

Los sucesivos legisladores españoles, no se preocuparon mucho de reformar la vieja LEC —prefirieron el falso sistema de “leyes extravagantes”—; mas recordemos que por ejemplo, en 1916, se sustituyó el “juramento” de la parte por la “palabra de honor” si el confesante lo hallaba incompatible con sus creencias; y que en 1924, se introdujo, con carácter general, el impulso oficial en lo civil.²⁰⁸

Casi “frente” a este OJ, apareció —con su prelude en el D. de “alquileres” de 29.12.31; juicio oral y rápido, mayores facultades de los jueces municipales, socialización, mediante el principio de la prorrogabilidad de los contratos a voluntad de los arrendatarios—, en la LBJM de 19.7.44, un nuevo Ordenamiento de la Justicia Municipal.²⁰⁹ Entre los procedimientos de “menor cuantía” y “verbal” de la LEC, se creó otro intermedio (actualmente, para cuantías entre 10,000 y 50,000 pesetas) ante Jueces Municipales y Comarcales, con mayores facultades: vigilan los presupuestos procesales de jurisdicción, competencia y capacidad procesal de las partes, dándoles posibilidades de subsanar sus defectos; tras un cambio de escritos fundamentados, se abre una especie de “audiencia preliminar” a fin de esclarecer los puntos básicos del litigio, limpiar el proceso de obstáculos y fijar el *thema probandi* —intento que vemos como derivado de la *Erste Tagsatzung* austríaca—; ²¹⁰ la prueba, se celebra bajo los principios de inmediación y oralidad; el Juez puede interrogar a partes, peritos y testigos; y naturalmente, utilizar las “diligencias para mejor proveer” inquisitivas. La apelación, es oral y concentrada.²¹¹ Este Ordenamiento, supone un gran contraste y un avance sobre el de la LEC.²¹² 218 214

²⁰⁸ La II República, por Ley de 2.3.32, introdujo el divorcio vincular, con diversos procedimientos, según se tratase de “justa causa”, “mutuo disenso” o “simple separación”. Estos procedimientos, eran de una instancia, dividida en fase instructoria (Juez único) y decisoria (Audiencia provincial) con un recurso de “revisión” (casación) ante el TS. Esta Ley fue derogada —tras la Guerra Civil— en 23.9.39; y en 26.20.39 se fijaron normas para obtener la nulidad de las sentencias de divorcio, y la disolución de ulteriores matrimonios civiles. Las dos tendencias opuestas, se ven claras. Actualmente no existen otros “divorcios” que los canónicos, para los católicos; el civil (para los no católicos) se rige por el viejo RD de 23.11.1872.

²⁰⁹ Son dos Decr. de 21.11.52 los que desarrollan el procedimiento.

²¹⁰ Defendimos la introducción de la “audiencia preliminar” en el proceso civil español en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal (Madrid, 1950). La Ponencia completa, se publicó en “Foro Gallego”, 1951, y en “Estudios” cit., bajo el título *El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites (sobre los presupuestos procesales y la audiencia preliminar)*, pp. 223 y ss. Cfr. también mis trabajos *Líneas generales de un futuro procedimiento declarativo en 1ª Instancia*, RDPr. 1965-III, y “Temas”, II, pp. 792 y ss.; *Sugerencias sobre el “Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil de 1966*, Universidad de Valencia, 1966 (a petición del Ministerio de Justicia), pp. 193 y ss.

²¹¹ Se producía, hasta la desdichada Ley de 20.6.68, ante los Juzgados de 1ª Instancia; desde entonces, ante las Audiencias Provinciales.

²¹² Al lado de estos verdaderos “Ordenamientos” de caracteres tan dispares, hallamos otros dos; muy confusos, sobre arrendamientos rústicos y urbanos.

Mas antes de verlos, hay que recordar que las Leyes de Reforma Agraria de la II Re-

En materia de trabajo, las leyes 19.5.1908 y 22.7.1912 crearon los Tribunales Industriales (de Jurados, pequeños), con un procedimiento, que en li-

pública, también repercutieron en lo procesal (llegándose a crear una "revisión" ante el TS para oponerse a la valoración lesiva de terrenos expropiados D. 9.11.35).

En Arrendamientos Urbanos desde el Decr. de 29.12.31, muy socializador, admitiendo pruebas ordenadas *ex officio* por el Juez, así como que apreciase en la sentencia la simulación y abuso del derecho, aparecen, desde 1946, unas LAU con "sistemas" procesales integrados por tres procedimientos cortos —el "juicio verbal", el de incidentes (escrito) de la LEC y el de la LBJM de cuyas ventajas hablamos; en 2ª Instancia, hasta 1968, eran competentes los Jueces de 1ª Instancia (que alguna vez actuaban en la 1ª); y después, las Audiencias Provinciales, contra las sentencias dictadas en 1ª Instancia por los Jueces de la misma; cabe incluso un recurso de casación ante el TS, llamado arcaicamente por el legislador "de injusticia notoria", también con apertura a los hechos. Y en la reforma de la LAU de 1955, apareció un recurso contra las sentencias dictadas en 2ª Instancia —ante las Audiencias Territoriales—; el de "suplicación", por infracción de Ley o doctrina legal y errores probatorios en la prueba legal, si se hubiere aplicado la doctrina del abuso del derecho; recurso que desapareció en la reforma de 1968.

Desde el Decr. de 1931, la LAU con sus reformas, pese a sus graves defectos procesales, ha humanizado el proceso; dando mayor extensión y prorrogabilidad a los plazos para el desalojo en los desahucios; a los arrendatarios de locales de negocio y pequeña renta —no superior a 12,000 pesetas—, la posibilidad de, una vez dictada contra ellos sentencia de desahucio, rehabilitar el contrato pagando los atrasos (hasta el momento del desalojo) más el 25% para costas e intereses debidos.

En Arrendamientos Rústicos, la Ley de la II República, de 15.4.35, creó un proceso de base escrita (dos escritos) más desarrollo oral y concentrado para la prueba, con un sistema de 3 recursos; ante el Juez de 1ª Instancia, ante la Audiencia Provincial y ante el TS. Este procedimiento (con excepción del recurso intermedio ante la Audiencia) ha perdurado en las modificaciones de la Ley, de 1940, 1942, etc.; a la casación, "caprichosamente", se la llama "revisión", y el TS también puede entrar en los hechos, como en las LAU (resolviendo sobre errores probatorios de hecho, contrastados no sólo por un "documento auténtico" como en la LEC, sino también por la prueba documental —el resto— y la pericial ante el inferior; he aquí la "ampliación de la brecha" en favor de los hechos en casación de que antes tratamos—. El Reglamento de Arrendamientos Rústicos —para la aplicación de la legislación anterior— completa este mal trazado sistema; pero también muy humanizado. P.ej., se concede especial protección al pequeño arrendatario rústico contra el propietario que desee desahuciarlo, imponiendo a éste fuertes cargas probatorias.

213 La materia concursal, concurso (no comerciantes) y quiebra (comerciantes) se rige en parte por la LEC y la 2ª, en parte incluso por el CodCom. de 1829; se trata de un amasijo de disposiciones anticuadas y a veces antinómicas; parece regida por el sistema "oficialista" que crease Salgado de Somoza, pero precisa un nuevo desarrollo. En 1958, se formuló un anteproyecto de Ley Concursal, que aún no se ha publicado. Sobre el estado de cosas en materia de Derecho de Insolvencia, y para abreviar, cfr. Fairén Guillén, *Spanien*, en "Insolvenzrecht" cit., pp. 327 y ss. y *Síntesis del Derecho procesal de insolvencia español*, en ed. separada de la RGLJ, 1970, Reus, Madrid, con la bibliografía citada.

En 1922, se promulgó una "Ley de suspensión de pagos" (concordato preventivo para comerciantes) desordenada y complicada; pero que se utiliza mucho, para evitar la quiebra.

Los Profesores españoles de Derecho Procesal, en su XI Reunión (Sevilla, 1975), han elevado conclusiones, en el sentido de aumentar la oficialidad de los procesos concursales, evitando el predominio de las Juntas de Acreedores, facilitando la continuación del negocio —intervenido—, etc. (Cfr. RDPriber., 1975-4, pp. 702 y s.).

214 Pero también la influencia socializadora ha llegado a los viejos procesos concursales; desde el DL de Contrato de Trabajo de 26.1.44, son acreedores singularmente privilegiados, los trabajadores (incluso sobre los hipotecarios) por salarios de 15 o 30 días; y también lo son de acuerdo con el CodCom. de 1885.

neas generales, ha llegado hasta hoy día; integrado por una demanda escrita (el Juez —hoy Magistrado— debía advertir a la parte de sus defectos) con citación para conciliación; y si ésta no tenía efecto, se celebraba el juicio, oral y concentrado, empezando por la ratificación de la demanda (el actor podía y puede ampliarla, pero no transformarla), contestación oral —posible reconvencción— proposición y práctica de prueba; tanto el Juez (hoy Magistrado) como los Jurados (que hoy no existen) podían hacer preguntas a partes, peritos y testigos. Contra la inadmisión de pruebas —orales— las partes podían protestar. Las cuestiones prejudiciales penales (salvo la de falsedad documental) no interrumpían el juicio. Terminada la fase probatoria, las partes concluían oralmente, fijando la entidad dineraria del asunto (que no podía quedar para la ejecución de la sentencia). El Tribunal, podía ordenar “diligencias para mejor proveer” (actualmente, incluso la testifical).^{215 216 217 218 219}

²¹⁵ Cabían, recurso de casación ante el TS, y si éste no era posible un llamado de “Revisión” ante la Audiencia Territorial. Tampoco este sistema se ha alterado mucho hasta la actualidad.

²¹⁶ Naturalmente, en la elaboración de la sentencia intervenían los Jurados, mediante la formulación de un “veredicto”.

²¹⁷ Cfr. *in extenso* sobre estos Tribunales y proceso, Montero Aroca, *Notas sobre la Historia de la Jurisdicción de trabajo: Parte 1ª: Los Tribunales Industriales*, en RT, N° 43, 1973, pp. 69 y ss.

²¹⁸ La ejecución, era la del “juicio verbal” de la LEC, esto es, la más sencilla.

²¹⁹ Desde esta época hasta el presente, la organización de tribunales de trabajo, atraviesa diversas etapas —siempre en relación con la política— que trataremos de resumir.

Bajo la Dictadura del Gral. Primo de Rivera (1923-30), se publicó el “Código de Trabajo” (DL 23.8.26); con los de 18.6.27, 8.3.29 y 30.6.30, pasan a actuar los “Comités Paritarios” y las “Comisiones Mixtas de Trabajo” (conciliadoras); los “Comités”, eran jurados mixtos de obreros y patronos; el Presidente, libremente nombrado por el Ministerio de Trabajo y Previsión; la competencia de ambos organismos tenían confusiones. En recursos, cabían ante “Consejo de Corporación” (organismo administrativo) en materia de despidos; o casación ante el TS. Los Comités Paritarios, para mayor complicación, comenzaron a coexistir con los Tribunales Industriales (Cfr. Alonso Olea, *Sobre la Historia de los procesos de trabajo*, en RT, N° 15, 1966, pp. 24 y ss.; Montero Aroca, *ob. cit.* Parte segunda, en RT, 1973-74, especialmente pp. 97 y ss.).

La II República (27.11.31) transformó *ope legis* a todos los citados organismos en “Jurados Mixtos” (que excluían en mucho a los Tribunales Industriales, subsistentes: excepto en accidentes del trabajo). Los “Jurados Mixtos” —su nombre lo indica— eran jurados mixtos de obreros y patronos, nombrados por elección; el Presidente, libremente por el Ministro de Trabajo. El procedimiento seguía siendo, básicamente, el de los Tribunales Industriales; pero la ingerencia administrativa era muy fuerte; sólo cabía recurso de sus sentencias ante el Ministerio de Trabajo, que lo resolvía con audiencia del Consejo de Estado. La ejecución, correspondía a los Jueces de 1ª Instancia. (Hasta aquí, estamos hallando organismos de jurisdicción incompleta y mediatizada —luego no lo es— por la administración superior; se trataba de un gobierno con participación socialista). Por leyes de 16.7.35 y D. 29.8.35 —gobierno centro-dercha— se suprimieron los Trib. Industriales; y los Presidentes de los Jurados Mixtos debían ser nombrados entre Jueces o Fiscales en activo o excedentes. Se creaba además, un “Tribunal Central” (precursor del ahora existente) para los recursos sobre reclamaciones individuales; los conflictos colectivos, en recurso, eran resueltos por el Ministerio de Trabajo. Y cabía un “recurso de revisión” (ya comienzan

Mientras la organización judicial de trabajo sufría del balanceo político del país (cfr. nota número 219), el procedimiento, continuaba siendo, en su base, el mismo que en 1912 (teniendo en cuenta la eliminación del Jurado y sus “veredictos”). A partir de la Guerra civil, se le siguió aplicando, como contenido en el Código de Trabajo de 1926; poco a poco, fue reformado y completado por una serie de disposiciones de unificación, que culminaron en los “Textos refundidos de Procedimiento Laboral” de 1958, 1963, 1966 y el vigente, de 17.8.1973 (todos casi iguales, con algunos complementos de unos a otros, por ejemplo, modernizando algunas ejecuciones forzosas; el proceso sobre conflictos colectivos —del que se trata de apartar a la Jurisdicción—, etcétera).

Recordando lo dicho al principio sobre el juicio de trabajo, el actual, está informado por el principio oficial, que se manifiesta:

a) por la derogación en ciertos casos, de la iniciativa de los particulares, en beneficio de entidades públicas;

los errores terminológicos) ante el TS en asuntos superiores a 5.000 pesetas; y *per saltum* desde los Jurados Mixtos, si se trataba de accidentes del trabajo.

En 1936, el triunfo político del Frente Popular —izquierdas— restableció (13.5.36) la Ley de 27.11.31 sobre recursos contra las sentencias de los Jurados mixtos; por Ley de 30.5.36, se restableció el sistema de nombramiento de sus Presidentes (de 1931), cesando los funcionarios de la carrera judicial como tales.

Puede establecerse hasta aquí, el principio de que, los gobiernos centro-derecha, preferían la Presidencia de Jueces técnicos y los de izquierda, la de legos; pero lo fundamental para todos era la libertad en el nombramiento de los mismos —personas de confianza política—; estos tribunales, estaban fuertemente politizados.

Estallada la Guerra Civil, en la zona Republicana, se sigue el régimen de “Jurados Mixtos”; se declara que las prórrogas de “términos” (23 y 27.7.36) en otros procesos, no afectan a la jurisdicción laboral; en D. de 26.12.36, se trata de una citación única a los demandados, para continuar el proceso en rebeldía; el de 15.9.36, suprime el dictamen previo del Consejo de Trabajo para que el Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión, resuelva los recursos contra las sentencias de los Jurados Mixtos; por Ley de 5.11.38, se faculta al Ministerio para suspender acuerdos y bases generales de trabajo; y ya terminando la guerra, OM de 17.3.39, ordena la suspensión por 8 días de los plazos ante dichos Jurados (Cfr. sobre el estado del Derecho laboral en la zona Republicana, De la Villa, *El Derecho del Trabajo en España durante la Guerra civil*, en IEA (“Estudios de Historia de la Admon.”), Madrid, 1971, *passim*).

En la zona Nacional, el D. 13.4.38 (secuencia del de 9.4.38, publicando el “Fuero del Trabajo”), se suprimieron los Jurados Mixtos y Tribunales Industriales, que fueron sustituidos por una “Magistratura del Trabajo” (una serie de disposiciones la desarrollaban). Fue organizada por la Ley Orgánica de 17.10.40; constituida por funcionarios de la carrera judicial y fiscal, dependiente del Ministerio de Trabajo; se creaba un “Tribunal Central de Trabajo” (colegiado), de jueces técnicos; hasta la LO de 1966, fue presidido por el Director General de la Jurisdicción de Trabajo; elemento político; su competencia —es Tribunal único, con sede en Madrid— es para una 2ª Instancia, muy restringida, contra las sentencias dictadas en la 1ª por los Magistrados de Trabajo en casos de entidad inferior a 300.000 pesetas y otros, en un recurso (incompatible con el de casación ante la Sala VI del TS). Numerosas disposiciones posteriores completan esta organización de jueces de carrera exclusivamente.

- b) por copiosas derogaciones del dispositivo, tanto en lo material como en lo procesal, por ser irrenunciables gran parte de los derechos de los obreros;
- c) autoridad del Magistrado, que dirige en verdad el juicio oral, concentrado y público, inquiriendo a partes, peritos y testigos —además de las “diligencias para mejor proveer” *incluso la testifical*—;
- d) posibilidad del Magistrado de asesorarse *ex officio* por “asesores técnicos” en cualquier momento del juicio;
- e) modicidad, ya que el proceso declarativo es gratuito (no así la ejecución forzosa);
- f) no intervención necesaria de abogados ni procuradores (sólo se exigen los primeros para actuar ante el TCT o ante el TS);
- g) potestad tuitiva de los Magistrados, indicando a las partes el camino a seguir, etcétera.

Hay un recurso de “suplicación” ante el TCT —“apelación muy restringida”— y otro de casación ante el TS, en sus dos tipos (violación de Ley material o procesal); el TS puede entrar en los hechos controlando la aplicación de cualquier prueba documental o pericial; otra casación “en interés de la Ley” y una revisión. Los recursos de “suplicación” y casación, son incompatibles; según sea el caso —los más graves, casación— se recurre ante uno u otro tribunal. El trámite de los recursos, es muy sencillo.

Este tipo procesal, en la práctica, funciona bien y rápidamente —en realidad, su base se halla en el “juicio verbal” de la LEC pese a algunos inconvenientes.²²⁰

PROCESO PENAL

Su clave en España, sigue estando en la LECRIM de 14.9.1882, basada —procedimiento único para todos los delitos, y otro para las faltas— en el sistema “mixto”: una fase instructoria, más bien inquisitiva y escrita (aunque con matices acusatorios)²²¹ ante un “Juez Instructor” único; una “fase intermedia” en la que, el Tribunal —colegiado, la Audiencia, Provincial— puede sobreseer²²² y la tercera, ante el mismo Tribunal, acusatoria, “juicio oral” de acusación-defensa-proposición y práctica de la prueba-debate-última palabra del acusado-sentencia: instancia, pues, única y bipartida. Con recurso de casación por violación de normas materiales o procesales (y *ex officio* si se im-

²²⁰ P. ej., para hacerlo más rápido, no lo suspenden ni las cuestiones prejudiciales penales (excepto la de falsedad documental); lo cual es hartó grave, y avocado a injusticias.

²²¹ Así, se alza “el secreto inquisitivo” de la instrucción cuando hay que practicar diligencias no susceptibles de ser reproducidas en el juicio oral; y se practican de modo contradictorio con el sujeto pasivo.

²²² El “sobreseimiento libre” equivale a una sentencia absolutoria; el “provisional” supone sólo una suspensión del proceso.

puso pena de muerte) y de revisión, contra la cosa juzgada injusta. Todo ello sigue en vigor con las reformas que veremos.²²³

Hay que destacar también, la existencia de la “acción popular”, a favor de todos los ciudadanos españoles; el “acusador particular” es independiente del MF. Y la posibilidad del acusado de “conformarse” con la pena solicitada por la acusación, si no excede de 6 años de privación de libertad, disponiendo así del resto del proceso.²²⁴

Los Tribunales eran, y son actualmente, de Jueces de Carrera, sin Jurado.²²⁵

²²³ El juicio de faltas, oral y concentrado, sigue también en vigor.

²²⁴ Ambas características, aparecen también en el proceso inglés; pero el *guilty or not guilty* se aplica igualmente a la posibilidad de imponer penas más graves; lo cual está limitado en España. Cfr. sobre el tema, Alcalá-Zamora y Castillo, *El juicio penal truncado en el Derecho hispano-cubano*, en “Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional”, Buenos Aires, 1944, pp. 411 y ss. Fairén Guillén, *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español*, en “Temas” cit., II, pp. 1199 y ss., con la bibliografía citada por ambos.

²²⁵ En 20.4.1888, se promulgó una “Ley del Jurado”, ya prevista desde la época de la I Constitución española (Cádiz, 1812-13).

Se atribuía a los Tribunales de Jurados (12 Jurados y 3 Jueces de carrera, que integraban los “tribunales de hecho” y de “derecho”) el conocimiento de los delitos más graves. Más el sistema de elección de aquéllos, era muy complicado —y clasista—; la Ley, funcionó mal desde el principio; no había gobierno que al llegar al poder no llevase en su “programa”, “una reforma de la Ley del Jurado”; y las correspondientes oposiciones, también la pedían. Además, cuando los gobiernos, por motivos de excepción “suspendían las garantías constitucionales”, entre ellas, lo hacían con los Jurados —muestra de la desconfianza de los jueces populares españoles en circunstancias graves—. Así las cosas, la II República, restauró los tribunales de jurados (limitando su nº de 12 a 8 y quitándoles competencia para algunos delitos; más la posibilidad para los que se hallaren procesados, de elegir entre ser juzgados por el tribunal de Jurados o sólo por los tres jueces técnicos del “Tribunal de Derecho”) (27.4.31 y 14.7.31). En 1933, ante la ola de atentados terroristas que sacudía al país y la absoluta inoperancia de los Jurados —cuando no de dictar verdictos de “inocencia” increíbles— (casos leídos en el Parlamento por el Ministro de Justicia, radical-socialista, Albornoz, “Diario de Sesiones” del 29.6.33, pp. 13.749) hizo que el gobierno —republicano de izquierdas con participación socialista— presentase un proyecto de Ley —defendido por el gran penalista y diputado socialista Prof. Jiménez de Asúa (DS cit., pp. 13.743 y ss.) quitando a los Jurados la competencia para actuar sobre delitos contra las Cortes, Ministros, forma de gobierno, rebelión y sedición, asesinato, homicidio e incendio cometidos con móviles terroristas, robos graves, los cometidos por medio de explosivos (alusión a la Ley de 1894). Este proyecto, fue aprobado (Ley de 27.7.33).

Así, “disfrutando de la desconfianza de una gran parte de la población”, y capitulando, el Jurado, estallada la Guerra Civil fue suspendido por los sublevados —el 8.9.1936—; en la zona republicana, se disolvió en una serie de Tribunales populares, variando su primitiva constitución. Como era de temer por su constitución y en momentos de guerra civil, funcionó mal; y se extinguió con ella. La Ley de 1888, fue derogada por la LBOJ de 28.11.1974.

Cfr. sobre el jurado español, fundamentalmente, Pacheco —miembro de la Comisión que dictaminó el Proyecto de Ley de 1886— *La Ley del Jurado comentada*, Madrid, Imp. de la Revista de Legislación, 1883, *passim*; sobre su funcionamiento durante la II República; fundamental estudiar los DS del Parlamento (discusión del proyecto de Ley de 1933), pp. 13.740 y ss. y Alcalá-Zamora y Castillo, *Il Diritto processuale in Spagna dall' avvento della Repubblica all'inizio della guerra civile*, en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, XV, 1938-2, pp. 25 y ss. Y durante la Guerra Civil, el mismo autor, *Justice Pénale de guerre civile*, en sep. de la

La LECRIM, no ha quedado muy anticuada; puede aún servir por generaciones, de modo excelente, con algunos complementos necesarios (mejor regulación de la conexión de procesos que permita llegar a la acumulación más frecuente, que en ella no existe como tal; estudio de los presupuestos procesales, efectos de su falta; declaración tajante sobre el momento *a quo* de intervención del letrado defensor (se le puede hallar en el auto de prisión; pero precisa rebuscar, y esto no admite cavilaciones); creación de una apelación en el proceso por delitos graves;²²⁶ apertura aún mayor de la casación (por imperativos del objeto del proceso) y una buena aplicación.

Sus reformas más importantes son: la de 24.7.1933 —II República— que refundió en uno los 7 motivos de casación por infracción de Ley material, añadió un 2º motivo al artículo 849 admitiendo el recurso contra el error de hecho en la apreciación de la prueba, si se contrasta con “documento auténtico” (importante “penetración” de los hechos en casación);²²⁷ y la de 16.6.49, limitando el recurso a los autos de “sobreseimiento libre” (cfr. *supra*, nota 222), fundiendo en uno solo los dos procedimientos, y posibilitando la resolución del recurso sin “vista oral” (si las partes están acordes y el TS —Sala II— lo acuerda unánimemente).²²⁸

La Ley de 8.4.67, introdujo en la LECRIM dos procedimientos ordinarios más. Uno de ellos (para delitos con penas entre 6 meses y 6 años de privación de libertad, o 12 si hubo flagrancia), es una “reducción” del ordinario descrito; acortación de plazos, supresión de trámites, etcétera, pero con sus dos fases separadas (1º Instructor, 2º Tribunal) y casación;²²⁹ el otro²³⁰ se desarrolla en una 1ª Instancia, ante el mismo Juez único “Instructor” —es,

“*Révue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*”, París, Sirey, 1938, especialmente pp. 637 y ss.

Sobre la decadencia del jurado inglés —sin necesidad de guerra civil, evidentemente, pero muestra de que no se trata de un fenómeno aislado en España— cfr., Pastor López, *El proceso penal inglés (Estudio comparativo de sus directrices fundamentales)*, RDPPr, 1967-1, pp. 85 y ss. Y el mismo fenómeno en Suiza, cfr. *infra*, y especialmente la *ob. cit.* de Graven.

²²⁶ Ya lo solicitamos los Profesores de Derecho procesal en nuestra I Reunión (Sevilla, 1965), Conclusión 6ª.

²²⁷ Cfr. Álvarez Valdés, *La reforma de la casación penal*, en RD Publ. III, 1934, *passim*.

²²⁸ Cfr. Jiménez Asenjo, *La nueva reforma de la casación penal*, Rev. Der. Priv., 1949.

²²⁹ Este tipo, proviene del de la Ley de OP de 1959; el cual, a su vez proviene de la de 1933. Abreviados, tienen la misma dinámica que el procedimiento ordinario.

²³⁰ Este tipo, tiene su antecedente en el de la Ley de 30.8.46 sobre delitos de abastecimiento (hasta entonces, y desde 1939 al 42, confiados a los Tribunales Militares; y desde 1942, a los ordinarios y por procedimiento ordinario, a no ser que el delito resultase ser asimilable a “rebelión militar”). Es un procedimiento de doble instancia; la primera, totalmente, ante el Juez instructor (inquisitiva) y la segunda ante la Audiencia. Provincial. Cfr. sobre él, Fairén Guillén, *Innovazioni nella legislazione processuale spagnuola*, en ADCSL, XXVI (1950), 2-3, especialmente pp. 302 y ss.

pues, un tipo inquisitivo— con apelación ante la Audiencia Provincial y sin casación.^{231 232 233 234 235 236 237}

²³¹ Para delitos con pena máxima de 6 meses de privación de libertad, multa de 100,000 pesetas máximo y retirada del permiso de conducir automóviles.

²³² Este procedimiento, tiene como defectos, a) las declaraciones de testigos se pueden recoger en “acta breve” limitando así los derechos de defenderse (Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro del proceso penal español*, Universidad de Valencia, 1967, pp. 37 y ss.; *El encausado en el proceso penal*, en “Temas”, cit., I, pp. 1253 y ss.; *Algunos problemas fundamentales del proceso penal aplicado al tráfico*, Instituto de Criminología, Valencia, 1975, pp. 109 y s.; b) el de sujetar excesivamente al Juez a algunos informes del MF (sobresimiento, cambio de procedimiento, incompetencia) (Cfr. *Conclusión 7ª a la III Jornada de Profesores de Derecho procesal* (Valladolid, 1967); c) el de organizar la defensa “de oficio” de modo que el Abogado pueda redactarla “por escrito” desde otra población, dejando al defendido inerte en el juicio oral (Cfr. *Conclusión II de la III Jornada* cit.) Fairén Guillén, *Presente* cit., pp. 55 y s.; *El encausado* cit., pp. 1254 y s.; *Algunos problemas* cit., pp. 111 y s.; d) ha suprimido el auto de procesamiento, que es imprescindible (Cfr. Fairén Guillén, *Procesamiento, sobresimiento acusación*, en “Temas” cit., II, pp. 1377 y ss.); e) admite la sentencia en rebeldía, aunque sea impropia, lo que estimamos muy discutible (Cfr. Fairén Guillén, *Presente* cit., pp. 64 y ss.); f) el Juez instructor, es el sentenciador; hay que separarlos, por incidir en lo inquisitivo. Con estas correcciones, podría ser un buen procedimiento para delitos leves.

²³³ Para los “juicios de faltas” —cuya dinámica no se altera en general— la Ley de 8.4.67, hace competentes a los Jueces Municipales para la exacción de responsabilidades civiles, aunque excedieren del límite de su competencia civil, lo cual es muy grave. Cfr. *Conclusión 11 a la Reunión* cit., y Fairén Guillén, *Presente y futuro* cit., pp. 50 y s.

²³⁴ Hay que recordar también la Ley de 24.12.62 (llamada “del automóvil”) sobre delitos cometidos en el uso y circulación de vehículos de motor; con dos instancias —1ª ante el “instructor-sentenciador” y 2ª ante la Audiencia Provincial—; pero en delitos más graves, instrucción ante un Juez-delegado del Tribunal Colegiado y sentenciador, y recurso de casación; admitiéndose la sentencia en rebeldía y su purga. Esta Ley, fue un rotundo fracaso; así lo demostraron las continuas e inesperadas *vacatio legis*; finalmente, su parte procesal, fue absorbida en la LECRIM por el “parche” de la Ley de 8.4.67; pero queda en vigor su “Ordenamiento civil”, creándose un “juicio sumario ejecutivo” a base de un título especial y complicado, si la “acción civil” hubiera sido reservada.

²³⁵ La policía, también es objeto de especial protección procesal; por Ley de 13.2.74, y en el caso de imputación de delitos graves a uno de sus agentes, el Juez instructor no puede dictar auto de procesamiento; le corresponde hacerlo a la Audiencia Provincial —sentenciadora luego, en “instancia única” y con recurso de casación—.

²³⁶ Como se ha indicado en nota, *supra*, la LOP de 28.7.33 reguló un “procedimiento de urgencia” para los estados anormales de “prevención” y “alarma” —coincidente con el ordinario de la LECRIM—, pero acelerado, con acortamiento o supresión de trámites (Nótese que en su art. 71-a, se preveía la “prisión incondicional de los inculpadlos”); por la Ley de 22.3.57, se fijaba que la “prisión provisional mientras la situación alterada por él (delito o delincuente) no haya sido normalizada”; expresión muy vaga y peligrosa.

La LOP de 20.7.59, siguió un “procedimiento de urgencia” análogo al de la de 1933 (incluida “la prisión incondicional” de los inculpadlos); y en su reforma de 21.7.71, se conserva tal tipo de prisión. La cláusula de “hasta que la situación haya sido normalizada”, ha penetrado en el art. 503 de la LECRIM.

²³⁷ Pero desde 1933, se adoptó un peligroso camino, por el cual se ha ido ascendiendo; en la LOP de tal año, para la exacción de las multas gubernativas, los Jueces de Instrucción podían proceder “por vía de apremio” y si hubiere insolvencia “a petición de la Autoridad gubernativa” decretarían el “arresto subsidiario del multado” por plazo de 1, 2 o 3 meses (arts. 18, 33 y 47).

La LOP de 1959, agravó la situación del sujeto a multa gubernativa con impago; eran

La Ley de 2.12.63, creó un “Tribunal de Orden Público” y un Juzgado instructor (luego, dos) con competencia en todo el territorio nacional, para conocer de un heterogéneo grupo de delitos muy graves —algunos, hasta susceptibles de pena capital; otros de “móvil político o social” artículo 3-a. El procedimiento, es “de urgencia” (actualmente, el introducido en la LECRIM por la de 4.8.67: Instrucción ante el Juez; juicio oral ante el TOP; recurso de casación) pero con dos variaciones muy graves; una, la de la “prisión incondicional” mientras la situación alterada por aquéllos no haya sido completamente normalizada” (¿Qué es, a dónde se extiende esa “normalidad”?); otra, la de admitir “juicios en rebeldía” creando una “revisión” (?) para su purga. Estamos disconformes —aunque en otros OJ exista— con las posibilidades de dictar sentencias en rebeldía;²³⁸ el sistema correcto en tales casos, es el de “suspender el proceso” contra el “rebelde” hasta que se presente o sea detenido (el tradicional, vigente para delitos graves, en los artículos 840 y siguiente de la LECRIM).²³⁹

Siendo un fenómeno de actualidad el del llamado “terrorismo”, recordemos que en España, desde 1894 hasta 1975, ha habido una serie de leyes que se ocupaban de tales delitos especialmente, con agravación de penas y regímenes procesales especiales, dando entrada en muchos casos, a la Jurisdicción Militar.²⁴⁰

ya las Autoridades Administrativas (Gobernadores civiles, Director General de Seguridad, Ministro de la Gobernación) las que directamente podían “disponer el arresto supletorio” de hasta 30 días (o acudir a la vía de apremio judicial) (art. 22-1); en el 23, se incrementaban las multas para “el infractor habitual o (que) estuviera conceptuado como peligroso para el OP o que por su conducta suponga una amenaza notoria para la convivencia social”.

Esto significa algo muy grave: se da a autoridades administrativas, posibilidad de imponer “penas” (“arresto” que es una de ellas) de privación de libertad, que sólo a los Tribunales corresponde imponer (art. 19 del Fuero de los Españoles de 1945 y 31 de la LOE de 1967).

La reforma de la LOP de 21.7.71, aumentaba este *arresto*, evitando la palabra —es una “pena”, del CP— con el eufemismo “responsabilidad personal subsidiaria” (que a nadie engañó) hasta 90 días, en caso de impago de multa o de insolvencia hallada por el Juez Instructor (la alternativa, depende de la autoridad administrativa) (art. 22); si del art. 23, desapareció la expresión “peligroso”, el contexto es el mismo que el de 1959, ya que la “conducta (que) suponga una amenaza notoria para la convivencia social” asemeja notablemente al estado de peligrosidad social (a declarar sólo por los Tribunales, art. 8 de la LPRS de 4.8.70) descrito en el art. 2-9a de la misma.

En resumen: mediante la aplicación de los textos citados, Autoridades administrativas, infringiéndose la LOPJ de 1870, la LBOJ de 1974, Fuero de los Españoles de 1945 y LOE de 1967, imponen penas de privación de libertad de hasta 90 días.

Cfr. sobre la LOP de 1971. González Pérez, *Comentarios a la LOP*, Madrid, publ. Abella, 1971, pp. 264 y ss.

²³⁸ Cfr. nuestras razones en el trabajo *Notas sobre jurisdicciones especiales* cit. especialmente pp. 11 y ss.

²³⁹ Cfr. Fairén Guillén, *El encausado* cit., pp. 1262 y ss.

²⁴⁰ Así, la “Ley de Explosivos” de 1894 (Tribunales de Jurados); la de 1896 (Tribunales Militares por procedimiento “sumarísimo” —el más rápido, sólo apropiado a tiempos

Existe en España, desde 1933, un “proceso especial de peligrosidad”; por la “Ley de Vagos y Maleantes” de 4.8.33, fue creada la primera —en el mundo— sobre peligrosidad sin delito;²⁴¹ su proceso, era inquisitivo, de doble instancia (sin casación);²⁴² esta Ley, fue sustituida por la LPRS de 4.8.70, cuyo proceso, también inquisitivo, tenía algunas mejoras sobre el de 1933, pero también algunos empeoramientos (por ejemplo, el de que el recurrente o recurrido peligroso, como principio general, no pueda asistir a la “vista” de apelación, lo cual queda al arbitrio del Tribunal). También dos Instancias (la 1ª ante Jueces especializados —y en las grandes capitales “con dedicación exclusiva” a la peligrosidad cosa muy necesaria—);²⁴³ y la 2ª ante una

de guerra— o Tribunales de Derecho); Ley de 27.7.33, quitando al jurado la competencia para conocer de tales delitos (entre otros); Ley de 11.10.34 (Tribunales ordinarios, pero Militares “si estuviese declarado el estado de guerra” —que lo estuvo bastante tiempo—); durante la Guerra civil, se impuso profusamente la muerte a mano airada —fuera de los frentes de combate—; si hubo algo de Justicia penal (dificilísimo que la pueda haber durante una Guerra civil; cfr. sobre ello Alcalá-Zamora y Castillo, *Justicia pénale* cit., *passim*) en la zona nacionalista se prefirió a los Tribunales Militares; en la republicana a los populares en sus diversos tipos [a los excesos cometidos durante la Guerra civil, se refiere el propio General Vicente Rojo Lluch, Jefe de Estado Mayor General de los Ejércitos republicanos —cfr. *Alerta a los pueblos! Estudio político-militar del periodo final de la guerra española*, Barcelona, ed. Ariel, 1974, pp. 177 y s.; y el General Franco Bahamonde, Jefe de los Ejércitos nacionales (entrevista acordada a Serge Groussard, “Le Figaro”, París, 13.6.58, repr. en “Las Provincias”, Valencia, 20.11.75) se refirió a excesos cometidos después de finalizar la guerra]; Ley de “Seguridad del Estado” de 29.3.41 (muchos delitos; entre ellos, los de terrorismo; Jurisdicción Militar); Ley 2.3.43 (Jurisdicción Militar); DL de 18.4.47 (Jurisdicción Militar); D. de “Bandidaje y terrorismo” de 21.9.60 (Jurisdicción Militar; posibilidad de inhibirse a favor de la ordinaria); tras el paréntesis 1962-1968 (TOP), DL de 16.8.68 que restaura la Jurisdicción Militar para tales delitos —y otros— y finalmente, DL de 26.8.75, que, entre otros graves defectos, tenía algunas normas penales retroactivas y también procesales, al ordenar el cambio de procedimiento; al obligar a los Tribunales (Militares, por juicio “sumarísimo” o al TOP) a imponer en algún caso “la pena de muerte” sin más, limitaba las posibilidades de dichos Tribunales de hallar atenuantes; esto es, en el fondo, suponía un ataque al principio de libre apreciación de la prueba vigente en el sistema penal español; etc. Fue derogado por DL de 18.2.76 (excepto en dos normas procesales: una, ampliando el plazo policial para entregar los detenidos al juez —y suponía graves problemas determinar “quién era el competente”— y otra, admitiendo registros domiciliarios por la fuerza pública, en caso de urgencia, sin mandato judicial; normas que siguen siendo muy peligrosas).

²⁴¹ Cfr. especialmente a uno de sus autores, Prof. Jiménez de Asúa, *Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, RGLJ, T. 163 (1933), pp. 577 y ss.; Alcalá-Zamora y Castillo, *El sistema procesal de la Ley relativa a Vagos y Maleantes*, en “Ensayos” cit., *passim*, y bibliografía citada.

²⁴² Tanto Alcalá-Zamora como nosotros mismos, nos quejamos de que no haya, al menos, un recurso de casación por infracción de normas procesales; y aún otro, supremo, en el que se pudiese entrar en el examen del error de hecho en la apreciación de las pruebas (Cfr. Fairén Guillén, *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*, ed. Tecnos, Madrid, especialmente p. 182).

²⁴³ Cfr. nuestros trabajos *Prevención y represión desde el punto de vista procesal*, en ADP, 1971-I, pp. 5 y ss. y especialmente en “Problemas actuales de Derecho penal y procesal” cit., pp. 65 y ss.; *El tratamiento procesal de la peligrosidad sin delito*, ADP 1972, especialmente pp. 40 y s.; *Algunas conclusiones sobre el proceso de la LPRS y el Regla-*

Sala especial de la Audiencia Territorial de Madrid; y un juicio de "revisión". Por reforma de 28.11.74, el procedimiento ha mejorado bastante; al menos, en la segunda fase de la instrucción, ya hay una acusación formal —como hemos venido pretendiendo—; pero la ejecución, deja mucho que desear, por falta de medios —he ahí el fracaso de otras leyes como ésta—.

La materia de la ejecución penal, en España, está confiada a los Jueces o Tribunales que conocieron en la 1ª (o única) instancia sobre el delito o falta. El Reglamento Penitenciario (de 1956, reformado en 1968) es anti-cuado en cuanto a los tratamientos. Existen en España, desde 1908, la "re-misión condicional de las penas" "con prueba"; y la "redención de penas por el trabajo" (artículo 100 CP); así como la "prisión atenuada" (Ley 10.9.1931); pero es necesario "jurisdiccionalizar" la ejecución penal —que es parte del proceso— mediante la creación de "Jueces de ejecución de las penas" como existen en otros países.^{244 245 246}

mento para su aplicación. RDPriber. 1971-II-III, especialmente 642; con título análogo y contenido más extenso, en "Rev. Der. Jud." 1972, n° 51-52, p. 162; *El proceso por peligrosidad sin delito en el Derecho Comparado y Dudas en el proceso por peligrosidad en la Ley de 4.8.1970*, Instituto de Criminología, Valencia, 1974, *passim*; nuestra Ponencia General al V Congreso Internacional de Derecho procesal (Mexicano, 1972), *El Enjuiciamiento de sujetos peligrosos no delincuentes* (inédita aún; resúmenes publicados en RDPriber. 1972-II-III, pp. 347 y ss. especialmente trad. francesa e inglesa, § 7, en (México); más la obra citada en nota anterior.

Trabajos notables sobre esta Ley —y perdónesenos habernos citado antes, por referencia justa al tema— son los de Gutiérrez de Cabiedes *Principios procesales de la LPRS y de su Reglamento*, en RDPriber., 1973-II-III, pp. 399 y ss.; de la Oliva Santos, *Aspectos procesales de la LPRS y su Reglamento* RDPriber. 1972-3, pp. 643 y ss.

²⁴⁴ Cfr. Este anhelo en Fairén Guillén, *Presente cit.*, pp. 97 y ss.

²⁴⁵ Actualmente, existen un "Anteproyecto de Bases de Código procesal civil" (1970), muy vago y defectuoso intrínsecamente, pero de sistemática buena; otro de "Bases de Código procesal penal" (también 1970), igualmente vago y aún peligroso en algunas Bases; pero ha recogido un "proceso especial", reintrodutor del de "Manifestación" medieval aragonesa, para poner fin inmediatamente a detenciones o prisiones arbitrarias. Instábamos esta reintroducción, desde 1963 (Cfr. Fairén Guillén, *El proceso aragonés de "Manifestación" y el "habeas corpus" británico*, RPRr. 1963, I, y "Temas", I, pp. 131 y ss.; *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, UNAM, México, 1971, pp. 77 y ss.; informes de la Universidad de Valencia, por nosotros elaborados, sobre el "Anteproyecto de Bases para un CPP", bajo el título *Presente y futuro cit.*, 1967, p. 37 y *Conclusión 11*, p. 103, e *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de la Justicia* 1968, cit., pp. 67 y ss. y *Conclusión 4ª*, p. 215); y al parecer, la vamos a conseguir.

Frente a estos "Anteproyectos", un grupo de procesalistas españoles están desarrollando una especie de "Anteproyecto alternativo" particular de "Corrección y actualización de la LEC" (Madrid, 1972-74).

²⁴⁶ En cuanto a doctrina procesal española, aparte los autores ya citados en el texto, recordamos, como comentaristas de la LEC, a Manresa, y modernamente a Guasp (incompleta su obra); de la LECRIM, Aguilera de Paz, y modernamente Gómez Orbaneja (incompleta su obra); de la LCA, a Pera Verdaguer; Obras de Derecho procesal —completas, monografías, estudios— se han publicado por los autores hasta aquí citados, y —sin ánimo exhaustivo— por Muñoz Rojas, Gutiérrez de Cabiedes, Serra Domínguez, Carreras Llansana, Fenech Navarro, Montero Aroca, Gutiérrez-Alviz Armario, Gutiérrez-Alviz Conradi,

IV. EL “EJE” FRANCO-BELGA

1. Francia

PROCESO CIVIL

El *Código de procédure civile*, ha desaparecido en favor de una reforma a fondo del proceso civil francés.

Ya la Ley de 30.10.35, se ocupaba de la aceleración procesal; retrasado por eventos políticos, en 1958, apareció un “paquete” de Decretos: lo fundamental, era, la consagración definitiva de un Juez “encargado de seguir el procedimiento”; confiriéndole amplias potestades; la pluralidad de competencias en apelación desapareció; las excepciones debían proponerse *ad limine litis*; se amplió el proceso monitorio creado en 1937. En 1967, se modificó la figura del “Juez”, llamándolo “encargado de preparar el procedimiento”; y en 1971, se incrementaron sus potestades hasta el final del estadio preparatorio, al que sigue el juicio oral ante el Tribunal.

La segunda parte del Decreto de 9.9.1971, sólo podía entrar en vigor cuando se refundieran en una las misiones de procurador y abogado, lo que tuvo lugar por Ley de 31.12.1971.²⁴⁷

Además de estas normas, entraron en vigor tres Decretos más: de 20.7.72, de 28.8.72 y de 17.12.73, todos con el mismo nombre; con un 5º Decreto más, quedará completada la reforma, uno de cuyos objetivos es el de uniformar los procedimientos ante los diversos tribunales²⁴⁸ a través de normas referentes a la “acción”, al papel respectivo de Juez —cuyos poderes aumentan— y partes —disminuye el “dispositivo”—; los Tribunales de Comercio siguen intactos; en fin, se trata de un movimiento unificador de los procesos civiles.²⁴⁹

Gordillo, Almagro, González-Deleito, de Miguel Alonso, Herce Quemada, Morón Palomino, de la Oliva Santos, Pedraz Penalva, Peláez, Ramos Méndez, etc.

Merece un especial recuerdo la figura de Beceña, pionero de la moderna ciencia procesal española; y Alcalá-Zamora y Castillo, quien aunque reside fuera de España, es de los nuestros, y de los primeros.

²⁴⁷ También se refundió la profesión de *agréé* ante los Tribunales de Comercio; todos ellos, actúan bajo el nombre de *avocats* desde 16.9.1972.

Cfr. sobre lo hasta ahora escrito, Blanc, *Procédure civile 1972. Commentaire du Décret su 9.9.1971*, París, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1972, pp. 7 y ss.; Perrot, *Il nuovo e futuro Codice di Procedura civile francese*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1975-II, pp. 229 y ss.

²⁴⁸ Cfr. Perrot, *ob. cit.*, pp. 235 y ss.; Vincent, *Précis de procédure civile*, 16 ed., 1973, París, Dalloz, pp. 16 y s.

²⁴⁹ Cfr. Vincent, *ob. cit.*, p. 16.

Las razones por las que en Francia se debilita el principio “dispositivo” las da Perrot así:

A) una general; el sistema dispositivo era expresión de un modo de vida liberal; el funcionamiento de las instituciones se dejaba al juego de fuerzas contrapuestas. Mas este sistema de vida, ha evolucionado; inciden en su contra, los imperativos de la vida social; y la evolución ha alcanzado ya a lo judicial;²⁵⁰

B) La lentitud del proceso es una injusticia; según una idea exagerada, se debe a los abogados, siempre abrumados de trabajo, dicha lentitud; por ello, aumentando los poderes del Juez, se le convierte en “animador” procesal, acelerando el mismo;²⁵¹ el mismo clima de sospecha late en cuanto a los auxiliares de los tribunales.

C) El proceso civil francés es “reglamentario”, elaborado, no por el Parlamento, sino por el Ministerio de Justicia; de ahí un “contagio” de cierto “administrativismo”, que tiene como función principal la del buen funcionamiento del servicio público de Justicia, en el que el Juez es maestro y artífice.²⁵²

En resumen, el proceso civil, ha devenido más elástico y se hace más fácil el diálogo entre Juez y partes (unificación de procuradores y abogados); se ha adoptado el medio más potente para unificar los procesos civiles: la institución del Juez único y del Juez de ejecución.²⁵³

Del primitivo pragmatismo del *Code*, se ha pasado hacia el dogmatismo, mediante el análisis y definición de categorías jurídicas como la “acción”, las “defensas”, la “inadmisibilidad”, la “nulidad” de fondo frente a la de “forma” (Decreto 20.7.72).²⁵⁴

El juicio monitorio, se extiende tanto a lo civil como a lo comercial (Decreto 28.8.72); las “astreintes”, de origen jurisprudencial, han adquirido estado legal y su aplicación es cada vez más amplia.²⁵⁵

En materia concursal, por Ley de 13.6.67, se admite también el civil; pero el comercial, sigue ante los Tribunales de este tipo.

Se ha seguido la tendencia de disminuir la importancia de la Junta general de acreedores, frente a los organismos judiciales (Juez-comisario, y administradores judiciales, dos posibles inspectores nombrados por el Juez entre los acreedores). Conservándose el rango de los acreedores hipotecarios, el pro-

²⁵⁰ Cfr. Perrot, *ob. cit.*, p. 241.

²⁵¹ Cfr. Perrot, *ob. cit.*, loc. cit.

²⁵² Cfr. Perrot, *ob. cit.*, loc. cit.

²⁵³ Cfr. Vincent, *ob. cit.*, p. 18.

²⁵⁴ Cfr. Perrot, *ob. cit.*, p. 238 y s.

²⁵⁵ Hemos dedicado un especial estudio a las “Astreintes” en el Cap. XV de nuestro libro *El Tribunal de las Aguas de Valencia, y su proceso*, Valencia, 1975; cfr. allí bibliografía desde Esmein, pasando por Planiol y Ripert, Radouan, Gabolde, Garsonnet-Cezar-Bru, Demogue, Mazcaud, Kayser, Boyer y Vizioz, hasta Boré.

ceso se ha “socializado” al incluir entre los créditos preferentes los causados por salarios de trabajadores —6 meses anteriores— y por despido. Los empresarios, tienen también derecho preferencial (pero el Fisco interviene “socialmente” antes de la sentencia de liquidación). Se ha tenido cuidado de aislar en lo posible las empresas de sus directivos.

Además de la citada Ley de 1967, rigen las Ordenanzas de 22.12.67, que desarrollan los procesos de *liquidation de biens* (antiguo concurso), *Règlement judiciaire* que debe concluir con un convenio, y la *suspension provisoire des poursuites*, cuando la ruina de una empresa puede constituir seria desgracia para la economía nacional o regional; aquél, presupone una suspensión de pagos del deudor; ésta sólo que la empresa se halle en situación difícil.

Tiene gran importancia para el RJ, la fijación de la honestidad, buena fe y desgracia de deudor; pero la Ley de 1967 se fija mejor en las posibilidades de que la empresa subsista mediante un convenio serio con los acreedores. En el RJ, hay régimen de prioridad entre los acreedores (como en el concurso); pero no en la SPP. Los acreedores privilegiados pueden abstenerse. Y en resumen, se trata de dos medios de evitar al *máximum* la *liquidation* de un patrimonio, con perjuicio del nacional o regional amén del de los acreedores particulares.^{256 257}

PROCESO PENAL

Hasta 1958, ha venido rigiendo el *Code d'Instruction criminelle* de 1808.²⁵⁸

Múltiples reformas precedieron al *Code* de 1958, variando sus directrices entre lo liberal y lo autoritario según los momentos políticos.²⁵⁹

²⁵⁶ Cfr. Auboin, *Frankreich*, en “*Insolvenzrecht*” cit., pp. 194 y ss.

²⁵⁷ El proceso de trabajo —ante los *Conseils de prud'hommes* antes en el Código de Trabajo, se rige por el Decr. de 22.12.58 y ha sido afectado también por el “paquete” de Decr. civiles; el proceso es simple, oral, rápido, sin intervención de abogados; la acumulación de demandas está muy desarrollada.

Debemos hacer sólo una alusión a la “jurisdicción de alquileres” con procedimiento abreviado (Decr 30.9.63 y 3.1.66); así como al procedimiento sobre Seguridad Social (Decr. 22.12.58) también afectado por el Decr. de 28.8.72 sobre el proceso civil.

²⁵⁸ Adoptó el sistema procesal “mixto”; predominando el inquisitivo en la instrucción y el acusatorio en la audiencia decisoria.

Eran sus principios los de separación de las funciones instructoria y decisoria; monopolio de la “acción penal” por el MP; doble instancia; colegialidad de los Tribunales sentenciadores; jueces técnicos, pero dando entrada al Jurado en los casos más graves; al lado de la Jurisdicción ordinaria, existían otras especiales. Cfr. Stefani y Levasseur, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, 1959, pp. 62 y s.

²⁵⁹ Así, durante la III República, se incrementaron las garantías del individuo, consecuencia del desarrollo de las libertades.

La Ley de 8.18.1897 (“instrucción preparatoria”) dio derecho al sujeto a la asistencia letrada desde su primera comparecencia ante el Juez Instructor; que así, si no podía intervenir en el procedimiento —escrito, secreto— sí podía controlarlo. El derecho de libertad de movimiento (frente a la detención preventiva) y el de la inviolabilidad del domicilio,

Las concausas de la reforma que culminó en 1958 —nuevo *Code de Procédure pénale*— fueron, a) un funcionamiento “intrínseco” defectuoso del de 1808 lleno de parches y b) el “extrínseco”, también defectuoso: su mala aplicación.²⁶⁰

Idea directriz del nuevo *Code* es la de la “unidad jurisdiccional” de tribunales civiles y penales. Ellos son en Francia, y para lo penal —de abajo a arriba— los de Policía —en lo civil, Juez de 1ª Instancia—; para delitos, Juez de Instrucción (Sala civil, en lo civil) y Tribunal correccional (Tribunal de Gran Instancia civil); para delitos graves, Sala de Acusación (Sala civil en lo civil) y *Cour d'Assises* —escabinato de 3 Magistrados y 9 jueces legos—; y en Casación hay Salas civil y penal.

En todos ellos, actúa el MP²⁶¹ y son auxiliados por la *Police Judiciaire*.^{262 263}

fueron protegidos por una Ley muy liberal, de 7.2.1933; la de 5.3.32, ampliaba las facultades de los jurados a deliberar junto con los técnicos sobre las penas.

Mas estas tendencias liberales, se fueron debilitando (supresión de apelación y casación contra resoluciones interlocutorias, para evitar dilaciones dolosas) (8.8.35); la Ley de 25.3.35, derogaba en parte a la más liberal de 7.2.33; los prefectos pasaron a detentar ciertos poderes punitivos (1.7.39); y en 18.11.39 —en plena guerra ya— se volvía al sistema de 1865; en el de 27.7.39 se confiaban a la Jurisdicción Militar los juicios sobre delitos contra la seguridad exterior del Estado.

El régimen autoritario de Vichy (1940-1944) aumentó el número de “jurisdicciones de excepción” con potestad de imponer las penas más graves tras un juicio “sumario” e incluso con referencia a delitos comunes; redujo el número de jurados en las *Cour d'Assises* de 12 a 6 y dispuso que los Magistrados interviniesen en la elaboración del veredicto (al revés de como en 1932).

Tras la liberación, apareció un régimen excepcional para la “represión de actos de colaboración”, conociendo Tribunales de Justicia o Cívicos —en los que los jurados se elegían entre miembros de la resistencia—.

El Jurado aumentó de 6 a 7 miembros (20.4.45) pero la “Correccionalización”, esto es, el fenómeno de transformar una infracción dada en otra menor para que sea juzgada por los Tribunales Correccionales, integrados sólo por jueces técnicos, siguió siendo corriente. Como consecuencia de la guerra de Argelia, la detención preventiva se prorrogó de 5 a 21 días (26.7.57), admitiéndose registros domiciliarios nocturnos en cuanto a determinados delitos (Ley provisional, mientras el gobierno tuviese plenos poderes para “la restauración del orden” en Argelia).

Pero revivieron viejos problemas; la salvaje actuación de la policía nazi durante la ocupación, volvió la atención general a los posibles abusos a cometer en la fase policial de la represión; se necesitaban nuevas normas de garantía de los derechos del detenido. Además, las nuevas directrices penales, imponían un profundo conocimiento de cada inculpado; de ahí lo necesario de introducir nuevas técnicas para su observación; y por fin, una serie de casos no esclarecidos, de errores judiciales evitados *in extremis* o consumados, la frecuencia de las retractaciones de declaraciones hechas ante la policía, amén de concausas técnicas, como la insuficiencia de algunas instrucciones llevadas ante las *Cour d'Assises*, la lentitud del proceso; todo imponía una reforma a fondo de la antigua ordenación procesal penal (Cfr. siempre Stefani y Levasseur, *ob. cit.*, pp. 58 a 62).

²⁶⁰ Sobre el *iter* prelegislativo de este *Code* cfr. también Stefani y Levasseur, *ob. cit.*, pp. 62 y ss.

²⁶¹ Organizado según sus tradicionales principios de jerarquía, indivisibilidad, irresponsabilidad e independencia con referencia al tribunal (Cfr. Soyer, *Droit pénal et procédure pénale* 2ª ed., Paris, LGDJ, 1974, pp. 212 y ss.; nótese que no cita el principio de “lega-

Otra idea directriz: la de la protección de los derechos de la defensa, tanto más, cuanto más graves pueden ser las penas o si la culpabilidad del sujeto es dudosa; de ahí la gradación de los procedimientos; si los hechos son “simples, evidentes, innegables” se puede proceder de modo más expeditivo; pero si son complicados, el procedimiento deviene menos rápido;²⁶¹ y existen tres de ellos: para faltas, delitos correccionales y delitos graves (“crímenes”).

En general, el procedimiento francés se divide en dos etapas: la 1ª; “de la policía judicial” y de la “Instrucción preparatoria” en la que policía y juez investigan, reúnen elementos probatorios, bajo la bandera inquisitiva, pero con grandes garantías para la defensa, al menos en la segunda; y la 2ª; fase de “juicio” o “Instrucción definitiva”, ante Tribunal colegiado (escabinato, ya que jueces técnicos y legos deliberan y sentencian reunidos; no es tribunal de jurados *l'Assise*, aunque el CP lo llame así), con procedimiento acusatorio, oral, contradictorio y público; y sistema de “igualdad de armas” entre el MP —monopolista de la acusación— y la defensa.²⁶⁵

Contra las sentencias de instancia, cabe la casación (por infracción de normas iusmateriales o procesales). La *Cour de Cassation* —tanto en lo civil como en lo penal— no tiene más que “jurisdicción negativa” (a la inversa de la española).²⁶⁶

Contra la “cosa juzgada” hay un recurso de “revisión”, por motivos de *nova* muy graves, unificados en casi toda Europa; ante la CCas., que actúa, en general, también, de modo negativo.

Caben en Francia dos especies de rebeldía: la “impropia” (si el sujeto no fue citado personalmente o si ofrece excusa válida para no haber compare-

lidad” tan discutido). Y es que el MP francés —como el español y todos los de su modelo— tiene sin resolver el grave problema de la incompatibilidad de sus principios rectores de subordinación al Poder Ejecutivo de un lado, y de legalidad del otro (Cfr. Rassat, *Le MP entre son passé et son avenir*, París, 1967, pp. 250 y ss.; y comparado con España, Fairén Guillén, *La reorganización del MF español*, en “Temas” cit., I, pp. 481 y ss.; *La situación actual del MF*, en RDPriber., 1970-4, pp. 759 y ss.; *El Papel del MF español en el proceso civil*, en RGLJ, 1974, pp. 655 y ss.).

²⁶² En procesos por infracciones menores, el MP puede ser sustituido por un comisario de policía (recuérdense los sistemas sueco y noruego).

²⁶³ La formación profesional de Jueces y miembros del MP es la misma; de modo que uno de éstos puede pasar a ser Juez y viceversa.

²⁶⁴ Cfr. Soyer —a quien seguimos desde aquí—, *ob. cit.*, pp. 29 ss.

²⁶⁵ Con base en la gravedad de los hechos, hay tres procedimientos cuya exposición excede de este trabajo. Cfr. Soyer, *ob. cit.*, pp. 29 y s.

²⁶⁶ Esto es, si “casa” la sentencia recurrida por infracción de norma iusmaterial, no dicta a seguida una sentencia “positiva” subrogándose en lugar del inferior y terminando así el proceso; remite los autos (sin sentencia) a otro Tribunal del mismo grado que el que dictó la sentencia casada, para que dicte otra nueva. Este 2º Tribunal, puede conformarse con la sentencia de la CCas.; pero si la dicta igual que el 1º, la parte gravada puede recurrir en casación por 2ª vez y el recurso es resuelto por las *Chambres réunies* de la CCas. Esta sentencia ya es obligatoria para el 3º tribunal inferior al cual remita los autos para que dicte una 3ª y última sentencia.

cido); se le sentencia en ausencia (sólo ante los Tribunales correccionales) y puede recurrir en “oposición” —recurso ordinario—; y la “propia” (cuando el acusado rehuye deliberadamente la acción del tribunal; y ello ocurre tan solo en los procesos por crímenes, ante las *Cour d'Assises*); entonces, es juzgado *en contumace* y puede “purgar la contumacia” hasta que prescriba la pena —se trata de un proceso *ex novo*—.²⁶⁷

En Francia, no existe un proceso por peligrosidad propiamente dicho; pero sí tres medios de imponer ciertas medidas de seguridad. Para los enajenados mentales peligrosos, la Ley de 30.6.38, prevé el internamiento; la medida la toman autoridades administrativas, dando cuenta al MP, el cual puede hacer intervenir al Tribunal de Gran Instancia (civil) que dicta resolución sin contradicción ni publicidad ratificando la medida o nombrando tutor o curador al loco; son sus familiares, el curador, el mismo loco y el MP quienes pueden pedir el alzamiento de la medida (estas normas son muy criticadas, por poner la libertad de un ciudadano en manos de la administración). Si se trata de alcohólicos (Ley de 15.4.54) la administración interviene preventivamente, tratando de persuadir al sujeto para que se interne, para su curación, voluntariamente; si no lo consigue, y el alcohólico es peligroso, da cuenta al MP; el Tribunal de Gran Instancia, a su petición resuelve, cabiendo apelación contra lo que ordene. Y si se trata de toxicómanos, la medida de internamiento la pueden ordenar, autoridades administrativas, el MP y el Juez de Instrucción penal; salvo estas particularidades, y la de que el sujeto se someta voluntariamente al tratamiento, el procedimiento, es el penal. En resumen: para locos peligrosos, un procedimiento administrativo en su 1ª parte y judicial (con fuerte matiz administrativo) en la 2ª; para los alcohólicos, en su 2ª parte, surge más su carácter jurisdiccional —hay apelación—; y para los toxicómanos, salvo su inicio, el procedimiento es jurisdiccional.^{268 269}

²⁶⁷ No estimamos correctas estas soluciones y sí que en casos de rebeldía, la solución atinada es la de suspender el proceso hasta que el sujeto pasivo sea detenido o se presente (arts. 840 y s. LECRIM española). Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, Secr. de Publ. de la Universidad, pp. 63 y ss.; *Notas sobre Jurisdicciones especiales* en RDPriber. 1971-I, especialmente pp. 12 y ss.; *Meditaciones sobre una Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal*, Valencia, 1973, Instituto de Criminología de la Universidad, pp. 26 y ss.

²⁶⁸ Cfr. Raynaud, *Les poursuites contre les sujets dangereux non délinquants*, Ponencia francesa al V Congreso Internacional de Derecho Procesal (México, 1971, inédita).

²⁶⁹ Debemos elogiar la institución del “Juez de Ejecución” penal, que jurisdiccionaliza la ejecución de las penas. El sistema penal francés sigue el objetivo de la “resocialización” del condenado, ampliando los estados intermedios entre el internamiento en prisión y la libertad completa (Cfr. Soyer, *ob. cit.*, pp. 42 y ss.).

2. Bélgica

PROCESO CIVIL

Clave de los procesos belgas, es la tendencia a la “unificación de competencias de los Tribunales” —en lo civil y penal, como en Francia—. ²⁷⁰

En la base de la nueva organización de tribunales, se hallan los Jueces de Paz y los Tribunales de Policía, y los Tribunales de 1ª Instancia propiamente dichos (con competencia civil y penal). Funcionan en Salas de 3 Magistrados; pero también se registra la “penetración del Juez único”, con competencia casi igual que la del Tribunal (aunque se reserve a éste lo penal, si el sujeto pasivo lo pide); hay jueces especiales para embargos y ejecuciones civiles. Subsisten los Tribunales de Comercio y Trabajo —que son escabinatos—. En 2ª Instancia, existen los Tribunales de Apelación (y el nuevo de apelación de Trabajo; también escabinato); y en la cúspide, se halla el TS, funcionando en Salas civil, penal y de trabajo (creada por el *Code*).

En el proceso civil, rige el principio dispositivo, ²⁷¹ con los de escritura predominando sobre la oralidad. Sus principios procesal-materiales son:

1º; el de uniformación del procedimiento ante todas las Jurisdicciones (civil, comercial, de trabajo);

2º, fusión de procuradores y abogados —como en Francia, bajo este nombre—;

3º; simplificación del procedimiento, eliminando actos desuetos (por ejemplo, el antiguo interrogatorio sobre *faits et articles*, sustituido por el simple de las partes); uniformación y simplificación de los embargos; ²⁷²

4º; aceleración procesal, que se ha logrado, pese a que el TS, en cuanto al periodo preparatorio, estima como inconstitucional que no se valoren por

²⁷⁰ Insuficiente el *Code* napoleónico y complicada la organización de tribunales, en 1958, el Ministro de Justicia Harmel puso en pie un plan de reforma total; en 1963, el proyecto de *Code Judiciaire* era depositado en el Senado; pero antes de ser promulgada la Ley se produjeron intervenciones de notorios juristas franceses —los Prof. Solus y Hebraud— sobre el peligro que constituyen los “jueces legos” en los Tribunales de Trabajo y de Comercio (que se han respetado) sin asegurarse antes de su competencia e independencia (Cfr. Feltweis, *Le Code Judiciaire*, en “Travaux de la Faculté de Droit de Namur”, n° 2, “Société d’Études Morales, Sociales et Juridiques”, Namur, ed. Larcier, Bruselas, 1969, estudio sobre *Les institutions judiciaires et la compétence*, p. 51).

²⁷¹ En materia laboral, el encargado de preparar el juicio oral, es el “Auditor de Trabajo” —de misión semejante a la del procurador del rey en lo civil—; pero con tales facultades, que el periodo preliminar de este proceso, se debe considerar como inquisitivo (Cfr. Krings, *L’économie générale de la Réforme Judiciaire, sa mise en application et se problèmes*, en “Le Code Judiciaire” cit., pág. 18).

²⁷² Algunos actos procesales pueden efectuarse, como en Francia, por el *Greffier* —Secretario— o el *Huissier*, personaje con competencia notarial-judicial y para la ejecución forzosa.

separado los diversos medios de prueba; lo que supone enorme aumento de escritos (y plazos).²⁷³

En cuanto al derecho concursal, en Bélgica, se distingue entre deudores comerciantes y no comerciantes; el concurso se rige fundamentalmente por la Ley de 18.4.1857, que sustituyó al Libro II del *Code de Commerce* napoleónico de 1807; y el “concordato preventivo judicial”, por R. Decreto de 25.9.46.

Se trata, mediante el último —como en toda Europa— de que los comerciantes “desgraciados, pero honorables” eviten su concurso (estos requisitos, en las sociedades, hay que buscarlos en sus dirigentes).

El procedimiento, es el habitual: presentación del comerciante, muy fundamentada, con un proyecto de convenio; informe del Juez de Instrucción (con asesoramiento pericial previo, si es necesario); reunión de la Junta de Acreedores (los privilegiados —hipotecarios— pueden desinteresarse si renuncian al 50% de sus cuotas); el convenio, se aprueba o no por la Junta y es homologado por el Juez, quien puede rechazarlo si es ilegal o contrario al *ius cogens*. Puede ser impugnado; y si no se llega a él o es judicialmente declarado nulo, se puede abrir el concurso.^{274 275}

PROCESO PENAL

Tiene el mismo origen que el napoleónico francés (sistema mixto). Pero ulteriormente, la Ley de 1.5.1919, instituyó el “Juez único”²⁷⁶ que no procede de oficio, sino a instancia del MP o parte lesionada, y desarrolla una investigación inquisitiva. El presunto delincuente, es entregado después al Tribunal colegiado, y en audiencia oral, se puede defender libremente —acusatorio—. En ocasiones intervienen jueces legos; la instrucción, es secreta; el juicio oral, público.²⁷⁷

²⁷³ Sobre ello, cfr. Dirk Iteel Rogge, *ob. cit.*, p. 348, col. 1ª.

²⁷⁴ No se ha llegado a modernizar el concurso de los no comerciantes (*déconfiture*).

²⁷⁵ En interés de salvación de los créditos antes de que el deudor fuera concursado, se experimentó, por Decr. de 15.10.34, el “control de la administración del negocio”, experimento que duró poco; se extinguió en 1956, por causa de las lagunas legales. Un 2º proyecto, se rechazó por el Senado en 1939. Sería de desear se abriera de nuevo la experiencia y que se modernizase el concurso de los no comerciantes.

Sobre todo ello, cfr. Troussec, *Belgien*, en “*Insolvenzrecht*” cit., pp. 131 y ss.

²⁷⁶ Recordemos también la Ley de Defensa Social de 9.4.1930 sobre anormales y reincidentes.

²⁷⁷ Cfr. Braas, *Précis de procédure pénale*, 3ª ed., T. I, pp. 12 y s. (Bruylant, Bruselas, y Vaillant-Carnamme, Lieja), 1950.

V. HOLANDA

PROCESOS CIVIL Y PENAL

Caracteres tradicionales y actuales del edificio procesal holandés son: pocos jueces con gran autoridad profesional; encauzamiento de las oleadas de procesos; abogados que sirven a la paz jurídica como órganos de la Administración de Justicia.²⁷⁸

La organización judicial holandesa, descansa sobre jueces técnicos; ²⁷⁹ ²⁸⁰ y comprende los siguientes tipos:

Jueces de Cantón (jueces únicos). Con competencia penal para las faltas; civil para asuntos de escaso valor (1,500 florines en 1971) y arrendamientos rústicos (con jueces legos) y litigios de “sumisión” de las partes; en materia laboral, su jurisdicción no tiene más límites que los de no conocer de los casos en que estén interesados cargos directivos.

Tribunales de Distrito, Integrados en “Bancos jurídicos” —expresión muy británica— de 3 Jueces; conocen en 1ª Instancia, de todo lo que no les esté especialmente excluido; y de las apelaciones contra las sentencias de los jueces de cantón.²⁸¹

Tribunales colegiados. Resuelven las apelaciones contra las sentencias de los anteriores; se integran en Salas de 3 Magistrados.

El *Hogoe Raad*. Es el TS holandés; actúa en 3 Salas (civil, penal y fiscal) integradas cada una por 5 Magistrados, resolviendo en “revisión” sobre tales asuntos.

No existe Tribunal Constitucional ni Superior de Trabajo.²⁸² ²⁸³

²⁷⁸ Seguimos aquí a Martin Birmans, *Die Gerichtsorganisation in Nederlanden*, en DRiZ, 1971, pp. 234 y ss.

²⁷⁹ Sólo existen jueces legos en las Cámaras de Arrendamientos rústicos, en los Tribunales cantonales. En lo penal, no existen, ni jurado ni escabinato.

²⁸⁰ Casi la mitad de los jueces holandeses proviene de la profesión de abogado, tras su largo ejercicio (y a veces, en periodos cortos de delegación de los Jueces; recuérdese a Noruega), pueden ser nombrados titulares. Se trata de un honor —como en Inglaterra o Suecia— dados los pequeños emolumentos que perciben. Y de tal contacto entre jueces y abogados, deriva el trabajo, pleno de confianza, de colaboración entre ellos.

²⁸¹ Existen también Tribunales de policía, para las faltas; Jueces de “incapaces” —menores— y “Jueces de rol”, que abren y cierran plazos y sentencian en rebeldía.

²⁸² El *Raad van State* (Consejo de Estado), además de múltiples atribuciones políticas, es una instancia de “revisión” de asuntos administrativos, que han resuelto los *Gedeputeerde Staten* en las capitales de provincia; en ellos, actúan 3 Consejeros de Estado o Diputados, que no precisan tener formación jurídica.

²⁸³ Antes de comenzar un proceso civil, en Holanda, se efectúan actuaciones pre-procesales con vistas a evitarlo (por la carestía procesal, incluso para las partes vencedoras, ya

VI. SUIZA

PROCESO CIVIL

En la encrucijada de Europa, sujeta a diversas influencias de sus vecinos, pero con fuertes bases autóctonas, hallamos a Suiza, con sus Ordenamientos procesales cantonales y federal.²⁸⁴

Las ZPO cantonales, son de diversas “familias jurídicas”; la “decana”, es la del semi-cantón de Basilea-Ciudad, como otras del siglo XIX, aún influidas por el sistema del Derecho procesal común;²⁸⁵ proceso con amplia y necesaria base escrita; la más moderna, es la de Zürich, aún no ratificada por el *referendum* popular.^{286 287}

que los honorarios de los abogados, que cada una debe pagar, son más elevados que en otros países).

El proceso, comienza por demanda escrita, que el procurador del actor hace llegar al demandado, con una citación practicada por el agente judicial; y pide al Tribunal fije fecha para la audiencia (lo que igualmente se notifica al demandado por el citado agente).

Para evitarse una sentencia en rebeldía, el demandado debe comparecer con su abogado a la audiencia; éste, pedirá un plazo para contestar a la demanda (*conclusio van antwoord*); demanda y contestación escritas, son piezas fundamentales, a las que los abogados dedican gran atención.

Contestada la demanda, el Tribunal acuerda una *conclusie van replik* —excepciones; alegaciones frente a ellas—; la sentencia, examinará primero éstas y después, si procede, entrará en el fondo.

Existe un procedimiento monitorio ante los Jueces cantonales, si la prestación se basa en un contrato y no excede de 500 florines.

También se puede presentar una solicitud de concurso ante un Tribunal de Distrito, si el deudor no discute la deuda y hay pluralidad de acreedores; bajo esta presión, el deudor, paga o llega a un convenio con ellos.

(No examinamos el Derecho concursal holandés, ya que la Ley que lo regula —así como el “concordato preventivo” es de 30.9.1893. Sobre sus modificaciones, cfr. J. K. Franx, *Niederlande*, en “*Insolvenzrecht*” cit., pp. 266 y ss.).

²⁸⁴ La *Ponencia ad hoc* es del Prof. H. U. Walder, de la Universidad de Zürich.

²⁸⁵ Cfr. el excelente resumen del Derecho procesal suizo, de A. Heusler, *Der Zivilprozess der Schweiz*, Mannheim, Berlin, Leipzig (Mansheimer), 1923, pp. 36 y 65 y s. Y comparada la ZPO de Basel-Stadt con el OJ español, Fairén Guillén, *Grundriss des spanischen Zivilprozessrechts*, Zürich, Rechtshilfe-Verlag, 1946, p. 20.

²⁸⁶ Como obras generales de doctrina y legislación, cfr. Schurter Fritzsche, *Das Zivilprozess des Bundes*, Zürich, Rascher-Verlag, 1924, *passim* (anticuada, pero bien trabajada; 3 vols.); Guldener, *Das schweizerische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Zürich, Hinderling, 1958-64; un muy correcto resumen, en Fritzsche, *Wie man in der Schweiz Rechtspricht*, Zürich, Scientia Verlag, 1946, *passim*.

²⁸⁷ La posibilidad constitucional de crear un proceso civil suizo unitario, se ha discutido; mas nunca se presentó al Parlamento petición en tal sentido, por el temor de que el proceso unitario hiciera devenir a los cantones peligrosamente “tangentes” a la Constitución Federal. Otros inconvenientes, fueron los surgidos del hecho de que las ZPO cantonales se basan en influencias muy diversas; alemana, francesa, austriaca e italiana.

En cuanto a la constitución de los Tribunales, pese a la diversidad de las ordenaciones cantonales, hay grandes semejanzas. Es característica la ampliación de las potestades de los Jueces únicos —tónica europea— en 1ª Instancia.²⁸⁸

En 2ª Instancia, se introdujeron los “Tribunales Cantonales Superiores” —de apelación restringida; limitada en la mayoría de los cantones la posibilidad de aportar nuevos hechos o proponer prueba en el recurso—.

En general, y durante los últimos 75 años, se ha desarrollado la tendencia de sustituir, en primer lugar, a los Tribunales de Jurados, por los de escabinos;²⁸⁹ y en lo civil, la de sustituir a los jueces legos por técnicos, según aumenta el número y complicación de los procesos;²⁹⁰ más pese a ello, en los cantones pequeños y agrícolas, siguen predominando los tribunales de jueces legos.²⁹¹

El Tribunal Federal, es el de última apelación; vela por la aplicación uniforme del Derecho privado federal y sobre apreciaciones o repulsas arbitrarias de prueba, por medio de los recursos de “queja constitucional”.

El procedimiento cantonal, ha evolucionado en los últimos años, en general, en favor de una parte escrita del mismo. En efecto, una “potente preparación” del procedimiento probatorio ante el Juez instructor (y no ante el Tribunal sentenciador) conducía a reiteraciones si dicha prueba se practicaba oralmente; de ahí la reintroducción de la escritura en el procedimiento preliminar ante el Juez único.^{292 293}

En materias de escasa entidad económica o que exigen pronta resolución —trabajo, arrendamiento— se tiende hacia un procedimiento oral, que centre alegaciones y prueba en una sola sesión. Hasta aquí el presente de la legislación cantonal suiza procesal civil.²⁹⁴

²⁸⁸ Existen también tribunales comerciales, de trabajo y de arrendamiento.

²⁸⁹ Cfr. Graven. *Le Jury et les tribunaux d'échevins en Suisse* ponencia a la “Schweizerische Juristenverein”, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1938, pp. 121a y ss.

²⁹⁰ Por ello, en las elecciones para jueces, se atiende especialmente a la preparación jurídica de los candidatos. Cfr. también Mosquera Sánchez, *Tendencias actuales en Derecho Comparado sobre selección y formación de Jueces*, en “Rev. Der. Jud.”, Abril-Jun. 1961, p. 187; y Ponencia, de Walder, § 2.

²⁹¹ La elección de los jueces populares suizos, se efectúa por votación popular secreta o por los Parlamentos, por lo que corresponde a los partidos políticos el proponer candidatos, según su fuerza; y este derecho, es raramente impugnado. Los Jueces Federales, son elegidos por la Cámara Legislativa Federal (Ley de 16.12.43). Walder, § 2.

²⁹² Cfr. la Ponencia de Walder, § 4.

²⁹³ Lo que quiere decir que se perdió el punto de equilibrio preconizado para la “preparación del debate oral” por Klein (Cfr. *Erl. Bem.* cit. I, pp. 225 y ss. y Fairén Guillén, *El Proyecto*, cit., pp. 301 y ss., *passim*).

²⁹⁴ Por imposibilidad —razones de espacio— no estudiamos la ZPO de Zürich pendiente de referendium, a la que Walder dedica gran espacio. Cfr. también, Messmer, *Tendenzen in der Totalrevision des Zürcher Zivilprozessrecht*, en “Festschrift zum 70 Geburtstag von Max Guldener”. Zürich. Schulthess, 1973, pp. 207 y ss.

El proceso federal, se rige por Ley de 4.12.47; pero la organización judicial, se remite aún a varios títulos de la Ley de 22.11.1850.

Se basa el proceso, en el principio dispositivo, aunque los jueces tienen bastantes poderes de dirección: libertad de apreciación de la prueba; procedimiento único, con 3 estadios; uno de intercambio de escritos —hasta réplica y dúplica, si el Juez-delegado lo estima del caso—; otro, de preparación del juicio oral, también ante dicho Juez (precisando el objeto del proceso y prueba) y otro, oral, de debate. Las sentencias, son ejecutadas por el Consejo Federal; se sigue así la tradición suiza de encomendar la ejecución forzosa a autoridades no judiciales.^{295 296 297}

PROCESO PENAL

Si según la Constitución Federal, hay un CP unitario (de 29.12.37/1.1.42), el proceso penal, sigue encomendado tanto a la Federación como a los cantones (artículo 74 bis de la Constitución Federal).

El proceso federal (Ley de 15.6.34) se actúa muy raramente, aunque el Tribunal puede ser requerido a intervenir en toda ocasión. Las *Assises Fédérales* (con Jurado) no han funcionado desde 1933; las demás causas se atribuyen al Tribunal Federal penal (5 Jueces Federales); pero hay años en que no resuelve ni un solo proceso; y ello, porque la Confederación puede encargar a un cantón que juzgue un asunto en su lugar; procedimiento tan económico, que se usa mucho.²⁹⁸

Las StPO cantonales, son bastante diversas —sobre todo, en cuanto a los Tribunales—; hay cantones urbanos que se inspiraron en el modelo francés del siglo XIX (Ginebra, Berna, Zürich); otros, agrícolas, conservan un sistema “inquisitivo” (Appenzell, Valais). Mas esta heterogeneidad, tiende a disminuir; la CH ha impuesto a los cantones ciertas reglas procesales —fueros, auxilio judicial, libre apreciación de la prueba—; el Tribunal Federal, ha deducido del principio de igualdad ante la Ley (artículo 4 Constitución Federal) el derecho a ser oído, y prohibido el excesivo formalismo; la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos Humanos —ratificada por la

²⁹⁵ Cfr. Fritzsche, *Die Einleitung der Zwangsvollstreckung nachschweizerischem Recht*, en “Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei”, Padua, Cedam, T. II, 1958, pp. 223 y ss.

²⁹⁶ Cfr. sobre el proceso federal, Alcalá-Zamora y Castillo, *Ley de Procedimiento Federal civil*, en sus “Estudios procesales” cit., pp. 375 y ss.

²⁹⁷ En materia concursal, rige la Ley Federal de *Schuldbetreibung und onkurs* de 1889, con numerosas modificaciones; cabe destacar aquí, la amplitud para conseguir concordatos si el deudor es “digno”; y la preferencia de los créditos de los trabajadores por salarios devengados durante el año anterior a la petición de convenio (Cfr. sobre ello, Keller, *Schweiz*, en “Insolvenzrecht” cit., pp. 317 y ss.).

²⁹⁸ Cfr. Clerc, *Ponencia sobre La Justice Pénale en Suisse*.

CH —ha impuesto el principio de la “equidad” procesal;²⁹⁹ y existe una interrelación entre las StPO cantonales, que, al modificarse una, se inspira a menudo en soluciones ya adoptadas por otras.³⁰⁰ Esta aproximación, puede llevar a una unificación del proceso penal suizo.³⁰¹ El Consejo Federal, estudia el asunto.³⁰²

En algunos cantones, se acepta el principio de la “oportunidad del proceso penal” si la aplicación de la ley penal parece inútil o contra-indicada; en otros, se aplica el principio de “legalidad”.

El proceso cantonal, en general, consta de dos fases; una, instructoria, confiada a veces a un Juez (Berna) o a un funcionario administrativo (Prefecto en Argau, Oficio de Instrucción en Appenzell) o al MP (Basilea-ciudad); se trata de reunir los elementos probatorios necesarios al debate (Ginebra) o más raramente, de fijar la inocencia o culpabilidad del sujeto (Lucerna).³⁰³ La segunda fase, es la de debate y sentencia, presidida por el principio acusatorio: igualdad de las partes, publicidad, ante el Tribunal.

Como recursos, hay apelación y casación. La diferencia entre haber escogido uno u otro, dependió de una serie de factores: importancia de la condena, composición del Tribunal, forma del procedimiento. La mayoría de los cantones latinos no conocen más que la casación en tanto que en la Suiza alemana se prefiere la apelación. El Tribunal de Casación Federal (los hay también cantonales) tiene como misión la de asegurar la unidad en la interpretación de las leyes penales por medio del *pourvoi en nullité*. Existe también una “revisión” cantonal cuando la sentencia incide en error en perjuicio del condenado.

La ejecución de las penas, corresponde también y tradicionalmente, a la administración; algunas de sus decisiones, por ejemplo, en materia la libertad condicional, pueden ser recurridas ante el Tribunal Federal por medio de un recurso administrativo. Pero algunas incidencias ejecutivas, corresponden

²⁹⁹ Algunos cantones (Lucerna, Berna) ya pusieron sus StPO de acuerdo con ella.

³⁰⁰ Cfr. Clerc, *Ponencia* cit., § II.

³⁰¹ Cfr. Noll, *Zur Frage der Vereinheitlichung des Strafprozess rechts in der Schweiz*, en “Festschrift Guldener” cit., pp. 231 y ss.

³⁰² Para el estudio de los procesos penales suizos, cfr. las obras del Prof. H. F. Pfenniger (*Probleme des schweizerischen Strafprozessrechtes*, Zürich, Schulthess); como obra de consulta de referencias, cfr. *Contribution à la bibliographie des travaux consacrés à la procédure pénale en Suisse*, en “Memoires de l’Université de Neuchâtel”, T. 29; comprende la bibliografía hasta 1971, Cfr. Clerc, *Initiation à la Justice pénale en Suisse* I Vol, Neuchâtel, 1975, ed. Ides et Calendes, *passim*.

³⁰³ Cuestión importante: si bien el sujeto pasivo tiene siempre derecho a un defensor, ello no quiere decir que éste pueda intervenir en la instrucción del proceso (al contrario, en Ginebra y Zürich); la intervención del abogado, es “temida durante la instrucción” y las legislaciones no la admiten mas que cuando ya no puede obstaculizar su resultado. Cfr. Clerc, *ob. cit.*, § III-1.

a los tribunales: revocación de la libertad provisional, conversión de las multas en prisión, rehabilitación.^{304 305}

VII. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y SUS PROCESOS

La declaración de inconstitucionalidad de normas o actos de las autoridades, se encomienda, en algunos Estados europeos (Dinamarca, Noruega, Suiza —legislación federal—) a los Tribunales Supremos; en otros, se encarga a “Tribunales constitucionales” que operan, según los sistemas llamados “austriaco” (declaración de nulidad total de la norma) o “americano” (para solamente el caso concreto).

En Austria, la Constitución de 1920, creó un TC (se nota en él la influencia de Kelsen) que adoptó el sistema de anular *erga omnes*, las normas inconstitucionales a su examen sometidas en un proceso “principal” ante él; en 1929, se admitió que el TC admitiese examinar la constitucionalidad de normas solicitada por los TS civil-penal y administrativo; y además, admitió el recurso “por vía incidental”, esto es, cuando se plantease el problema de la constitucionalidad de una norma en un proceso en curso. También su sentencia de nulidad (en su caso) era *erga omnes*.

El TC de la RFA (Ley de 12.3.51, admite los recursos por vía “principal” o “incidental” (con efectos de nulidad *erga omnes*, austriaco) y también la “acción popular” de los ciudadanos, directamente —tras agotar los recursos ordinarios—; siempre tienen sus sentencias de nulidad, efectos *erga omnes*.

En Italia, tras la efímera aparición de una “Corte Costituzionale” en Sicilia (fue absorbida por la general del Estado), aparecen los recursos en la Constitución, en la de 1948, contra normas, por vía de “proceso principal” ante el TC, o por la “vía incidental”, cuando aparece el problema de la constitucionalidad de una norma, en un proceso ordinario en curso. Los efectos de las Sentencias del TC italiano, son de nulidad *erga omnes*.

En España, consecuencia de la Constitución republicana de 1931, se creó un “Tribunal de Garantías Constitucionales” (Ley de 14.6.33, Reglamento 6.4.35), y se adoptaban los dos sistemas: el “austriaco” si la inconstitucionalidad de la norma era por defecto de forma en su elaboración —efecto, *erga omnes*—; y el “americano”, cuando la inconstitucionalidad fuera “material”, del contenido de la norma (efectos para el solo caso del recurso). También conocía de un “recurso de amparo” a promover por los ciudadanos lesiona-

³⁰⁴ La gracia, es acordada, en materia federal, por la Asamblea Federal; y en la cantonal, por un órgano del cantón (a menudo, el Gran Consejo).

³⁰⁵ Cfr. sobre todo esto, la *Ponencia ad hoc* de Clerc, *passim*.

dos en sus garantías constitucionales; en este caso, las resoluciones del TGC, surtían efecto, tan solo para el caso concreto.

Este TGC desapareció con la Guerra Civil.

VIII. INSTITUCIONES, FIGURAS, PROCESOS SUPRANACIONALES

Bajo este epígrafe, consideraremos, como en él se indica, “aquello que siendo nacional”, ha tenido o tiene influencia fuera de las fronteras de una nación; sea cual sea su naturaleza y dinámica (y estabilidad) siempre que tengan relación con el derecho procesal europeo desde 1900.

1. Los “ombudsmen”

Extendida esta figura por los países nórdicos, son en general, protectores de las libertades públicas mediante el control de la aplicación de las normas jurídicas por los funcionarios de sus países.

A) *Suecia*. El *Ombudsman* sueco, aparece en 1809, como nombrado por los *Riksdag* para velar por la ejecución de las leyes y perseguir, en su caso, a jueces y funcionarios negligentes ante los tribunales, rindiendo cuentas de su labor.³⁰⁶ Las normas constitucionales sobre el *Ombudsman* se modificaron en 1915: creación, al lado del *Justitieombudsman* de un delegado del *Riksdag* para el ejército (*Militieombudsman*); en 29.19.57 se creó un segundo, y el militar se unió a los dos; de modo que ahora —Constitución de 1974— hay tres *Ombudsmen*. Son elegidos por el Parlamento, durando su cargo 4 años; el Parlamento puede removerlos, a propuesta de la Comisión que examina su informe anual (no se ha producido ningún caso). Son reelegibles. Se elige a personas “conocidas por su ciencia jurídica y por su integridad”. Su actuación, se extendió en 1915 a la administración militar; y en 1957, a la municipal.

Cualquier ciudadano sueco puede dirigirse al *Ombudsman* quejándose de un agravio infligido por la administración (pero sin esquivar antes las instancias administrativas apósitadas). El *Ombudsman*, puede estar presente en los debates ante los Tribunales o autoridades administrativas; tiene acceso a todas las actas y documentos de cualquier tribunal o autoridad, los cuales deben darle información sobre lo que pida. El MP, también debe asistir al *Ombudsman*.³⁰⁷ Además de por queja de los ciudadanos, puede actuar *ex officio*, por inspecciones, que pudieran acabar en una acusación contra el fun-

³⁰⁶ Cfr. Ginsburg-Bruzeliuss, *ob. cit.*, pp. 108 y ss.

³⁰⁷ Cfr. art. 6 del *Instrument of Government* de 1974 (manejamos la traducción oficial inglesa, publicada por el *Swedish Riksdag*) de los *Constitutional documents of Sweden*.

cionario cogido en falta. Puede actuar como acusador de los mismos ante los Tribunales³⁰⁸ o limitarse a dar cuenta de su actitud. A fin de facilitar la interpretación de las nuevas leyes, publica sus propias interpretaciones; no vinculan a los tribunales, pero suelen seguirse.³⁰⁹

B) *Finlandia*. La “reaparición” del *Ombudsman* finés —recordemos la unión fino-sueca hasta 1809— no se produjo sin dificultades.³¹⁰ Coinciden muchas de sus funciones, con las del Canciller de Justicia; pero éste, es nombrado por el Presidente de la República y puede admitir quejas contra particulares; en tanto el *Ombudsman*, lo es por el *Lantdag*, y sólo puede acoger quejas contra funcionarios. El Parlamento puede desaprobar su gestión; entonces, no puede ser reelegido; pero puede defender su informe anual al *Lantdag*, en el cual tiene siempre entrada y lugar.

Sus atribuciones —defensa de los ciudadanos contra arbitrariedades o ilegalidades de funcionarios— son semejantes a las de los suecos; vela por el cumplimiento de las leyes en los tribunales y por otras autoridades incluso las municipales; y también la actuación de los Ministros y del Consejo de Ministros; igualmente vela sobre las fuerzas armadas y sobre la ejecución de las penas. Interviene por quejas de los ciudadanos que motivan una “advertencia” suya; si no es seguida, el *Ombudsman* puede acusar al funcionario; si se trata de un Ministro, propone su acusación ante el Tribunal, y si el *Lantdag* accede, el acusador es el mismo *Ombudsman*. También actúa por vía de “inspecciones” *ex officio*. En cuanto a la ejecución de las penas, su cargo es casi de fricción con el del Canciller de Justicia; éste vela porque las penas se cumplan legalmente; el *Ombudsman*, por la defensa de los derechos del penado.

³⁰⁸ Le corresponde a él el acusar ante el TS a un miembro del mismo o del Tribunal Supremo Administrativo, y proponer su expulsión, suspensión o examen médico (atribuciones que comparte con el MF Jefe, art. 8 del *Instrument of Government*).

³⁰⁹ Vigila también la ejecución de las penas de prisión, mediante visitas a las mismas; recoge las reclamaciones de los internos y supervisa el tratamiento penitenciario. Las prisiones suecas, son modelicas.

³¹⁰ Sin aparecer en el proyecto de Constitución (Kerenski) para el Gran Ducado de Finlandia (1917), en el Proyecto del Senado de Svindhufud de 1917, tampoco se le preveía; sí en el Proyecto de Constitución del mismo (6.6.18), por basarse en un régimen monárquico constitucional que no preveía más que una responsabilidad de los ministros ante el Parlamento; el *Ombudsman* sería el encargado de controlar la actuación de aquéllos para poner en marcha la exacción de ésta.

En el Proyecto de Constitución de Sthalberg (1919) no apareció el *Ombudsman* sino *in extremis* (art. 49 constitución 1919).

Durante sus primeros años de “resurrección” el *Ombudsman* llevó una vida casi letárgica, pues sus atribuciones eran casi las mismas que las del Canciller de Justicia. Pero cuando pasó a defender a los ciudadanos, cambió el panorama. En 1933, se aumentó el tiempo de su cargo, de un año a tres; no puede ser revocado por Decr., lo cual refuerza su posición (sólo por el *Lantdag*, del que depende). El *Ombudsman* Esko Hakkila, propuso la división de sus funciones con el Canciller de Justicia; se le atribuyeron el control de las fuerzas armadas y el de las prisiones. Y desde 1933 —Hakkila detentó el cargo 14 años— los ciudadanos comenzaron a enviar sus quejas al *Ombudsman*.

C) *Dinamarca y Noruega*. En estos países, el *Ombudsman* (Dinamarca, 1953; Noruega, 1962) es un instrumento de control de la administración, resolviendo a la vez el problema de la defensa de las libertades y derechos de los ciudadanos ante las progresivas extensiones de aquélla; pero, al revés de lo que ocurre en Suecia y Finlandia, el *Ombudsman* no tiene poder de vigilancia sobre los Tribunales;³¹¹ a lo sumo, puede excitar a una persecución penal; pero él, no puede acusar. Su papel, se limita a “hacer recomendaciones” no vinculantes; pero que publicadas por él, surten un efecto psicológico enorme.^{312 313}

D) *Francia*. Como ente organizador de un sistema de sanciones no jurisdiccionales a los atentados contra las libertades públicas, ha aparecido en Francia, un *Médiateur* (Ley de 3.1.73), mejor emparentado con el “Comisario Parlamentario” inglés (que aquí no se estudia) que con los prestigiosos *Ombudsmen* nórdicos.³¹⁴

El *Médiateur* francés, es nombrado por Decreto acordado en Consejo de Ministros y por 6 años, lo que garantiza su independencia. Pero su actuación es muy limitada.

Sólo personas físicas pueden pedirla; más previamente, deben “hacer las gestiones necesarias ante las administraciones interesadas” (fórmula muy vaga y avocada a abusos) y no se dirigen a él directamente, sino, por medio de un parlamentario (el cual puede transmitir la queja al *Médiateur* o no). No puede hacer sino “recomendaciones” no vinculantes; pero si no surten efecto, puede publicarlas y movilizar así a la opinión.³¹⁵

³¹¹ Ni en Noruega ni en Dinamarca existe el particular régimen de responsabilidad —tan rígido— de los funcionarios; por ello, el *Ombudsman* danés y noruego, no son “acusadores parlamentarios”. Además, los Ministros, tienen función política y son jefes de las administraciones respectivas; el *Ombudsman* se limita a controlar su actuación administrativa.

³¹² En ambos países, vela por el cumplimiento de las penas en condiciones humanas, recogiendo las quejas de los penados. Y desde 1952, existe en Noruega un *Ombudsman* militar, parecido al sueco y al finés.

³¹³ Hemos consultado las siguientes obras, sobre los *Ombudsmen* nórdicos: Desfeuilles, *Le pouvoir de contrôle des Parlements Nordiques* con prefacio de Nils Herlitz, ed. LGDJ, París, 1973; Legrand, *L'Ombudsman scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administration* con prefacio de Roland Drago, Ed. Pichon y Durand-Auzias, París, 1970; Fusilier, *Les Monarchies Parlementaires*, París, les Editions Ouvrières, 1960; Fischenschlager, *Der “Ombudsman” und die Volkantwalschaft*, en OJZ, 1971, pp. 561 y ss.

³¹⁴ Como antecedente, recordemos a la “Comisión de Salvaguardia de los Derechos y Libertades”, creada en 1957, en vista de las inquietantes noticias sobre atentados a las libertades de los ciudadanos y especialmente, al uso de las torturas. No tenía más que poder informativo; al contrario de lo ocurrido en los países nórdicos con la eficacia de sus “recomendaciones”, en Francia, la Comisión no podía contar sino con la opinión pública, entonces muy dividida. De ahí surgió la idea del *Médiateur* de 1973.

³¹⁵ Sus poderes de investigación, son muy limitados —a la inversa de sus “colegas” nórdicos—; los agentes públicos, no pueden acudir a sus citaciones ni responder a sus preguntas si no cuentan con la aprobación de sus superiores jerárquicos —los Ministros—; y en efecto, es a éstos a quienes el *Médiateur* ha de pedir los expedientes y documentos.

No pudiendo defender, pues, directamente, las libertades públicas, en esta fase experimental, será preciso esperar para saber si el *Médiateur* sigue los pasos de los *Ombudsmen* nórdicos en cuanto a aquél amparo.^{316 317}

2. Procesos por crímenes de guerra en Europa

En el tratado de Versalles (1919) se fijaba que el Kaiser de Alemania, Guillermo II, sería juzgado por un Tribunal interaliado, acusado de ofensa suprema a la moral internacional y a la santidad de los tratados (artículo 227). También se procedería penalmente contra las personas imputadas de comisión de actos contrarios a las leyes o costumbres de la guerra; y en efecto, ante el TS alemán, en *Leipzig*, se celebraron en 1921 diversos procesos por estos motivos, contra militares alemanes; el resultado fue mínimo; a lo sumo se impusieron penas muy leves y se produjeron absoluciones “extrañas”.^{318 319 320 321}

Siendo, sin duda alguna, el más importante de los procesos europeos por crímenes de guerra el de Nuremberg, contra los dirigentes y organizaciones nazis alemanas, a él nos referiremos ante todo sin hacer de menos por ello, los celebrados en otros lugares; algunos de ellos, asumieron carácter nacional (excepcional).^{322 323}

³¹⁶ En Alemania Federal la Ley de 26.6.57, creó un *Wehrbeauftragte des Bundestages* (especie de *Militieombudsman*); pero la experiencia no fue buena. Sus razones, cfr. en Le-grand, *ob. cit.*, especialmente pp. 263 y ss. y 271 y ss.

³¹⁷ Hemos seguido fielmente a Jean Rivero, *Les libertés publiques. Les Droits de l'Homme*, ed. Presses Universitaires de France, París, 1973, pp. 236 y s.

³¹⁸ Probablemente, si en Leipzig se hubieran “tomado las cosas más serio”, no se hubieran producido ni el “caso Nuremberg” ni otros análogos.

³¹⁹ Utilizamos la siguiente bibliografía: Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, T. II (*Filosofía y la Ley penal*), 3ª ed., Buenos Aires, Losada, 1964; exposición exhaustiva de todos los procesos importantes por crímenes de guerra, desde p. 1186, con abrumadora cantidad de bibliografía; Alcalá-Zamora y Castillo, *Enjuiciamiento de crímenes de guerra*, en “Estudios de Teoría General e Historia del proceso (1945-72)”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974, T. II, pp. 576 y ss.; Quintano Ripolles *Criminalidad de guerra*, en NEJS, V, *passim*; Berg, *El proceso de Nuremberg. Una serie de informes semanales preparados por el servicio europeo de la BBC*, Ed. Krafft, Argentina (1947), *passim*. Mas quien desee más información bibliográfica acuda a Jiménez de Asúa, *loc. cit.*; no pretendemos adornarnos con méritos ajenos y el espacio, es muy corto.

³²⁰ Cfr. Nijja de la Muela, *Introducción al Derecho Internacional público*, 4ª ed., Madrid, 1968, p. 536.

³²¹ El ex-Kaiser, no pudo ser juzgado, por oponerse Holanda —en donde se había refugiado— a su extradición, considerándolo como posible “delincuente político”.

³²² Antes de entrar en el breve examen de este proceso, hago constar expresamente mi juicio —siempre mantenido— de que los delitos cometidos por los nacional-socialistas alemanes, fueron horribles y no es posible hallarles atenuantes; por ello merecían la repulsa universal y las más graves condenas. Pero no en un proceso como aquél, incorrecto y avocado a transformar en mártires a monstruos. En el futuro, habrá que pensar en otro mecanismo para el castigo de los crímenes de guerra.

³²³ Entre las dos Guerras Mundiales, hubo diversos intentos para crear una Jurisdic-

Las fuentes legales del proceso de Nuremberg (1945-1946) fueron, en principio, la Declaración de Moscú de 30.10.44; sustituida por el Acuerdo de Londres de 8.8.45 y el consecuente “Estatuto del Tribunal Militar Internacional”. La más acertada, era la Declaración de Moscú, según la cual, el “castigo de los crímenes de guerra” correspondería a los Tribunales de los países en que militares y nazis alemanes hubieran cometido tales delitos (*forum commissi delicti*; principio correcto). Mas como había delitos de difícil localización geográfica, se incurrió en Moscú, en el error (que se podía haber salvado, atribuyendo el resolver los conflictos de las jurisdicciones nacionales, a un Tribunal Internacional) de acordar que, tales casos “se castigarán por decisión conjunta de los Gobiernos aliados”. De ahí salió el Acuerdo de Londres.

Y de él salió el “Estatuto” citado que se resiente de la influencia anglosajona de “quitar importancia al proceso” como cosa secundaria; salvo normas generales (fundamentalmente artículo 24), se confiaba al Tribunal el “reglamentar su procedimiento” (artículo 13) lo cual, en la primera y tan grave ocasión, resulta inadmisibles. Por ello, los incidentes procesales, fueron numerosísimos.

Debe unirse al problema, el de que los cuatro jueces (inglés, norteamericano, ruso y francés) eran enemigos (caso de “Jueces-acusadores”) a que se refiere Alcalá-Zamora y Castillo³²⁴ pero irrecusables (por lo cual, mejor que de “proceso”, habla él de una “autodefensa”).³²⁵ La acusación, tenía enormes ventajas sobre la defensa; y una Comisión integrada por los principales MP, podía proponer proyectos de reglamentos procedimentales (artículo 14-e).

El Tribunal, debía conocer, a) de crímenes contra la paz, b) de crímenes de guerra y c) de crímenes contra la humanidad. Podía condenar a individuos, y declarar “criminales” a “organizaciones” (artículo 9); y delitos como los sometidos a él, eran inexistentes en el momento de ser tipificados (retroactividad de la Ley penal).³²⁶

ción penal internacional; pero no llegaron a término. Si llegaron a él los “Acuerdos de Locarno” de 16.10.25; el pacto *Briand-Kellogg* (27.8.28) (en ambos fue suscribiendo la República de Alemania) para evitar las guerras (el segundo, fue muy citado en el proceso de Nuremberg); pero no sirvieron de nada, como los hechos se encargaron de demostrar cruelmente. Cfr. Míaja de la Muela, *ob. cit.*, pp. 599 y ss.; Jiménez de Asúa, *ob. cit.*, pp. 1118 y ss.

³²⁴ Cfr. *ob. cit.*, pp. 591 y s.

³²⁵ Para entender esta expresión, cfr. el mismo Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, auto-composición y autodefensa*, UNAM, México, 2ª ed., 1970, pp. 35 y ss.

³²⁶ El ritmo general del procedimiento, estaba marcado en el art. 24 del Estatuto.

a) El documento de la acusación será leído ante el Tribunal.

b) El Tribunal preguntará a cada acusado si se declara “culpable” o “no culpable”.

c) La acusación (MP) hará una declaración preliminar.

d) El Tribunal preguntará a la acusación fiscal y a la defensa que pruebe, si alguna tuvieren, descan presentar al Tribunal, y éste resolverá acerca de la admisibilidad de dicha prueba.

e) Serán examinados los testigos presentados por la acusación fiscal y luego los presen-

Los Jefes Nazis, fueron condenados a muerte, o a penas graves (hubo tres absueltos); y declarados criminales, el "Cuerpo de Líderes del NSDAP", la Gestapo y "Servicio de Seguridad" y las "SS"; lo cual entrañaba que a los miembros individuales de ciertas categorías dentro de las citadas organizaciones, se les podría someter a ulterior juicio de "tribunales nacionales, militares o de ocupación", considerando como probado, a tal efecto, el carácter criminal de la entidad (artículo 10).^{327 328}

En resumen, técnicamente, se trataba de un proceso de corte anglosajón, oral y concentrado, de instancia única y ante Tribunal colegiado (de pares); precedido tal juicio de un "interrogatorio preliminar" de testigos y acusados, por el MP, pero no por la defensa (artículo 15-c).³²⁹

Estos procesos, dieron lugar a que, tomando la ONU cartas en tan graves asuntos, se llegase a un "Convenio de Genocidio" (9.12.48); las diferencias entre las Partes contratantes sobre interpretación, aplicación o ejecución del Convenio, comprendidas las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio... serán sometidos a la Corte Internacional de Justicia, a requerimiento de una de las partes en la controversia" (artículo 9º). Mas, aparte el inconveniente de que debe tratarse de una "parte contratante"... ¿Quién obliga a cumplir la sentencia de esos jueces?^{330 331}

tados por la defensa. Después, cualquier refutación considerada admisible por el Tribunal será producida por la acusación fiscal o por la defensa.

f) El Tribunal podrá hacer cualquier pregunta a cualquier testigo y a cualquier acusado, en cualquier momento.

g) La acusación fiscal y la defensa podrán interrogar y podrán preguntar a cualquier testigo y a cualquier acusado que testifique.

h) La defensa hará su exposición o alegato ante el Tribunal.

i) La acusación fiscal hará la suya o el suyo.

j) Cada acusado podrá hacer una declaración al Tribunal.

k) El Tribunal dará su fallo y dictará sentencia.

(Obsérvese la inversión del par dialéctico "acusación-defensa"; ésta haría su alegato definitivo antes que la acusación).

Ya dijimos que los incidentes fueron abundantes, por lagunas procesales.

327 Cabía la condena en rebeldía; tal fue el caso de Bormann. Pero el "Estatuto" no previó la "purga" de la rebeldía; ni tampoco la prescripción de delitos y penas.

328 Se produjeron procesos por crímenes de guerra, no sólo en Alemania, sino también en Noruega, Holanda, Bélgica, Francia e Italia (nos referimos sólo a los países incluidos en esta Ponencia). Puede verse un acertado resumen sobre la legislación que se aplicó en Jiménez de Asúa, *ob. cit.*, pp. 1198 y ss.

329 Sobre la verdadera esencia de este proceso, estamos de acuerdo con Alcalá-Zamora y Castillo: se trató mejor de "una autodefensa procesalizada" de los vencedores frente a un vencido (*cf. ob. cit.*, pp. 587 y 592).

330 *Cfr.* Jiménez de Asúa, *ob. cit.*, pp. 116 y ss.

331 Sobre otros trabajos de la ONU —hasta ahora, sin resultado positivo— *cfr.* Jiménez de Asúa, *ob. cit.*, pp. 1118 y ss. Y con referencia al genocidio, Díez de Velasco, *El sexto dictamen del Tribunal Internacional de Justicia: las reservas a la Convención sobre el genocidio*, en REDI, 1951, pp. 1029 y ss. Existió (1937) un "Convenio para la Creación de un Tribunal Internacional de Justicia" para los delitos de terrorismo; pero nació muerto (*Cfr.* Jiménez de Asúa, *ob. cit.*, pp. 1128 y ss.).

IX. TRIBUNALES INTERNACIONALES EUROPEOS

Los Tratados europeos multinacionales de la "Comunidad Europea del Carbón y del Acero" (CECA), de la "Comunidad Europea de la Energía Atómica" (CEEa o EURATOM) y los de Roma de 25.3.57, crearon "Tribunales Internacionales" para las seis naciones firmantes³³² que se refundieron en uno, el "Tribunal de Justicia",³³³ con competencia para resolver cuestiones litigiosas entre los miembros de la Comunidad Europea (CEE).^{334 335}

El procedimiento^{336 337} consta de dos fases: una, de cambio de escritos fundamentados, y ofreciendo prueba, de las partes (con la contestación, se interponen las excepciones, que pueden ser resueltas por separado o unidas al fondo). Después, si es necesario una "instrucción" (periodo probatorio), se le abre y se practica la prueba propuesta. Tras lo cual, comienza la fase oral y concentrada, de debate y el Tribunal dicta sentencia.^{338 339 340}

Según los Tratados, las sentencias del Tribunal tienen fuerza ejecutiva; mas como las Comunidades no tienen *imperium* para la *coertio*, la ejecución forzosa —parte del proceso— se encomienda a cada uno de los Estados-miembros y a sus ordenamientos internos. Con lo cual, si uno de ellos no quiere eje-

³³² República Federal de Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo; más tarde, se adhirieron, el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

³³³ Son sus órganos, la Alta Autoridad, un Comité Consultivo, la Asamblea General y el Consejo de Ministros, amén del Tribunal de Justicia citado.

³³⁴ Está integrado por 7 jueces juristas, nombrados por los Gobiernos integrantes; con mandato por 6 años; asistidos por dos Abogados Generales; elegidos en idénticas condiciones.

³³⁵ Asegurar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados (juzgando sobre la legalidad de actos del Consejo y Comisión); resolver recursos sobre incompetencia, violación de formas sustanciales, de los tratados o normas sobre su aplicación, o desviación de poder. Pueden recurrir los Estados-miembros el Consejo, la Comisión y cualquier persona física o moral destinataria de tales actos (art. 173 Trat. Roma 25.3.57).

³³⁶ Las partes, actúan por medio de "Agentes" (si son Estados) y por Abogados si no lo son.

³³⁷ Este procedimiento, como casi todos los demás internacionales entendemos, se halla influido —salvo la diferencia de tribunal— por la Conferencia Internacional de La Haya de 1907 para el "Tribunal Permanente de Arbitraje" (art. LXIII y ss.).

³³⁸ El Tribunal, forma "Salas" para la instrucción; como excepciones al principio dispositivo, el Tribunal puede examinar de oficio los impedimentos de orden público; en cualquier momento puede "ordenar una medida de instrucción o renovar las ya efectuadas"; "reabrir" la fase oral; el Presidente y Jueces pueden hacer preguntas a las partes. Están regulados, desistimiento y renuncia.

³³⁹ Existe la "oposición de tercero"; el *référé*, como proceso cautelar; el proceso en rebeldía, con su "purga" mediante una "oposición; y un recurso de "revisión" por *nova reperta post sententiam* de trascendencia.

³⁴⁰ Hemos seguido a Van Reepghingen-Orianne, *La procédure devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Bruselas (Larcier) París (Dalloz), 1961.

cutar —aunque ello le acarree desventajas (artículo 169 y 171 de la CEE) que constituyen un círculo vicioso...— la sentencia no se ejecuta; el Tribunal, carece de potestad propia de *coertio*, característica de la jurisdicción (no existen “cascos azules” a sus órdenes); luego, esta jurisdicción —como casi todas las internacionales—, es incompleta.³⁴¹

El proceso europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos. El Consejo de Europa (Estatuto de 5.5.49)³⁴² elaboró una “Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades fundamentales” (Roma, 4.11.50)^{343 344} que preveía la creación de un “Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.³⁴⁵

Precede al proceso una especie de “intento de conciliación” —en el que terminan “o quedan varados” casi todos los conflictos—; ³⁴⁶ de modo que el Tribunal, constituido en 21.1.59, ha visto pocos asuntos.

El procedimiento, es casi idéntico al antes tratado, con fases escrita y oral; cabe la demanda de interpretación de las sentencias y —como en el caso del proceso de las Comunidades Europeas— una “revisión” (cfr. *supra*). Pero el

³⁴¹ Hemos consultado también Gramentieri, *Il processo comunitario. Principi e garanzie fondamentali*. Milán, Giuffrè, 1973, *passim*.

³⁴² Firmaron el Estatuto, Francia, Inglaterra, Bélgica, Holanda y Luxemburgo; adhiriéndose después, Italia, Suecia, Dinamarca, Noruega, Islandia, Grecia, Turquía, Austria y la República Federal de Alemania; y más tarde, Suiza, Chipre y Malta.

³⁴³ Sobre su laboriosa preparación, cfr. p.ej., Díaz de Velasco, *Órganos de protección de la Convención Europea de Derechos del Hombre*, “Temis”, Fac. Dcho. Zaragoza, n° 5 (1959), pp. 95 y ss. Son órganos reconocidos en la Convención, la Comisión Europea de los Derechos del Hombre, el Comité de Ministros del Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre.

Entre los derechos enumerados en la Convención, se hallan los de libertad y seguridad personales, el de un proceso equitativo y público en plazo razonable, ante tribunal legal, independiente e imparcial (civil y penal); posibilidad de preparar y ejercitar la defensa previa; derecho a protección contra las leyes penales retroactivas; posibilidad de recurrir eficazmente ante los Tribunales nacionales; la inviolabilidad de domicilio y correspondencia, etc.

³⁴⁴ Desde aquí, seguiremos preferentemente el exhaustivo trabajo de Alcalá-Zamora y Castillo, *La protección internacional de los Derechos Humanos*, sobretiro de “Veinte años de evolución de los Derechos Humanos”, Inst. Invest. Jur., UNAM, México, 1974, pp. 275 a 384.

³⁴⁵ El Tribunal, consta de 15 jueces (tantos como Estados adheridos); funciona en Salas de 7, entre los que debe hallarse el de todo Estado interesado.

Su competencia, se extiende a interpretar y aplicar la Convención por las violaciones cometidas en los países que hayan aceptado su jurisdicción (que son 11 hasta ahora).

³⁴⁶ Se celebra, contradictoriamente por los Estados, ante la Comisión Europea (también de 15 miembros); si no se logra acuerdo, hay dos vías; la política (Comité de Ministros) o la judicial (Tribunal). Al Comité de Ministros, remite informe y dictamen la Comisión; y si en plazo de 3 meses, las partes no han llevado el asunto ante el Tribunal, resuelve, por mayoría de 2/3, si hubo o no violación de la Convención. Si la hubo, el Comité fija un plazo para que la parte adopte las medidas que él acuerda; y si no lo hace, da su decisión final y la hace pública, poniendo así a la parte en situación muy desairada ante todo el mundo (Cfr. Díaz de Velasco, *ob. cit.*, p. 117); para evitar esta situación, las partes se comprometen a cumplir cualquier decisión que el Comité adopte.

Tribunal, carece de potestad ejecutiva —coercitiva, si es necesario—; las sentencias son comunicadas al Comité de Ministros para que vigile la ejecución; mas el sistema de garantías es imperfecto, y un Estado de mala fe, condenado, puede negarse a ejecutar las sentencias. Otro caso, pues de “jurisdicción incompleta”.

Además de este *hiatus* gravísimo, se puede imputar a este “proceso”, la imposibilidad de los ciudadanos particulares lesionados en sus derechos humanos, de acudir directamente a él; tan solo hay un resquicio por el que puedan acudir a la Comisión;³⁴⁷ el Tribunal carece de potestad cautelar propia (debe acudir al Comité de Ministros); la “vía interna previa” de la Comisión, se duda sea una “criba” de los asuntos que después pueden pasar al Tribunal, o un “dique” dado el escaso número que a él han llegado.³⁴⁸ En fin, faltan al Tribunal una serie de notas para considerar que tiene una verdadera jurisdicción.^{349 350}

X. CONCLUSIONES

O mejor dicho, “tendencias”, “directrices” que tienen extensión territorial supranacional, o que por su importancia en un solo país, deben ser destacadas.

³⁴⁷ Tan sólo el art. 40 del Reglamento de procedimientos de la Comisión dice que las quejas provenientes de organizaciones no gubernamentales o de grupos de individuos, deberán ir firmadas por personas “competentes”; pero sin embargo, los individuos, máximos promotores de quejas, deben presentarse personalmente ante la Comisión en unión de aquéllos (Art. 36). Cfr. sobre el tema Alcalá-Zamora y Castillo, *ob. cit.*, pp. 323 y s.

³⁴⁸ Según el último autor citado desde 1953 a 1.7.68, se presentaron a la Comisión, 7 demandas estatales y 3,720 individuales; de las 1ª, ni una sola llegó al Tribunal; de las 2ª, sólo 115 llegaron a resultado, y de ellas, sólo intervino el Tribunal en 12 (7, pues las 6 lingüísticas belgas, se acumularon en una). Alcalá-Zamora y Castillo, *ob. cit.*, p. 305.

Queda claro que las partes prefieren la “vía política” —Comité de Ministros— que la del Tribunal, por el temor de verse condenados por él públicamente; por el contenido político-constitucional de los Derechos Humanos; y porque más vale negociar para no exponerse a una resolución del Tribunal (Alcalá-Zamora y Castillo, *ob. cit.*, pp. 311 y s.).

³⁴⁹ En la Conferencia de Locarno, el 16.10.25, se aprobó un convenio de garantía mutua entre Alemania y Francia, y cuatro tratados de arbitraje de Alemania con Francia, Bélgica, Polonia y Checoslovaquia; compromiso de no recurrir a la guerra ni a la agresión y de someter sus diferencias, salvo amigable composición, a un Tribunal arbitral o al Tribunal Permanente de Justicia Internacional (de la SN) o a una Comisión permanente de Conciliación cuyo procedimiento se reguló con minucia. Estos pactos, tuvieron en su momento, enorme importancia; Alemania, dejó de ser tratada como vencida; y sus vecinos, seguros (por el momento) Cfr. Miaja de la Muela, *Solución de diferencias internacionales*, Cursos y Conferencias de la Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1967, pp. 67 y ss.

³⁵⁰ Los Tratados “abiertos” sobre auxilio judicial internacional (actos procesales en el extranjero); formas y efectos; medios de comunicación (incluso convenios de Derecho material); han proliferado, concertándose casi todos en La Haya; por su carácter supranacional, escapan de los límites de esta Ponencia. Cfr. p.ej., con referencia a los ratificados por Alemania, Kegel, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., Beck, Munich, 1971, especialmente pp. 84 y ss. y sobre ejecución de sentencias extranjeras, pp. 426 y ss.

Hay que recordar —aparte Dinamarca— la aparición en Suecia de un Código procesal casi unificado de los procesos civil y penal.³⁵¹

En los países europeos, predominan los Tribunales de jueces letrados y profesionales; mas en lo penal, los Jurados siguen desempeñando un papel de importancia en algunos países; pero en otros (Suiza) se van convirtiendo en escabinatos, que funcionan mejor (la sustitución de los “Jurados” por los “Escabinos” es consecuencia de la superación de la antigua doctrina sobre tajante separación entre “hechos” y “derecho”).

Es de apreciar, una limitación del llamado “principio dispositivo”, que responde mejor a “un modo de vida liberal”; el funcionamiento de las instituciones se dejaba al juego de fuerzas contrarias. Pero este sistema de “vida”, nos plazca o no, ha evolucionado y en su contra inciden los actuales imperativos de la vida social; y esta evolución ha alcanzado ya el terreno de lo judicial.³⁵²

Frente a ello, se hace notar un desarrollo del llamado “principio de autoridad de Juez” con mermas del “dispositivo” en lo civil; así, desde principios del siglo xx, pasa a regir el “principio de impulso oficial del proceso”; pero aquél principio no puede extenderse en el proceso civil de modo que ponga en peligro los derechos de las partes, sus intereses —siempre que no se trate de *ius cogens*—; pues por ese camino, se llega a la negación de la existencia de los mismos, en favor de “intereses estatales” que “alguien” pretende representar sin oposición posible (desaparece el “proceso entre partes”). Por ello hay que llegar a la certera conclusión (Austria) de que, “el proceso civil, no sólo debe proteger jurídicamente al individuo, sino también al OJ, que está al servicio de la comunidad social”. Por ello debe el Juez dirigir el proceso; y la combinación armónica de principios e instituciones hace que se evite en el proceso civil (austríaco) tanto el “individualismo” como la “razón de Estado” (y de esa “socialidad de dicho proceso” resulta el que se le pueda aplicar a las controversias laborales).

Una muestra importante de la “humanización” y de la “socialización” del proceso, la hallamos en los concursales. Se ha comprendido que un concurso o quiebra suponen, no sólo la desaparición de una empresa —de una fuente de riqueza— sino la ruina de muchos acreedores con repercusiones sobre la economía nacional. Por ello se abren cada vez más las posibilidades de los deudores de “llegar a un concordato serio con sus acreedores” permitiendo la continuidad de la fuente de trabajo; para lo cual, se examina ante todo, si el

351 Para España, y con motivo de la reforma procesal en curso, propusimos la elaboración de una “Ley procesal general” que reuniese las disposiciones susceptibles de unificación y que figurase al frente del OJ procesal (Cfr. nuestros trabajos *Sugerencias cit.*, pp. 11 y ss.; *Meditaciones en torno al “Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil*, en “Foro Gallego”, 1968, *passim*). Esta iniciativa, se ha considerado prematura y no ha sido aceptada, pese a la economía que hubiera supuesto.

352 Cfr. Perrot, *ob. cit.*, p. 241.

deudor “merece, por su honorabilidad y su desgracia” llegar a tal convenio o es preferible abrir el concurso.

En esta materia, otra muestra de su “socialización” se halla en la “colocación” de los trabajadores entre los acreedores privilegiados, en ocasiones, yendo incluso “por delante” de los hipotecarios (España).

Problema fundamental de los procesos civiles en Europa, es el de su *aceleración*.³⁵³ Para obtenerla se nota un movimiento hacia el “Juez único” civil que prepare el asunto, de modo que el Tribunal colegiado lo halle ya en estado de poder resolverlo, si es posible, en una sola sesión, oral y concentrada. Pero el problema, no es fácil de resolver: ya que si la prueba se celebra ante ese “Juez instructor”, entonces, el Tribunal colegiado, o “pasa por ella” (principio de mediación, no conveniente en lo probatorio) o “tiene que reiterarla” (pérdida de concentración y de tiempo). Por ello, la solución parece hallarse en que “la prueba se prepare” ante ese “Juez instructor”, y ya “preparada” se practique ante el Tribunal colegiado. La “Audiencia preliminar” austríaca, ha sido adoptada en varios países, como medio de “limpiar” el proceso de obstáculos procesales y de preparar un “juicio oral y concentrado” ante el Tribunal colegiado.

Un país —España— emplea desde hace mucho tiempo, para la 1ª Instancia civil un “Juez único, instructor y sentenciador”, sin que se piense en sustituirlo para sentenciar, por un Tribunal colegiado. Esa es la tendencia seguida por otros países (Alemania, Austria, Dinamarca).^{354 355}

Como medios de acelerar y de “humanizar” los procesos civiles, se tiende a imponer los principios de oralidad y concentración, mas no se ha llegado al punto deseado: las sucesivas disposiciones en los países que los adoptaron como base, indican la continua aparición de corruptelas; y por otra parte, la oralidad “pura”³⁵⁶ lleva a la necesidad de una “apelación amplia” en la que

³⁵³ He aquí algunas estadísticas: en Noruega, un proceso civil dura sobre un mes ante el Consejo de Conciliación; un año en la 1ª instancia; algo más en apelación; y bastante más, ante el TS (Cfr. *Administration of Justice in Norway* cit., p. 52). En la RFA, el 40% de los procesos pendientes ante los *Landgerichte*, terminaron en 6 meses; menos de un 30%, en más de un año; el 20% de las apelaciones dura más de 3 años (Cfr. Baur, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne* en “Fundamental guarantees” cit., pp. 23 y s.). En España (1971), el proceso declarativo más extenso (de “mayor cuantía”) duró, por término medio, 244 días en la 1ª Inst., 171 en apelación; y últimamente, menos de 1 año ante el TS (Cfr. Montero Aroca, *La duración del proceso civil*, en “Sociología y Psicología Jurídicas”, 1975, pp. 179 y ss.).

³⁵⁴ En Grecia, parece haber fracasado la introducción del “Juez único”, ya que los procesos no se han acortado (Cfr. Mitsopoulos, *Ponencia ad hoc*).

³⁵⁵ En Italia, frente a esta tendencia, Satta imputa al “Juez único” como inconstitucional (Cfr. *Costituzionalità; del giudice unico*, en “Studi in memoria di Carlo Furno”, Milán, Giuffrè, 1973, pp. 893 y ss.).

³⁵⁶ No la conocemos más que en el proceso ante el Tribunal de las Aguas de Valencia; y no cabe recurso contra sus sentencias (Cfr. Fairén Guillén, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia, 1965, *passim*).

se reproduzca todo lo oralmente realizado en la 1ª Instancia. (Esto es, se trata de un procedimiento oral-protocolizado si se quiere lo contrario); los modernos medios de reproducción de la voz humana, ya adoptados en algunos países permiten el sistema “oral” sin gran coste y sin haber de acudir a una “apelación amplia”.^{357 358}

En cuanto a los TS europeos, funcionan en algunos países como “de segunda apelación”, cabiendo ante ellos incluso la práctica de nuevas pruebas (Escandinavia); en otros países, tienden a examinar tan solo “el derecho aplicado por los inferiores” para corregir los defectos en su interpretación y aplicación. Llegan a tener una misión de *nomofilaquia*, de defensa de la unificación jurisprudencial en su país,³⁵⁹ en ocasiones expresamente reconocida por las leyes; pero en todo caso, la influencia de sus sentencias sobre los Tribunales inferiores, es grande.

En algunos países —además de poder controlar la constitucionalidad de normas con sistemas muy específicos—, no solamente tienen los TS la potestad “casatoria” (negativa) sino también la “positiva”, de subrogarse en el lugar del Tribunal *a quo* cuya sentencia casaron, dictando otra sentencia “positiva” que pone fin al asunto. Este fenómeno —conocido en España *a nativitate* ya que los estímulos franceses de apertura de la “casación” no tuvieron nunca verdadera razón de ser—³⁶⁰ desvía a los TS de su labor simplemente “casatoria”, pero económicamente, resulta mucho mejor que el sistema “negativo puro” (necesidad del TS de “devolver” los autos a un Tribunal inferior para que dicte nueva sentencia, que, en su caso, puede ser susceptible de un segundo recurso de “casación”) (Francia).

La controversia legislativa y judicial entre los objetivos de la “casación”, sigue siendo de gran importancia en Europa; el *ius constitutionis*, cuya defensa fue la primitiva del recurso en Francia, ha cedido gran parte de su

³⁵⁷ Las apelaciones europeas, suelen ser restringidas —más amplias las escandinavas—; en la de tipo “amplio” —con nuevas aportaciones de hechos y pruebas— los dos estadios deben celebrarse ante el Tribunal colegiado, para evitar la “mediación”.

³⁵⁸ La aparición del fenómeno masivo del contrato de trabajo —y la de los correspondientes litigios— ha llevado a la creación de procesos —en los que al menos una de las partes es económicamente más débil— laborales más cortos, económicos y sencillos que los civiles. No es necesaria, por lo común, la intervención de abogados ni procuradores (disminución de costas); los jueces de trabajo —en algunos países, escabinatos— tienen “potestad tuitiva”, protectora de las partes legas en derecho, para evitarles errores procesales o su subsanación si es posible. Se impone en ellos la oralidad —como mejor vehículo de comprensión, de diálogo, de rapidez y la concentración. Por ello se da el caso de que un proceso civil económico y bueno, se puede adaptar al mundo de lo laboral. Tal es el caso de la ZPO austríaca.

³⁵⁹ Así, Suecia, RB, VI Sección, Kap. 10; Austria, con su sistema de “Salas reforzadas” del TS, en evidente defensa del *ius constitutionis*; España, art. 1687 y ss. LEC (“Doctrina legal”) y 1º del CC, § 6; etc.

³⁶⁰ Cfr. nuestro trabajo *La recepción en España del recurso de casación francés (1812-13)*, en “Temas” cit., T. I, pp. 195 y ss., *passim*.

terreno a la defensa del *ius litigatoris*, defensa del interés de las partes³⁶¹ —secuencia ante todo, del CC francés—; este fenómeno débese a la desaparición de la tesis-antítesis “hechos-derecho”, de lo que amén la aparición de los Tribunales Constitucionales —que pasan a defender el *ius constitutionis*— se deduce la fatal entrada en los hechos de los TS europeos;³⁶² evolución “fatal

³⁶¹ Cfr., por todos, Calamandrei, *La casación civil*, trad. española de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, Ed. Bibl. Argentina, T. I., *passim*.

³⁶² Cfr. sobre la “entrada de los hechos en casación” en Europa con referencia a Francia —al amparo de la Ley de 1º de Abril de 1837—, Morel, *Traité élémentaire de Procédure civile*, 2ª ed., París, Sirey, pp. 509 y s.; Solus, *Cours de Droit Judiciaire privé (procédure civile)*, París (“Les Cours de Droit”), 1960-61, p. 818.

La *Cour de Cassation* francesa, al amparo de fórmulas muy amplias de enunciaci3n de los motivos, “entra en los hechos”.

La casaci3n italiana, entra tambi3n en los hechos a trav3s de su “diagn3stico jur3dico”, sobrepasando una vez m3s la diferencia entre “hechos” y “derecho” (Cfr. Satta, *Le impugnazioni* (extracto del “Commentario al CPC”, Libro II, Parte II, Mil3n, Vallardi, 1962, especialmente pp. 190 y ss.).

Con referencia a B3lgica y la “entrada en casaci3n de los hechos”, cfr. p.e.j., Simont, *Des pourvois en cassation en mati3re civile* (Bruselas, 1933 “Etablissement E. Bruylant; Paris, Librairie G3n3rale de Droit”), pp. 18 y ss. y 190 y ss.; Rigaux, *La nature du contr3le de la Cour de Cassation*, Bruselas, 1966 (“Etabliss. Bruylant”), pp. 143 y ss.

Por su parte, en la actual ZPO austr3aca (§ 502 y ss.) al TS le toca entrar a examinar los hechos en diversos supuestos [las acertadamente llamadas *quaestiones mixtae*; las declaraciones de voluntad; examen de documentos; discusi3n sobre dict3menes periciales; oposiciones a la presunci3n de paternidad; cfr. exhaustivamente Fasching, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Viena, 1971, T. IV (Manzsche u. Universit3tsbuchhandlung), pp. 322 y ss. y su *Complemento*, *idem.*, Viena, 1974, p3g. 79 y ss.].

En cuanto a la “revisi3n” (puede leerse en casi todos los casos, “casaci3n”) alemana, desde un principio, el § 549 (ex-511) dio lugar a la m3s o menos f3cil entrada en los hechos de los sucesivos TS; comp3rense, p.e.j., las ediciones de los comentarios de la ZPO a cargo de Stein (antes, Gaupp-Stein) (*Zivilprozessordnung f3r das Deutsche Reich*, T3bingen, Mohr, 1914, T. II, pp. 81 y ss.), pasando por la misma obra, a cargo de Stein (†) Jonas (†) y Ech3nke (†), 17. ed. T3bingen, Mohr, 1951, como el mismo p3rrafo, y hasta el presente (Stein-Jonas-Pohle) (†) desde 1967, continuada esta perenne obra por Grunsky, Leipold, M3nzberg, Schlosser y Schumann —19 ed., la misma editorial— y se comprobar3 la dificultad con que la doctrina diferencia los antiguos conceptos de “hechos” y “derecho”, cuya consecuencia ineluctable es la de que actualmente, de modo directo o indirecto, el TS alem3n federal, debe, en ocasiones, entrar a examinar los hechos (Cfr. argumentos en Bruns, *Zivilprozessrecht*, Berlin, Frankfurt, 1968, “Verlag Fr. Vahlen GmbH”), pp. 450 y ss.

Tiene tambi3n trascendencia en cuanto a la entrada de los hechos en la casaci3n griega —ante el *Are3pago*— la motivaci3n del CPC de 1968, seg3n el cual, el *Are3pago* debe entrar a examinar la subsunci3n de tales hechos, si el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta al dictar su sentencia los que le fueron aportados y de notable influencia en el resultado del proceso, o bien, cuando el mismo Tribunal *a quo* hubiera admitido, contra ley, y *sin prueba* hechos de igual categor3a (Cfr. Mitsopoulos, *Ponencia ad hoc*). N3tese que el *Are3pago* griego —como el espa3ol— no es un Tribunal de “casaci3n” puro, ya que, una vez casada la sentencia del inferior, puede dictar otra “positiva” en diversos casos; y en especial cuando se trata de “infracci3n de Ley” —iusmaterial—; el m3s grave y originario motivo de la casaci3n francesa.

Aunque de diversa familia jur3dica, los recursos del RB de Suecia (*Revisi3n*, Kap. 55, y *Besvär* —queja—, Kap. 56), en ambos se admite la entrada del TS en los hechos, incluso con la pr3ctica de prueba (Kap. 55, §§ 4, 14; Kap. 56, §§ 5 y 9); esto es, no coinciden en absoluto con el “modelo” de Tribunal de casaci3n y s3 con uno de “Segunda apelaci3n”

de la institución” a cuya cabeza estuvo España, en donde las necesidades de “defensa de la Ley” nunca se sintieron tan fuertes como en otros países.³⁶³

En cuanto al proceso penal, se nota una continua y grave preocupación por garantizar la defensa de los imputados, mediante una pronta intervención de su defensa letrada; mas la intervención de ésta en el periodo “de instrucción” del proceso, es muy variada ya que sigue —y seguirá— habiendo límites a la misma, para que no llegue a entorpecer la necesaria investigación judicial. Esta alarma proviene de la idea del temor de que el imputado sea objeto de sevicias policiales.

El sistema procesal penal generalmente adoptado en Europa, consiste en una “instrucción” —investigación— a cargo de un “Juez único” —con el MP en ocasiones—, seguida de una segunda fase, ante un Tribunal colegiado (con jurados o escabinos, o sin ellos) en la cual se formulan “con igualdad de armas” la acusación y la defensa formales, se practica la prueba, se debate y se dicta sentencia.³⁶⁴

(Cfr. Simson, *Das Zivil- und Strafprozessgesetz Schwedens*, cit., p. 17; Ginsburg-Bruzelius, *Civil procedure*, cit., pp. 327 y ss.). Y en Finlandia, ocurre lo mismo: el TS funciona de tal modo que “a diferencia de la mayor parte de los países... existen dos instancias completas de recursos” (Cfr. Reinikainen, *ob. cit.*, p. 429).

³⁶³ Cfr. p.ej., el art. 1692-7° de la LEC vigente: se abre el recurso de casación “cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o *error de hecho*, si éste último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador” (lo cual, se repite en cuanto a los “errores de hecho” en el art. 849-2 de la LECRIM). La “brecha” en la originaria casación francesa, se amplía a otras normas de la LEC: así cuando el TS ha de resolver sobre una “aplicación indebida de la ley o doctrina legal” (art. 1692-1° (3) LEC); cuando controla la aplicación por los Tribunales *a quo* de las “máximas de la experiencia” (o las crea el mismo); cuando es motivo de recurso ante el TS el “error de hecho” cometido por el inferior, bastando que se contraste con la “prueba documental” o pericial obrante en autos” (Leyes de Arrendamientos y de Proceso Laboral). Sobre todo ello, cfr. p.ej., Prieto Castro, *Los hechos en casación*, en sus “Estudios” cit., T. I, pp. 244 y ss.; Plaza, *La casación civil*, Madrid, 1943 (ed. Rev. Der. Priv.), *passim*; Gordillo, *La casación civil*, en RDP, Madrid, 1965-IV, *passim*; Fairén Guillén *La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española*, en “Temas” cit., T. II, pp. 1024 y ss.

Sobre la (escasa) influencia de la originaria casación francesa en España, cfr. Fairén Guillén, *Sobre la recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)*, en “Temas” cit., T. I, pp. 195 y ss.

Esto es, y como siempre en la Historia, las instituciones nacen, viven y degeneran; es lo que ha ocurrido con la famosa dicotomía —hoy superada— “hechos-derecho” (Cfr. Carlo Dones, *Sulla dicotomía “fatto-diritto”* en “Libro Homenaje a Luis Loreto” Ed. de la Contraloría General de la República de Venezuela, Caracas, 1975, pp. 139 y ss. Sentís Melendo, *ob. ult. cit.*, *Ex facto oritur ius*, pp. 311 y ss. y especialmente 352); y así, en España, las LAU, LAR y las de procedimiento laboral, han ensanchado la apertura de la casación a los hechos; bastando para abrirla el que el error del Tribunal *a quo* se demuestre mediante la prueba documental o pericial obrante en autos.

³⁶⁴ Sin embargo, para juzgar “delitos menores”, aparece también la figura del “Juez único, instructor y sentenciador” (con lo que siendo la misma persona la que “investiga” y “juzga”, el proceso resulta ser inquisitivo). Este sistema, más económico y rápido que el anteriormente descrito, sólo puede considerarse como admisible en casos de “delitos leves”,

Anotamos con complacencia, que se registra un movimiento en favor a la “jurisdiccionalización” de la ejecución penal; se reconoce —por fin— que se trata de una parte del proceso penal y no de una figura administrativa (aunque haya de coadyuvar una fuerte organización de este tipo). La aparición de los “Jueces de ejecución” penales constituye un gran paso adelante, tanto sea en materia de delitos como de peligrosidad.

Además de la lógica participación en ello de los Tribunales, la defensa de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, ha sido reforzada en algunos países —los nórdicos— con el desarrollo de la antigua figura del *Ombudsman*; mas parece que esta figura de prestigio casi mítico en aquellos países, se “deshiela” al descender en latitud; y así, aparece mucho más debilitado el *Médiateur* francés —aun en periodo experimental— y fracasó al principio el *Ombudsman* militar en la RFA.

En materia internacional, han aparecido en Europa³⁶⁵ dos Tribunales: el de la CEE, y el creado para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Ninguno de los dos posee “jurisdicción plena”, ya que les falta la potestad de *coertio* que pudiera ser necesaria para apoyar una hipotética ejecución forzosa; y además, el acceso al segundo Tribunal citado, es muy difícil, por haberse de agotar una vía administrativa internacional (la de la “Comisión Europea”) y caber la resolución política de los conflictos (por el “Comité de Ministros”); los ciudadanos particulares, igualmente, no pueden acudir de modo directo al Tribunal; y su papel en la práctica, está siendo casi igual a cero.

Aunque tensiones de todo orden dificultan el avance hacia la creación de un módulo internacional de proceso (al menos, en lo civil) de tal modo que quedase muy facilitada la ejecución de las sentencias extranjeras, y como se ha visto, no hemos podido sino trazar unos “ejes procesales” en Europa, parece llegarse a un momento en que la comunidad de sus principios se ponga sobre una mesa internacional y se comiencen a tomar acuerdos en consecuencia; pero para los antiguos Estados europeos, el desprenderse, aunque sólo sea, de una parte de su Soberanía —de parte de la Jurisdicción— probablemente por la misma antigüedad del fenómeno... sigue resultando muy difícil.

y siempre que el Juez sentenciador (ante el cual se desarrollen acusación y defensa formales, se practique la prueba, etc.) sea persona diferente de la del “Instructor”; previéndose además una “apelación amplia” ante un Tribunal colegiado.

³⁶⁵ No debemos olvidar los procesos “por crímenes de guerra” a que se hizo alusión, *supra*.

S I G L A S

ADCSL	Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi (Roma).
ADP	Anuario de Derecho penal (Madrid).
Admvo.	Administrativo (a).
Arrend.	Arrendamiento (os).
Aud.	Audiencia (Tribunal colegiado).
BBC	British Broadcasting Corporation.
CCas	Cour de cassation.
CC	Código civil.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CEEA	Comunidad Europea de Energía Atómica.
CH	Confederación Helvética.
CodCom.	Código de Comercio.
Constit.	Constitución.
CP	Código penal.
CPC	Código de Procedimiento (o procesal) civil.
CPP	Código de Procedimiento (o procesal) penal.
CPV	Codice di procedura civile dello Stato della Città del Vaticano.
D (o Decr.)	Decreto.
DL	Decreto-Ley.
DR	Deutsches Recht.
DRiZ	Deutsche Richterzeitung.
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift.
Disp.	Disposición (es).
Erl. Bem.	Erläuternde Bemerkungen; zum Entwurfe eines Gesetzes uber das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtstreigkeiten.
FG	Freiwillige Gerichtsbarkeit.
IEA	Instituto de Estudios Administrativos.
JBl	Juristische Blätter (Viena).
JV	Jurisdicción voluntaria.
JZ	"Juristen-Zeitung" (Alemania Federal).
KO	Konkursordnung.
L	Ley.
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos.
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos.
LBJM	Ley de Bases de la Justicia Municipal.
LBOJ	Ley de Bases Orgánica de la Justicia.
LOE	Ley Orgánica del Estado.
LOP	Ley de Orden Público.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LPRS	Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.
LRP	Lov on Rettens pleje.
MF	Ministerio Fiscal.
MP	Ministerio Público.
nº	número.
NSDAP	Nazional-Socialistische Deutsche Arbeiteri Partei.
O	Orden.

OJ	Ordenamiento Jurídico.
OJC	Ordenamiento Judicial civil.
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Viena).
OM	Orden Ministerial.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
OP	Orden Público.
ÖZPO	Österreichische Zivil-prozess Ordnung.
RAJL	Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid).
RB	Rättsegångsbalk.
REDI	Revista Española de Derecho Internacional (Madrid).
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
RD	Real Decreto.
RDPr	Revista de Derecho procesal (Madrid).
RDC	Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
RDP Iber.	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana (Madrid).
RFA	República Federal de Alemania.
Rev. Der. Priv.	Revista de Derecho privado (Madrid).
Rev. Der. Jud.	Revista de Derecho Judicial (Madrid).
Riv. Dir. Proc.	Rivista di Diritto processuale (Padua).
RO	Real Orden.
RTr	Revista de Trabajo.
RT	Revista dos Tribunais (Lisboa).
ScStL	Scandinavian Studies in Law (Stockholm).
SN	Sociedad de las Naciones.
SRL	Sveriges Rikes Lag.
SPP	Suspension provisoire des paiements.
StPO	Strafprozessordnung.
T	Tribunal(es).
TC	Tribunal Constitucional.
TCT	Tribunal Central de Trabajo.
TGC	Tribunal de Garantías Constitucionales.
TOP	Tribunal de Orden Público.
TS	Tribunal Supremo.
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZZPr	Zeitschrift für Zivilprozess.