haciendo.

Elementos esenciales para el estudio de la complejidad en la litigación, es el de los factores vitales entre los que habita.

Débase destacar aquí la crisis que azota en la actualidad a la administración de la justicia española; crisis que se veía venir (no ciertamente por los triunfalistas ni por los cegatos)

Uno de sus detonantes, se halló en una lamentable ley procesal penal: en la del 11 de noviembre de 1980, de “enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes”.

En la misma (y sin que los legisladores apreciaran la crítica dirigida por la doctrina española a su antecedente, también erróneo, de la ley de 7 de abril de 1967) se atribuían al juez de instrucción facultades sentenciadoras. Lo que, era, es y será una muestra clara del sistema procesal inquisitivo. El juez decisor, está expuesto a arrastrar a la sentencia aquello que adquirió como cierto sin contradicción de partes.

Habiendo hecho caso omiso el legislador español a las advertencias de la doctrina, éstas vinieron de más lejos: en dos casos, el Tribunal

Wenger, *Compendio de derecho procesal civil romano*, 2ª ed., apéndice al *Derecho privado romano* de Jors-Kunkel (trad. esp. Prieto Castro), Barcelona, ed. Labor, 1936, *passim*.

<sup>4</sup> Cfr. Fairén Guillén, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, ed. Bosch, 1954, I parte, *passim*; “El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje: sus posibilidades”, en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, EDESA (I), 1983, pp. 193 y ss., I parte; “El juicio ordinario, los plenarios rápidos, el sumario, el sumarísimo”, en *Estudios de derecho procesal...*, cit., 1955, *passim*.

Europeo de Derechos Humanos (caso Piersack; caso De Cubber) había salido al paso de tendencias inquisitivas en el proceso penal. Dos jueces de instrucción españoles plantearon al Tribunal Constitucional la “cuestión de inconstitucionalidad”, preguntando, en síntesis, si el juez instructor podía ser el mismo sentenciador (problema inquisitivo, de la Ley de 11 de noviembre de 1980). El Tribunal Constitucional (sentencia del 12 de julio de 1988) aceptó la “cuestión” y declaró inconstitucional un artículo de la citada ley, lo que provocó su hundimiento y su sustitución por una “Ley procesal de reforma”, la cual, a su vez, además de intentar remediar el inconveniente inquisitivo, abrió el campo de la instrucción al MF (esto es, a una institución sujeta al Poder Ejecutivo) y señalaba una nueva dirección para el futuro proceso penal español: criterios de oportunidad en lugar del de legalidad, admisión del *plea bargain*, pero oscuramente; creación de un nuevo cuerpo de jueces penales; un nuevo tipo procesal con fuerte intervención del MF y mal delineado; ello, concurriendo con elementos de crisis ya preparados: abundancia de litigiosidad (pese a un intento de “despenalizar” coincidente con un índice de delictividad alto); impreparación de la planta judicial (sin poner en práctica una Ley de planta, sin la cual no podría funcionar bien (?) la muy defectuosa Ley orgánica del Poder Judicial de 1985);<sup>5</sup> el descuido tradicional del Legislativo en materia de administración de justicia; todo produjo el efecto temido por la crítica y despreciado por el Poder: una crisis que paralizó millares de procesos (penales pero también civiles); que aturdió a dicho Poder; que provocó medidas improvisadas (como el de las sustituciones entre jueces, para evitar que el mismo instructor fuera el sentenciador: efugios simpáticos por su intención, pero lamentables efugios), etcétera. La crisis se precipitó. Y en ella fueron atrapados procesos que ya se mostraban como complejos, como veremos.

### 1. *La judicatura*

Los elementos de esta crisis fueron: la falta de personal; la insuficiencia incluso de la Ley de planta (que ya hubiera debido estar

<sup>5</sup> Puse a mis “Comentarios a la Ley orgánica del Poder Judicial de 1º de julio de 1985” —de los primeros a tal ley que aparecieron—, el lema “Morituri te salutant” —que debió molestar a alguien—, para indicar la proximidad de una gran crisis que esta ley, muy defectuosa —y señalaba sus defectos fundadamente—, no evitaría, sino que complicaría aún más.

promulgada y no lo estaba por incomprensible retraso de los poderes); la falta de personal auxiliar (todos ellos, hasta el presente, desconsideradamente tratados); a la falta de un buen sistema de comunicaciones judiciales (no olvidemos que mediante ellas se hace efectivo nada menos que el principio procesal de bilateralidad); a la falta de preparación para el manejo de medios auxiliares técnicos. Resumiendo: penuria, se llama ese fenómeno. Abandono por los poderes estatales del Judicial, ya tradicional en España.

Existía algún cuerpo de jueces —los jueces de distrito— inconsideradamente suprimido (ahora se habilita a sus antiguos miembros para jueces de otro tipo); alteraciones de las competencias; alarmante cambio de mentalidad en cuanto a la “gravedad” de los delitos (de seis meses en la Ley de 1980, a seis años, en la de 1988). Y no debe preterirse el proceso de politización de los organismos judiciales, comenzando en el Consejo General del Poder Judicial (al atribuir el nombramiento de todos sus miembros al Parlamento), fenómeno que se ha extendido por el campo de la judicatura.

Hay jueces excesivamente aficionados a ver sus fotografías en medios de comunicación, más aptos para otras tareas; otros, prefieren una que llaman “democratización” de la justicia que también conllevaría la supresión, por ejemplo, del delito de desacato y una “libertad de crítica de las resoluciones judiciales”<sup>6</sup> que debe tener su sede en los recursos o en la acción popular.

## 2. *Los justiciables*

Concurre en la crisis el aumento notable de la litigiosidad; lo que era de prever cuando aumenta el nivel de vida y de tráfico humano (amén de la población). En general, no apreciamos que haga una aparición decisiva el “picapleitos” como lamentable personaje (aunque los haya, naturalmente). Pero el aumento de litigiosidad, su masificación, con los retrasos debidos a la inadecuación de la planta judicial, la carestía del proceso, las dilaciones irregulares; todo produce en el litigante descontento que puede llegar en algún caso a la exasperación. El Tribunal Constitucional, en alguna ocasión, ha señalado como culpable de dilaciones irregulares en el procedimiento, no a una negligencia del juez, sino a “la falta de estructura orga-

<sup>6</sup> Cfr. varios jueces y magistrados, en “Documentos de jueces para la democracia: por el control democrático de la justicia”, en *Jueces para la democracia*, Madrid, 1988, IV, p. 23.

nizativa” (sentencia del 24 de noviembre de 1987, núm. 787/87). Y por ejemplo, en algún caso que no puede ser calificado de “complejo” sino de fácil, las dilaciones indebidas han llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a condenar al gobierno español (caso “Alimentaria Sanders”, sentencia del 7 de julio de 1988).

### 3. La normativa

Las normas procesales españolas, la fundamental en lo civil, la “Ley de enjuiciamiento civil” es de 1981 y nació como una reforma de su madre, la Ley de enjuiciamiento civil de 1855; la cual a su vez, pretendía ser un recuerdo del derecho procesal común. Y desde 1881, la actitud del Poder Legislativo sobre ella, ha sido de indiferencia. Pocas reformas —alguna, *in extremis*—, de escasa entidad e inadecuadas. Se salvan algunas con su origen en la Ley de bases de justicia municipal de 1944 (que tuvo como consecuencia dejar ver, comparativamente, un procedimiento moderno —para cantidades no superiores de 5,000 pts. entonces, hoy a 500,000— en parangón con otros antiguos, los de la misma LEC).

En lo penal, sigue en vigor, como fundamental, la Ley de enjuiciamiento criminal de 1882. Ley buena en su tiempo, acogió el sistema mixto. Pero no es adecuada a una criminalidad que ya no es a su vez la de 1882: por ejemplo, no responde a lo exigido por el “delito-masa” (como se ha demostrado en el “caso de la colza”, *cfr. infra*). El ejercicio paralelo al proceso penal, de las “acciones” de resarcimiento civil, sufre con ello. Y las reformas de esta Ley (las más importantes: de 1967 y de 1980) por “abreviar” los juicios, cayeron en lo inquisitivo. Y para evitarlo, la Ley de reforma de 1988 “aprovechó la ocasión” para emprender un nuevo camino. El de la “oportunidad” del proceso penal, confiada a su vez al Ministerio Fiscal, dependiente del Poder Ejecutivo; no se ha contemplado un refuerzo de las defensas de las víctimas, según previenen incluso recomendaciones del Comité de Ministros Europeo, y poco o nada se hace por reforzar el mecanismo de la “acción popular”, inteligentemente organizada y prevista en la LECRIM de 1882, y ahora, en el artículo 125 de la Constitución, y a la cual se acude cada vez más, para suplir inactividades del Ministerio Fiscal.

#### 4. *Abogados y procuradores*

Descontentos por el desorden que reina en el proceso; divididos entre sí, la organización de los Colegios se ve atacada a su vez sin perjuicio de sus protestas contra el Ministerio de Justicia.

La Universidad española, proveedora de candidatos a jueces (y a fiscales; y a auxiliares) se halla atosigada por la masificación de los estudios. La culpabilidad en admitir tal masificación de la enseñanza con sus graves secuelas de deformación se debe hallar en normativa utopista sin dejar de ser partidista; en la pretensión de “igualar” lo que no es “igualable”, esto es, las facultades para el estudio; y de éxito. Una supuesta democratización de la Universidad lleva hacia la confusión entre profesor y alumno y la pretensión de éste de dominar a aquél.

Y la formación *ad hoc* de los candidatos a jueces, deja también mucho que desear. Y ello, no es antiguo, sino moderno. La calidad —*in genere*— de los jueces ha bajado: resultado de la prisa en formarlos y de lo inadecuado del marco de su formación. El hecho de que aparezca en algún caso, incluso la *amotivación* de las sentencias, es muy grave.

#### 5. *La sociedad española*

Ésta no se muestra demasiado inclinada hacia su administración de justicia. De otra manera, no se explicaría la penuria de medios con que sus representantes la tienen, de manera casi endémica. Se acuerda de ella cuando un miembro involucrado notable ya se halla pendiente de un proceso. Las reformas, no son debidamente preparadas y tanto el enfoque político como el técnico son parciales, no objetivos.

### III. ALGUNAS MUESTRAS DE “PROCESOS COMPLEJOS”. HISTORIA Y PRESENTE

Dos ejemplos —unidos a otros, de la actualidad— dan idea de la “complejidad” (“dícese de lo que se compone de elementos diversos”, Diccionario Real Academia Española): complejidad procesal como de “procesos con circunstancia y procedimientos complejos, unitarios o múltiples”. El “río de procesos” o “procesos en cascada”, también es complejidad, en corrientes salvajes y en remansos obstaculizadores.

## 1. Los procesos de Antonio Pérez (siglo XVI)

Fue el anhelo de poder, llevado de estímulos desprovistos de moral, chocando con muros de contención inadecuados —la lucha del Secretario y luego ex Secretario contra el Rey— lo que hizo aparecer una cascada de procesos: y su *detención* por obra de uno de ellos —de la Manifestación aragonesa— desencadenó una mayor catástrofe, de la que una de sus consecuencias. *La Leyenda Negra* aún subsiste

Aquí, debo hacer un resumen de lo que llegó a ser una masa de treinta y tantos procesos penales: unos “en cascada”; otros, acumulados, simultáneos.

La tónica general, de este caso, de fondo y de cercanía, es la de la mala conducta de un secretario del Rey Felipe II, así como de la de éste.

En pobre telegrafía —el tiempo no da para más—: se produce el asesinato del Secretario del Infante don Juan de Austria, gobernador de los Países Bajos, en Madrid, el 31 de marzo de 1578, por obra de sicarios alquilados por Antonio Pérez, Secretario de Estado del Rey Felipe II, resultado de graves intrigas. El Rey, autoriza el asesinato (“Cuestión de Estado”). El rumor público imputa a Pérez la autoría del crimen. El hijo de Escobedo, insta proceso penal contra Pérez.

Se abre también un procedimiento administrativo (político) contra Pérez por peculados en su gestión pública (“Proceso de Visita”). Es condenado en él a penas de cárcel y pecuniaria.

En el proceso por el asesinato de Escobedo, Pérez complica al Rey. Es sujeto a tortura (23 de febrero de 1590) (proceso inquisitivo). Huye a Aragón (19 de abril de 1590) (por ser mucho más benévolas y progresivas sus normas procesales penales, que impiden las sevicias). En Aragón, Pérez entabla proceso cautelar de “Manifestación” ante el Justicia Mayor del Reino. Por este amparo, es sustraído a la jurisdicción del Rey y ya no podrá ser devuelto a ella. El proceso contra Pérez en Castilla, termina por una sentencia a muerte del mismo, *in absentia* (1 de julio de 1590). [Como fue torturado, su situación, desde el punto de vista del proceso aragonés de Manifestación, mejora, ya que probablemente, el Justicia no aprobará nunca tal proceso madrileño ni en consecuencia, devolverá a Pérez a Castilla y al Rey.] El Rey, intenta otros procesos aragoneses contra Pérez. Todos fracasan frente a la Manifestación. El Rey, acude

a la Inquisición, que declara hereje a Pérez y lo persigue (5 de mayo de 1591). (Y no lo es.) La Inquisición de Aragón entra en conflicto con la Manifestación del justicia. Motines en Zaragoza, en favor de la Manifestación y contra la entrega de Pérez (24 de mayo de 1591 y 24 de septiembre de 1591) (en el primero, los amotinados matan al Marqués de Almenara, enviado del Rey; éste decide mandar el ejército de Castilla a Aragón para acabar con tales rebeldías). [Pérez sigue en Zaragoza, amparado y sujeto por la Manifestación]. El ejército Real entra en Aragón. El Justicia Mayor, le sale al encuentro con fuerza armada, por estimar que tal entrada va contra Fuero aragonés. Vencida la leve resistencia activa aragonesa, el ejército Real entra en Zaragoza. El Justicia de Aragón es ejecutado sin previo proceso (20 de diciembre de 1591). Pérez huye a Francia, en donde da gran difusión a su “historia”, falseándola en parte, e impregnada de odio al Rey.

Este *iter*, en cuanto a procesos, ha comenzado en 1576; termina ya muertos Pérez —exiliado, en Francia— y Felipe II; rehabilitado aquél en proceso de revisión por el Tribunal de la Inquisición de Aragón (16 de marzo de 1615) del cargo de herejía. En resto de su personalidad —y la de Felipe II— lo juzga la historia.<sup>7</sup>

## 2. Los procesos del capitán Alfred Dreyfus (1894-1903)

Constituyeron un conjunto *complejo*, muestra de espíritu de patriotismo desordenado y mal entendido, complicado —no nos engañemos: las heridas eran muy recientes— con anhelos de *révanche* fallidos y de hegemonías políticas. Condujeron a Francia a un *impasse* del cual no salió sin heridas duraderas. Aún se recuerda a algunos de tales procesos como monumentos de mala fe procesal.

Intento aquí concentrar, una vez más —y seguramente, también con resultado negativo—; ni tiempo ni espacio perdonan. Y sigo, con manifiesta desventaja, los pasos del eminente abogado y maestro de la práctica forense francesa, Me. Floriot en su resumen.

Una causa eficiente que va aumentando de entidad hasta dominar la escena: el documento —llamado el *bordereau*, por su aspecto—

<sup>7</sup> “Antonio Pérez”. La monografía de Marañón Posadillo, es, si no la mejor, sí una de las mejores y más documentadas sobre las figuras de Antonio Pérez y otras de su contorno. Ed. Espasa-Calpe, Madrid, desde 1946 múltiples ediciones.

Sin embargo, precisaría elaborar un estudio monográfico de “los procesos de Antonio Pérez” no desde el punto de vista de la “Procesología”, sino desde el interior, el *jurídico* de tales procesos.

de contenido militar secreto y comunicado a un agregado militar alemán, falsamente atribuido al capitán de artillería, diplomado de estado mayor, Alfred Dreyfus, de raza judía, y de familia alsaciana. Con este papel y con alguna pieza más —ya, falsa— es condenado por un consejo de guerra *ad hoc* —y con infracciones asombrosas a los derechos de la defensa— a una pena muy grave, injusta y humillante. Reacciones contra ella y en favor de mantenerla. Maniobras políticas fuera y dentro del ejército. Aparición de más documentos comprometedores (falsos). Apariciones de muchas terceras personas en torno al proceso: de un lado, del verdadero —y aún no desenmascarado— autor del *bordereau*, capitán Esterhazy, el cual, seguro aún de sus influencias, provoca un proceso militar *sur mesure* en el que es absuelto; del otro, el famoso novelista Émile Zola, que arremete en un *média* —la prensa actúa a diestro y a siniestro con enorme empuje y pasión— y fuertemente contra tirios y troyanos en defensa de Dreyfus y que es condenado a pena de prisión por el *Tribunal d'Assises*. Recurso de revisión en favor del condenado, admitido por la *Cour de Cassation*, pero rechazado después por un segundo consejo de guerra. Aumenta la cantidad de documentos militares falsos en curso. Se descubren las falsificaciones y su autor (el coronel Henry) el cual, detenido, se suicida. El capitán Esterhazy, huido a Inglaterra, declara públicamente su autoría del *bordereau*. La Sala de lo Criminal de la *Cour de Cassation*, en revisión, absuelve a Dreyfus, el cual es rehabilitado y ascendido. Se producen actuaciones contra diversos militares complicados en delitos de falsedades. [Ya hay una Ley de amnistía por los hechos relativos al *affaire Dreyfus*.]

*Tácticamente*, llama la atención el triunfo de una continuada mala fe procesal, que se descubre tardíamente; y como instrumento, los reiterados errores de los peritos calígrafos —algunos de ilustre recuerdo: Bertillon— así como la *proliferación* de documentos falsos con cargo a Dreyfus. Los falsificadores, parecían convencidos de sus buenas razones, patrióticas o no. Y *estratégicamente*, en el fondo, el hecho de que una tan grande máquina, como era el ejército francés, se dejase pillar en semejante engranaje —complejidad— que, a la larga y a la corta, lo divide gravemente. El temor y la rabia ante “lo que pueda venir del Este” —del recién nacido II Imperio alemán— no hubiera debido provocar tal ceguera. Ni el antisemitismo, que igualmente salió a la superficie. . . <sup>8</sup>

<sup>8</sup> Cfr. Me. Floriot (René), *Les erreurs judiciaires*, ed. Flammarion, *J'ai lu*, 1968.

### 3. *El “caso de la colza”. Acción penal (popular), de las víctimas, del fiscal y acciones civiles*

Como el tercer ejemplo, se basa en el régimen español de las “acciones penales” haciendo confluir legitimaciones diversas, debo comenzar por hacer una sintética exposición de la normativa vigente.

Rige en España, el sistema —para la persecución de los delitos y faltas públicas, que por ahora son mayoría absoluta— de la concurrencia, de A), la acción penal oficial del Ministerio Fiscal (artículo 105), con B), el de la acción de las víctimas presentadas como tales (artículo 109) y con C) la “acción popular” (artículos 101 y 110 LECRIM).<sup>9</sup>

El discutido sistema de la “acción popular” es tradicional en España y no solamente se conserva bien, sino que ha devenido constitucional: artículo 125 de la Constitución de 1978; sus ventajas técnicas y prácticas, han demostrado ser muy superiores a los inconvenientes.)

Las “acciones” populares y de las víctimas (debidamente presentadas),<sup>10</sup> son independientes de la del Ministerio Fiscal. De tal manera que si éste resuelve no acusar (pide el sobreseimiento pp. 642 y ss. LECRIM), los actores populares y las víctimas que ya eran parte, pueden continuar y continúan el proceso solos, en ausencia del Ministerio Fiscal. Y aún más: si no hubiere querellante particular cuando el Ministerio Fiscal pida el sobreseimiento, el Tribunal lo busca, incluso dando a la publicidad la situación por medio de edictos (artículo 644).

<sup>9</sup> El Ministerio Fiscal español (MF) es de la índole del Ministerio Público francés. Es el Poder Ejecutivo —el gobierno— el que nombra y destituye al Fiscal General del Estado (artículo 124, de la Constitución de 1978 y 29 del Estatuto (Ley del MF de 30 de diciembre de 1981). Funciona de acuerdo con los principios de legalidad e imparcialidad, pero también bajo los —incompatibles con aquéllos— de unidad de actuación y dependencia jerárquica (artículo 2º Est.). Luego no es independiente y ni siquiera autónomo en sus funciones ante los tribunales. Y por lo tanto, no se le puede parangonar con el MP italiano (autónomo, artículo 53 del CPP de 22 de septiembre de 1988 y 70 del OG reformado) ni con el del Brasil (artículo 128 de la Constitución de 5 de octubre de 1988). Cfr. sobre el MF español, últimamente, mi trabajo “El Ministerio Fiscal en la reforma del proceso penal”, en *Tapia*, Madrid, 1989, enero-febrero y marzo-abril; anteriormente, “La reorganización del Ministerio Fiscal español, en mis *Temas*, cit., I, pp. 481 y ss. y “La situación actual del Ministerio Fiscal, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1970-4, pp. 759 y ss. con bibl. abundante.

<sup>10</sup> Artículos 109 y 110 de la LECRIM.

De manera que es muy frecuente, ver en España, procesos penales en los que hay varias partes activas (acusadoras) principales: el Fiscal, acusadores nombrados por las víctimas, y los que ejercitan la acción popular.

Esta, se basa en la doctrina de la asunción de una función pública (la de acusar) por particulares: se trata de un *ius activae civitatis* de los ciudadanos españoles —y de los extranjeros— que funciona correctamente, en general.<sup>11</sup>

El sistema sobre las “acciones de resarcimiento civiles”, es doble en cuanto a las legitimaciones para ejercitarlas. Lo está el Ministerio Fiscal si en la causa no hay “acusador particular” (artículo 108). Pero la persona lesionada puede acudir a la causa como parte, con independencia del Fiscal. Y si es el “acusador particular” el que actúa se sobreentiende que ha ejercitado también la “acción civil”. Se admite expresamente la pluralidad de actores particulares o populares tanto como partes penales como civiles (artículo 113).

Pero hay un doble sistema en cuanto al procedimiento en las “acciones civiles”.

A) Pueden ejercitarse juntamente con las penales y ante el tribunal penal. En el caso, el procedimiento es exteriormente, en líneas generales, el mismo penal, aunque en realidad se trata de un procedimiento paralelo, con el mismo ritmo, y momentos, pero con especialidades. En él, son partes, los perjudicados que ejerciten las acciones civiles y los responsables de este tipo (que puede no coincidir con los responsables penales, ejemplo en artículos 20 y ss. CP). La sentencia, es pues, en realidad, compuesta (si se quiere, compleja): hay en realidad dos, la penal y la civil.

<sup>11</sup> Artículo 101 LECRIM. “La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley”.

El artículo 270, II, LECRIM, la hace extensiva a los extranjeros.

La “acción popular” ha sido constitucionalizada y se halla en el artículo 125 de la Constitución española de 1978.

La acción popular está muy prestigiada en España, en donde es tradicional. Fundamentalmente, responde a un criterio de desconfianza en el sistema del monopolio oficial de la “acción penal” por el MP. Decía el gran penalista Alimena que el ciudadano, no debería poder ver a miembros del Ministerio Público y pensar que “la inercia de tales personas, podría dejar impune a su asesino” (Alimena, “L'azione penale popolare” en sus *Studi di Procedura Penale*, Torino, 1906, p. 206).

Cfr. sobre ella, mi *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1990, X, IV, 5, B), p. 293; mi trabajo “El proceso como función de satisfacción jurídica”, en *Temas*, I, y esp. pp. 403 y ss.; mis *Comentarios a la LOPJ* (1986), pp. 40 y ss.

Y *Procesos complejos*, § 4.

B) El damnificado por el delito público puede guardar su acción civil —reservándola expresamente y no confiándola al Ministerio Fiscal— para ejercitarla ante un tribunal civil, y a través de un procedimiento civil. Pero para ello, debe esperar a que en el proceso penal recaiga sentencia y que ésta surta efectos de cosa juzgada material (artículo 111); entonces, puede ejercitarla, siempre que en la sentencia penal no se declare “que no existió el hecho de que la responsabilidad civil hubiera podido nacer” (artículo 116).

En este marco legal, que data de 1882 —es de la LECRIM y no ha sido modificado— se produjo un proceso, por intoxicaciones masivas seguidas de muertes, de cerca de 20,000 personas. Un proceso en el que actuaron, del lado activo, el Ministerio Fiscal, y 38 abogados (y procuradores correspondientes) acusadores que defendían los intereses de otras 38 personas o agrupaciones de personas; más uno, que instó la “acción popular”. Del lado pasivo, una vez el procedimiento expugnado de simples “sospechosos”, cuya sospecha era eliminada, concurrieron 72 personas (de las que 38 fueron condenadas) (sentencia núm. 48/1989, de 20 de mayo, de la Sección 2a. de la Audiencia Nacional-Penal (por afectar el delito a diversas circunscripciones geográficas españolas).

Tras vacilaciones lógicas ante esta enfermedad nueva y desconocida, comenzó a apreciarse por los técnicos (también entre ellos hubo divergencias) que se trataba de intoxicaciones debidas a la ingestión de aceite —falsamente comestible— de colza, importado legalmente como desnaturalizado, con destino a la industria, y tratado fraudulenta e incompletamente —de manera clandestina— para tornarlo comestible; pero de manera que ciertos ácidos grasos venenosos, no quedaron reducidos y eran los que ocasionaban la enfermedad y, en su caso, una muerte terrible.

En el momento de dictarse la sentencia (que aún no está ejecutada, como se verá), había 17,329 enfermos afectados por el ST; más 2,021 que no habían padecido del ST —“existe duda o no hay suficiente documentación”—; 330 personas ya fallecidas del ST; 454 fallecidos, que no lo fueron por el ST, de los que “existe duda sobre si lo fueron o respecto a los que hay insuficiencia de documentación”, y 20 más “fallecidos, pendientes de calificación” (sentencia 48, “hechos probados”).

Y aún más grave que esos “defectos de documentación”, la falta de los hospitales y centros de sanidad que no tomaron las debidas precauciones para establecer o conservar bien los historiales clínicos

de los enfermos de ST, o de casos en que, pese a lo establecido por la LECRIM (artículos 343 y 353), no se practicó la autopsia (y ello pese a la recomendación del Parlamento Europeo). El Tribunal, denotaba su congoja a lo largo de la sentencia. Y es especialmente siniestro el que hubiera de decir que: “En el presente momento —que es el de la sentencia— no es precedible la evolución del mal, ni puede afirmarse que enfermo alguno esté definitivamente curado” (sentencia 48, “hechos probados”, p. 142).

Los actores particulares (más cerca de los “populares” que del Ministerio Fiscal fueron presentándose como partes, y entre ellos algunas asociaciones que se van a examinar; se quiso también producir una “acusación popular pura” —esto es, en favor de la sociedad, sin “enfermo particular” detrás—. Pero el juez instructor, imponía una fianza de 10'000,000 de pesetas, y se desistió de hacerlo (recuerdo aquí el *Bill of Rights* inglés de 1688 y la protesta contra las fianzas elevadas).

Durante la instrucción o investigación, se determinó por el juez instructor y por el Tribunal, que procedía iniciar una nueva causa (mejor y más claro: *separar* de la causa ya en curso): lo referente a posible responsabilidad penal y civil de altos funcionarios y de la Administración (ya había querellas contra los primeros), basando esta separación en su calidad de personas “aforadas” o claramente, “privilegiadas”; esto es, que deberían ser juzgadas, por razón de su cargo, por otros tribunales superiores es o bien gozar de garantías suplementarias (los “suplicatorios” o autorizaciones para proceder). Tales privilegios triunfaron y pese a los recursos de los demás futuros acusadores, tal separación se hizo así como de la “Administración, como tercero supuesto responsable civil” (sentencia 48, 5, “preparación del juicio”, p. 44).

a) Una vez separado de la causa principal, lo referente a esas personas *aforadas*, se tardó más de un año en fijar que la “nueva causa” resultante (?) correspondía, a los efectos de su instrucción, a uno de los Juzgados de la Audiencia Nacional. El juez designado, pretendió archivar la causa, pero los futuros acusadores triunfaron contra tal pretensión. El juez, fue cambiado en varias ocasiones. Y entró en vigor la desafortunada Ley procesal del 28 de diciembre de 1988, y por si las penas previsibles —aún no se han pedido por las acusaciones— no son superiores a los 12 años de privación de libertad, se aplicará al parecer el nuevo (y muy defectuoso) procedimiento de la Ley 7/1988, en el que (a falta de procesamiento, que recor-

daría en algo al *indictment* aglosajón) se prevé que el juez ya conceda a los actores plazos para formular sus acusaciones. La presencia de tales acusadores, garantiza la continuación del procedimiento hasta la sentencia, aunque el ministerio fiscal pidiese el sobreseimiento o absolución adelantada (artículos 642 y ss. LECRIM). Ventaja de la “acción particular”, faceta de la “popular”.

b) [En la causa principal —en la que ha terminado en la única instancia por la Sentencia 48 de 20 de mayo de 1989— uno de los imputados, recurrió contra su procesamiento, llegando hasta el Tribunal Constitucional en proceso de amparo, que fue rechazado.]

En ella formularon las acusaciones y las defensas provisionales (por escrito, LECRIM) y se celebró el juicio oral, con el Ministerio Fiscal y 38 acusadores, frente a 52 defendidos; en el juicio, informaron 178 peritos y más de 1,000 testigos. Las actas ocuparon en total 22 volúmenes de Sala, más 2,000 de complementarias y 28,029 folios de transcripción (transcripto de las grabaciones en *video* y en *audio*). El juicio oral, a base de cinco sesiones semanales —en un gran edificio adaptado a las circunstancias, con oficinas judiciales, sala de descanso para los afectados por el ST, equipos sanitarios y sala de conferencias— duró, desde el 20 de mayo hasta el 28 de junio de 1989 “sin haberse producido ni una sola suspensión”.

En cuanto a la sentencia —en su lectura, acogida con protestas por parte de los damnificados— en ella no se trata de indemnizaciones suplementarias, y los acusados condenados eran insolventes (un defecto puesto de manifiesto por la separación de la causa de responsabilidad civil del Estado). Era de condena —la máxima pena, de 20 años de prisión, por delitos contra la salud pública, imprudencia temeraria profesional y estafa—. Hubo varios absueltos. Y se desestimaron las pretensiones contra el Estado “que no ha sido parte pasiva en el proceso” (sentencia 48, “fallo” 237).

Las indemnizaciones concedidas, variaban entre las de 150,000 pesetas a los afectados leves que curaron (?) hasta las de 15'000,000 a los herederos de los fallecidos o de 90'000,000 a los enfermos con gran invalidez. (Pero los condenados son insolventes. . .)

Alarmante era el que la calificación definitiva de los enfermos se llevase a cabo “en ejecución de sentencia”. Alarmante, dado el carácter de incompleta de la misma; y al principio *rebus sic stantibus* indebidamente aplicado, dada la variabilidad del estado de los enfermos que el tribunal ya preveía.

Y se establece que las indemnizaciones se entiendan sin perjuicio de las “que corresponda declarar a distinto orden jurisdiccional o puedan establecerse por otros poderes del Estado”. Alusión esta última a posibles indemnizaciones previstas en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, artículo 40, por el indebido funcionamiento de servicios estatales; indemnización a conceder por vías administrativas.

La sentencia y el proceso tenían numerosos defectos (de los que ahora saldrán a la superficie los de derecho en el recurso de casación); pero destacan los errores de hechos cometidos en su desarrollo. El no haber controlado bien y exactamente el historial clínico de los enfermos; el no haberse disipado las dudas sobre las relaciones de causalidad enfermedad-muerte en muchos casos, siniestramente declarados en las listas de la sentencia; el artículo 113 LECRIM se mostraba insuficiente para regir un procedimiento tan vasto personalmente.

Acompañó al desorden administrativo ya citado, la falta de constancia de los antecedentes de los enfermos, y la falta de autopsias y, al parecer, pérdida de expedientes médicos en el trasiego de los hospitales.

La expresión de la Constitución española, según la cual “Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave catástrofe o calamidad pública”, no fue puesta en práctica. Hubo, en fin, desorden.

Además, el recurso de casación, abierto como es regla en los de esta familia, a los errores jurídicos, no es adecuado para tratar de los múltiples errores de hecho que se van a apreciar. Y aquí se hace notar la inexistencia de un recurso de apelación en el proceso por delitos graves de la LECRIM. Recurso que desde 1965, estamos reclamando un grupo de profesores españoles de derecho procesal, sin éxito.<sup>12</sup>

He aquí otro ejemplo de *proceso complejo*, esta vez, unitario, aunque con gran pluralidad de personas en las situaciones de parte activa y pasiva. Su origen, estuvo en causas físicas, aparecidas —por refinación ilegal y defectuosa de aceite “legalmente” destinado, de manera exclusiva, a fines industriales y no a la alimentación— y entraba en la ilegalidad *ab initio*. Lo grave de las lesiones, no puede encubrir

<sup>12</sup> En las conclusiones de nuestra I Reunión de Profesores Españoles de derecho procesal (Sevilla, 1965), publ. en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1965-2, pp. 8 y ss.

el *grave riesgo* de los consumidores. El ordenamiento defensor de éstos no funcionó preventivamente. Sus abogados lo hicieron ya represivamente. La Administración cometió gravísimas faltas —la hospitalaria; la falta de historias clínicas, de autopsias, el extravío de documentos... .

La ley procesal penal, de buen sistema aún, pero no válida ante un supuesto de delito-masa... . Ni las administraciones sanitarias demostraron estar preparadas... .

Y ahora, a fines de mayo de 1990, cuando se halla en trámite el recurso de casación (los recursos) contra la Sentencia 48, el Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional que prosigue la instrucción del sumario “contra autoridades” —indebidamente separado del otro, a mi entender—, los *média* anuncian desordenadamente que el instructor ha dado pasos procesales —no tengo noticia fidedigna de cuáles, mas estimo serán ya los finales de tal instrucción— en vista de la apertura del correspondiente juicio oral —el momento de las acusaciones provisionales—; tal juicio oral quedaría garantizado por las asistencias de dichos acusadores. Y según los *média*, el Estado aparecerá como supuesto responsable civil, a los efectos de posibles insolvencias de los sujetos pasivos de este juicio. Así se subsanaría —con grave retraso y perjuicios— el grave error de apreciación procesal cometido al autorizar tal separación.

#### 4. El caso Rumasa

Otro ejemplo de “complejidad litigiosa” lo da —hay *lite pendente*— el conjunto de procesos en torno a la entidad mercantil Rumasa.

Era ésta constituida por uno o varios grupos de sociedades mercantiles, propiedad de don José María Ruíz Mateos. Por “Dirección arriesgada en inversiones y adquisiciones” —de cuyo peligro no se había dado cuenta el buen pueblo español— el gobierno, actuando por real decreto de urgencia (R. D. de 23 de febrero de 1983) ordenó su expropiación forzosa.

La ocupación de las empresas y pertenencias, se verificó por vía administrativa rápida y policial, sin ninguna audiencia previa de los expropiados. Y el R. D. de 23 de febrero de 1983, fue impugnado por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional, por 54 diputados a Cortes de la oposición parlamentaria (según el artículo 32,1,c de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 5 de octubre de 1979).

A la “ocupación” de las empresas y pertenencias, sucedió su venta (su “reprivatización”) en condiciones nada exentas de grave crítica. Y el Tribunal Constitucional, rechazó la pretensión de declarar inconstitucional el Real Decreto de 23 de febrero de 1983, por sentencia núm. 111/1983, de 2 de diciembre; sentencia a cuyo favor votaron seis magistrados del Tribunal Constitucional frente a otros seis en contra —votos particulares—; solamente el voto de calidad del presidente, doctor García Pelayo, decidió la repulsa del recurso. Y el doctor García Pelayo dimitió poco después y marchó fuera de España. Caso, pues, muy dudoso, incluso para el Tribunal Constitucional.

En el ínterin, se dictó la Ley de Expropiación de Rumasa —ley de aplicación singular— el 29 de junio de 1983.

Por su lado, el señor Ruiz Mateos, salió de España legalmente y recorrió diversos países. En ellos y en otros, se producían procesos sobre algunas sociedades del grupo Rumasa. En España, se abrió un proceso penal contra él, imputándosele delitos no graves relacionados con Rumasa; lo que no obstó para la continuación de las operaciones administrativas de liquidación del *holding* en clima de pasión. La República Federal de Alemania, en donde se hallaba el señor Ruiz Mateos, concedió su extradición a España.

Ya en España y en prisión, el señor Ruiz Mateos observó una conducta desigual: huía, se presentaba a las autoridades o era de nuevo detenido y puesto en prisión, o bien en prisión atenuada o en libertad provisional; tornaba a escapar, incluso al extranjero, volvía a España, en donde se presentaba de nuevo o al menos, daba fe de vida. El juicio penal, por cargos —que, al parecer, habían aumentado considerablemente desde su extradición— no se había celebrado aún (ni se ha celebrado todavía).

Los defensores del señor Ruiz Mateos —a todo esto, había querellas, contraquerellas, pleitos; algo semejante a lo que ocurre en una “quiebra desordenada”, esto es, sin declaración de tal, ni ley de quiebras— promovieron un proceso interdictal, de recuperación de los bienes “expropiados” y en defensa de la posesión de dicho señor, ante el Juzgado Civil núm. 18 de los de Madrid. Y éste, suscitó cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional sobre la Ley de aplicación singular (de expropiación de Rumasa) de 29 de junio de 1983. Tal “cuestión fue rechazada por el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 166/1986, de 19 de diciembre”. El alto tribunal, no entró a examinar la *causa expropriandi* y abrió la

posibilidad de una nueva cuestión de inconstitucionalidad, que se ha producido, esta vez, promovida por la Sección 7ª de la Audiencia Provisional de Madrid, la cual duda de la constitucionalidad de la Ley singular de expropiación de Rumasa, en cuanto a los derechos de igualdad y de propiedad privada. Cuestión que aún pende.

Además, la defensa del señor Ruiz Mateos, ha acudido a la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) ante la cual alegó determinadas vulneraciones de derechos fundamentales en las actuaciones procesales sobre Rumasa. La citada Comisión, ha dirigido al gobierno español varias preguntas, incluso sobre la corrección del procedimiento de la misma “cuestión” y sobre la del método seguido —el R. D. que no abría los recursos de la Ley de expropiación forzosa—. En resumen; se duda sobre si se ha tratado de actuaciones procesales *equitativas* y producidas en plazo razonable. Así están las cosas; “litigación compleja” evidentemente.

Pero el curso o rumbo general del asunto, parece variar. En efecto, el 14 de diciembre de 1989, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (que debe resolver sobre unos setenta recursos de tal especie, interpuestos por la defensa de Ruiz Mateos a fin de que le sea reconocido el derecho de reversión sobre las empresas del grupo Rumasa embargadas en febrero de 1983 y luego vendidas a particulares, “reprivatizadas”) ha dictado sentencia en el caso de la empresa Ficis, S. A. del grupo Rumasa y el gobierno español, en favor del repetido señor Ruiz Mateos. Ello puede indicar que la marea desciende, a su favor.

Pero se anuncian estos procesos como de larga duración, ya que se trata de muchas empresas y el Estado no puede transigir. Hay también causas penales, pero suspendidas, ya que el señor Ruiz Mateos, pese a su situación de “sujeto a orden de búsqueda y captura”, se hizo hábil propaganda y fue limpiamente elegido diputado del Parlamento Europeo en Estrasburgo, lo que ha decidido el que impere su inmunidad.

[Y en una de estas actuaciones, hubo una lamentable, abrupta pero leve agresión física de parte del señor Ruiz Mateos, en plenos pasillos del Juzgado de Instrucción, contra el señor Boyer, ex ministro de Finanzas que ordenó la ocupación de Rumasa en 1983; agresión a la que dio insospechada publicidad la televisión oficial y que fue seguida de una querrela contra el señor Ruiz Mateos por parte del Ministerio Fiscal, aún más rápida y sorprendente; no por ello menos criticada.]

Se hallan aquí, pues, todos los elementos de la complejidad procesal; ya la complicada estructura del grupo Rumasa la anunciaba, o la llevaba *in pectore*. Los caminos de la ocupación de los bienes, de su pase a manos privadas, los recursos de inconstitucionalidad, los viajes y tribulaciones del señor Ruiz Mateos, se han reflejado, naturalmente, en los tribunales.<sup>13</sup>

#### IV. LA PARTICIPACIÓN DE SOCIEDADES PARA LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS

En el último caso citado intervinieron como abogados, acusadores, los de diversas sociedades de las que debemos hablar algo.

Como quiera que tales sociedades para la persecución de los delitos proliferaron en Inglaterra y hasta ahora subsisten —ejemplo: una sociedad para la protección de las víctimas de los conductores embriagados—,<sup>14</sup> débese recordar que en España, ya el artículo 38 del Código civil (de 1889) dice que “Las personas jurídicas pueden... ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución”. Esta autorización, viene siendo aprovechada ampliamente, sobre todo, por sociedades mercantiles en previsión de sufrir de delitos. La actuación en juicio penal (y en el civil correlativo) de las sociedades, es ya antigua en España. La LOPJ de 1985, en su artículo 7º,3, ratificó este criterio, con el constitucional del artículo 24,2 de defensa: “Los Juzgados y Tribunales —dice— protegerán los derechos e intereses tanto individuales como colectivos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión” (se está parafraseando el artículo 24,2 constitucional). “Para la defensa de estos últimos, se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.”

[Nótese que en esta lista, se hallan incluidas las masas de intereses difusos.]

Ante este panorama legislativo consagrado, sin embargo, es conveniente citar la Recomendación núm. R (83) 7 del Comité de Ministros de Europa a los Estados-Miembros. Allí “se anima a las aso-

<sup>13</sup> Cfr. *Procesos complejos*, § 4, notas núm. 161 y ss.

<sup>14</sup> Publica el *Boletín* de la “Campaign Against Drinking and Driving”. “Supports the Families of Victims killed and injured by drunk and irresponsible drivers” (CADD).

ciaciones en los procesos penales. En España funcionan —y el sistema de la “acción popular” favorece su funcionamiento— diversas asociaciones en los procesos penales. En el “caso de la colza”, actuó como acusadora particular —en nombre de sus asociados— la “Organización de Consumidores Unidos”, amén de otras asociaciones más de víctimas (algunas, constituidas *ad hoc*); y de otro lado, la lamentable situación de España en la lucha contra el delito de terrorismo, de la cual caen casi diariamente víctimas indiscriminadas, pero con mayoría de miembros de las fuerzas de seguridad estatales, actúan asimismo asociaciones de defensa de tales víctimas (por ejemplo, de la “Asociación de Víctimas del Terrorismo”). Estas asociaciones, llevan una vida lánguida y dependen de regulaciones administrativas y subvenciones (el Ministerio de Defensa subvenciona; y el del Interior), pero se desea una regulación jurisdiccional definitiva y transformarlas en fundiciones a fin de capitalizar y disponer de tales sumas. Sus finalidades, no son simplemente caritativas.

¿Pueden ser motivo de complejidad en el proceso penal? En principio y en la práctica diaria, no. En España, estamos habituados —frente a las legislaciones oficialistas y monopolistas de la “acción penal” por el ministerio público— a ver en el banco de los acusadores, a tres personas: al representante del ministerio fiscal; al (o a los) acusador particular, y al (o a los) acusador popular. El “caso de la colza”, fue complejo por la enorme cantidad de víctimas y —no lo olvidemos— de acusadores y aun de acusados. Y por el mal funcionamiento de las administraciones sanitarias. Y por insuficiencia de un marco legal bueno, pero anticuado.<sup>15</sup>

## V. LOS PROCESOS DESTRUIDOS DURANTE LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA (1936-1939) Y OTRAS CATÁSTROFES

Otro motivo —concreto pero gravísimo— de complicaciones y de complejidades —lo complica y envenena y destruye todo— es la guerra. Descoyunta la vida de los países, de su derecho, sea material o substancial, sea procesal. Y como es un fenómeno que tristemente afecta, como hoy se diría por ciertos mentecatos, “a los países más adelantados”. Este carácter mundial de la guerra —más o menos abierta— constituye, sí, una terrible fuente de complejidad de los

<sup>15</sup> Cfr. *Procesos complejos*, texto *supra* y notas núm. 187 y ss.

procesos de toda índole (que no sean los militares, que pasan a situación privilegiada, de primer orden).

La guerra civil española (1936-1939) fue un tristísimo privilegio de los españoles —y de los extranjeros que abundantemente participaron y se lucraron de ella—. El vestigio que dejó y aquí clasificable, era y es —su utilidad se ha prolongado a aplicar su régimen a otras catástrofes naturales— el de un “proceso de reconstrucción de procesos” destruidos durante la citada guerra civil. Con antecedentes esta figura en las aparecidas en otros momentos, también agitados, de la historia patria,<sup>16</sup> fueron los vencedores los que crearon tal mecanismo [no sabemos que los vencidos lo hicieran para su zona y parece aventurado pensarlo, ya que no poca parte de ellos pensaba contra la administración de justicia coetánea; aparte de que el curso geográfico de la guerra, en general, hizo que los republicanos fueran casi siempre perdiendo terreno].

Comprendía (sobre todo, la Ley de 28 de mayo de 1939) la reconstrucción de toda especie de procesos: civiles, penales (?), y contencioso-administrativos; los laborales, quedaron aparte.

Determinaba el Ministerio de Justicia los juzgados y tribunales en que la ley obra a tener aplicación. La “reconstitución” se iniciaba a instancia de parte (la de las causas penales, las más peligrosas, y las contencioso-administrativas, de oficio). Tenían legitimación las partes en el proceso desaparecido o mutilado y en lo penal, las víctimas y sus familiares próximos. El ministerio fiscal sería siempre parte.

La “reconstitución” se efectuaba por medio de la aportación de la mayor cantidad posible de datos sobre el proceso mutilado o desaparecido, procedentes de la secretaría del tribunal que lo llevó (si no habían sido destruidas, naturalmente). El juez, debía fijar los puntos de acuerdo o desacuerdo de las partes sobre la exactitud de tales datos; si no hubiere acuerdo se pasaba a la prueba, incrementada con la que el juez introdujera *ex officio* “a su prudente arbitrio” y para “la más exacta reconstitución del pleito”; prueba a apreciar “en conciencia” [y no “de acuerdo con las reglas de la sana crítica”, sistema mucho más correcto y que es en parte el de la LEC]. El juez aseveraría si era o no posible declarar reconstituido el proceso.

<sup>16</sup> Y no sólo de España. Recordemos la guerra civil norteamericana (1861-1865), la de Rusia (1918-1921), la de China (1946-1950), las de Indochina, de Marruecos, etcétera.

En cuanto a la mucho más peligrosa “reconstitución de procedimientos penales”, se atendía (si se hallaban en periodo instructorio) también a los antecedentes obrantes en los centros de seguridad y vigilancia; esto es, acudiendo a entidades cuya parcialidad tras la guerra podía ser clara; así como a las declaraciones de las víctimas del delito, denunciantes, etcétera. Todo de lo más peligroso. Se podía declarar la imposibilidad de “reconstituir” el proceso.

Si éste, cuando desapareció o fue mutilado, se hallaba en trámite de final del sumario o de juicio oral, se celebraría este juicio oral (pero siempre sobre nuevos datos); y lo más arriesgado era la “reconstitución” de una sentencia, cuando fuere lo único que faltara. Acudiendo a copias..., e incluso parece que podía intentarse la reconstitución de un proceso penal totalmente desaparecido (artículo 16, III Ley).

También se ocupaba la Ley de la reconstitución de procesos contencioso-administrativos.

Esta Ley, ensayo verdaderamente formidable en un intento de reorganizar una vida nacional, aparte de los terribles inconvenientes intrínsecos derivados de la misma “esencia” de esa “reconstitución” sobre la obligada base de la mediación más absoluta, tenía otros fundamentales, derivados de haberse destinado a parar los efectos de una guerra civil destructora. Esto es, los españoles, no estaban preparados para ponerla en acción imparcialmente. Los que actuaban eran los vencedores. La judicatura, muy alcanzada por la guerra civil —dividida en sus restos: jueces depuestos, asesinados, presos, exiliados— no era la adecuada. Y todo, para administrar un proceso inquisitivo —necesariamente.<sup>17</sup>

Pero el camino abierto por las “reconstituciones” ordenadas en 1873 —época de la I República Española, guerra civil—; en 1934 —Revolución comunista en Asturias contra el gobierno de la II República— y en 1938 —guerra civil— con tanto sufrimiento y errores, no fue totalmente inútil. Ya que otras catástrofes, naturales éstas, vinieron a tornar útil lo que se había organizado —las “reconstituciones”—, Así cuando el 14 de octubre de 1957, una gran avenida del río Turia invadió y dañó muy gravemente la ciudad de Valencia —y destruyó completamente los Juzgados Municipales y de Primera Instancia— se impuso una “reconstitución” de las actuaciones, en Valencia y en otras ciudades arrasadas por la inundación. Las normas citadas, hubieron de ser de utilidad.

<sup>17</sup> Cfr. *Procesos complejos*, notas núm. 200 y ss., y texto, *supra*.

## VI. LA INFLUENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE ABOGADOS EN LA COMPLEJIDAD DE LOS PROCESOS

La idea de la influencia de los abogados en la complejidad de los procesos, es muy antigua (*cfr.* por ejemplo, los Fueros de Aragón y de Valencia; la *Saepe contingit* de Clemente V, de 1306; el “Libro del Consolat de Mar” de Valencia, de 1283... , etcétera y en literatura, a Quevedo y a Rabelais; a Dickens y a Tolstoi). Si bien no cabe excluir que en la actualidad y en España, existan abogados bellacos, esta profesión está organizada de manera que sea fácil el imponer la limpieza de conducta. Esto no puede evitar que en un proceso, intervenga un abogado sin formación, o con mala formación, o felón, que lo complique; bien como efecto de su ignorancia, bien por negligencia, bien por dolo. Y que lo hagan devenir complejo. Pero ordinariamente, tales conductas acaban por ser señaladas y sancionadas.<sup>18</sup>

## VII. LOS HONORARIOS DE LOS ABOGADOS Y LA COMPLEJIDAD

Se debe contar con el hecho básico de las complicaciones de un asunto litigioso —o en vísperas de serlo—. Ellas pueden exigir a los abogados trabajo profundo y largo a fin de hallar soluciones adecuadas y duraderas. Y evidentemente, si el abogado —que es un profesional— no es pagado bien, y no invierte en ese estudio el tiempo y los elementos auxiliares necesarios (consultas de jurisprudencia, de bibliografía, etcétera), está claro que el resultado tendrá más posibilidades de ser mediocre o malo.

En España, la intervención de abogado y de procurador —personero— es la regla general en juicios de determinada importancia (artículos 10 y 4 de la LEC); en lo penal, lo es en todas las causas por delito (artículo 118 LECRIM). En materia de trabajo, no hay necesidad de acudir a abogado, más si una de las partes lo hace, la Ley establece la igualdad inmediatamente —además, la justicia es gratuita en la fase declarativa del pleito—. En lo contencioso-administrativo, también se exige la intervención de abogado (artículo 33 LCA).

Los abogados, perciben por su trabajo, honorarios no sujetos a límite legal, y ello, desde hace mucho tiempo, tradicionalmente. Lo

<sup>18</sup> *Cfr. Procesos complejos*, notas núm. 215c y ss., y texto correspondiente (§ 8).

cual puede dar lugar —y lo da con cierta frecuencia— a la impugnación de los honorarios por la parte a quien corresponde su pago, sea el cliente, sea la parte contraria si fue condenada en costas. Los procuradores, perciben sus honorarios según aranceles aprobados por el Ministerio de Justicia. La impugnación de los honorarios se efectúa por procedimiento ordinario, pero sujeto al monitorio que el abogado utilizará para cobrar su deuda (artículos 12 y 8 LEC).

La defensa de los económicamente débiles, se asegura por el medio del “beneficio de justicia gratuita”, que no resuelve toda la problemática de este tipo pese a la voluntad estatal de terminar con el problema.<sup>19</sup>

[Para obtener la defensa gratuita —y la gratuidad total del proceso— precisa no tener ingresos superiores al duplo del “salario mínimo garantizado interprofesional” (que es en la actualidad de 50,020 pesetas mensuales). La solución, no es satisficente.]

Pueden ejercer como abogados, en materia de trabajo, los graduados sociales, personas que tienen estudios jurídicos inferiores a los precisos para ser abogado (los de la licenciatura en derecho: cinco años de estudios en la Universidad, actualmente).

Otras soluciones del problema, ya indicadas como tales en obras como el “Programa de Florencia”, el VI Congreso Internacional de Derecho Procesal (Würzburg, 1983) han sido objeto de estudio, pero no por las instancias oficiales (al menos no han hecho pública tal labor).

Concluimos como empezamos: es más fácil a un abogado inexperto, provocar la aparición de *complejidad* en un proceso. Y a un abogado mal retribuido que a otro que lo esté bien. La calidad del trabajo, corresponde a la ética profesional; mas éste, debe vivir.

Y la idea de que “la complejidad procesal surge con el abogado a sueldo”, no se puede aplicar a España; podrá haber algún caso aislado, pero tal idea aún no ha penetrado. . . , desde algún país “más progresivo”.

### VIII. LOS “TESTIGOS-PERITOS” Y LA COMPLEJIDAD PROCESAL

En otros regímenes —y probablemente, en los anglosajones— el personaje conocido por “testigo-perito” (*expert-witness*) da lugar a una serie de problemas.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Cfr. *Procesos complejos*, texto *supra*, nota núm. 230 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. *Procesos complejos*, § 9, nota 251 y ss., y texto *supra*, y notas 270 y ss., y texto *supra*.

En España, país perteneciente al mundo del derecho continental europeo (algunos lo llaman *civil law*), aunque en materia civil, y como medio de prueba, los peritos son nombrados por las partes, la doctrina española es proclive a considerarlos, no como testigos distinguidos, sino como medios por los que el juez o tribunal completan su capacidad para apreciar hechos de interpretación científica, técnica, artística. Los peritos, ayudan al juez a construir o a duplicar “reglas de la sana crítica” el equivalente español de las *Erfahrungssätzen*. (También los jueces y tribunales, “para mejor proveer” pueden nombrar peritos, artículo 340 LEC.)

Y contemplando la prueba pericial desde el punto de vista del auxilio al tribunal, su papel puede tener gran importancia y llegar a conclusiones científicas o técnicas contradictorias entre sí, lo que haga necesaria la intervención de más peritos. El “caso de la colza” es un ejemplo. Hasta 178 peritos dictaminaron en el juicio oral.

Pero repetimos, el “perito-testigo” si bien es conocido en la LEC (artículos 634 y ss.), no da lugar a problemas, por la nota doctrinal indicada (que es la misma, por ejemplo, que en el derecho alemán, Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, 10.ed. 621 y ss.). Sin perjuicio, naturalmente, de que la intervención de muchos peritos pueda hacer devenir complejo al proceso.

## IX. LOS “DESCUBRIMIENTOS” DE LAS PARTES (DISCOVERY) Y LA COMPLEJIDAD

La problemática en torno a los “descubrimientos”, los anglosajones *discovery* en el periodo preprocesal (*pre-trial*) en un sistema de aportaciones difusas y no concentradas, no afecta a un sistema como el español, anclado en un modelo marcado por las preclusiones. Esto es, no se admite como figura ordinaria que una de las partes, informe, a petición de la otra, y para su defensa, considerándose como adquirido para el proceso el material así “descubierto”. Por lo tanto, no puede haber *abuse of discovery*.<sup>21</sup>

Estos “descubrimientos” se producen —y se adquieren para el proceso en su caso— en los sistemas anglosajones de manera difusa, en tanto que en el sistema español, la prueba se concentra —salvo las excepciones de la prueba adelantada— en un determinado momento del juicio (del *trial* si seguimos el léxico anglosajón), y bajo

<sup>21</sup> Cfr. *Procesos complejos*, § 9, nota 254 y ss., y texto *supra*.

el más riguroso principio de contradicción de la parte contraria (artículos 515 y ss., 606 y ss., 611 y ss. y 628, 634, 641 y ss.). Y la “prueba adelantada” también se produce con contradicción (artículo 502).

Si se piensa con mentalidad jurídica europea continental, se verá que se trata de problemas de la elevación de “fuentes probatorias” a “prueba” a través de “medios”. *Nihil novum sub Iove*. Es el problema de la “adquisición” o mejor, de la “incorporación” de los elementos probatorios al proceso.

La trascendencia que todo el tracto probatorio —desde el hallazgo de la fuente, pasando por el medio hasta llegar al resultado probatorio— puede tener y tiene en una posible complejidad de todo el proceso, es obvia.

## X. OTROS PROBLEMAS Y LA COMPLEJIDAD

Hay una serie más de problemas actuales en cuanto a la *complejidad* del proceso. Y ello, tanto en el terreno de lo civil, como en el de lo penal, mas olvidado, sin que sepamos la causa. La aparición del delito-masa; de la transmisión masiva de enfermedades contagiosas, de manera culposa —y aún dolosa—; todo nos lleva a procesos masivos. De otro lado, la perfección del crimen organizado —bandas criminales de una organización impecable y de radios de acción inmensos, con bases económicas ilegales pero formidables— supone la aparición de cualquier tipo de procesos que la maldad pueda descubrir como adaptable a sus siniestros fines. Las figuras más inocentes del derecho civil o del mercantil pueden transformarse y se transforman en vehículos de la peligrosidad más grave. Y procesos gigantescos, consiguen objetivos pobres. . .

## XI. PROCESO “COMPLEJO” Y PROCESO “ESCANDALOSO”

Entiendo que la idea de “proceso complejo” puede estar cerca de la del “proceso escandaloso”. En él, estimo que hay un componente personal individual: el de la participación de uno o varios bellacos; sea nacido en terreno jurídico, sea proveniente de otro campo de la actividad humana —política, economía, sociología, etcétera—. La

trascendencia de estos escándalos, es mucho más grande en época en la que la *vox populi* inicial, también forma parte de ese escándalo.<sup>22</sup>

## XII. LA CONGESTIÓN DE LOS TRIBUNALES Y LA COMPLEJIDAD

La congestión de procesos ante los tribunales, es también un fenómeno de actualidad. Como se trata de fenómenos muy antiguos y reiterados —cada cual en su época y en su escala— lo procedente es tener preparados medios de combatir el advenimiento de la misma. Esto es, el o los medios de tener prevista una ampliación de los medios necesarios (tanto personales como materiales) para atender a los procesos sin esperar que se *amontonen*. Pero no con reformas improvisadas y cuando ya la congestión de asuntos litigiosos lleva tiempo manifestándose —y creciendo el amontonamiento, el almacenamiento de procesos en juzgados y tribunales—. Precisa tener “preparadas esas reservas” —que existen, no hay duda, en el acervo cultural de todo país civilizado— para entrar en acción ordenadamente. Desdoblamiento de tribunales, ordenación de otros, de salas de justicia, todos con medios adecuados. Una movilización no militar.

Pero es inútil todo ello, sino no se vigila la marcha del Poder Legislativo. Si éste se compromete a legislar y no lo hace en tiempo y forma todo se resiente. Es el caso ocurrido con leyes de la importancia tal que, sin ellas no podía funcionar *bien* (?) la Ley orgánica del Poder Judicial española de 1985: “La Ley de planta, la de demarcación judicial de reforma de la legislación tutelar de menores, del proceso contencioso-administrativo, de conflictos jurisdiccionales y del jurado” deberían haber sido remitidas —como proyectos de ley— al legislativo en el plazo de un año desde el 1º de julio de 1985. Algunas de tales leyes, entraron en vigor actualmente (así, la Ley de planta, ya anticuada, por obra de la Ley de 28/diciembre/88); otras aún no (la del Jurado).

Es evidente que, así, la complejidad aparece en cualquier lugar. Que el remedio es mucho más lento y difícil. Con jueces nuevos, formados aprisa y corriendo con base en programas defectuosos también; con faltas de medios elementales de tipo administrativo —lo-

<sup>22</sup> Cfr. *Procesos complejos*, § 11, nota núm. 289 y ss.

cales, elementos de trabajo—; con el apoyo de auxiliares también improvisados. Una vez las primeras células de retraso consolidadas, la espiral está en marcha hacia un caos, más o menos duradero y más difícil de eliminar.

Y si se trata de complejidades derivadas de la aplicación de una o de varias leyes envejecidas o ya inadecuadas, amén la responsabilidad histórica (y política) de quienes tal contemplaron sin evitarlo, el remedio se hallará en una reforma o sustitución, pero meditada jurídica y socialmente, sin adoptar superficialmente como base, postulados políticos de alterabilidad comprobada. Actuar con método, perfectamente compatible con la democracia.

### XIII. EL ESTABLECIMIENTO DE TRIBUNALES ESPECIALES COMO REMEDIO DE LA “COMPLEJIDAD PROCESAL”

El establecimiento de tribunales especiales para hacer frente a la “complejidad litigiosa”, la estimo improcedente en España. A través de la historia, tales tribunales se han mostrado en lo más grave de sus figuras (que no veo en las preguntas de ilustres colegas), como lo es la de la “pluralidad de jurisdicciones”, arma peligrosísima. Conseguido el salir de la terrible situación histórica de esa “pluralidad de jurisdicciones”, en España, precisa no caer en la trampa que supondría el crearlas de nuevo con el concreto objetivo de luchar contra la complejidad procesal. La Jurisdicción y sus tribunales deben ser únicos (salvo, naturalmente, en los Estados federales).<sup>23</sup> La idea de “jurisdicción especial” va contra la figura, cara a los anglosajones, del “juez legal”, del “juez predeterminado por la ley”.

La apertura de sistemas jurisdiccionales preventivos —como para los casos a que he aludido— debe estar prevista como posible, como *ordinaria*. Las estructuras previstas, deben basarse en una “ampliación de la jurisdicción única” y no en la creación de “jurisdicciones especiales”. Los “tribunales especializados” nos llevarían casi al infinito, de la mano de las necesidades de tal especialización. (¿Se ha pensado ya en la regulación e incidencias del derecho de huelga de los astronautas en servicio sideral?).

<sup>23</sup> Cfr. *Procesos complejos*, § 12, nota 290 y ss.

#### XIV. LAS POTESTADES INSTRUCTORIAS DE LOS JUECES Y LA COMPLEJIDAD

Las potestades instructorias de jueces y tribunales —en especial las de los penales, pero también en cuanto a las “acciones civiles derivadas de delito”— pueden servir para luchar contra la complejidad procesal.<sup>24</sup>

(Pero precisa no confundir el *pre-trial* anglosajón con las instrucciones jurisdiccionales europeas; el *pre-trial* sirve para desenredar los hilos que los hechos presentan: lo mismo que las instrucciones jurisdiccionales. Pero el *pre-trial* como tal, no existe en España. La instrucción administrativa —por la policía, por el fiscal— no forman ninguna parte del proceso, y pueden terminar sin que éste se abra.)

Y procede distinguir, en todo caso, entre

A) La complejidad preprocesal. En la judicatura debe haber ramas —las instructorias— destinadas a esclarecer el supuesto de hecho, a completarlo, a ordenarlo —no hay que confundir esta moderna investigación con la vieja y cruel inquisición, cosa a lo que elementos indocumentados propenden—. Se trata de un cambio técnico del modelo *processus* sustituyendo al *ordo*. Precisa para ello, poner tales supuestos en manos a) de jueces de buena formación y b) en cantidad suficiente y bien distribuidos. De manera que no aparezca su opresión ante los montones de procedimientos que se forman en sus sedes. Ambos requisitos, procede prepararlos (una vez más, la previsión).

B) En la hipótesis de que un juez reciba un asunto simple y lo complique hasta hacerlo devenir complejo, puede tener para ello motivos genéricos, a) de estar apoyado por normas insuficientes o inadecuadas —es el caso, no infrecuente, de la vieja LEC—; b) los de que el asunto, sea como aparentemente simple, esto es, que en su planteamiento por el actor aparezca como tal, pero que ya al primer examen se descubran sus complicaciones, que lo hacen devenir complejo, y a las que el juez en cuestión no sabe hacer frente; c) Los de que, el asunto sea ya inicialmente complejo y que el juez sea incapaz de resolverlo bien. En el primer caso, el culpable es el legislador; en

<sup>24</sup> Cfr. *Procesos complejos*, § 13, nota núm. 293 y ss., y texto, *supra*.

el segundo y en el tercero, el juez hace culpable de conducta inadecuada, probablemente por defectuosa formación; lo que debe llevar, por el momento a su sustitución en el conocimiento del asunto, sin perjuicio de esclarecer culpabilidad si las hubiere.

Todo lo indicado, lleva a la conclusión de que una aceleración del proceso que se ordene por legisladores —acompañados de sus técnicos— sin conocimientos suficientes, y a la simple vista del lamentable espectáculo que ofrece un sistema procesal en crisis y en descomposición, puede ser nociva. El “formulismo excesivo” contra el cual se debe luchar, lo van a confundir con las formas necesarias, no concibiendo a la forma como garantía; la forma exterior del proceso es el procedimiento.<sup>25</sup> Y los principios fundamentales de todo proceso, se hacen prácticos mediante formas, trámites procedimentales. Una notificación “sin forma”, sin garantías, llevará a incumplir el principio fundamental de audiencia bilateral.

## XV. LA ACUMULACIÓN DE LOS PROCESOS Y LA COMPLEJIDAD

Se plantea asimismo la cuestión de si “la acumulación de causas o de personas —partes— es un motivo de complejidad”.

Evidentemente, constituye una de tales causas. La regulación legal de las “acumulaciones” y de las “pluralidades” está justificada. Y es injustificado el silencio de la LEC española —uno de los más graves—, debido, en parte, a su época (1881). Lo que no justifica a los legisladores que hubo desde 1881.

Una acumulación mal practicada, supone un “amontonamiento” de papeles —actuaciones procesales escritas— o de recuerdos —de

<sup>25</sup> La eliminación de “formas” poco menos que alegremente, sin valorar su papel como garantías —ese es el significado de la “forma” debida y no otro, que es el hiperformalismo— es el camino de llegar a “un proceso sin procedimiento” (esto es, confiado a la arbitrariedad de los jueces) inadmisibles. Véanse mis citas del fenómeno del llamado “juicio sumario indeterminado” en Alemania (Carpzovius, Breime, Zanger, etcétera) en mis trabajos; por ejemplo, “El Consulado de Valencia”, *cit.*, en *Estudios...*, *cit.* (I, 1983), pp. 225 y ss.; *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, Bosch, 1953, parte I, *passim*.

La “lucha contra el formalismo” es un fenómeno social de gran importancia en el que cabe avanzar, pero también retroceder hacia una sociedad con escasas o nulas garantías en el sistema de convivencia; la grosería —en sentido amplio— puede acabar con las bases de la convivencia humana; y desde luego, prostituir todo proceso...

actuaciones orales—. De ese “amontonamiento”, de la falta de orden en las “acumulaciones” procede en muchos casos la complejidad.

## XVI. LA COLABORACIÓN ENTRE JUECES Y ABOGADOS COMO REMEDIO DE LA “COMPLEJIDAD PROCESAL”

Si bien existe poca en España —ni es propio del sistema continental, ni hay mentalidad suficiente para ello— la colaboración entre jueces y abogados que sería necesaria para mejor resolver muchos —no todos— los procesos, la creación de este espíritu ha de ser muy favorable. Pero, en tanto subsista la angustia de jueces y de abogados por el retraso de los procesos —por la congestión— no se puede “pensar en calma”.

[Y conste que no todo son ventajas en el proceso norteamericano. Estoy recordando los sofismas de Gross (“The American Advantage. The Value of Inefficient Litigation”, en *Michigan Law Review* (vol. 85), 1987, pp. 734 y ss.). Por ese neocontractualismo, puede haber “salidas” de crisis. . . sin perjuicio de que se hayan de temer nuevas “entradas” motivadas por el descontento en el simple contrato o pacto. La humanidad es así, norteamericana o no.]

## XVII. FUNCIONES DEL PROCESO: ¿RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS O MODIFICACIÓN DE CONDUCTAS? LAS ACCIONES DE JACTANCIA COMO PREVENTIVAS

¿Resolución de conflictos o modificación de conductas como funciones del proceso?

Estimo que se trata de funciones no en el mismo plano. Mediante la resolución de conflictos se llega a modificar futuras conductas; mediante una modificación de conductas, se llega a evitar conflictos.<sup>26</sup>

El proceso español, genéricamente, está concebido como un mecanismo para la resolución de conflictos jurídicos. Pero las resoluciones judiciales (vinculantes por obra de la cosa juzgada y en su caso, por la fuerza constitutiva) pueden tener un carácter preventivo, admonitivo, de prevención de inconductas mediante su modificación. Se

<sup>26</sup> Cfr. *Procesos complejos*, § 16, notas núm. 307 y ss., y texto, *supra*.

puede tratar aquí de un tipo de acción y pretensión, de las “declarativas negativas”, de la antigua “acción provocatoria de jactancia” (ley XLVI, tit. II, Partida III —hacia 1263—), cuya subsistencia en la actualidad está confirmada por el Tribunal Supremo. Se dirigen contra una persona que ha causado una *turbatio verbis* a otra (al actor); se impone silencio al turbador, al difamador, si no formula a su vez la “acción” correspondiente a su jactancia en el plazo que el juez le ordena.

Se trata pues, de combatir la difamación extrajudicial, la cometida por el que se jacta no ante el juez. Y no es el único medio, ya en el proceso, pueden producirse entre las partes *diffamationes* que se combaten mediante el principio de audiencia bilateral y por resolución judicial consecuente.

Las viejas *acciones* de jactancia podrían contribuir como medio preventivo y evitador de complejidad procesal. Pero el inconveniente aparecerá en época de congestión, ya que tales *acciones* están concebidas para ser llevadas a la práctica en procedimientos ordinarios. Y si es todo el sistema procedimental ordinario el que está paralizado o congestionado. Pero se debe tratar de mejorar el modelo procesal aplicable a estas *acciones* que —remito— no son sino una especie de las declarativas negativas —*nil novum sub jove*—, para ponerlas en práctica contra el riesgo de procesos ficticios, dolosos, complejos, si es posible, evitándolos.

## XVIII. OTROS MEDIOS (ARBITRAJES, PRIVATE COURTS Y OTROS)

Otros medios que se sugieren —desde la visual de los tribunales— como el arbitraje, la conciliación, los *private courts*, pueden auxiliar a evitar la formación de esos procesos “monstruosos”,<sup>27</sup> excepto en lo penal. El arbitraje, reorganizado con incremento de su base contractualista por la Ley de 5 de diciembre de 1988, es un vehículo del futuro. Aunque los pesimistas objetan que, de la misma manera que el proceso, históricamente un arbitraje, por una serie de concausas a veces inextricable, devino un instrumento complicado, lo mismo sucederá con el arbitraje (al cual se retorna en esta época de neocontractualismo).

<sup>27</sup> Cfr. *Procesos complejos*, § 17, notas 313 y texto, *supra*.

El *hic* de la extensión internacional de los arbitrajes, se halla en la ejecución forzosa de los laudos. Es el momento en que ha de aparecer la coerción en el proceso (embargos, ventas forzosas, astringencias, etcétera). Y se alza frente a ellas, todavía, el principio de la exclusividad de la jurisdicción de cada Estado. *Hic latet lepus*.

## XIX. LA INTRODUCCIÓN DE MODERNA TECNOLOGÍA EN LOS TRIBUNALES

La moderna tecnología es una necesidad vehemente, es un valiosísimo auxiliar para impedir la formación de “complejidades” (si bien tiene la otra cara: la de poder ayudar a formar complejidades irresolubles. . .). Pero se trata, como de todo lo que huele a *robotismo*, de un arma peligrosa, sobre todo si la ponemos en manos de un juez cansado y desmoralizado por la cantidad de trabajo que aún le espera, y por el *stress*. . . La tentación en tales circunstancias, será grave. Pero el día en que un juez sucumba a dejar que “dicte” la sentencia un ordenador, esa civilización está perdida. Hemos dejado de ser hombres.<sup>28</sup>

Pero veo un inconveniente técnico-procesal (más de origen constitucional, en su “derecho fundamental”); inconveniente del cual ya tengo noticias que surge. El de que el o los “ordenadores” de una de las partes, sea muy superior al de la otra (y aún al del tribunal, pendiente siempre de una administración ahorradora y tardía). La misma técnica, hará desnivelarse la balanza de la justicia en favor de la parte económicamente más poderosa, con más o mejores ordenadores. Y que habrá de incrementarse los esfuerzos de la *legal aid*, de la ayuda a la parte en condiciones de inferioridad. ¿Y el principio fundamental de la igualdad de las partes ante la ley, donde quedará?

## XX. LA DIVISIÓN DE FUNCIONES EN LOS BUFETES COLECTIVOS DE ABOGADOS

Naturalmente, la existencia de grandes procesos y la formación de procesos complejos, repercute sobre la actuación de los abogados que en ellos participan. Y en su reunión en estudios, despachos, bu-

<sup>28</sup> Cfr. *Procesos complejos*, § 18, notas 315 y ss., y texto, *supra*.

fetes, etcétera, la cual ha de producir —si tales uniones están bien concebidas y ejecutadas— las ventajas de la división del trabajo.<sup>29</sup>

El R.D. Estatuto de la abogacía española (de 24 de julio de 1982) admite los “despachos colectivos” (artículos 34-36). Estos despachos, no tienen ninguna relación con aquellas asociaciones para el ejercicio de la acción popular” o de las víctimas de que se trató, *supra*. El V Congreso de la Abogacía (Palma de Mallorca, mayo de 1989) ha reclamado, entre otras conclusiones que interesan a los citados bufetes o estudios,

La admisión y regulación de diferentes formas jurídicas, organizativas para el ejercicio profesional, incluso a través de figuras societarias, incluidas las de responsabilidad limitada, con salvaguardia de la responsabilidad ilimitada y solidaria frente a los clientes de los abogados que las integren y de la sumisión a la disciplina colegial de los mismos, respetando escrupulosamente la libertad de los abogados miembros para aceptar o rechazar un cliente o asunto (Conclusión 6ª de la 3ª Comisión).

Se va hacia los “despachos multiprofesionales”, exigiendo la prioridad en ellos, de los abogados y el acatamiento de *todos* sus miembros “de los principios deontológicos de la abogacía dentro del Colegio de Abogados”.

Pero continúa, dentro de las proyectadas organizaciones, la oposición al *intrusismo*, a la actuación de personas que no sean abogados (se hace referencia, *nominatim* “hacia la competencia desleal de los auditores y empresas de auditoría”).

## XXI. LA FUNGIBILIDAD O INFUNGIBILIDAD DEL ABOGADO (PROCESOS ESCRITOS O PROCESOS ORALES)

El funcionamiento de los despachos colectivos, depende en muchos casos del tipo de proceso de que traten sus miembros.

En los procesos civiles, su carácter predominantemente escrito (herencia del derecho común) lleva al resultado de que el abogado es relativamente fungible; esto es, casi intercambiable por otro del mismo

<sup>29</sup> Cfr. *Procesos complejos*, § 19, nota 319 y ss., y texto, *supra*.

despacho, aunque sea preferible la distribución de los asuntos *ab initio*. [Y aprovecho la ocasión para reiterar que en el sistema español, no existe ni el *pre-trial*, ni las *conferences*, ni las *summons of direction* de los sistemas anglosajones. Hay dos series de escritos alternativos, seguidos de la prueba, dirigida por las partes, y *oral-protocolizada* (*quod non est in actis nec in mundum*). Después del periodo probatorio, el juez puede ordenar una ampliación de la instrucción bajo su dirección, dando intervención a las partes (“Diligencias para mejor proveer” artículo 340 y ss. LEC) después de lo cual —ello es facultativo de los jueces— el juez instructor dictará sentencia. La apelación tiene un momento procesal oral de gran importancia, en el que se desarrolla el recurso y la defensa frente a él (la “vista” que puede ser substituida por dos escritos fundamentados. Contra las decisiones de apelación cabe, en ciertos casos, el recurso de casación ante el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia). Como se verá pocas semejanzas hay con los modelos anglosajones. . .]

En el proceso penal, el abogado es infungible. El carácter decisivo de la audiencia llamada “juicio oral” impone preparativos adecuados: escritos de acusación o de defensa, proposiciones de prueba, etcétera (artículos 650 y 790, 656 y ss. y 790 y ss. LECRIM), de carácter más bien personal e inmediato de cada abogado. No es posible que se abra tal audiencia con un abogado que no conozca bien el caso. . . Y su enfermedad supone la suspensión de tal audiencia (artículo 746 LECRIM). Lo cual, vale para el proceso civil de resarcimiento si se celebra juntamente con el penal (*cfr. supra*).

Del uso de la moderna tecnología ya se trató. En las audiencias penales, estimo indispensable la existencia de videos dotados de perennidad, a disposición del tribunal.

## XXII. LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS Y LA COMPLEJIDAD

Para finalizar: la existencia en España de la “acción popular” predica que no habrá muchos más inconvenientes para el adecuado tratamiento de las llamadas *class actions*. La mentalidad del abogado, ha de ser muy semejante a la del que promueve y defiende una “acción popular”. Ésta, tiene una mucho mayor extensión que la “defensa de intereses difusos”, ya que aquí se trata de un grupo de individuos

(aunque formen masa amorfa) el cual ha de pertenecer, por la lógica de las cosas, a una organización superior, sea un Estado, sean varios.

Por lo tanto, cuando se cuente en España con una buena ley de protección de los intereses difusos en el proceso, los abogados se hallarán en una base de partida más favorable que la de aquellos que no conocen la acción popular.

En otro lugar doy idea de las señales que deben marcar al proceso de tal tipo.

Y en síntesis: la defensa de un grupo inorgánico de personas —masa amorfa— ha sustituido en algunos países a la genuina y más democrática defensa del “interés público y general” por parte de cada uno de sus ciudadanos; a la acción popular.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> *Cfr. Procesos complejos*, § 22, y texto.