

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho

I N F O R M E

SOBRE

**EL ANTEPROYECTO DE BASES DE UNA
“LEY ORGANICA DE LA JUSTICIA”**



**VOL. XLIII
CUADERNO II**

**CURSO 1968-69
DERECHO**

**Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión
Universitaria.—Universidad de Valencia (España)**

1 9 6 9



UNIVERSIDAD LITERARIA
DE
VALENCIA

FACULTAD DE DERECHO

D. FERNANDO VICENTE-ARCHE DOMINGO, Catedrático numerario y Secretario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.

CERTIFICO: Que la Junta de esta Facultad, en sus sesiones de 19 de diciembre de 1968, 8 de enero y 7 de febrero de 1969, acordó aprobar y hacer suyas la primera, segunda y tercera y última parte del Informe sobre el «Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia», elaborado por el Catedrático de Derecho Procesal de esta Facultad, Doctor don Víctor Fairén Guillén; felicitar al autor del mismo por haber realizado, en todas sus partes, y sin perjuicio de su intensísima labor académica, un estudio exhaustivo de los problemas que el citado «Anteproyecto» suscita, formulando propuestas y sugerencias que la Junta acepta como suyas; elevar el informe así aprobado, por conducto reglamentario, a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, para que surta sus efectos en la Comisión General de Codificación y en donde sea procedente, y hacer las gestiones necesarias para arbitrar fondos que permitan la publicación del repetido informe.

Y para que así conste, a petición del interesado, el Catedrático de Derecho Procesal de este Centro docente, D. Víctor Fairén Guillén, expido la presente de orden y con el visto bueno del señor Decano de esta Facultad y el sello de la misma, en Valencia, a tres de junio de mil novecientos sesenta y nueve.

F. Vicente-Arche

V.º B.º
EL DECANO
A. Miaja

I N D I C E

ADVERTENCIA	7
-------------------	---

PARTE I

ESTUDIO GENERAL DEL «ANTEPROYECTO DE BASES» ...	11
CAPÍTULO I. El problema planteado en la Base propuesta por el Ministerio de Trabajo	13
CAPÍTULO II. La especialización de los órganos judiciales	51
CAPÍTULO III. El «Anteproyecto» de Ley Orgánica y la Ley procesal general	54
CAPÍTULO IV. Omisiones del «Anteproyecto»	65
CAPÍTULO V. La sistemática del «Anteproyecto»	76
CAPÍTULO VI. Las cláusulas generales y la terminología del «Anteproyecto»	80

PARTE II

COMENTARIOS AL TEXTO DEL «ANTEPROYECTO»	85
CAPÍTULO I. El Preámbulo del «Anteproyecto»	87
CAPÍTULO II. El Título Preliminar del «Anteproyecto»	89
CAPÍTULO III. El Título I del «Anteproyecto»: «De la función jurisdiccional»	98
CAPÍTULO IV. El Título II del «Anteproyecto»: «De la planta y organización de los Juzgados y Tribunales»	107
CAPÍTULO V. El Título III del «Anteproyecto»: «Del Gobierno y Administración de la Justicia»	142
CAPÍTULO VI. El Título IV del «Anteproyecto»: «Del personal al servicio de la Justicia»	150
CAPÍTULO VII. El Título V del «Anteproyecto»: «El Ministerio Fiscal»	169
CAPÍTULO VIII. El Título VI del «Anteproyecto»: «De los Abogados y Procuradores»	200
CAPÍTULO IX. El Título VII del «Anteproyecto»: «De las actuaciones judiciales»	202
CONCLUSIONES	213
ULTIMA CONCLUSIÓN GENERAL	236

S I G L A S

A. = Anteproyecto.

ALOJ. = Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia.

APC. = Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil.

APP. = Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal.

LO. = Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOE. = Ley Orgánica del Estado.

Lec. = Ley de Enjuiciamiento civil.

Lecrim. = Ley de Enjuiciamiento criminal.

St. PO. = Strafprozessordnung.

GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz.

ZPO. = Zivilprozessordnung.

BIEPD. = Boletín del Instituto Español de Derecho procesal.

BHG. = Bundesgerichtshof.

Bol. Inst. Der. Com. = Boletín del Instituto Mexicano de Derecho Comparado.

NEJES. = Nueva Enciclopedia Jurídica Española Seix.

JZ. = Juristenzeitung.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.

RGLJ. = Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

Rev. Der. proc. = Revista de Derecho procesal.

Rev. Der. proc. iberoam. = Revista de Derecho procesal iberoamericana.

Rev. Jur. Cat. = Revista Jurídica de Cataluña.

Rev. Inst. Ciencias Soc. = Revista del Instituto de Ciencias Sociales.

Rev. Pol. Soc. = Revista de Política Social.

Riv. Dir. Civ. Proc. = Rivista Trimestrale di Diritto Civile e Procedura.

MF. = Ministerio Fiscal.

MP. = Ministerio Público.

Zak. = Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht.

ZZP. = Zeitschrift für Zivilprozess.

ADVERTENCIA

Este informe sobre el «Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia» (ALOJ) es el cuarto que la Universidad de Valencia me encarga, a petición del Ministerio de Justicia. En 1961 preparé y redacté la Ponencia para contestar a la encuesta formulada por el Ministerio de Justicia sobre determinados —e insuficientes— aspectos de la reforma; en 1961 la Ponencia sobre el «Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil» (publicada a mi nombre, naturalmente, bajo el título de «Sugerencias sobre el «Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil» de 1966»); en 1967, la Ponencia sobre el «Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal», publicada, también a mi nombre, bajo el título «Presente y futuro del proceso penal español»; ahora la Facultad de Derecho, al igual que en los tres casos anteriores, aprueba por unanimidad y hace suya esta Ponencia sobre el «Anteproyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia».

En todos los casos hube de entablar una verdadera lucha contra el tiempo, y pese a la amabilidad del Ministerio de Justicia haciéndose justo eco de mi preocupación y prorrogando el plazo concedido para informar, he de confesar que no he podido, en ninguno de los casos, profundizar lo que estimo necesario, por dicha causa.

Especialmente en este Informe se notará una verdadera falta de ritmo, del necesario a mantener uniformemente en una obra científica. Y es que las condiciones en que me he visto forzado a desarrollar mi labor han sido aún más desfavorables de lo que yo mismo había previsto al solicitar una prórroga del plazo, a través de mi Facultad, al Ministerio de Justicia.

En efecto, la plena entrada en vigor del Plan-piloto de Estudios de nuestra Carrera en la Facultad de Derecho de Valencia ha supuesto en este Curso Académico 1968-1969 el desdoblamiento del antiguo Curso de «Derecho Procesal, 2.º año», en tres enseñanzas diversificadas a atender: «Derecho Procesal (Sección Derecho Público)», «Derecho Procesal (Sección Derecho Privado)» y «Derecho Procesal (Sección Derecho de la Empresa)», con sendos grupos, en ocasiones multitudinarios, de alumnos. Además quedaban, para este Curso, las enseñanzas de Derecho Procesal 1.º y 2.º Cursos del Plan

de Estudios de 1953. A todas ellas he atendido personalmente, sin pérdida de una sola hora de clase.

Unase a ello la creación de nuevos grupos de estudio, de ensayo de nuevas técnicas pedagógicas, basado en mi ya antigua preocupación por la renovación de los métodos docentes, y apoyado en esta ocasión por grupos de animosos alumnos, cuyo entusiasmo está por encima de todas las previsiones; estos grupos y técnicas los dirijo y pongo en práctica yo personalmente. En total, un número de horas de trabajo docente que sería abrumador si no lo llevara con entusiasmo.

No ha favorecido en nada a la continuidad del ritmo del trabajo el hecho de que la contestación del Ministerio de Justicia concediéndome prórroga hasta el día 14 de enero de 1969, de fecha 14 de noviembre de 1968, como consecuencia del error cometido en la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia, trasladándola a la Universidad de Zaragoza, en vez de hacerlo a la de Valencia, llegara a mis manos el día 11 de diciembre; el ritmo estaba perdido desde ya hacía tiempo y era imposible deshacer lo ya preparado para volver a trabajarlo con más profundidad.

Lamento de sobremanera que este trabajo, comenzado apenas recibí el encargo de la Facultad de Derecho de Valencia y el ejemplar del ALOJ (esto es, el día 1 de octubre de 1968), no haya podido recoger todo el material que tenía en preparación.

Especialmente es esto de lamentar en cuanto a determinados puntos del ALOJ: al problema provocado por la Base propuesta por el Ministerio de Trabajo, que nos hubiera complacido comentar exhaustivamente; al del «Tribunal Central» (o «Tribunales Centrales»); al de los Juzgados de Distrito; a los que proporciona la figura del Ministerio Fiscal, tan importantes como copiosos; en fin, a los abiertos por el fundamental error del Plan de Reforma, de no prever la necesidad de un Código o Ley Procesal general, cuyas consecuencias se tocan en el ALOJ.

Puedo decir —y ello bastará para convencer a aquel a quien el apresurado lenguaje de este texto, con sus duplicaciones y omisiones e incluso con sus erratas, no convenciere— que la misma falta de tiempo me ha hecho imposible una revisión a fondo de lo ya redactado y que presentaba a la Junta de Facultad, para discusión y aprobación, la labor no en total, sino por Capítulos.

Pido excusas a quien tuviere derecho a pedirme explicaciones, invocando los argumentos ya expuestos. Y como la buena fe y la mejor voluntad de que se llegue a obtener un excelente Ordenamiento Orgánico y Procesal no son punibles, a ellas me acojo para obtener la benevolencia de los lectores.

No he olvidado que el día 15 de septiembre de 1870, se promulgaba la Ley Orgánica del Poder Judicial. Maltratada por una infancia intranquila, cruenta —veinte días después de su promulgación, el Gobierno se veía obligado a suspender las garantías constitucionales en medio de la protesta de los diputados federales— y por una infinidad de disposiciones extravagantes, sin embargo, su articulado y sus principios fundamentales, vieron nacer, desarrollarse y morir a una serie de regímenes políticos; todos se sirvieron de élla.

En el momento en que este venerable monumento va a devenir centenario, en estas páginas, que al mismo dedico, léase homenaje; y advertencia a quienes marchan por el camino de su sucesión: cuiden mucho, mucho, que el sistema de normas que lo releve y entronice en la Historia de nuestro Derecho, sea digno descendiente.

Valencia, febrero de 1969.

PARTE I

ESTUDIO GENERAL DEL «ANTEPROYECTO DE BASES»

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROBLEMA PLANTEADO EN LA BASE PROPUESTA POR EL MINISTERIO DE TRABAJO

El ALOJ, tal como llega a nuestras manos, pone de manifiesto un muy grave conflicto entre los Ministerios de Justicia y de Trabajo. En efecto, al final del mismo se hace constar que «el Ministerio de Trabajo ha propuesto que «antes de someter a información pública el Anteproyecto se le incorpore una Base del tenor literal siguiente» :

«En el orden laboral la función jurisdiccional estará atribuida a la Magistratura de Trabajo, que continuará rigiéndose por su Ley Orgánica de 17 de octubre de 1940, modificada por Ley de 22 de diciembre de 1949, Ley 33/1966, de 31 de mayo, y disposiciones complementarias. Estará desempeñada por funcionarios de las carreras judicial y fiscal y actuará bajo la alta inspección del Presidente del Tribunal Supremo.»

Esta propuesta merece ser considerada desde diversos puntos de vista :

A) Así, el hecho de que, pese a su preámbulo, se haya sometido el ALOJ a información pública, indica que no fué aceptada por la Comisión General de Codificación. Y bastaría leer el texto del ALOJ para comprenderlo.

B) No sabemos si las múltiples «variantes» que el ALOJ ofrece a los informantes obedecen o no a una concesión parcial hecha al Ministerio de Trabajo, o se idearon y redactaron antes de que la propuesta de éste se produjera. Esto es motivo de grave confusión.

C) La supuesta «base» propuesta por el Ministerio de Trabajo, en realidad, constituye una *enmienda a la casi totalidad* del ALOJ, por oponerse al carácter de única de la Jurisdicción, formulado en la Base 2.^a. Por ello la consideraremos como a tal enmienda.

D) Esta enmienda tiene alcance no sólo orgánico, sino también procesal. En efecto, las disposiciones que cita y que crean y ponen a la Magistratura de Trabajo al servicio de un proceso diferente del civil (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de la Magistratura de Trabajo de 17-10-1940) dicen que ésta «constituye trámite obligado para llegar a establecer las normas que aseguren la efectividad de un procedimiento en materia social rápido y gratuito y de garantía plena para los litigantes».

Luego si el proceso civil no satisface a los laboristas, ni aún contando con su total reforma —en curso, recordemos el APC de 1966—, esas aspiraciones deben ser acompañadas o bien de una reforma procesal especial para el trabajo o de la continuación en vigor de sus normas actuales, sin inquietud sobre si este ordenamiento es idéntico o casi idéntico al primero en su estado próximo-futuro y sus aspiraciones. Lo que ignoramos es si los partidarios de la autonomía de la Jurisdicción de Trabajo, en virtud de esta consideración, fueron o no partícipes de la elaboración del APC.

La enmienda del Ministerio de Trabajo es perturbadora por su vaguedad y falta de fundamentación expresa: al parecer no se ha tenido en cuenta la especialidad de la corriente doctrinal unificacionista y sus matices (1). En especial la falta de fundamentación de la misma —tal como la conocemos, a modo de apéndice al ALOJ— es molestísima, pues fuerza *a)* o bien a rechazarla «ad limine» por dicha falta fundamental, o *b)* a examinar con la máxima extensión la fundamentación de los autores, que llamaremos autonomistas en favor de dicha posición.

Por los partidarios del principio de unidad de la Jurisdicción se afirma su calidad de «verdadero paradigma político-jurídico» (2).

En efecto, se dice que «la unidad (jurisdiccional), como nota abstraída de la concepción soberana de la Ley, significa que la jurisdicción es siempre la misma idealmente, la que administran todos los jueces de la nación, e igual para todos sus súbditos. Ineludible vale tanto como el que nadie puede ni debe hallarse sustraído por fuero propio o singular a sus determinaciones responsabilidades. Cualquier exención jurisdiccional que se instaure a título subjetivo o personal supone una derogación del principio de igualdad ante la ley; y por ello injusto» (3). Con respecto al proceso de trabajo, decía-

(1) Cfr. Leyva Suárez, de la Carrera Fiscal, «La unidad jurisdiccional», en *Boletín del Instituto Español de Derecho Procesal*, núm. 5, 1951.

(2) Cfr., p. ej., nuestras propuestas en el Informe de la Universidad de Valencia sobre el APC (Fairen, *Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil de 1966*, Valencia, 1966, pág. 20 y s. esp.).

(3) Cfr. Jiménez Asenjo, *Organización judicial española*, Madrid, 1952, págs. 14 y siguientes.

mos en 1949 (4), y repetimos ahora, «quedan apartadas de un proceso rápido y cómodo otras clases sociales tan productoras como la obrera, aunque oficialmente no tengan esa condición».

Se dice también que «la Jurisdicción o Poder Judicial lleva en en sí mismo, por su propia naturaleza, las ideas de independencia y unidad. Se ataca tanto a la Jurisdicción y por ende al Derecho y a la Justicia, si se vulnera su independencia, como si se destruye su unidad. La especialización de órganos, a veces justificada y aun necesaria, cabe perfectamente dentro de la unidad del Poder Judicial» (5), y se continúa —ahí está el punto de equilibrio correcto a nuestro entender— que «las jurisdicciones especiales (entre ellas la laboral) deben integrarse en la Jurisdicción común, con las especialidades, en el órgano y en el procedimiento que se crean necesarias» (6).

Dos órdenes de motivación caben para el fraccionamiento de la jurisdicción: uno, admisible y circunstancial, y otro inadmisibles e inmanente.

Como admisible estimamos el de la doctrina que acepta el hecho del fraccionamiento, con su base en el defectuoso funcionamiento actual de la jurisdicción común y del proceso civil especialmente. Un partidario de la reintegración jurisdiccional a la unidad, como Guasp, dice;

«Si se tiene en cuenta que cualquier fraccionamiento de la jurisdicción es un mal, aunque a veces sea un mal necesario, se adivina la perturbación que supone para la buena marcha de la Administración de Justicia..., no basta con censurar... la implantación de nuevos tribunales especiales, porque estos tribunales, que responden en muchas ocasiones a necesidades de atención inexcusable, no revelan... sino la tremenda crisis de desconfianza por que atraviesa la jurisdicción ordinaria, sobre todo en materia civil, y forzoso es reconocer que tal crisis está justificada por el defectuosísimo funcionamiento de la misma entre nosotros. Para remediar el mal apuntado no queda en definitiva sino la reforma de nuestro derecho procesal y el aseguramiento de una justicia que satisfaga las aspiraciones de nuestro tiempo, permitiendo la reincorporación de la mayor parte de las jurisdicciones especiales en el ámbito de la organización jurisdiccional común» (7). También aquí se ve claramente el camino a tomar.

(4) Cfr. Fairen, «La moderna legislación procesal española en materia contenciosa», en *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, núms. 53-54 (1949), sep., pág. 47; publ. también en el *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi* del Ministero di Grazia e Giustizia italiano, XXVI, fascs. 2 y 3.

(5) Cfr. Rodríguez Aguilera, «¿Deben subsistir las jurisdicciones especiales?», en *BIEDP cit.*, núm. 5, 1951.

(6) Cfr. ob. cit.

(7) Cfr. Guasp, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, I, Madrid, 1942, pág. 273.

Se denuncia, de otro lado, con gran nitidez, una causa inadmisibile del fraccionamiento de la jurisdicción:

«...deriva de la equivocada postura de una Administración que ve en el Poder Judicial un límite de su acción, en vez de base y apoyo indispensable a su prestigio y continuidad. Representa uno de los más vigorosos ataques contra la judicatura... De otra parte, buen número de estas jurisdicciones especiales se establecen de tal modo que la Administración es en definitiva quien inspira, cuando no dispone, sus determinaciones» (8).

En definitiva, entre nosotros argumentan y son partidarios de una unidad jurisdiccional en ocasión de la de trabajo— entre otros, Guasp, David Lascano, Podetti, Miguel Alonso, Calamandrei, Palacios y Miguel, Manresa, Fenech, Pina, Altavilla, Coniglio, Allorio, Trueba, de Lugo, Andrioli; y más concretamente, Carlos de Vega, Rodríguez Valcárcel, Rodríguez Solano, Leyva Suárez, Rodríguez Aguilar, Jiménez Asenjo, Raventós Noguera, Gómez Sanz, Obiols Taberner, Gasque Gallego, Cabello Robles, Sánchez Toves, Ripoll Urdampilleta, Gamero Vara y Alvarez Castellanos (9) y algunos más (10).

3.—Esta doctrina unificacionista o unicista ha logrado la adhesión en diversos Congresos y reuniones.

El Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1954 adoptó, en su Comisión de Organización de Tribunales, las siguientes conclusiones:

«1.^a Se consagra como principio la unidad jurisdiccional con excepciones limitadas a las jurisdicciones eclesiástica, castrense y tribunales de menores.»

«2.^a La Administración de Justicia es única como función dentro del Estado y se ha de encomendar a personal técnico.»

De su parte, la Comisión de «Trabajo» se limitó a concluir que «las Magistraturas de trabajo estructurarán su competencia propia atendiendo a criterios subjetivos, objetivos y territoriales en su aspecto nacional e internacional».

El III Congreso Nacional de la Abogacía (Valencia, 1954) fijó también su postura unicista en las siguientes conclusiones (sobre «temas libres»):

«Vigésimocuarta.—El Congreso acuerda exponer al Gobierno el deseo de la Abogacía española, de que se consagre como principio inderrogable la

(8) Cfr. Rodríguez Aguilera, «Notas sobre organización judicial», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1950 (T. 188), pág. 438.

(9) Minuciosamente citados, por González Encabo, «Independencia de la jurisdicción laboral», *Revista de Política Social*, 1966, págs. 76 y 83 y ss.

(10) P. ej., Docavo Núñez, «Sobre unificación de fueros», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1957 (T. 203), pág. 680.

unificación jurisdiccional, ejercida por la jurisdicción ordinaria, única y competente en toda la nación para conocer de «toda clase de asuntos», sin perjuicio de que se articulen los tipos especiales de procesos necesarios.»

«Sólo deben mantenerse como jurisdicciones especiales independientes:

- a) La Eclesiástica.
- b) La Castrense, pero limitada a los delitos estrictamente militares y a los que por excepcionales circunstancias puedan significar un peligro para la Patria, para la disciplina del Ejército o para los altos intereses espirituales o materiales de éste.
- c) Los Tribunales Tutelares de Menores, para enjuiciar las infracciones cometidas por menores de dieciséis años, que la Ley califica como delitos o faltas.»

Como se ve, en esencia, las mismas que el II Congreso de Derecho Procesal.

En el I Congreso Hispano-Americano y Filipino de Derecho Procesal (Madrid, 1955), ocasión internacional comprometida, pero huera de consecuencias, el Ponente sobre los «Principios políticos y técnicos para una ley uniforme» alegaba que «los Tribunales de trabajo no se justifican ni por las personas ni por los objetos, sino solamente por un principio de distribución del trabajo, en vista del extraordinario número de litigios que promueve la masa popular más numerosa de las naciones» (11).

A la vista de esto y de la discusión, el Congreso adoptó la siguiente conclusión:

«7.^a a) El concepto unitario de la Jurisdicción y de sus fines reclama un sistema también unitario de órganos uniformes en su modo de funcionar, en cuanto sea posible.»

«b) Los Tribunales especiales se justifican por razones de objeto muy limitadas» (12).

Nótese que era ésta la misma formulación de la conclusión propuesta por el Ponente Prof. Prieto Castro, con la variación de que se justificarían «por razones de personas y de objetos muy limitadas»; no se aprobó la especialización en razón a las personas —que es una de las de la jurisdicción laboral— (13).

Esta es la posición de los partidarios de una jurisdicción única —aunque en algunos, con la posibilidad de órganos especializados, y más abajo expon-dremos nuestra actitud favorable a esta solución—; en adhesión rotunda,

(11) Cfr. Prieto Castro, «Principios políticos y técnicos para una ley uniforme», en *Revista de Derecho procesal*, Madrid, 1956-2, pág. 221 y ss.

(12) *Libro de Actas del Congreso*, Madrid, 1955, pág. 620.

(13) Confróntese ambos textos y la discusión, en el *Libro de Actas*, muy defectuoso, por cierto, por no ser éstas taquigráficas.

por lo pronto, a lo que se decía en 1962 sobre «otras muchas jurisdicciones especiales, como la de... censos, foros, detasas, Masonería y Comunismo, Seguros, etc., algunas sin verdadera justificación, que en nada favorecen a la administración de justicia...» (14) (15) y a que se utilice la expresión «Jurisdicción» y la de «Juzgados» o «Tribunales» para designar organismos, como los que conocen en materia de delitos monetarios, que no tienen calidad de tales, por no estar protegidos sus miembros por la inamovilidad, garantía suprema de su independencia (16).

4.—Veamos ahora la posición de quienes aportan argumentos en favor de una separación de la jurisdicción de trabajo (autonomía o independencia) (17).

Un argumento de gran peso lo trasladan desde el ámbito del Derecho material: se trata de la moderna sustantividad del Derecho social «que tiene principios propios con relación a los de otras ramas del derecho. Así los referentes a la autonomía de la voluntad, irrenunciabilidad, condición más beneficiosa espíritu social más acusado y dinamismo más acentuado (18); no hay duda de que el contrato de trabajo, al intervenir el Estado condicionando la autonomía de la voluntad, se ha separado del marco de los contratos civiles (19).

Innegable el movimiento tendente a diferenciar la «Justicia social» den-

(14) Cfr. Rodríguez del Barco, *Compendio de Derecho judicial*, Madrid, 1962, página 12.

(15) El movimiento de fraccionamiento de la jurisdicción no es sólo español; incluso movimientos doctrinales han sugerido la creación de una «jurisdicción» de la familia, idea que fue rechazada por la Comisión alemana de preparación de la reforma de la jurisdicción civil (cfr. *Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit*, ed. por el Bundesjustizministerium, 1961, pág. 109 y ss); la misma comisión, a la vista de la aparición de tribunales especializados (Cámaras o Salas sobre asuntos de valores mobiliarios, sobre economía agraria, sobre construcciones rústicas) declaró que tales especializaciones no deben trascender a la jurisdicción civil, ya que la excesiva especialización conduce a perjudicar los principios generales de la jurisprudencia civil (ob. cit. pág. 115 y ss.).

(16) Cfr. Flairén, *La moderna legislación procesal*, cit., pág. 63 y ss.

(17) Cita González Encabo (*Independencia de la jurisdicción laboral*, cit., página 77 y s. y 85), entre otros, a Hinojosa Ferrer, Menéndez Pidal (J.), Pérez Botija, Hernáiz Márquez, Martín Bernal, Fenech, Benítez de Lugo, Dapena Mosquera, Luque Aldeazábal, Zulueta, Valencia Nova.

(18) Cfr. Menéndez Pidal, «Fundamentos científicos de la jurisdicción social», entrevista, en *BIEDP*, 1951, núm. 4.

(19) Cfr. Martínez Bernal, Ponencia sobre «La posición del Juez en el proceso social», al II Congreso Nacional de Derecho procesal, en *BIEDP*, cit., 1954, núm. 44.

tro o fuera de los esquemas tradicionales (20), el examen de su copioso contenido (21) ha provocado un desarrollo formidable, cuyo fruto doctrinal y legal es el derecho laboral —aunque le negamos el monopolio—, y de ahí se pasaría a la autonomía del derecho procesal laboral (22).

De esta base dialéctica —sustantividad del Derecho material laboral— se pasa a otra: la necesidad de especialización de los jueces destinados a resolver conflictos de trabajo.

Este argumento aparece con innegable fuerza cuando se trata de Tribunales de especialistas mejor que de juristas (jueces legos, tribunales paritarios o mixtos).

Decía Hinojosa en 1933 —época de dichos tribunales—: «Hace falta llevar a los litigios del trabajo la voz de la conciencia profesional, la experiencia en la práctica del oficio..., de aquí también la creación de Tribunales especiales para los litigios de trabajo» (23).

Esta clara necesidad de especialización se traslada también a los regímenes de justicia impartida por jueces técnicos (24); y para algunos autores sólo la distribución de ingentes masas de trabajo justifica esta especialización (25).

Anotemos en esta posición que algunos autores, prudentemente —y acertadamente— se quedan en el lugar de postular jueces especializados, pero dentro del «orden judicial» —ya veremos después el significado de esta expresión en el ALOJ—: «El juez de lo social... —sigue diciendo Menéndez Pidal— ha de estar dentro del orden judicial, esto es, que requiere tribunales, pero de orden judicial y técnico, como rama de la carrera judicial y fiscal, quedando así garantizada su imparcialidad e independencia, exigiéndoles determinados años en la carrera y quedando asimismo asegurada la función jurisprudencial unificadora ejercida privativamente por el Tribu-

(20) Cfr. su examen, por todos, en Castán Tobeñas, *La idea de Justicia social*, Discurso de Apertura de los Tribunales, Madrid, 1966, pág. 20 y ss.

(21) Castán Tobeñas, ob. cit., pág. 47 y ss.

(22) Cfr. Hernández López, Martínez Fernández y Zabala Mendizábal, *Limitaciones al principio dispositivo en el proceso laboral*, comunic. al III Congreso Nacional de la Abogacía, Valencia, 1954, al tema 6.º («Libres»), pág. 314 y ss.

(23) Cfr. Hinojosa Ferrer, *El enjuiciamiento en el Derecho de trabajo*, Madrid, 1933, pág. 11.

(24) Cfr., p. ej., Cabrera Claver, «El procedimiento de trabajo en la nueva ley procesal civil italiana concordada con la legislación española», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1941 (T. 174), pág. 27 y s. Menéndez Pidal, *Derecho Procesal Social*, Madrid, 1950, pág. 42 y s.

(25) Cfr., p. ej., Prieto Castro, voz «Derecho procesal», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, pág. 956.

nal Supremo» (26). Esto es, junto a la formación general de los funcionarios judiciales, la especial en materia laboral (27) (28). Veremos nuestra conformidad; pero el peligro para la independencia de estos jueces especiales no reside en que provengan o no provengan de la carrera judicial, sino que viene de otro lado; y de más alto.

Es curioso, en este plano de cosas, cómo algunos autores han olvidado la existencia de un proceso civil, padre y más próximo pariente del de trabajo: les preocupa toda una serie de cuestiones sobre éste, pero no su relación con aquél (29).

Por ejemplo, preocupa la «representación de la sociedad» en el proceso de trabajo, y las relaciones de éste (especie) con el género (proceso social) (30): véase una muestra.

«Se advierte en el proceso laboral una tendencia a la especificación de esta representación, haciendo intervenir, más o menos directamente, en la función juzgadora o asesora a las «posiciones sociales», lo que demuestra cómo se las considera especialmente en esta rama del Derecho».

«Así el Tribunal colegiado que se constituye para los Caballeros Mu-

(26) Cfr. Menéndez Pidal, entrevista, cit., *BIEDP*, 1951, núm. 5.

(27) Cfr. Del Peso y Calvo, «La jurisdicción laboral. Su competencia y sus órganos», en *Revista de Política Social*, cit., 1966, pág. 206.

(28) Esta unidad jurisprudencial aseverada por Menéndez Pidal, es asegurada también como tal por Hernández Gil: «Los supuestos riesgos derivados de la pluralidad o dualidad de jurisdicciones —este autor va, pues, mucho más lejos— en España, están perfectamente conjurados, no existiendo el temor de la dispersión o contradicción de la doctrina legal, ya que en la cima de ésta está el Tribunal Supremo y de él viene la unidad y armonía más perfectas» (Cfr. «La jurisdicción social y su contenido actual», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1965 (T. 218), pág. 409 y siguientes).

Este sosiego proviene, sin duda, de observar *sola y unilateralmente* la doctrina legal de la Sala VI del Tribunal Supremo (Social); pero el contraste que ofrece con la sentada por la I (Civil) es y tiene que ser grande, dado el ordenamiento legal distinto, lo cual no parece importar demasiado a estos autores. Recordemos cómo la diferencia de regulación legal de la amplitud del «error de hecho en la apreciación de la prueba» influye forzosamente en la diferencia de jurisprudencia de ambas Salas, por ser sustituido el estrecho concepto de «documento auténtico» exigido por la LEC —Sala I— por la prueba documental y pericial —Sala VI— (Cfr. p. ej., Fairén, «El control de los hechos en la casación civil y laboral española», en *Revista de Derecho procesal*, Madrid, 1967-IV, pág. 50 y ss. y 110 y ss.).

Se ha perdido totalmente de vista el proceso civil.

(29) Cfr. lo que se dirá, infra, en cuanto a las relaciones del proceso laboral con el administrativo.

(30) Cfr. Hernández López, Martínez Hernández y Zabala Mendizábal, «Limitaciones al principio dispositivo», cit., en *Actas del III Congreso Nacional de la Abogacía*, cit., Tema 6.º («Libre»), pág. 315 y ss.

tilados, en el cual, además del Magistrado de Trabajo, intervienen representantes de la Comisión de Mutilados; así el informe de la Delegación Provincial de Sindicatos en los expedientes laborales seguidos a enlaces o cargos sindicales electivos. En estos casos se escucha a la representación social en el proceso laboral, siendo éste el alcance de la estructura de los que hoy podemos llamar, aunque no exactamente, procesos laborales especiales.»

«Debemos insistir en que el proceso social y en especial el proceso laboral, son perfectamente autónomos; concretamente, el laboral, es el fruto de un desarrollo doctrinal y legal verdaderamente formidable, que lo ha constituido como figura indiscutible; pero discrepamos de un ilustre tratadista (31) en cuanto a la filiación administrativa que atribuye al proceso «laboral y social». En primer lugar el proceso laboral no puede ser confundido con el proceso social, por cuanto aquél es una especie de éste; en segundo lugar tampoco cabe la identificación de ambos con el proceso administrativo, porque en éste no está representada la Sociedad en cuanto no atribuye presencia en el proceso a las «posiciones sociales», sino exclusivamente a los directamente interesados y a la Administración, al Estado, el cual interviene con su «imperium» y como persona jurídica constituyente de Servicios Públicos; la Administración representa un interés general, no un interés social» (32).

Nótese cómo por una preocupación, en sí muy justa, se pasa por alto el parentesco entre el proceso civil y el de trabajo (siempre leyendo sobre «el proceso social», diríase que el proceso civil es «antisocial»).

Por este camino de contemplación de los propios éxitos (?), sin inspeccionar los alrededores, se llega a hablar de una «Jurisdicción independiente de trabajo» o se da a entender que se parte de esa base (33), aunque en ocasiones no se vea claro el concepto de «jurisdicción» que ciertos autores pueden tener (34); pero la expresión llega a ser consagrada por la legisla-

(31) La cita concreta y expresa es de Guasp, «Administración y Justicia y Derechos de la Personalidad», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 17, 1944, pág. 109.

(32) Cfr. Hernández López, Martínez Hernández y Zabala Mendizábal, ob. cit., loc. cit.

(33) Cfr., p. ej., «el objetivo principal de la jurisdicción de trabajo», Dapena Mosquera, comunic. al II Congreso Nacional de Derecho procesal (*Actas*), Madrid, 1950, pág. 257 y ss. (se refiere a «la existencia de tal jurisdicción como especial», a esa «jurisdicción especial», etc.); Hernández Gil, ob. cit., pág. 409 y ss.; González Encabo, ob. cit., pág. 86, etc.

(34) Así, p. ej., González Encabo, en su mesurado trabajo cit. parece ver la clave de esa jurisdicción laboral, con referencia a la ordinaria, en la especialización de los jueces (pág. 86). Luego veremos alguna otra pauta fijada por el autor, que no sirve tampoco para justificar la existencia de una «jurisdicción independiente».

ción vigente y cuyo mantenimiento se reclama actualmente en la enmienda del Ministerio del Trabajo (Ley de 31 de mayo de 1966: múltiples alusiones a la «Jurisdicción de Trabajo»).

Esto es: sean cuales sean los matices de los diversos autores, la ley consagra en la actualidad la existencia de una «Jurisdicción de Trabajo»; se quiere por el Ministerio de Justicia —del cual depende— que se mantenga el vigor de la misma; luego el principio de unidad de la jurisdicción que acertadamente fija la Base 2.^a de ALOJ, queda destrozado; y a partir de ello toda una serie de Bases dejarían de tener viabilidad.

Este es el problema planteado y que se trata de resolver.

Fijada esta posición extrema de autores y legislación —Jurisdicción de Trabajo especial—, consideremos ahora los argumentos existentes en la doctrina, que reclaman sobre la base de la diferencia entre los principios del proceso o del procedimiento de trabajo y los que rigen *actualmente* (fíjese bien, actualmente) nuestro proceso civil.

Así, Hinojosa Ferrer (que contra lo que sabía esperar tras su defensa de los Tribunales de legos en 1933, en 1941 no se muestra opuesto a la nueva Magistratura de Trabajo) (35) alude a la mayor extensión del principio oficial en materia procesal laboral (36); la mayor libertad y agilidad y poder de dirección del Magistrado, contrastando con la rigidez que impone a los jueces civiles el principio dispositivo, son debidamente valorados (37); el proceso de trabajo «se halla influido por el espíritu protector y acentuación del interés público del Derecho laboral sustantivo» (38).

Se llega a caer, en virtud del olvido de que una reforma del proceso civil lo haría avanzar y ponerse al nivel del actual de trabajo —lo que deseamos— en peticiones de principio: «el ritmo de un Tribunal ordinario —se asevera—, aunque se trate de evitar que sea lento, no tendrá nunca la rapidez de los laborales, a causa de la mayor flexibilidad de las leyes procesales de trabajo» (39). Naturalmente, este argumento legalista quedará barrido cuando el proceso civil sea tan flexible como el laboral.

(35) Cfr. Hinojosa Ferrer, «La Magistratura de Trabajo en el nuevo Estado», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1941 (T. 169), desde página 231.

(36) Cfr. Hinojosa Ferrer, «Posición y facultades del Juez en el proceso laboral», en *Revista de Derecho privado*, Madrid, 1946, pág. 109 y ss.

(37) Cfr. Martínez Bernal, Ponencia sobre la posición del Juez en el proceso de trabajo al II Congreso Nacional de Derecho procesal, en *BIEDP*, núm. 44, 1954.

(38) Cfr. Cabrera Claver, «El vigente Derecho procesal de trabajo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1943 (T. 172), pág. 379; arg. Menéndez Pidal, entrevista cit., en *BIEDP*, núm. 5, 1951.

(39) Cfr. Dapena Mosquera, comunic. al I Congreso Nac. de Derecho procesal, cit., en *Actas de dicho Congreso*, pág. 256.

También se cae en el olvido de que, en un Código procesal, cabe un sistema de principios en el que se hagan excepciones a favor de sus pares dialécticos; así caben un proceso dispositivo y otro oficial o inquisitivo (40), sin perjuicio de que la línea fundamental del curso procedimental no experimente grandes variaciones; basta regular de modo exhaustivo la oportunidad y momentos de dirección del Juez (e incluso la intervención del Ministerio Fiscal) (41) dando a aquélla mayor intensidad (42).

Es el procedimiento; su comparación con el defectuosísimo civil vigente, lo que suministra argumentación casi unánime a los defensores de la autonomía (o de la independencia) de la Jurisdicción de trabajo. Este argumento, fundamental y bien fundado, es el que hacen suyo casi todos estos autores (43); rapidez, sencillez, gratuidad en lo laboral.

Pero se trata de un argumento que, fundado en los graves defectos del actual proceso civil español, que lo inhabilita en absoluto para pretender que se le atribuya el procedimiento laboral, es, como dirigido a una situación «actual», contingente. A ellos se responde con la pregunta que el propio Hinojosa se formulaba en 1933:

«Libertad del juzgador, sencillez y rapidez en el procedimiento, protección especial a los humildes, a fin de establecer la verdadera igualdad ante la ley, administración gratuita de la justicia... Pero ¿no son éstas hoy las aspiraciones de la ciencia y, más que de la ciencia, de los juristas y de los justiciables, sobre todo por lo que *al procedimiento civil se refiere?* (44).

(40) Con motivo de una grave laguna del APC, hemos defendido la necesidad de incluir en el Libro II de un futuro Código procesal civil, un tipo de proceso declarativo inquisitivo (Cfr. la arg. de Fairén, *Sugerencias sobre el «Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil» de 1966*, cit., pág. 56 y ss., con referencia a los casos de interés de menores desvalidos, capacidad de personas, matrimonio, filiación y tutela, derechos políticos y honoríficos.

(41) El Ministerio Fiscal, en efecto, pretende ampliar su intervención en materia de trabajo. Cfr. Guerrero Tejedor, «Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el Ordenamiento Jurídico español», en *Revista Gral. de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1967 (T. 222), pág. 465 y ss.; Cerezo Abad, «El fiscal como defensor del interés social», en la misma revista, 1965; *Memoria del Ministerio Fiscal correspondiente al año judicial 1967-68* (Madrid, 1968), presentada por el mismo Herrero Tejedor, como Fiscal del Tribunal Supremo, pág. 62.

(42) Cfr. Fairén, *Sugerencias*, cit., pág. 58.

(43) Cfr., p. ej., Hinojosa Ferrer, *El enjuiciamiento en el Derecho del trabajo*, cit., pág. 10 a 12; Cabrera Claver, *El vigente derecho procesal de trabajo*, cit., página 379; Menéndez Pidal, *Derecho procesal social*, Madrid, 1950, pág. 42 y s.; Chamorro, arg. en entrevista concedida al *BIEDP*, núm. 5, 1951; Dapena Mosquera, en *Actas del I Congreso Nac. de Dcho. procesal*, cit., pág. 258; Muñoz y Núñez de Prado, «Justicia laboral», en *Revista de Política Social*, 1966, pág. 165 y ss.; etc.

(44) Cfr. Hinojosa Ferrer, *El enjuiciamiento*, cit., pág. 12. (La cursiva es nuestra.)

Efectivamente, el problema tiene una doble vertiente: tratando de deslindar el problema de la «jurisdicción especial» del del «procedimiento», apunta Menéndez Pidal:

«A) Nos hallamos ante una jurisdicción más o menos especializada, pero siempre dentro del orden judicial...»

«B) Otras que, pareciéndoles insuficiente, cuando no también ineficiente el sistema procesal en su aspecto común, aspiran a encontrar, sistematizar y aun perfeccionar una forma procesal contenciosa de tipo social, en sus variados aspectos, como verdadera avanzada del Derecho procesal social o laboral» (45).

Está claro: el problema de la «jurisdicción especial» es diferente del basado en los defectos del proceso civil. Pero la desaparición de éstos debe acarrear la de aquélla. Lo compendia un autor muy favorable a la actual «independencia» de la jurisdicción laboral, con palabras que hacemos nuestras:

«Esta o estas ramas del derecho que han recibido el impacto socializador se enfrentan con todo el resto del Derecho que se ha quedado como anquilosado y al que le viene bien el «ordo iudiciorum» aplicado conforme al sistema de la jurisdicción ordinaria... cuando aquel Derecho sufra influjo vivificador, necesariamente tendrá que prescindir también del petrificado «ordo iudiciorum» (46) para acomodarse a una nueva jurisdicción y entonces habrá llegado el momento en que, por coincidir *en su forma de actuar* (47), las que fueron consideradas jurisdicciones especiales con la que se ha atribuido innovadamente el Derecho común, puedan nuevamente fundirse, para poder hablar entonces de la única jurisdicción a que se aspira doctrinalmente» (48).

La exigencia de un nuevo tipo de proceso civil se impone en todos los dominios, y a ello debe responder la reforma en curso; si se la concibe con sentido amplio, y a salvo las especialidades irreductibles del proceso laboral, en un juicio-arquetipo, caben todas las modalidades, sean inquisitivas o dispositivas.

Esto es, ante sistema procesal unitario en general —respetando dichas especialidades, que aquí no deben ser objeto de investigación (49)— y des-

(45) Cfr. Menéndez Pidal, «La jurisdicción laboral. Su competencia y sus órganos», en *Revista de Política Social*, 1966, pág. 159 del cuad. núm. 69.

(46) Debe tratarse de una errata de imprenta y referirse al «solemnis ordo iudiciarius».

(47) La cursiva es nuestra. Nótese la clara alusión al procedimiento.

(48) González Encabo, «Independencia de la jurisdicción laboral», cit., en *Revista de Política Social*, 1966, pág. 78 y ss.

(49) P. ej., el del litisconsorcio, tan desarrollado en los conflictos colectivos.

aparecidos los argumentos con su base en los defectos del proceso civil, cae por su base una postura secesionista del laboral. Y queda sólo el problema de la «jurisdicción especial», que, por cierto, tiene su talón de Aquiles en el hecho de que el mismo Ministerio de Trabajo desea que las Magistraturas de Trabajo sean desempeñadas «por funcionarios de las carreras judicial y fiscal» (Cfr. enmienda cit.), esto es, por personas también destinadas a ejercitar la jurisdicción civil. ¿Dónde queda entonces lo natural de esa «jurisdicción especial»? Contestaremos más tarde a lo escaso que queda por contestar.

5.—Veamos ahora la posición doctrinal contraria: la de los partidarios de una Jurisdicción única, si bien con elementos personales especializados.

Que el problema no es de importancia que justifique una disidencia entre dos Ministerios, con oposición de uno de ellos a la Jurisdicción única (si la pretendían solamente especializada, no haber aludido a la legislación que se refiere a la «Jurisdicción de Trabajo», como las leyes de 22 de diciembre de 1949 y 31 de mayo de 1966), lo asevera el propio Menéndez Pidal:

«Aún cuando nosotros abogemos por la especialidad del juez del trabajo, hemos de reconocer que sigue viva la controversia sobre si será más acertada su distinción del juez civil o si es o no eventual la atribución de estas funciones a jueces determinados. Evidentemente, puede darse la situación de jurisdicciones separadas en lo civil, penal y laboral, sin que haya distinción entre el juez que ejerza la jurisdicción en cada una de ellas. Pero puede darse también el sistema de juez singular para cada una de estas jurisdicciones, pero procediendo de una misma carrera, o juez separado en la instancia y común en la función de casación» (50).

Mas ya que la enmienda del Ministerio de Trabajo —su «Base»— plantea el problema en los términos más agudos («Jurisdicción de Trabajo», según rezan las disposiciones legales que la misma invoca y cuyo vigor pide subsista), sigamos examinando la argumentación de quienes en su contra opinan.

Los autores de la Ponencia sobre «Funciones de carácter jurisdiccional encomendadas a otros órganos y que deben atribuirse a los Tribunales jurisdiccionales del Estado exclusivamente (unificación de fueros)» al II Congreso Nacional de Derecho Procesal decían:

«La justicia ha sido considerada como uno de los valores absolutos. Tal magnitud no se aviene con la formación de compartimientos estancos, a los que se puedan aplicar diferentes apellidos. Y tampoco con que su apli-

(50) Cfr. Menéndez Pidal, *Derecho Procesal social*, Madrid, 1950, pág. 107.

cación sea efectuada por órganos entre sí desconectados. La mejor salvaguardia del principio de igualdad ante la Ley, que el Fuero de los Españoles consagra, es que una sola organización asuma la función de aplicarla, siendo único y común a todos los órganos de la escala, el grado superior, que garantice el control de la juridicidad.»

«La integración en esta escala de cuantos órganos hoy están dispersos no presenta ninguna insalvable dificultad. No lo es la pretendida alegación de que el número de asuntos produciría un colapso, pues esto se evitaría agilizando los correspondientes procedimientos en armonía con las modernas posibilidades, y señalando el número de órganos adecuados al volumen de asuntos. Tampoco el que determinadas ramas jurídicas gocen de sustantividad, ya que el juez tiene capacidad general como perito en derecho (51), y puede especializarse en determinada clase de asuntos, que no supongan privilegio en el justiciable ni en el justiciante, pues donde brilla el privilegio palidece la justicia.»

«En suma, una sola escala judicial, con sus diversos grados y con distintas ramas —posibilidad ya proclamada por el Congreso anterior— para aquellas esferas jurídicas de muy acusadas particularidades, evitando la proliferación, ya que las actuales tendencias no ven en la excesiva especialización la panacea que en otros tiempos se ambicionara» (52).

Más adelante lleva esta argumentación otro autor:

«El único argumento serio a favor de la existencia de la jurisdicción especial de trabajo es la sustantividad del derecho social frente al civil. Pero, sin negarlo, se niega la consecuencia, pues del mismo modo que a nadie se le ocurre negar la sustantividad del derecho mercantil o del hipotecario, a nadie se le ocurre establecer una jurisdicción hipotecaria o mercantil especial, a pesar del movimiento teórico y legislativo (hoy superado) (53) que acerca de esta última existió en el siglo pasado. Por esto la innegable sustantividad del derecho social o laboral debe dar lugar, a lo sumo, a tipos de procesos distintos del proceso civil, pero nunca a sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria cuestiones que por su naturaleza le corresponden de modo lleno.»

«Ciertamente, la organización de la jurisdicción laboral desde 1938 es un progreso y una aproximación a la jurisdicción común frente a los sistemas anteriores, pues a la dualidad entre Tribunales Industriales (judiciales) y Comités Paritarios o Jurados Mixtos (gubernativos), ha sucedido la

(51) Argumento que, en sus propios términos, se vuelve contra la «Base» propuesta por el Ministerio de Trabajo al ALOJ.

(52) Autores, Mampaso Bueno y Franco Molina. Cfr. el texto, en *BIEDP*, 1954, núm. 44.

(53) Aún no totalmente superado; cfr. la nota núm. 15.

unidad en la Magistratura del Trabajo, integrada por miembros procedentes de la Judicatura. Pero, de todos modos, el sistema no es perfecto, pues ni los Magistrados del Trabajo forman parte de la común organización judicial, ni se encuentran bajo la disciplina, inspección y subordinación jerárquica de los Tribunales judiciales, constituyendo un compartimento separado que incluso en lo administrativo no depende del Ministerio de Justicia, sino del de Trabajo, con mengua de la independencia propia de toda clase de Tribunales o con el riesgo de sufrirla. Y la competencia del Tribunal, integrado por miembros de dicha Magistratura especial, es presidido por un funcionario político-administrativo: el Director General del ramo, de libre nombramiento y separación gubernativa y que no precisa siquiera ser Licenciado en Derecho» (54).

«Por estas consideraciones parece evidente que la jurisdicción laboral debe desaparecer con su actual carácter de jurisdicción especial. Pero precisamente por no desconocerse las especiales modalidades del Derecho social sustantivo..., acaso fuera procedente que en la futura organización judicial existieran, al lado de jueces separados civiles, penales y contencioso-administrativos, jueces laborales, como órganos especializados de una Justicia única, como facetas de la robusta y unificada Jurisdicción común que por tantos motivos es deseable» (55).

Otros autores comienzan por condenar la idea de las «jurisdicciones especiales» —idea que compartimos.

Así Prieto Castro, cuyas propuestas unificadoras vimos en el Congreso Internacional Hispano-Americano y Filipino de Derecho procesal, de 1954 (56), se pronuncia como sigue:

«Por lo que se refiere a las llamadas jurisdicciones de carácter civil..., no se trata de jurisdicciones, porque la función jurisdiccional es única como función del Estado, el cual, indudablemente, si no actúa en función legislativa o administrativa (incluyendo aquí también la gubernativa) realiza función jurisdiccional... Ahora bien, dentro de la variedad de órganos de la manifestación jurisdiccional civil no cabe duda que existen otras de mucho relieve, que *han conducido a la eliminación de la idea de especialidad*

(54) Desde 1954 hasta ahora, el panorama ha cambiado, pero no dejaremos de volver sobre él, *infra*.

(55) Cfr. Villar y Romero, «Unificación de fueros: el problema de las jurisdicciones especiales», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1954, págs. 1001 a 1003. Se trata de una comunicación al III Congreso Nacional de la Abogacía de Valencia; ya vimos, *supra*, que el Congreso concluyó en sentido favorable en la unificación de la jurisdicción, con excepciones a favor de las militar y eclesiástica (y de menores), pero sin excepción a favor de la de trabajo. Cfr. *supra*.

(56) Cfr. el texto *supra* notas 11 y ss.

del órgano para cambiar la de la función, y en este sentido es como, por lo dicho, *impropiamente* se habla de jurisdicciones especiales» (57) (58).

Esta rectificación es necesaria, pues seguramente es la imperfección e impropiedad en el lenguaje la que ha conducido con bastante abundancia a ignorar que el concepto de «Jurisdicción», como inherente a la Soberanía estatal, no puede dejar de ser unitario, a salvo especialidades muy estrictas derivadas de la actuación militar o religiosa de los ciudadanos.

«Comparado, por ejemplo, el órgano Magistratura del Trabajo con otros especiales que existen entre nosotros, veremos que en ellos quedan algunas notas de carácter puramente externo que llevan a una consideración de especialización muy matizada, a saber: la circunstancia de depender su personal de un Ministerio distinto y de tener incluso jerarquía propia de órganos, y el de hallarse establecidos en locales distintos de los órganos de la llamada jurisdicción ordinaria.»

«En sí estas notas externas son irrelevantes y especialmente a la primera no hay que atribuirle ninguna importancia particular, ya que el Estatuto jurídico de los Magistrados de Trabajo y los pertenecientes al Tribunal Central de Trabajo es el mismo que el de los Jueces y Magistrados como ejercientes todos de una misma función jurisdiccional, convergiendo todos en el principio del artículo 2.º de la LOPJ» (59).

Ulteriormente expondremos nuestro desacuerdo con atribuir carácter «irrelevante» a las «notas externas» de que hablaba el Profesor de Madrid.

Después de rebatir la idea de una «jurisdicción especial», Prieto Castro trata del problema de la especialización de los jueces (el segundo e importante desde el punto de vista orgánico, esgrimido por autores de la tendencia opuesta):

«La materia o el objeto de esta manifestación jurisdiccional es estrictamente civil y los casos que resuelve no son distintos de los que conoce un juez ordinario, y lo único peculiar... (en las Magistraturas de Trabajo) es la serie de principios procesales a que responde; pero ni siquiera esta característica es relevante, porque los jueces civiles actúan en diversas materias sujetándose a principios procesales muy análogos. Basta recordar las cuestiones de estado civil y condición de las personas, donde los principios de controversia están tan mermados como en el orden laboral» (60).

Y, efectivamente, en nuestras «Sugerencias» sobre un futuro Código procesal civil hemos incluido un proceso de dicho tipo —oficial—; como de-

(57) Cfr. Prieto Castro, entrevista sobre «la subsistencia de las jurisdicciones especiales», en *BIEDP*, núm. 4, 1951.

(58) La cursiva es nuestra.

(59) Cfr. Prieto Castro, entrevista cit.

(60) Cfr. Prieto Castro, entrevista citada.

cíamos, supra, se ha caído en el olvido de que en un Código procesal cabe un sistema de principios en que se hagan excepciones en favor de sus pares dialécticos; esta diferencia no es base para pretender una «jurisdicción especial» (61).

«Indudablemente —sigue Prieto Castro— las condiciones formales del ejercicio de la jurisdicción, entre las que figuran los principios a que veníamos aludiendo, tienen mucha importancia, pero sólo pueden servir para diferenciar la función jurisdiccional de la administrativa.—Por lo que, en definitiva, concluimos estableciendo que sólo un principio de división del trabajo tiene importancia y puede ser determinante de la llamada «Jurisdicción laboral».—«En la actualidad la acentuación de los criterios inquisitivos y el aumento de las facultades de dirección material de los jueces de la llamada jurisdicción ordinaria les acercan a los que desempeñan las funciones de la Magistratura, siendo imposible hablar de mentalidades distanciadas» (62).

La «especialización» de los jueces de trabajo la considera el mismo autor del siguiente modo, que completa sus ideas:

Prescindiendo de «las consideraciones de derecho material que han provocado la creación de una rama jurídica..., es lo cierto que su aplicación práctica a la enorme masa de trabajadores y empresarios origina dos problemas: necesidad de órganos que asuman esa intensa labor y formación especializada de los mismos. El primer problema es orgánico, no procesal. El otro, el de la formación especializada de los órganos, es más discutible. La diferenciación entre Tribunales para los negocios comunes civiles y Tribunales de trabajo puede existir, considerando que los principios en que se inspira el Derecho procesal aplicado por los primeros y el que manejan los segundos son distintos; pero ello no es razón suficiente, porque significa tanto como estimar que los Tribunales civiles tradicionales no poseen las condiciones necesarias para comprender los principios inspiradores de la moderna legislación procesal de trabajo; es tanto como reducirlos a la aplicación del Derecho procesal tradicional. Lo primero no es cierto y lo segundo es injusto y contraproducente» (63).

Esto es, los matices propios del proceso de trabajo no arguyen forzosamente la necesidad de una jurisdicción especial encargada de aplicar tal Derecho autónomo (64).

No llegamos tan lejos como el Profesor de Madrid; si bien los presuntos arcanos del Derecho del trabajo no pueden ser tan reservados a personas de

(61) Cfr. el texto, supra, notas núm. 40 y ss.

(62) Cfr. Prieto Castro, entrevista citada.

(63) Cfr. Prieto Castro, voz «Derecho procesal», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. I, pág. 956.

(64) Cfr. Prieto Castro, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1965, T. II, pág. 169.

cultura y sentimientos, que precisen una «especialización» desde los albores de la vida intelectual, esa especialización, dado el enorme campo de tal rama jurídica, es exigible, pero siempre sobre una Base común —que los mismos partidarios de la «Jurisdicción de trabajo» aceptan y preconizan; el origen de los Magistrados (65) en la Carrera judicial o fiscal, véase la enmienda del Ministerio de Trabajo—: la misma especialización que se reclama para los jueces penales o contencioso-administrativos. Pero se trata de un fenómeno general y no específico del Derecho del trabajo, como algunos pretenden, con olvido de estas otras ramas del Derecho que son el penal y el administrativo.

Esta especialización necesaria, dentro del marco de la Jurisdicción única, ha sido reconocida por los Profesores españoles de Derecho Procesal, en su I Jornada (Sevilla, 1965) al sentar como principio técnico de una futura Ley Orgánica del Poder Judicial, que,

«1. Debe afirmarse el principio de la unidad jurisdiccional, reintegrándose a sus órganos las atribuciones de índole declarativa o ejecutiva que indebidamente se han reconocido a otros órganos administrativos.»

«2. Los órganos de la jurisdicción deberán ser estructurados en forma unitaria para los distintos tipos jurisdiccionales: civil, penal, laboral y contencioso-administrativo» (66).

Pero, como se ha visto desde el principio, reconocemos la imposibilidad actual de que la unidad de los Tribunales se reflejase en un proceso único, aunque cabe en un sistema procesal único la diversidad —también incluida en el sistema— de principios, y aun de procedimiento, en tanto el procedimiento ordinario sea inadecuado a las necesidades de los litigios de trabajo.

Jurisdicción única, con distintas manifestaciones; jueces especializados para cada una de ellas —he aquí un punto en que el ALOJ flaquea—, sujetos a una disciplina única, interna y en su modo de enjuiciar; órganos unitarios, para cada manifestación de la Jurisdicción. He aquí, anticipada, nuestra conclusión, rechazando la posición del Ministerio de Trabajo.

(65) El nombre de «Magistrado» es genérico a toda una serie de oficios, que no tienen por qué ser judiciales; sea o no, como pretende Prieto Castro, «de indudable importación», en cuyo caso habría la agravante de xenofilia injustificada, es preciso meditar sobre el nombre: el más augusto, ha sido y es el más sencillo, de «Juez».

(Cfr. la cita de Prieto Castro, en *Derecho procesal civil*, Zaragoza, 1952, II, página 139.)

(66) Cfr. estas Conclusiones en la *Revista de Derecho procesal*, Madrid, 1965-II, pág. 23 y ss. y esp. la 24 y ss.

Están firmadas por los Catedráticos de Derecho Procesal Dres. Prieto Castro, Fenech, Gutiérrez Alviz, Fairén, Herce, Miguel Alonso, Carreras y Morón; y se adoptaron por unanimidad.

Volveremos sobre ellas en más ocasiones.

6.—En su ímpetu ampliatorio de la «Jurisdicción de Trabajo», y visto por algunos autores el ámbito de lo «social» —que desean, al parecer, monopolizar— se reclama para ella, A), el control de las cuestiones que surjan de la actividad sancionadora de las Inspecciones de Trabajo (seguridad social); B), un ensanchamiento de su acción en el campo del Derecho agrario; C), en materia de arrendamientos, sobre todo en los llamados «protegidos»; D), las cuestiones contencioso-administrativas que tenga un claro contenido social o laboral, esto es, sobre todas las resoluciones del departamento de Trabajo que afecten a la relación laboral (67).

En efecto, recordemos —para no extrañarnos de estas metas marcadas por los laboristas— que para algún otro autor la jurisdicción de trabajo es de carácter administrativo (68) —anotémoslo, pues ello puede llevarnos a ciertas conclusiones— y que, en definitiva, lo sea o no, hay mucho de contencioso-administrativo en lo laboral (69), pretendiéndose que los actos del Ministerio de Trabajo deberían ser impugnados ante una verdadera Jurisdicción, que sería la contencioso-administrativa (70).

Se reconoce la confusión en los linderos del campo «jurisdiccional» laboral, dada la intensidad del elemento administrativo en las relaciones jurídicas de trabajo (71); p. ej., en la «conurrencia de la Jurisdicción» (?) de las Delegaciones de Trabajo, que finalmente puede llevar a una duplicidad de vías: la de la Magistratura de Trabajo y la contencioso-administrativa; un verdadero «confusionismo jurisdiccional» (72), y para solucionar este nudo

(67) Cfr. Menéndez Pidal, «La Jurisdicción laboral. Su competencia y sus órganos», en *Rev. de Política Social*, 1966, cuad. 69, pág. 164.

(68) Cfr. Guasp, «Administración de Justicia y Derechos de la Personalidad», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 17 (1944), pág. 109 esp.

(69) Cfr., p. ej., González Pérez, «Las cuestiones laborales y la jurisdicción administrativa», en *Revista de Derecho procesal*, Madrid, 1956-IV, pág. 171 y ss.

(70) Cfr. González Pérez, «El Derecho laboral y la Jurisdicción contencioso-administrativa», en *Cuadernos de Política Social*, abril-junio 1954, núm. 22, página 99 y ss.

(71) Cfr., p. ej., en relación con las fricciones entre lo laboral y lo administrativo, Alonso Olea, «Extensión y límites de la Jurisdicción de trabajo», en *Revista de Derecho procesal*, 1959, II, esp. pág. 290 y ss. y 181 y ss.; Hernández Gil, «La Jurisdicción social», cit. en *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, 1965 (T. 218), pág. 141 y ss.; González Pérez, *Las cuestiones laborales y la jurisdicción administrativa*, cit., pág. 171 y ss.

Controversia doctrinal en cuanto a la «jurisdicción» civil, cfr., p. ej., el mismo Hernández Gil, ob. cit., pág. 432 y ss.; Menéndez Pidal, «La cesión, traspaso o venta de la empresa ante el Derecho social», en *Rev. Derecho Privado*, Madrid, 1957, página 392 y ss., y esp. 397 y ss.; «El despido de los trabajadores en caso de quiebra», en la misma revista, 1964, pág. 618 y ss.

(72) Cfr. Alonso Olea, *Extensión y límites*, cit., pág. 282 y ss.

gordiano, lo más fácil parece a algún autor «que conozca de estos litigios solamente la jurisdicción especializada de lo social» (73) (74).

Naturalmente, no se puede aceptar la «vis atractiva» de una «jurisdicción» con límites tan vagos que sólo estarían determinados por la aparición del elemento «social», tan difícil de fijar en su concepto e intensidad; y menos aún cuando los autores mismos —y ello se puede comprobar a través de las citas hechas entre los favorables a la «jurisdicción» de trabajo— no están de acuerdo en las relaciones entre «proceso social» y «proceso laboral».

Ha sido interesante el hacer constar este íntimo nexo —hasta la confusión— de lo administrativo con lo laboral, en razón al especial modo de funcionar de la Administración con respecto a la Jurisdicción. Hecha esta constancia, extraeremos las consecuencias ulteriormente.

7.—En relación con los argumentos en favor de una «jurisdicción especial» de trabajo, no vemos en España, casi por ninguna parte, los de tipo político, fundamentales cuando se trata de poner en contacto procesal a masas más o menos profundamente politificadas. Y, sin embargo, la propia legislación nos muestra aquella influencia.

En efecto, véase la primera alusión en el Decreto fundacional de la Magistratura de Trabajo, de 13 de mayo de 1938, en plena Guerra Civil:

«La actual jurisdicción de trabajo funciona de modo anormal (75) y está atribuida, en gran parte, a organismos de composición paritaria, cuya competencia no se circunscribe a la materia contenciosa, sino que se extiende a otras de las que no debiera entender. Las deficiencias de que adolece el sistema y *el ser contrario a los principios que informan el Movimiento* exige su inmediata reforma, sólo posible cuando se establezca la organización sindical» (76).

Se trata, pues, de un móvil político —el cambio de principios del régimen político— que impulsa a cambiar el sistema paritario por el del Juez único y técnico en Derecho.

El artículo 1.º de la Ley Orgánica de la Magistratura del Trabajo de 17 de octubre de 1940 dice, a su vez, que «sus titulares intervendrán no sólo en

(73) Cfr. Menéndez Pidal, *La jurisdicción laboral. Su competencia y órganos*, cit., pág. 164.

(74) Un posible desarrollo de esta idea la vemos en la Base 23 del ALOJ, que en su momento habremos de rechazar totalmente.

(75) Aparte los defectos intrínsecos, nada de extrañar: en plena Guerra Civil, de antecedentes profundamente políticos.

(76) La cursiva es nuestra.

el aspecto de las reclamaciones de índole civil (77), sino juzgando y sancionando los actos de aquellos que, *en el campo del trabajo, perturben el orden económico establecido* (78)...

Comenta Hinojosa: «Esta organización (la paritaria anterior), cotejada con los principios inspiradores del nuevo Estado, estaba doctrinalmente condenada. *Si la Economía debe estar subordinada a la Política* (79), es el Estado por medio de sus órganos, todo lo especializados que se quiera, pero de él directamente dependientes y no los elementos de la profesión, el llamado a decidir los conflictos a que pueda dar lugar el contrato de trabajo. Si el nuevo Estado profesa una doctrina de armonía y de cooperación entre los diversos elementos productores, es claro que no puede entregar esos litigios *donde hay latentes unos intereses de categoría* (80), a la intervención de esos elementos cuya fusión aspira a conseguir en el seno del Sindicato» (81).

En este despartidero, el sistema orgánico de trabajo vuelve a politificarse, y no es la menor manifestación de ello la re-creación del Tribunal Central de Trabajo, presidido por un funcionario político-administrativo (artículo 14 de dicha Ley). Tan importante es el estudio de este Tribunal que le dedicaremos unos párrafos aparte.

La reaparición —legal— de los conflictos colectivos, cuya resolución está atribuida en otros países a organismos de índole política o abiertas a la misma (82) y el confiar su resolución a la Magistratura de Trabajo y al Tribunal Central de Trabajo, obliga a éstos a penetrar en un terreno en el que, en un alto porcentaje de casos, hay, al menos, un trasfondo político, aunque sea bajo una capa de insatisfacción de intereses económicos; y esta

(77) Se reconoce, pues, que las reclamaciones jurídicas laborales tienen carácter civil, lo que posteriormente es olvidado.

(78) La cursiva es nuestra.

(79) La cursiva es nuestra.

(80) La cursiva es nuestra.

(81) Cfr. Hinojosa Ferrer, «La Magistratura del Trabajo en el nuevo Estado», en *Rev. General Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1941 (T. 169), pág. 231.

(82) Cfr., p. ej., Alvarez del Castillo, «La Jurisdicción laboral en México. Su competencia y sus órganos», en *Rev. Pol. Social*, 1966, pág. 17 y ss.; Castorena, con el mismo título, en la misma revista, pág. 37 y ss.; Cepeda Villarreal, con el mismo título, en la misma revista, pág. 45 y ss.; Hernández Flórez, con el mismo título, en la misma revista, pág. 108 y ss.; Humeres Magnan, «La Jurisdicción laboral en Chile», ídem, en la misma revista, págs. 123 y 125; Leguía Gálvez, «La Jurisdicción laboral peruana. Su competencia y límites», en la misma revista, pág. 137 y ss.; Assumção Malthadas, «La Jurisdicción de trabajo en el Brasil», en la misma revista, pág. 157; Roussomano, «La Jurisdicción laboral. Su competencia y órganos», en la misma revista, págs. 222 y 225; Isidro Somare, el mismo título y la misma revista, pág. 231 y ss.; Stafforini, «La Jurisdicción laboral según la distinta naturaleza de las controversias», ídem, pág. 241 y ss.

penetración culmina mediante la formulación de una norma en cierto modo (83), lo que «no es usual en una jurisdicción» (84); norma cuya motivación profunda, respondiendo a solucionar un conflicto que posiblemente es político en su raíz, es norma de política.

La amplia condena de la huelga por el artículo 222 del Código penal complica más la cuestión, ya que esta norma se fija en la «finalidad» de la misma, y ésta, en la actual y notoria situación de cosas, puede estar influida por factores políticos (aunque estén integrados en un determinado programa económico); por lo que la Magistratura de Trabajo, al intervenir «de oficio» (art. 144 del Decr. de Proc. laboral de 21-4-66, intervención sobre la que, antes de la plena recepción de los conflictos colectivos en la legislación vigente, había fundadas reticencias) (85) debe resolver en tales conflictos en que *a*) o tiene que estimar que no tienen motivación política, aunque conste objetivamente que sí la tienen, bajo la laboral, o *b*) ha de dejar que asuma la mayor parte de la labor —represiva— el Tribunal de Orden Público (Ley de 2 de diciembre de 1963), acusándose sólo la relación de unos y otros factores por el hecho laboral del despido (cfr. la turbadora norma del art. 5 del Decr. de 20 de septiembre de 1962: consecuencias anticipadas laborales de una actuación aún no enjuiciada por otra autoridad no laboral) (86). El hecho de que una huelga pueda ser no punible, pero que en sí misma no excluya la ilegalidad (87) produce en los Tribunales la necesidad de moverse

(83) En la resolución de controversias individuales, el Magistrado de Trabajo juzga sobre la interpretación y aplicación de normas vigentes; en la de los conflictos colectivos se ve precisado a establecer nuevas condiciones de trabajo, para lo cual es necesario crear la norma, basado generalmente en la equidad (aquí, citas de Chiarelli, Flores Barroeta, Calamandrei). De esta manera, asume en cierto modo una función normativa, la que en principio es incompatible con la administración de justicia para un sistema político institucional sustentado sobre la división de poderes. Cfr. Benito Pérez, «La Jurisdicción laboral en Argentina» (en *Rev. Política Social*, 1966, pág. 184).

(84) Cfr. Alonso Olea, *Extensión y límites*, cit., pág. 168.

(85) Cfr. sobre este punto Alonso Olea, ob. cit., pág. 168.

(86) Es muy peligrosa la cláusula general del art. 77 del Decreto de procedimiento laboral («en ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos»), que dará lugar a condenas «inaudita pars» en razón a hallarse el demandado o demandados en situación de imposibilidad de comparecer de defenderse —en detención o prisión provisional por obra de otra autoridad—; personas que muy bien pueden, después, ser absueltas por no ser su actuación punible. La solución administrativa del artículo 5.º del Decreto de 20 de septiembre de 1962, es simplista y tajante, sin matizar.

(87) Cfr. Almansa Pastor, muy interesante, «Régimen jurídico-material de la huelga laboral vigente en la actualidad», en *Revista de Política Social*, 1966, cuaderno 72, pág. 84 y ss.

en un terreno perteneciente a los principios «morales, religiosos o de Derecho natural o internacional» y aún de la doctrina católica (88), propicios al matiz político. Y las reclamaciones «a posteriori», transformando el conflicto político en individual (reclamaciones de trabajadores por despido indebido, motivado por un conflicto colectivo), dejan el problema planteado en toda su profundidad. ¿Hasta dónde, exactamente, un conflicto colectivo y sus secuencias es político, y en dónde, disminuyendo su virulencia, deja de serlo? (89).

Aunque de la letra de la ley haya desaparecido el factor político de los conflictos de trabajo a efectos laborales —excepto para remitirlos al Código penal— en la realidad de los hechos, este factor sigue operando. Y al trabajar sobre conflictos colectivos, los Tribunales de Trabajo, quieran o no, tienen que estudiarlo e involucrarlo en sus resoluciones. Ello puede influir en el anhelo del Ministerio de Trabajo de mantenerlos adscritos a él mismo y no al de Justicia, como se pretende por el ALOJ, sin perjuicio de la especialización —que es la verdadera clave del problema de la «jurisdicción laboral».

8.—Los Tribunales de Trabajo —a excepción del Tribunal Supremo, en su Sala VI (que tampoco es propiamente un «Tribunal de trabajo», a no ser que se considere como «trabajo» todo el campo de la agricultura en que debe actuar —arrendamientos rústicos—)— están integrados actualmente en el Ministerio de Trabajo, desde la Ley de 17 de octubre de 1940 (art. 2.º), en la Dirección General de la Jurisdicción de Trabajo.

Encuadramiento y emplazamiento calificados de incorrectos (90), ya que si bien es el mismo Ministerio el que contempla, como administración activa, toda la gama de problemas laborales, si la Jurisdicción ha de ser única (véase la argumentación aportada y la que se aportará) no se comprende la razón por la cual este Cuerpo de Jueces, aún nutriéndose de elementos que proceden del general, esto es, dependientes administrativa y disciplinariamente de la entidad «Ministerio de Justicia», deba hallarse fuera del mismo.

La fuerza con que los problemas simplemente administrativos y sus soluciones específicas adoptadas por el Ministerio de Trabajo haya podido influir en la conclusión que en forma de «Base» o enmienda se expresa, con respecto al ALOJ, nos es desconocida. Y lo mismo desconocemos en qué

(88) Cfr. la S. del T. S. de 22 de noviembre de 1967; pretensión de trabajadores despedidos por conflicto colectivo, a tenor del artículo 5.º del Decreto de 20 de septiembre de 1962. No ha lugar a ella.

(89) Cfr. Almansa Pastor, ob. cit.

(90) Cfr., p. ej., Jiménez Asenjo, *Organización judicial española*, cit., pág. 22.

medida podrían sufrir alteraciones tales soluciones, de ser atraídos los Tribunales de Trabajo al Ministerio de Justicia. En cualquier caso, cuantas soluciones de problemas, favorables a los miembros de la Magistratura, que no sean atentatorias a su independencia en el juzgar, deberán ser mantenidas o incluso extendidas —es lo normal— a toda la judicatura española.

Pero la falta de fundamentación en este sentido de la Base o enmienda propuesta por el Ministerio de Trabajo —en este punto y en los demás— nos sume en perplejidad.

Y si bien conocemos, aunque no se hayan expresado, las razones por las que en el ALOJ se pretende la unidad de la jurisdicción, no conocemos las de tipo interno, administrativo-laboral, que se opongan. Por lo que de la perplejidad e inhibición consiguiente —que no se puede estimar como aquiescencia— sólo puede sacarnos una exposición sincera y completa de tales circunstancias, que nunca deben primar sobre las necesidades de la buena administración de Justicia. Por dichas razones habremos de dejar fuera del estudio el de los problemas simplemente administrativos internos de los Tribunales de Trabajo que afecten a sus individuos como funcionarios.

Pero sí hallamos coincidencia entre esta dependencia administrativa y disciplinaria y la politificación clara del Tribunal Central de Trabajo.

El artículo 14 de la Ley de 17 de octubre de 1940 re-creaba un Tribunal Central de Trabajo (91) del siguiente modo:

«Con jurisdicción en todo el territorio nacional y para conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones de las Magistraturas se constituye el Tribunal Central de Trabajo, *integrado por el Director General del Ramo, que lo presidirá*, y cuatro Magistrados del Trabajo designados por el Ministro, a propuesta del Director General, de entre los de primera categoría o clase del Escalafón.»

El Decreto de 11 de julio de 1941 le atribuía el conocer del recurso de suplicación, en etapa de recuerdos históricos más o menos acertados. Posteriormente lo examinaremos con brevedad.

El Tribunal Central se constituyó, pues, como un organismo presidido por un funcionario político-administrativo, dependiente de sus superiores; organismo, si no político, sí politificado fuertemente.

La Ley de 22 de diciembre de 1949 (art. 1.º) ratificaba que dicho Tribunal estaba presidido por el Director General de Jurisdicción de Trabajo.

Pese a las numerosas críticas a esta «intromisión de la Administración

(91) Se trataba anteriormente de un Tribunal paritario constituido por el Decreto de 29 de agosto de 1935.

en la organización judicial» (92), se insistió en la mezcla administrativo-jurisdiccional, en el Reglamento Orgánico de la Magistratura y Secretariado de Trabajo de 14 de noviembre de 1958 (art. 19).

Ello era «anómalo, y nada se perdería con su desaparición» (con la de esta Presidencia político-administrativa), dijo algún autor, si bien intentando defender la «jurisdiccionalidad» del Tribunal Central. Y, en efecto, la Ley de 31 de mayo de 1966 —Reforma Orgánica y adaptación de los Cuerpos de la Jurisdicción del Trabajo a la Ley de Funcionarios civiles— separaba —aunque no forzosamente— el cargo de Director General del de Presidente del Tribunal Central de Trabajo, el cual «será nombrado por Decreto aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Trabajo, entre aquellos juristas que en el desempeño de la Magistratura, del Ministerio Fiscal, en el ejercicio de la Abogacía o en la Cátedra gocen del más alto prestigio y acreditada competencia».

Nótese, pues, que esta «unión» entre un personaje político-administrativo —no protegido por la inamovilidad contra la influencia de sus superiores; antes bien, sometido a ella por su calidad administrativa de Director General— duró desde 1940 hasta 1966.

Durante este lapso de tiempo —y aún actualmente no sabemos que esta norma haya sido derogada— fué —y debe seguir siendo, salvo error nuestro— atribución del Pleno del Tribunal Central —presidido por su Presidente, esto es, hasta 1966, por el Director General administrativo y político correspondiente—, entre otras, la de:

«Dirigir *prevenciones* a las Magistraturas de Trabajo *respecto de la unificación de normas de procedimiento* y celeridad en el trámite de los asuntos, *prevenciones que las Magistraturas estarán obligadas a cumplir*» (artículo 7.º de la Ley de 22 de diciembre de 1959 y 84 del Reglamento Orgánico de 14 de noviembre de 1958).

No podemos admitir, ante la gravedad de estas normas, la excusa absoluta de que «al Presidente (de dicho Tribunal) corresponden funciones administrativas y honoríficas; es, en realidad, el funcionario equivalente al Director General de Justicia en el Ministerio de Justicia»; con esta aclaración no se hace sino confirmar una vez más que un organismo presidido por un Alto Funcionario político y administrativo, de libre nombramiento y destitución, da órdenes de servicio a los Tribunales sobre «unificación de normas de procedimiento», expresión laxa en que todo puede entenderse. Y tampoco podemos admitir la excusa de que el Magistrado a quien se hizo

(92) Cfr. Aragonese, «Estructura y función del proceso laboral», en *Revista de Derecho procesal*, Madrid, 1961-1, pág. 57, nota núm. 47.

Cfr. también, p. ej., la crítica de Villar y Romero, *supra*, en el texto, con la cual nos identificamos.

esa «prevención» pueda actuar en otro sentido, por ser «claro que de un organismo jurisdiccional superior no puede surgir una orden respecto del inferior de que falle en un determinado sentido» (93), ya que el Pleno de un Tribunal no es superior jurisdiccional ni es órgano jurisdiccional en sí, aunque en este caso, entre sus atribuciones, se haya deslizado una que puede tener, directa o indirectamente, enorme repercusión sobre el orden jurisdiccional.

El que se haya separado el cargo de Director General del de Presidente del Tribunal Central de Trabajo no borra el hecho fundamental de que, sin vacilación, tal cargo estuvo unido a aquél desde el nacimiento del Tribunal, en 1940, hasta 1966.

Organismo, pues, de origen no jurisdiccional puro y de desarrollo con clara intervención en asuntos judiciales de los «inferiores». Mejor político que ningún otro apellido le cuadra desde este punto de vista.

En cuanto a las funciones de este Tribunal —después de la vacilación que lo fundó en 1940 como «Tribunal de apelación» y de la resurrección, más o menos acertada, de la «suplicación»—, actualmente las fija el artículo 152 del Decreto de Procedimiento Laboral de 21 de abril de 1966, y el 197.

En su crítica —muy abundante— y dudas sobre incluirlo como Tribunal de apelación o de casación, dado el tenor del citado artículo (94), estimamos que se trata de una apelación; la tarea de examinar el derecho aplicado en la sentencia recurrida es normal en los Tribunales de apelación. Pero apelación restringida en cuanto que la revisión de los hechos se limita a los «declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas», sin que quepa ni siquiera la limitada «nova» de la Lec., ni, por consiguiente, el nuevo recibimiento a prueba.

Como tal apelación restringida, y por su procedimiento, garantiza los derechos de los litigantes en entidad inferior a la apelación civil ordinaria (95), entendemos que debe ceder el paso a aquélla.

(93) Cfr. Alonso Olea, *Extensión y límites*, cit., pág. 228.

Este mismo autor, anteriormente Catedrático de Derecho del Trabajo, es el actual Presidente del Tribunal Central de Trabajo.

Pasó a este cargo desde el de Director General de la Jurisdicción de Trabajo.

(94) «Art. 152. El recurso de suplicación tendrá por objeto:

- 1.º Examinar el derecho aplicado en la sentencia recurrida.
- 2.º Revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas.

En ambos casos, se confirmará o revocará en parte la sentencia recurrida.

- 3.º Reponer los autos al estado en que se encontrasen en el momento de haberse infringido normas esenciales del procedimiento.»

(95) Cfr. nuestras ideas sobre la futura apelación civil —que incluye el aprovechamiento del procedimiento de la actual «suplicación» en lo que lo consideramos

En la I Jornada celebrada por los Profesores españoles de Derecho Procesal (Sevilla, 1965), los reunidos (96), después de meditación y discusión, llegamos a la siguiente Conclusión unánime:

«7. Se propugna la supresión del Tribunal Central de Trabajo, pasando la función que actualmente le está encomendada, mediante un recurso de apelación contra la sentencia dictada por los jueces de trabajo (97), a la Sala de lo Laboral de la Audiencia Territorial» (98).

Nos ratificamos en esta propuesta totalmente, lo cual se expresa a los efectos de emitir informe en el sentido de supresión en el ALOJ de todo cuanto haga alusión a Tribunal o Tribunales Centrales, incluido el de Trabajo, naturalmente.

El Tribunal Central de Trabajo actual, único en España, no tendría, pues, un valor superior sino con el fin de unificar la jurisprudencia. Esta idea, ya se deslizó en las normas sobre «prevenciones» de que hablamos; y algunos autores citan su jurisprudencia junto con la del Tribunal Supremo (99), pudiendo dar lugar a equívocos. Pero dicho Tribunal no puede crear «doctrina legal», lo que no le está autorizado por disposición alguna; ni podría jamás crearla, creando así un bicefalismo con el Tribunal Supremo que en parte puede emanar de la desdichada construcción legal del sistema de recursos laborales, funcionando no en jerarquía vertical, sino inclinada hacia un Tribunal u otro (lo que también debe desaparecer, por anómalo).

Si se quiere un instrumento de unificación de la Jurisprudencia, el único al cual debe atribuirse esta original labor —original por no extendida el concepto de «doctrina legal» a otros Ordenamientos extranjeros—, es el Tribunal Supremo. Su labor de «casación» ya no es lo que fue cuando nació la institución en Francia (100), y realmente de tal recurso muy poco le queda —a lo que contribuye el hecho de que en materia de trabajo se admita por razón de errores probatorios cometidos en la documental o pericial, con

correcto—, en el Informe de la Universidad de Valencia sobre el APC (Fairén, *Sugerencias sobre el «Anteproyecto» de Bases*, cit., pág. 226 y ss., y esp. 229).

(96) Los Catedráticos de Derecho procesal, Dres. Prieto Castro, Fenech, Gutiérrez-Alviz, Fairén, Herce, Miguel Alonso, Carreras y Morón.

(97) Nótese cómo decidimos volver a la terminología tradicional española, la más sencilla, expresiva y mayestática a la vez.

(98) Cfr. estas Conclusiones en la *Rev. Derecho Procesal*, Madrid, 1965-II.

(99) Cfr., p. ej., Hernández Gil, «La Jurisdicción social y su contenido actual», en *Rev. General Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1965 (T. 218), pág. 446.

(100) Cfr. Guasp, Ponencia sobre «La casación», en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal (*Actas*, pág. 109 y ss.); Fairén, «Sobre la recepción en España del recurso de casación francés», en *Anuario de Derecho civil*, Madrid, 1957-III, página 661 y ss.

lo que estamos conformes (101)— y el anhelo general, parece ir hacia una ampliación más de las atribuciones de dicho Alto Tribunal en materia de hechos (102); por lo que puede asumir en parte la carga que hoy se atribuye al Tribunal Central. La garantía que éste supone como de apelación, quedará sustituida con creces por la de las Audiencias Territoriales en Salas de lo Laboral, como propusimos (103).

No puede ser obstáculo a la desaparición del Tribunal Central de Trabajo el temor de que se acumulen asuntos masivamente ante la Sala VI del Tribunal Supremo; aparte el tamiz de las Audiencias —tamiz con un buen procedimiento, a cuyo efecto hay que modernizar mucho el ordinario de la apelación civil, lo que está en el propósito general (104)—, puede pensarse en aumentar el nivel económico de los asuntos de que el Alto Tribunal pueda conocer, pero no, como hasta el presente, fijando cuantías globales del valor de cada asunto, sino determinando una «summa gravaminis a quo», «a mínimo», tal y como se prevé, p. ej., en el ordenamiento alemán de la «Revision» (p. ej., el § 546 de la ZPO): valor del gravamen sufrido y no el del objeto del litigio. No es el momento de examinar este medio de descongestión ni otros que podrían ocurrir con examen detenido de la materia y la experiencia con que se cuenta (105).

Esta digresión era procedente para demostrar que el Tribunal Central de Trabajo, organismo híbrido originariamente, anómalo en la jerarquía de los Tribunales por dar lugar a su bicefalismo, no sirve —excepto para lo que se comentará, infra— sino para resolver un recurso «estrictamente legalista», «extraordinario», «rígidamente formal» (decl. del propio Tribunal), en fin, limitado, que por lo tanto ofrece escasas garantías por lo estrecho de su instrucción; que no puede servir como instrumento de nomofilaquia, pues ninguna norma legal se la confía. Adecuando un buen recurso

(101) Cfr. Fairén, «El control de los hechos en la casación civil y laboral española», Ponencia para el Congreso Internacional de Derecho Procesal civil (Atenas, 1967), en *Revista de Derecho Procesal*, 1967-IV, esp. pág. 110 y ss.

(102) Cfr. la bibl. cit. de Fairén, ob. cit., passim.

(103) Cfr. Las Conclusiones de la I Jornada de Profesores de Derecho Procesal, citadas.

(104) Lógicamente, a ello debe servir la reforma procesal civil, que no debe prescindir de los adelantos técnicos del proceso de trabajo actual. (Cfr., p. ej., con respecto al recurso de suplicación y sus posibilidades de integrar en parte una futura apelación, Fairén, *Sugerencias*, cit., pág. 229 y ss.)

(105) Comparando el Ordenamiento alemán con el español, cfr. Fairén, «El gravamen como presupuesto de los recursos en España», comunic. a la Tagung der deutschen Zivilprozessrechtslehrer, en Tübingen, 1968, en prensa en la *Rev. Derecho Procesal*, Madrid.

dé apelación, descentralizado y otro ante el Tribunal Supremo, el Tribunal Central de Trabajo y su recurso de suplicación deben desaparecer.

De otro lado, el Decreto de procedimiento laboral vigente confirma nuestra idea de que este Tribunal continúa mostrando facetas de actividad en el marco de lo político.

En efecto, en los casos de conflictos colectivos, en los que, estamos convencidos, y no sólo nosotros, el elemento político suele existir, ya que no manifestarse propiamente como tal (106), sin que se tenga en consideración la cuantía del asunto, no cabe el recurso de casación —un recurso ante el Tribunal Supremo sería el más lógico, dada la entidad de tales conflictos— ni tampoco el de «suplicación», sino solamente uno de «alzada», calificación hoy día aplicada solamente a cierto recurso administrativo (107) —lo cual, aunque sólo fuera desde el punto de vista terminológico, es un indicio— (art. 193 y ss. del Decr. cit.).

Este recurso de «alzada», consistente en un escrito «razonado, sin formalidad alguna» presentado ante la Magistratura que sentenció en la instancia, una impugnación o adhesión (posible) de las demás partes y la remisión de «todo lo actuado» al Tribunal Central de Trabajo para que éste resuelva «sin más trámite», está precedido de dicha primera instancia ante el Magistrado, el cual actúa «de oficio» a excitación de la «autoridad laboral» —origen administrativo, pues, sin que conste que no es político— en procedimiento «sumario» —denominado así con desconocimiento de la verdadera significación de la sumariedad y con confusión de lo sumario con lo simplemente rápido (108)—; y se le conceden —amén las diligencias para mejor proveer, inquisitivas— facultades para «acordar la aportación de cuantos elementos de información estime necesarios» (109), con lo cual evi-

(106) Cfr., p. ej., la S. del Tribunal Central de 21 de febrero de 1964, en la que se muestran factores jurídicos y extrajurídicos mezclados: huelga; orden de despido formulada por la autoridad gubernativa, que prohíbe a varios trabajadores, en relación con su empresa, el que ésta les «dé trabajo»; declaración por el Tribunal de que se trató de un conflicto colectivo, «ya que su causa no fue de signo individual, sino de naturaleza afectantes a superiores intereses de Orden Público»; declaración de incompetencia, que si bien con arreglo a aquella legislación era obligada, bajo el imperio del Decreto de procedimiento laboral vigente, sería muy discutible. Cfr. también lo que dijimos, supra, núm. 7.

(107) El mismo Tribunal Central de Trabajo ha desautorizado el nombre del recurso, diciendo que pese a él, no ha de confundirse con el existente frente a las decisiones administrativas ni con el de las Partidas, que equivale a la apelación (Sentencia de 25 de octubre de 1963). No es de extrañar, pues, el confusionismo en torno a su naturaleza jurídica.

(108) Cfr. Fairen, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, passim.

(109) Art. 148 del Decreto de procedimiento laboral de 21-4-66.

dentamente se le quiere poner en condiciones de poder apreciar todos los elementos causales e integrantes del conflicto, sean jurídicos o no.

La importancia de estos conflictos justificaría el que fuese llamado el Tribunal Supremo a ver y resolver sobre el recurso, si se parte de la base —ahí está lo discutible— de que, llegados a un determinado punto, los conflictos deben ser resueltos por los Tribunales. Esta solución no se ha adoptado.

Aún debiendo operar sobre hipótesis, por falta de datos pre-legislativos sobre el tema en concreto, estimamos como muy posible que, vista la influencia que en un principio pueden tener, factores de tipo político y económico, extrajurídicos, en la gestión y desarrollo del conflicto, se ha preferido que interviniera el Tribunal Central y no el Supremo, por hallarse aquél como integrado en el Ministerio de Trabajo, más en contacto, mejor «engranado» en su maquinaria y con mejor tradición —por su originaria composición y por su dependencia administrativa y disciplinaria (artículos 66 y 69 del Reglamento de 27 de agosto de 1968, 3 y ss. del Decreto de 14 de noviembre de 1958, artículo 29 y siguientes de la Ley de 31 de mayo de 1966)— para poder intervenir en cuanto a factores que surgen de la propia política del Ministerio.

El que el recurso de casación no sea adecuado para resolver en definitiva estos conflictos no puede haber sido una razón suficiente. De un lado, ese recurso no es casi ni sombra del francés primitivo; de otro, los legisladores españoles se han mostrado a lo largo de los años muy irrespetuosos —léase elásticos— con su primitivo rigor. Y, en definitiva, bien podría haberse creado una modalidad de recurso ante el Tribunal Supremo, adaptada a la necesidad de resolver estos conflictos; bien merece la pena que intervenga el más Alto Tribunal español cuando se trata de asuntos que pueden interesar directamente a miles de personas e indirectamente a centenares de miles.

Por lo tanto, excluidos posibles argumentos técnicos en contra de la entrega de la competencia funcional en el recurso, al Tribunal Supremo, quedan los de otro cariz. Y seguimos presumiendo, vistos los propios antecedentes del Tribunal Central y su sujeción administrativa y disciplinaria, que tales argumentos son extrajurídicos, lo cual es incongruente con la adopción de la vía jurisdiccional «en los casos en que así lo disponga la legislación», sin discriminar entre jurídicos y no jurídicos (110) (artículo 5.º del Decreto de 20 de septiembre de 1962, 1, primer supuesto). Pues bien, si un organismo «jurisdiccional» opera, al resolver conflictos, sobre una base que no es jurídica (artículo 2.º de la LOPJ vigente) o bien comete un exceso de

(110) Cfr. avg. Alonso Olea, ob. cit., pág. 167 y ss.

poder (artículo 4.º LOPJ), o bien deja de actuar jurisdiccionalmente, se integra en la administración.

Esta solución tiene los caracteres de lo mestizo, encubriendo bajo formas jurisdiccionales su posible fondo administrativo (económico, etc.) o político. Y dado el monolitismo legal de la organización laboral —verticalismo—, el conflicto político, o no puede mostrar «facies» de tal, o es de tipo penal.

Como las situaciones de la vida, desde su arranque, son mucho más complicadas de la que nos muestran los esquemas legales, las soluciones de gran número— no de todos, ciertamente— de conflictos colectivos no pueden ser estrictamente jurídicas (y aún menos penales). Luego en tales casos, discriminando, no pueden ser entregados a los Tribunales. Perfecciónense las instituciones ya existentes —arbitraje, mediación, etc., el Derecho comparado ofrece medios abundantes— o créense otras nuevas para resolver tales conflictos con toda clase de garantías —no son los Tribunales los únicos que deben ofrecerlas en un Estado de Derecho—, pero exímase a éstos de intervenir en cuestiones extrajurídicas, para las cuales no fueron creados. Y las nuevas que se creen, bajo todas las condiciones necesarias de dependencia, etcétera, nómbrense y funcionen de modo administrativo —o contractual, legalmente admitido— pero no como «Tribunales». (La inhibición de la Magistratura por falta de jurisdicción —artículos 149 y 3 del Decreto de Procedimiento laboral— no resuelve claramente las cosas; aquélla recibió el conflicto de manos de la Administración; o se lo devuelve, o lo traspasa a lo penal —¿o a lo contencioso-administrativo?—).

Mas en el Ordenamiento procesal laboral vigente esta labor extrajurídica se encomienda al Tribunal Central de Trabajo.

Si propugnamos la desaparición del «recurso de suplicación» por tratarse de una simple apelación restringida (111) y entregamos a los Tribunales los conflictos colectivos *solamente en cuanto que sean jurídicos*; y en cuanto a éstos, se amplía el recurso ante el Tribunal Supremo —lo que propugnamos y es opinión múltiple (112)—, se llega a la consecuencia de que la labor de resolver estas apelaciones —dotadas de más garantías— puede y debe ser

(111) Cfr. p. ej., Bernal Martín, «Nuevos aspectos del recurso de suplicación», en *Rev. Der. Privado*, Madrid, 1955, pág. 478 y ss.; Aragonese, *Estructura y función del proceso laboral*, cit., pág. 69.

Pese a ciertas pretensiones, tan calada está en la conciencias de los juristas españoles la idea de que la «suplicación» es una apelación, que después de copiosa discusión en el II Congreso Nacional de Derecho Procesal, la Conclusión X de la Comisión de «Proceso laboral» decía que «debe mantenerse el recurso de *apelación* ante el Tribunal Central...» (Cfr. estas conclusiones en *Rev. Der. Proc.*, Madrid, 1954-2, pág. 314.)

(112) Cfr., p. ej., Docavo Núñez, «Sobre unificación de fueros», en *Rev. Gral. Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1957 (T. 203), pág. 685 y ss.

encomendada a Salas especiales —personal especializado, naturalmente, y ahí hallaremos una grave laguna del ALOJ— de las Audiencias Territoriales (113) y, por lo tanto, al corolario de que el Tribunal Central de Trabajo debe desaparecer.

9. La alusión por parte del Ministerio de Trabajo a leyes que instauraron una «Jurisdicción de Trabajo» —especial, pues—, y pese a que se reduce a un «petitum» sin fundamentación expresa, nos hace pensar que este «Orden laboral» (114) (por cierto, defectuosamente deslindado desde su origen —especialización del personal judicial— en el ALOJ) se estima debe proceder sobre bases diversas de las de la «Jurisdicción» por antonomasia.

Aunque de modo desordenado, estas raíces aparecen expresadas en la Base 2.^a del ALOJ, siendo fundamentales, a nuestro entender, las de la sumisión estricta a la ley —y sólo a ella, hay que subrayar—, la independencia, inamovilidad y responsabilidad, con respecto a sus órganos de aplicación.

Pues bien, dados estos elementos, expuestos casi completamente, no nos explicamos bien la alusión global a leyes específicas de la Magistratura de Trabajo, de cuyos defectos hemos tratado. ¿Se tratará de un concepto nuevo de «Jurisdicción» que no consistiese en «juzgar» o «conocer» (faltan elementos en la Base 2a, como veremos: el de adoptar medidas cautelares) de modo legal e independiente, por personal inamovible y responsable?

En resumen, y en favor de la unidad de la Jurisdicción —todo atentado contra la misma lo es contra su esencia—, se puede decir que:

- 1.º No hay diferencia entre el acto jurisdiccional común y el laboral.
- 2.º La forma de su ejercicio es la misma; en la generalidad de los casos, las dos manifestaciones son iguales (siempre que no se trate de desorbitar la laboral, como se vió).
- 3.º No existe diferencia entre los actos jurisdiccionales de una y otra en cuanto a su contenido (exceptuando los conflictos económicos y políticos a resolver fuera de su ámbito y, por tanto, por organismos no jurisdiccionales).
- 4.º Ambas manifestaciones —como las demás admisibles— apuntan a un fin que es el de afianzar la justicia, asegurar la paz, el orden, la seguri-

(113) Cfr. la conclusión de los Catedráticos de Derecho Procesal, *supra*.

(114) Es curioso que se haya adoptado una expresión que en el sentido moderno aparece por primera vez en la Constitución de Bayona, Tít. XI, art. 96 y ss.

Cfr. Castán Tobeñas, *Poder judicial e independencia judicial*, Madrid, 1951, página 57 y ss.; Jiménez Asenjo, «La independencia judicial», en *Rev. Der. Proc.*, Madrid, 1950, pág. 439.

dad, cometidos primarios del Estado en sus respectivos sectores competenciales (115).

Sólo veríamos una alternativa, que ya se resolvió históricamente en favor de una Magistratura técnica: la del retorno al sistema jurisdiccional paritario —repudiado legalmente desde 1938—; en tal caso, la concepción de «Jurisdicción» se altera fundamentalmente al reaparecer la idea de la «lucha» incluso con predominio sobre al de «Justicia» en el proceso, con el trasrocamiento correspondiente de valores; pero en este caso, dígame sin ambages, para poder opinar concretamente sobre el punto concreto.

En tal caso sí que cabría pensar en que los conflictos políticos tuvieran una «solución jurisdiccional», que no tendría nada o muy poco que ver con lo «jurisdiccional» de que hemos partido como base.

Y si no es éste el problema que el Ministerio de Trabajo plantea (y se limita al de la atribución del «orden laboral» a funcionarios especializados —en lo que estamos conformes— y mediante un procedimiento basado en ciertos principios de especial aplicación —pero no exclusiva a él—), considérese antes que el proceso de trabajo no es el único, ni mucho menos, y que no puede lanzarse al riesgo de pretender avanzar sólo prescindiendo de contemplar el panorama del proceso civil (116), del cual hasta ahora ha aprovechado en la casi totalidad de sus principios y doctrinas.

10. Hemos de resumir lo hasta ahora expuesto y formular una conclusión que aparecerá así fundamentada —y esperamos que fundada—; que las faltas de motivación son propias de la administración y no de cuanto se refiera —aunque sean meras observaciones— a la organización de los Tribunales.

Una gran parte de la responsabilidad del cansancio para el lector hasta aquí llegado debe recaer sobre quienes no exponen sus motivaciones.

A) Motivo, entre los fundamentales, de la posición histórica del proceso de trabajo y de los especiales organismos juzgadores en el mismo es la falta de adecuación histórica de la Administración de la Justicia civil para tratar y resolver dichos conflictos. Ha llovido mucho en el mundo desde la fecha del Código civil. No podemos desconocer y no desconocemos la trascendencia general de la esfera del trabajo en lo jurídico, aunque sí nos

(115) Cfr. Couture, «El concepto de Jurisdicción laboral», en *Estudios de Derecho del trabajo en honor de Alejandro M. Unsain*, Buenos Aires, 1954, pág. 89 y siguientes.

(116) Cfr., p. ej., Menéndez Pidal, *Derecho Procesal Social*, cit., con sus bases en la doctrina general del proceso civil.

quejemos frente a quienes intentan monopolizar para ella el calificativo de «social» (117).

Esta es la base de que partimos.

B) El proceso civil español, especialmente, anclado en viejas concepciones de épocas en que la esfera del trabajo tenía una importancia infinitamente menor, se ha mostrado inadecuado, por fundamentales razones de su antieconomía, para proveer a la satisfacción jurídica de las numerosas —a veces multitudinarias— partes interesadas, y a atender a la propia política social de los Estados en sus sucesivas manifestaciones.

C) Ha sido este «anclaje» histórico, fundamentalmente —y no ha sido el proceso civil español el único en caer en esta situación inadmisibile—, el que ha promovido el desgajamiento de proceso y tribunales de trabajo. En cuanto a éstos, el sistema de paritarismo de profesionales del trabajo introdujo un elemento nuevo que, si bien debería funcionar como progresivo, pero progresivamente estabilizador de conflictos, en muchas ocasiones históricas, ha introducido también la lucha de clases, modo eminentemente político de ser de las relaciones laborales. Lo político está muy cerca del Derecho material del trabajo y de su proceso; y más si se encomienda a los Tribunales la tarea de resolver conflictos mejor económicos que jurídicos; mejor políticos, al ir precediendo a la ley. Hemos aludido a este factor, sobre todo, en los conflictos colectivos.

D) Pero mientras estas necesidades, inatendidas por el proceso civil, crecían cuantitativa y cualitativamente, otras, primero marginales a lo «social», crecían igualmente al compás del lógico exacerbamiento frente a una legislación históricamente desfasada, y a la participación masiva de personas, despertando su sentimiento de clase social. He ahí la traslación del problema, muy tempranamente, al «trabajo agrícola», cuya manifestación procesal en España se ve en la aparición de un proceso específico; y he ahí una nueva traslación del problema que, esperamos, no dé el fruto de una cesación, al fenómeno de los arrendamientos urbanos (118).

El fenómeno de la tendencia centrífuga con respecto a la Jurisdicción no es, pues, único hacia el «trabajo», sino que se extiende hacia allí en donde las especializaciones de Derecho material aparecen como más acentuadas. (También se ha podido hablar de un «Ordenamiento de la Familia» o «de las Sociedades Mercantiles», por ejemplo) (119).

(117) Sin pretender entrar en polémica sobre este motivo, recordemos el carácter «socializador» o «resocializador» de penas y medidas de seguridad.

(118) Cfr., p. ej., Menéndez Pidal, *La jurisdicción laboral. Su competencia y sus órganos*, cit., pág. 166.

(119) Cfr. el texto de la nota núm. 15.

Pero las necesidades de especialización del Derecho material no tienen por qué provocar necesariamente una escisión de la Jurisdicción y del proceso.

E) Como se ha visto, tradicionalmente —ya casi se puede utilizar este adverbio— se han opuesto a la fusión de la «justicia laboral» con la «justicia civil» varios argumentos, que giran en torno a la noción genérica de adecuación y, por lo tanto, de eficacia y de economía.

a) Falta de especialización de los jueces civiles en los problemas laborales. Si les falta especialización es porque no se les especializa —aunque parezca una verdad de Perogrullo—. Estamos conformes con el argumento, pero no es suficiente para promover la separación del tronco de los jueces ordinarios a los laborales. Una prueba la suministra la legislación orgánica específica vigente para la «jurisdicción de trabajo»: el artículo 10-1 de la Ley de 21-5-1966 y el 1.º del Reglamento orgánico de la Magistratura del Trabajo de 27-7-1968, según los cuales los Magistrados se reclutan por concurso entre funcionarios de las carreras Judicial y Fiscal. Pero también prevén el aprovechar la experiencia procesal civil de estos funcionarios, exigiéndoles cinco años de servicios efectivos en sus carreras de origen. Esta petición se reitera en la «Base» propuesta al ALOJ por el Ministerio de Justicia. Y lo contrario sería extraño, a no ser que se pretendiese montar una «Jurisdicción» totalmente diferente a la que ya hicimos alusión —desempeñada por jueces legos en derecho y profesionales del trabajo, de modo paritario—.

b) La antieconomía del proceso civil. Es cierta en la actualidad. Y no menos es cierto que la política de formular leyes procesales extravagantes en lugar de reformar progresivamente las leyes generales, continuada durante decenios, ha contribuido en mucho al estado actual de cosas y a la aparición del proceso de trabajo, como resultado. Como resultado y no como causa. Que es la que se propugna desaparezca con una buena reforma del proceso civil, la que debe permitir una buena conexión entre el tipo general y lo que de especialidades queden en dicho proceso de trabajo (120).

c) El proceso de trabajo se rige —dícese— por principios diferentes de los que informan al proceso civil. Es cierto en parte; pero todos estos principios pueden reducirse a un sistema único, en el que unos u otros tengan manifestaciones de diferente intensidad. El fenómeno de la llamada «penalización» del proceso civil —inútil apoyarse en bibliografía— está muy extendido. Con respecto a los fenómenos que con especial intensidad aparecen en el proceso de trabajo —presunta desigualdad económica de las

(120) Cfr. nuestras propuestas a la Comisión General de Codificación, en *Sugerencias*, cit., pág. 20 y ss.

partes antes de comenzar el proceso, que debe compensarse en él; manifestaciones muy importantes del litisconsorcio; poderes tuitivos del juez, etc.— éstos pueden y deben integrarse en el sistema general.

De otro lado, algunos de tales principios —expresiones del inquisitivo genérico— aparecen también —y con anterioridad histórica, naturalmente— en el proceso penal. Así, el principio de la «igualdad por compensación» a que hemos aludido —que se califica como primero en el orden lógico del estudio del proceso laboral (121)— aparece también en el proceso penal español y ya lo expone diáfananamente la magnífica Exposición de Motivos de la Lecrim vigente: con mucha mayor gravedad en este orden de cosas, ya que la desigualdad previa al proceso penal ha sido provocada, «calculadamente introducida» por el delincuente, en tanto que la desigualdad económica previa en el proceso de trabajo es totalmente fortuita. Podría pensarse también que el principio penal «in dubio, pro reo» tiene una expresión en el proceso de trabajo: en los anticipos reintegrables condicionados a la confirmación de la sentencia favorable al obrero, recurrida por el adversario.

El mecanismo con el que se provee a obtener la igualdad de las partes es el mismo que actúa en el proceso penal: estriba en conceder al juez autoridad equilibradora.

Si el proceso de trabajo debe funcionar bajo el imperativo lógico de la celeridad —siempre que en su beneficio no se eliminen garantías fundamentales— ocurre que esta celeridad, esta economía, no sólo la necesitan trabajadores y empresarios, sino todos los ciudadanos justiciables. Y en esta materia, justo es reconocer que el proceso de trabajo, en España, es el adelantado de la reforma procesal y, corrigiendo los errores de su procedimiento (122), puede y debe aceptarse como diseño general básico para un juicio civil arquetípico (123).

F) La existencia de «dos jurisdicciones» supone, o bien desconocer que los principios e instrumentos a su servicio son los mismos (independencia, sujeción solamente a la ley, inamovilidad y responsabilidad de sus órganos, mediante el «juicio», el hacer ejecutar lo juzgado, el adoptar medidas cautelares), o bien que se tiende hacia otro tipo de «jurisdicción», que no vemos

(121) Cfr., p. ej., Couture, «Algunas nociones fundamentales del Derecho procesal del trabajo, en *Estudios de Derecho Procesal civil*, Buenos Aires, 1948, I, pág. 275 y siguientes.

(122) P. ej., la desigualdad con respecto a la contestación a la demanda, que repercute, a su vez, en la mayor dificultad para la proposición de prueba de la parte actora; la falta de una apelación más amplia que la actual «suplicación», etc.

(123) Cfr. Frg. en Fairen, «Reducción y simplificación de los tipos procesales», en *BIEDP*, 1954, núm. 47 (Ponencia aprobada en el II Congreso Nacional de Derecho Procesal, Madrid, 1964); *Sugerencias*, cit., pág. 168 y ss. y 229 y ss.

posible sino como la aceptación de Tribunales paritarios de jueces legos en derecho y profesionales del trabajo. Sólo así comprenderemos un verdadero anhelo secesionista y la necesidad de un tipo de proceso casi totalmente o totalmente distinto del civil y de su sistema de principios políticos y técnicos. Mas no creemos que el Ministerio de Trabajo quiera adoptar esta vía a través de su propuesta «Base» o enmienda.

G) El problema debe centrarse en un estado actual de cosas, según el cual la Magistratura de Trabajo y el Tribunal Central están integrados en el Ministerio de Trabajo, administrativa y disciplinariamente. Entendemos que deben reintegrarse al Ministerio de Justicia, mientras no se nos exponga una argumentación fundada en favor de lo contrario. Caben las siguientes especialidades:

a) Personal especializado —lo cual también se predicará para los procesos restantes—.

b) Unidad orgánica de los Tribunales «ad quem», siempre en colegios especializados de los mismos. La «suplicación» es una apelación insuficiente como garantía de una única instancia y debe ser sustituida por un recurso más amplio ante las Salas de lo Laboral de las Audiencias Territoriales.

c) Ampliación de la casación o creación de un recurso específico ante el Tribunal Supremo —puede pensarse en una Sección o Sala especial— para los casos de conflictos colectivos.

d) Eliminación de todo aspecto político y económico hacia el futuro de la jurisdicción. Los problemas de esta índole deben ser examinados y resueltos por otras entidades y no por ella, salvo en los casos en que se hubiere producido una infracción de norma legal —conflictos jurídicos—. Esto puede destacar, sobre todo, en los conflictos colectivos.

11. Admitimos, pues, sin perjuicio de ulteriores comentarios (124) el que la materia (el «orden») laboral la dirijan elementos judiciales especializados, pero, en tanto no conozcamos minuciosamente *todas* las razones que abonan por el mantneimiento de la anomalía de que no estén integrados

(124) Los haremos sobre aquellas Bases, como la 11 y otras, en que se trata del Tribunal Central.

Una cuestión desorientadora es la que suscita la ignorancia sobre si las «variantes» que se ofrecen a la consideración de los organismos informantes, fueron redactados como consecuencia de la «Base» propuesta por el Ministerio de Trabajo —esto es, Tribunales Centrales como concesión— o no; la introducción de las mismas supone un elemento perturbador, y aún más si, como indica la nota a la Base 24-5, se persistiese en la idea de la subsistencia del Tribunal Central de Trabajo, no creándose Salas de lo Laboral en las Audiencias Territoriales.

en el Ministerio de Justicia, dichos jueces y Tribunales, a nuestro juicio, deben estar adscritos al mismo como todos los demás.

Y en virtud de las consideraciones hasta aquí expuestas, se informa que, a nuestro entender, debe ser inatendida la Base propuesta por el Ministerio de Trabajo; suprimido el Tribunal Central de Trabajo y el actual recurso de «suplicación» (125), con las correspondientes Bases al mismo; regularse bien y claramente el sistema y mecanismo de la especialización del personal judicial —y ello no sólo en exclusivo favor de los jueces de trabajo, naturalmente—; debe ser totalmente unificada la jerarquía de los Tribunales, con una cabeza exclusiva en el Tribunal Supremo (126).

(125) Rogamos atención a los redactores de los «resúmenes» que el propio Ministerio de Justicia viene publicando en sus *Cuadernos informativos*, en cuanto a la relación de todo este capítulo con las Bases 11, 12, 13, 23 y otras (Tribunal Central de Trabajo), para evitar que ocurra en los mismos lo ya ocurrido con motivo del informe al APC de la Universidad de Valencia; esto es, el olvido casi total de «resumir» su primera parte, de sugerencias genéricas y sistemáticas (135 págs. en 4.º del informe publicado, cfr. nuestra obra *Sugerencias*). En sus puntos respectivos, haremos referencias al contenido de este capítulo, pero conste la advertencia, nacida de esa experiencia nada agradable.

(126) Cfr. la crítica de las Bases 11, 12, 14 y 24, sobre la continuidad del Tribunal Central de Trabajo o creación de varios.

CAPITULO II

LA ESPECIALIZACION DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES

1. Debiendo pasar a otro problema general inmediatamente, no deberíamos ahora examinar el de la especialización de los jueces; pero a él nos ha llevado el de las relaciones entre los laborales y los civiles, que acabamos de tratar; y como nuestra opinión tiene como fundamento básico la necesidad de especialización de los jueces —y no sólo de los de trabajo—, es el momento de examinar el ALOJ y el tratamiento que da a la misma.

A partir de la Base 4.^a comienza a aparecer la expresión «órdenes judiciales», aplicada, sin duda, a los cuatro que integrarán la organización jurisdiccional unitaria.

Pero no queda nada claro cómo se produce el ingreso y la especialización en las materias correspondientes a cada uno de ellos, y esto es muy grave, máxime por la resultancia administrativa —en materia de ascensos— que se le da en varias Bases.

Está claro que el ingreso en la carrera Judicial es único y por el sistema de oposición (Base 50).

Pero cuando se trata de cubrir las vacantes «de Magistrados que se produzcan en cualquier Audiencia, Magistratura, o en los Juzgados de primera instancia de capital de provincia o radicados en poblaciones de más de cien mil habitantes», éstas «serán cubiertas por concurso de antigüedad entre Magistrados adscritos al orden judicial en que se produjo la vacante» (Base 55-1); y si quedaren aún plazas desiertas, se cubrirán: «a) Una tercera parte por concurso de antigüedad entre Magistrados de cualquier orden judicial».

Pues bien, lo que no se fija es cómo se pasa de la formación general demostrada en la oposición de ingreso en la carrera Judicial, a esa adscripción

«a un orden judicial determinado», que tanta influencia tiene ya en cuanto a lo que es en realidad un ascenso.

Tom poco se fija si la oposición restringida entre jueces (127), a la que se refiere la Base 55-2-b), será una oposición específica con respecto a cada «orden judicial».

Y, finalmente (Base 55-d-c), se produce una promoción «de ascenso por antigüedad de jueces de primera instancia», esto es, entre jueces civiles (¿y penales?).

En resumen; el ALOJ parece confiar la especialización al azar, con laguna en cuanto a su comienzo en un punto ulterior al ingreso —general— en la carrera y otro en el que aparecen ya funciones específicas para los diversos «órdenes judiciales».

Y esta «adscripción», que comenzó no sabemos cómo ni cuándo, sigue surtiendo consecuencias orgánicas, tanto más graves cuanto que son superiores: en efecto, para proveer las vacantes en las diversas Salas del Tribunal Supremo, en la Base 52 aparecen dos turnos en favor de «Magistrados adscritos permanentemente al orden judicial en que se haya producido la vacante, con los mismos años (veinte) de servicio y en la categoría».

«Adscripción»; su transformación en «adscripción permanente»; todo esto precisa de una aclaración, sin lo cual, y aunque sólo fuese por esto, nos resultan inadmisibles las Bases 52 y 55; la constitución orgánica de los «órdenes judiciales» es asunto primordial para dejarlo en zona no completamente iluminada.

Sólo queda la posibilidad de ver la clave legal futura de la especialización en las funciones, en que esa oposición restringida entre jueces (128) de la Base 55-2-b) se organice a efectos de dicha especialización y adscripción a un orden judicial determinado; pero ello no resuelve el problema, ya que esta oposición aparece de modo subsidiario (letra b) a la primera, la cual considera ya creado un orden judicial, una adscripción y una antigüedad en el mismo (Base 55-1).

Y además, la constitución de las «plantillas» queda a cargo del «Ministerio de Justicia, oídos los órganos de gobierno de la Jurisdicción, de acuerdo con las funciones que a cada oficio se atribuyan en la Ley Orgánica y en las procesales» (Base 44-1).

(127) «Otra tercera parte, mediante oposición a la que podrán concurrir los Jueces de primera instancia y los Abogados fiscales que reúnan las condiciones que reglamentariamente se establezcan.»

(128) El «concurso» exigido actualmente por las disposiciones orgánicas laborales es una pauta a seguir, desarrollándolo por medio de pruebas —no tienen necesariamente que adecuarse al anticuado concepto de la oposición memorística— que acrediten la vocación y preparación específica de los jueces.

Luego la amplitud de las plantillas, y por lo tanto la cantidad de personal judicial que integraría cada orden judicial, viene a depender del Gobierno. Y el número de vacantes, como consecuencia, y la última, la entrada en juego de las Bases 55 y 52.

Esto es, parece predominar un criterio estrictamente administrativo y jerarquizado en cuanto a las posibilidades de «adscripción» (léase especialización). Y esto no es posible. De acuerdo con una limitación administrativa cuantitativo del personal judicial, las cualitativas deben tener su clave en la vocación individual de cada juez.

Si el problema es grave en sí, lo agrava aún más la posición del Ministerio de Trabajo, que en su «Base» hace hincapié en la especialización de sus propios jueces (tácitamente, al aludir a diversas leyes orgánicas basadas en esta especialización); pero no se trata ya solamente del proceso de trabajo y de sus problemas.

En efecto, en materia penal el APP introduce un «Juez penal»; mas sin necesidad de invocar esos textos, desde nuestro Dorado Montero y después Jiménez de Asúa, se insiste en la necesidad de dotar de especialización al juez penal (129). La creación de Tribunales Territoriales de lo Contencioso-administrativo con personal especializado —por oposición— fue bien acogida. Por lo tanto, el problema es general. Razón de más para pedir que se esclarezca totalmente el modo de constituirse esos «órdenes judiciales»; puede decirse que en ello está, no sólo la clave de la solución del conflicto de la llamada «jurisdicción laboral» —aparte los problemas del proceso, de que ya tratamos en el Capítulo I—, sino una de las del éxito de una futura Ley Orgánica.

Por lo tanto, no será posible admitir ninguna de las Bases del ALOJ que haga referencia a los «órdenes judiciales» en tanto no se exponga claramente el modo de constituirse éstos.

(129) En el informe de la Universidad de Valencia sobre el APP (Cfr. Fairén, *Presente y futuro del proceso penal español*, pág. 97 y ss.), nos referíamos a la especialización en cuanto a la dirección del proceso penal ejecutivo.

CAPITULO III

EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGANICA Y LA LEY PROCESAL GENERAL

El título VII del ALOJ (Bases 70 a 80) no corresponde a una Ley Orgánica. El ALOJ se ha excedido.

Ha ocurrido lo que temíamos. En efecto, en el APP, y desde su Base 4a, a la 11, se leía de su carácter de «eventuales hasta tanto se determine el contenido previo de la Ley Orgánica». Y la Base 26 del mismo («De los actos procesales y ordenación del proceso») reza así:

«Los actos procesales, en cuanto se refiere a los requisitos de la actividad, contenido y efectos, así como la ordenación del proceso, se regularán por las disposiciones comunes que para todos los órdenes jurisdiccionales se establecen en la Ley Orgánica de la Justicia (o en la Ley especial que regule esta materia).»

En relación con estas Bases, decíamos en nuestro informe sobre el APP:

«... parece inducirse que se trata de crear una «Ley procesal general» que ya preconizamos desde hace años» (130).

«... sería abusivo el arrastrar a esa Ley general todo lo referente a la doctrina de los actos procesales penales, sin dejarles sus necesarias especialidades frente a los correspondientes a otras especies de proceso. Precisaré matizar mucho sobre lo «unificable» y «uniformable» y aquello que no puede serlo».

«Lo que nos parece *imposible* —o peor aún, absurdo— es unificar lo referente a los actos procesales en una «Ley Orgánica de la Justicia». Esta

(130) Fairén, *Sugerencias sobre el «Anteproyecto de Bases» para el Código procesal civil*, Valencia, 1966, pág. 17 y ss.

expresión (131), ya utilizada por Iturmendi en 1964, no daría la medida de un contenido *que incluyese normas procesales y no orgánicas*, como lo son las aludidas por la Base 26. Denominación errónea y a sustituir en su día —sin perjuicio de una verdadera y futura «Ley Orgánica»— por la de ley «procesal general» (132).

Para aclarar las cosas interesa hacer algo de historia :

En 1964, el entonces Ministro de Justicia, Iturmendi Bañales, refiriéndose a la reforma en curso de la «organización y procedimiento de la Justicia», hacía referencia a «tres Códigos» (133) : una Ley Orgánica, un Código procesal civil y un Código procesal penal; y nada más. No se pensaba, pues, en una «Ley procesal general» intermedia entre la Orgánica y las procesales especiales.

Efectivamente, en 1966 se dió a información pública por las Universidades, etc., un APC, el cual se limitaba exclusivamente al ordenamiento procesal civil: ni una sola alusión a la posibilidad de formular proyectos de normas comunes a todos los procesos (o al menos, al civil y al penal).

Hasta aquí, pues, la Comisión seguía el primitivo Plan, sin interferencia de elementos nuevos o de nuevo descubrimiento.

Pensando en que nos hallábamos ante la oportunidad —soñada— para acompañar las futuras construcciones legales a los adelantos de la doctrina y aún de la legislación comparada procesales, y en consecuencia, formular un anteproyecto de bases de una Ley procesal general que contuviera la materia susceptible de unificación y de uniformación hoy día desparramada en diversos conjuntos de normas, al informar la Universidad de Valencia, a través de nuestra pluma, proponíamos un Plan para el Ordenamiento procesal, que consistía en lo siguiente:

Encabezándolo, el proceso o procesos constitucionales a crear.

En rango inferior a dicha ley, las siguientes:

I.—Ley Orgánica del Poder Judicial.

II.—Ley Procesal general.

(131) Defectuosa expresión que calificaremos, infra.

(132) Cfr. Fairén, ob. cit., *Presente y futuro del proceso penal español*, ed. Valencia, 1967, pág. 13 y ss.

(133) Cfr. Iturmendi Bañales, *Perfeccionamiento de la organización y procedimiento de la justicia*, Discurso de Apertura de los Tribunales, 15 de septiembre de 1964, Madrid, 1964, pág. 76.

Comentamos este Discurso desde el punto de vista de su inclusión en el mismo de toda una serie de ideas, dadas a la publicidad por nosotros en años anteriores (Cfr. Fairén, «La historia de proceso civil y la reforma de la justicia en España», en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1965-I, passim).

- III.—Ley Procesal civil (conectada con la Ley concursal, a la que debería poder absorber en el futuro: así como con la legislación hipotecaria).
- IV.—Ley Procesal del trabajo (también con aspiraciones de reunificación).
- V.—Ley Procesal penal.
- VI.—Ley Procesal contencioso-administrativa.
- VII.—Ley de Arbitraje.
- VIII.—Ley de Jurisdicción voluntaria (a modo de Apéndice).

La reunión armónica de estas leyes o Códigos formaría en su total un Código judicial y parajudicial.

En cuanto al contenido posible de esa Ley Procesal general, hacíamos notar un ejemplo del Rättegångsbalk, sueco, destacando la existencia en el mismo de normas comunes a los procesos civil y penal:

«I Sección.—Tribunales» (he aquí la parte más discutida por quienes no conocen la especial formación y psicología de los jueces suecos).

«II Sección.—III. Disposiciones generales».

«Cap. 32.—Plazos e impedimentos legales».

«Cap. 33.—Escritos procesales y notificaciones».

«Cap. 34.—Impedimentos procesales».

«III Sección.—La prueba».

Es común a los procesos civil y penal, y a nuestro entender, la parte más interesante de todo el Código.

«V, VI y VII Secciones.—Recursos («procesos ante los Tribunales» y «procesos ante el Tribunal Supremo»)».

Las normas referentes a los recursos penales están tomadas en gran medida de los civiles, excepto en lo relativo a la motivación, especialmente, como es lógico, de los recursos ante el Tribunal Supremo, de naturaleza muy diferente y combinada en relación con nuestras apelación, casación y revisión (134).

En nuestra exposición enumerábamos ordenadamente «aquellas materias que, a nuestro entender, son susceptibles de ser tratadas de un modo uniforme para todos los procesos y que en no pocos casos se hallan ya uniformadas e inútilmente reiteradas, en nuestras diversas leyes orgánicas y procesales».

1. Con respecto a los Tribunales y a su actuación.
 - A) Abstención y recusación.
 - B) Responsabilidad judicial civil y penal.

(134) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 14 y ss.

- C) Vista y despacho de los asuntos.
 - D) Magistrados ponentes.
 - E) Discusiones y votaciones de las resoluciones judiciales.
 - F) Auxilio judicial.
2. Con respecto a las partes (135), representantes y defensores.
- A) Postulación y defensa personales o por procurador y abogado, respectivamente.
 - B) Constitución, alteraciones y extinción de las relaciones de la parte con procurador y abogado.
 - C) Garantías de los derechos de procurador y abogado.
3. Con respecto a los actos procesales.
- A) Requisitos y presupuestos de los actos procesales.
 - a) Los impedimentos procesales genéricos.
 - b) Las consecuencias de la falta de requisitos y presupuestos de los actos procesales. La nulidad y sus diversas magnitudes.
 - B) La forma de los actos procesales.
 - a) El principio de escritura.
 - a') La forma de los escritos de las partes.
 - b') La forma de las resoluciones judiciales.
 - c') La forma de los actos de documentación.
 - b) El principio de oralidad.
 - a') La forma de las audiencias.
 - b') La forma de las declaraciones concretamente.
 - c) Principios de concentración y de orden legal de los actos.
 - a') Preclusión y eventualidad.
 - d) Principios de publicidad y del secreto.
 - C) El tiempo de los actos procesales.
 - a) El impulso judicial.
 - b) Términos y plazos.
 - a') Su cómputo.
 - b') Prorrogabilidad e improrrogabilidad.

(135) Con respecto a las partes procesales en sí, ya vimos en otro lugar (Fairén Guillén, «Ideas sobre una teoría general de Derecho procesal», en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1966, núms. I y III, § 8, C), nuestro pensamiento y las gravísimas diferencias que existen y seguirán existiendo entre los procesos penal y no penales. Cfr. también Fairén Guillén, «El proceso como satisfacción jurídica», en *La Ley*, Buenos Aires, 1968, 6 de agosto; y «El proceso como satisfacción jurídica», en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid (en prensa), y en *Temas del Ordenamiento procesal*, Madrid, T. I, 1969.

- D) La comunicación de los actos procesales.
 - a) Las notificaciones en sus diversas especies.

4. Con respecto al proceso declarativo.

Se debe tender a la unificación y, si no es posible, a la uniformación de la prueba, materia muy amplia, pero susceptible de hacerlo en gran parte, como se ha mostrado en el Rättegångsbalk de Suecia, en su III Sección, sin perjuicio de sus especiales, que tampoco serían escasas.

Se debe tender igualmente a la unificación del sistema de medios de impugnación en cuanto a sus tipos, el concepto genérico de gravamen, efectos de aquéllos, el problema de la «reformatio in peius» y el procedimiento, susceptible de ser unificado en torno a un patrón dúctil, tanto en apelación como en casación.

5. Con respecto al proceso ejecutivo.

- A) El embargo ejecutivo.
- B) Realización de bienes (a efectos de la ejecución de las penas patrimoniales, sin dejar de tener en cuenta su carácter personal) (136).

6. Con respecto al proceso cautelar.

- A) Ciertos cometidos personales (manifestación de personas).
- B) Fianzas.
- C) Embargos preventivos (la cuestión está ya muy cerca de la unificación, en virtud del artículo 614 de la Lecrim.).
- D) Secuestro.
- E) Aposición de sellos y otras medidas.
- F) Astricciones y constricciones.

7. Con respecto a los efectos económicos del proceso.

- A) Las costas.
 - a) Principios generales sobre su contenido.
 - b) Su exacción (ya unificada, según el artículo 245 de la Lecrim.).
- B) La exención de las costas.
 - a) Concepto y gradaciones de la pobreza (fundamentalmente es lo mismo, artículos 123 y siguientes de la Lecrim.).
 - b) Tramitación del beneficio de pobreza (ya unificado por el artículo 129 de la Lecrim.).

(136) Cfr. sobre este tema, *Función del proceso como satisfacción jurídica*, cit. en nota anterior.

«Estas son las materias que vemos hoy día, sin excesivo esfuerzo, más cerca de la unificación legislativa. La más difícil de todas ellas sería la probatoria y sus primeras dificultades surgirían por ser una de las materias más defectuosas de nuestro ordenamiento jurídico, comenzando por la anómala distribución de sus normas entre el Código civil y la Lec.»

«Al Derecho procesal y no al civil, al mercantil, al administrativo, al laboral o al penal corresponde gran parte del tratado de la prueba; ponerla al día ha de suponer el llegar a la unificación de sus concepciones básicas y, en su caso, de los principios generales que deben regirla en común para todos los procesos (tema de la prueba; principios de su aportación por las partes y oficial y sus límites; carga de la prueba, su distribución, límites y desaparición; momentos capitales del desarrollo de la prueba; sistemas de su aproviación; principios generales de la técnica probatoria) (137); todo esto no se puede improvisar, ni tampoco se puede romper de un solo golpe —sería inhábil— el dique de mal entendido tradicionalismo que se opondría. Por ello, la unificación legislativa, en este momento histórico, habría de referirse solamente a los conceptos básicos» (138).

El informe correspondiente se elevó por la Universidad de Valencia al Ministerio de Justicia en junio de 1966.

Otros informes (139) también preveían y preconizaban una unificación normativa «a iniciar» —pero no iniciada —«con motivo de la reforma de la legislación procesal civil» (140), pero se apreciaba en ellos una tendencia clara a concentrar ese contenido «procesal general» sobre la Ley Orgánica (141), y esto es a nuestro entender, incurre en dos defectos; no tener en cuenta la idea de una «Ley procesal» —y no orgánica— general, en la que

(137) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, «La trayectoria y contenido de un teoría general del proceso», en *Jus*, México, 1950, pág. 174 y ss.; Fairén Guillén, *Ideas*, cit., núm. 17, *passim*.

(138) Esto es lo que decíamos en nuestra obra *Sugerencias, etc.*, (pág. 17 y ss.) que hemos reproducido por entender que se trata de la última oportunidad de invitar a la meditación y a la adopción total de este sistema y correspondiente plan de trabajo para su elaboración prelegislativa.

(139) Cfr. el de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (redactor, prof. Prieto Castro), en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1967-I, pág. 18 y ss.; el del Ilustre Colegio de Secretarios Judiciales (redactor, prof. Herce Quemada) en la misma rev., 1967-II, pág. 12 y ss.; Ponencia a la IV Jornada de Profesores de Derecho Procesal (Salamanca, 1968) (Ponente, Prof. Miguel Alonso), en la misma rev., 1968-II, pág. 27 y ss. con ref. al Informe emitido de la Real Academia cit., pág. 18.

(140) Cfr. Informe de la Real Academia, cit., pág. 18 (también, Prieto Castro).

(141) Informes de la Real Academia, cit., pág. 18; (también Prieto Castro), «puntos de vista generales sobre la reforma de las leyes de la justicia», en la misma rev., 1965-III, pág. 52 y ss.) y del Ilustre Colegio de Secretarios Judiciales, pág. 12 y ss.

caben de modo más apropiado las normas sobre «el funcionamiento de los Tribunales» —que si es jurisdiccional, constituye el proceso—, y llegar a la unificación normativa *parcial*, desaprovechando la ocasión magnífica que se presenta para extenderla hasta allí a donde pueda ser factible, en relación con las posibilidades que cada institución, cada figura y cada fenómeno procesales ofrezcan a la luz de la doctrina y de la legislación.

Siguiendo adelante con esta pequeña historia, en la primavera de 1967 se pidió a diversas entidades jurídicas información y sugerencias sobre el APP. Ya aludimos al contenido de sus Bases 4 a 11, declaradas «eventuales» y a la remisión de la número 26. *Las Bases 4 a 11*. Estas Bases tenían el siguiente contenido: 4a. APP, «De la jurisdicción» (duplicada en la Base 2a. 1.º del ALOJ; Base 5a APP, «Cuestiones perjudiciales» (duplicada en gran parte pero no totalmente por la 6a. ALOJ) (142); Base 6a. APP, «Auxilio jurisdiccional interno» (duplicada en parte en la Base 2-5.º del ALOJ y en la 7a. 2); Base 7a. APP, «Auxilio jurisdiccional internacional» (duplicada con diferencia de lenguaje y de contenido por la 7a-2 del ALOJ); Base 8a. APP, «Conflictos jurisdiccionales» (duplicada y desarrollada en algo por la 8a. del ALOJ); Bases 9, 10 y 11, «De la competencia (interna) y sus clases»; «objetiva»; «funcional» (sin equivalente en la 9a. del ALOJ, que vuelve a remitir en su número 2 a los Códigos procesales). *La Base 26*: su contenido es extensísimo y remite una gran parte del derecho procesal penal a la Ley Orgánica.

Se comenzaba por no eliminar duplicidades, ya que en el APC no se había contado con esta futura y posible regulación general; así, en la Base 13 de este último se trataba de la «abstención y recusación» (y sin dar a esta Base el carácter de «eventual» a reservas del contenido de la LO); por su parte, el ALOJ vuelve a tratar, en su Base 59, de la «abstención y recusación». Viéndose a considerar la figura a) como procesal civil y b) como una faceta del problema de las incompatibilidades del personal judicial, el resultado es una duplicidad de la futura regulación.

El Título VII del ALOJ comprende las siguientes materias: («De la actividad judicial»).—Cap. 1.º, «Del lugar de la actividad judicial»; Cap. 2.º, «Del tiempo de la actividad judicial»; Cap. 3.º, «De la forma de la actividad judicial»; Sección 1a., «De la actividad jurisdiccional»; Parágrafo 1.º, «Del despacho y vista»; Parágrafo 2.º, «De las resoluciones judiciales»; Parágrafo 3.º, «De los actos de comunicación con las partes y terceros»; Parágrafo 4.º, «Del impulso y constancia procesales»; Parágrafo 5.º, «De las correcciones

(142) La Base 6.ª del ALOJ no alude a la legitimación exclusiva del MF para promover los procesos de estado civil de las personas. Como esta cuestión es muy grave, la abordaremos al tratar de las facultades del MF según la Base 68 ALOJ.

disciplinarias»; Sección 2a., «De la actividad de gobierno de los órganos judiciales».

Una gran parte de este contenido, en el estudio de las respectivas Bases, no es «orgánico», no es de «organización» de los Tribunales; cierto es que se refieren al «funcionamiento» de los Tribunales; pero ese «funcionamiento», si no es el administrativo («de gobierno», Base 81; y las correcciones disciplinarias profesionales), es *jurisdiccional*, y por lo tanto, se trata de «actividad procesal», de «actos procesales» que deben estar incluidos en una Ley procesal (sea en la general, sea en las especiales para cada orden de proceso): no se puede negar, por ejemplo, que el principio del «impulso oficial» (Base 78), que, naturalmente, afecta al Tribunal, es un principio del procedimiento derivado de un sistema procesal determinado.

Como esta intromisión de la LO en materia procesal —aunque fuera con fines de unificación, muy plausibles en sí, pero aplicados a deshora— no se preveía por los redactores del APC, en 1966 —véase su texto y no se apreciará un solo indicio en dicho sentido, de lo cual nos quejábamos (143)—, es indudable que en pleno desarrollo del primitivo plan (Ley Orgánica, Código procesal civil y Código procesal penal) surgió la idea que desvió el trabajo.

El Ministro de Justicia, Oriol y Urquijo, expone así el «processus» que se ha producido:

«Si la actividad judicial al manifestarse en distintos órdenes ofrece variaciones de matiz, no son éstas tan fundamentales que no puedan reducirse a unas líneas generales que evitarán la necesidad de que en las Leyes procesales se consignen las normas relativas a esta materia, con una gran repetición de artículos, porque, como decimos, son idénticos o muy parecidos los principios que las inspiran.»

«La observación de estas semejanzas y la conveniencia de evitar inútiles repeticiones han motivado que se hayan propugnado como soluciones, bien el traslado de la regulación de estas materias a la Ley Orgánica, en la que tienen perfecto encaje por referirse a un aspecto esencial del órgano judicial, como es su actividad, o bien crear con ellas, y otras normas de orden procesal, un Código destinado a ser común para todos los órdenes judiciales.»

«Ha parecido preferible la primera solución y ésta es la que se ha seguido, llevando al Anteproyecto la Ley Orgánica las diversas normas sobre el lugar, tiempo y forma de la actividad, requisitos y eficacia y, en general, cuantas determinan el modo de actuar de los Tribunales» (144).

(143) Cfr. *Sugerencias*, cit., pág. 16 y ss.

(144) Cfr. Oriol y Urquijo, *El Plan de Reforma de la Justicia y su estado actual*, Discurso de Apertura de los Tribunales, septiembre de 1868, Madrid, 1968, pág. 41 y siguientes.

Hubiera sido muy interesante conocer las razones que impulsaron a seguir la indicación más limitada y más incorrecta según nuestras ideas, anteriormente expresadas; pero fijándonos en el contexto del discurso del Ministro de Justicia —que a continuación pasa a examinar los «Anteproyectos» procesal y civil ya existentes e informados por las entidades jurídicas—, esta razón aparece clara: se trata de conservar lo hecho hasta el presente, aunque en el APC no se demostrase pensar en esa «Ley general» ni en esa inclusión de normas en la LO a efectos de evitar su repetición; se ha cambiado de Plan en pleno desarrollo del primero, y ahora aparecen los dos mezclados.

De otro lado, insistimos en nuestras razones en favor de esa «Ley procesal general» y no de una simple evitación de «normas repetidas»; no se trata de una función negativa (suprimir repeticiones), sino positiva (construir como unitario o uniforme lo que sea doctrinal y legalmente posible).

Nótese que los dos Informes que invitan a incluir en la futura LO una serie de normas, de las cuales, no pocas son procesales, están pensando en la Ley de Enjuiciamiento civil, esto es, en una parte del ordenamiento procesal y nada más (145); que, concretamente, el informe de la Real Academia de Jurisprudencia habla de «iniciar la labor de unificación con motivo de la reforma de la legislación procesal civil» (146) —iniciar, pero lógicamente «completar» en la reforma de todo el ordenamiento—; y lo que se ha hecho es «iniciar» la tarea dejando una laguna en el APP y remitiendo al final del ALOJ (dejando, v. gr., en esta laguna a toda la prueba procesal penal propiamente dicha, de lo que ya protestamos) (147); esto es, se trata de una «iniciación de la unificación» tardía y errónea pero limitada (148); para dejar fue-

(145) Cfr. el Informe de la Real Academia de Jurisprudencia, rev. cit., pág. y ss.; el del Ilustre Colegio de Secretarios Judiciales, ídem, pág. 12 y ss. cits.

(146) Loc. cit., pág. 18.

(147) Informe de la Universidad de Valencia, publ. como *Presente y futuro del proceso penal español*, Fairen, pág. 81.

(148) No aludimos a otros Informes oficiales emitidos por no poseer su original. En efecto, los *Cuadernos Informativos* en los que el Ministerio de Justicia publica un «resumen» de los mismos —lamentamos haber de decirlo, y la prueba de estas palabras se halla ya próxima a ser publicada como rectificación debida— contienen graves inexactitudes fácilmente cotejables.

Comparando los «resúmenes» que se imputan al Informe de la Universidad de Valencia, con el texto del propio Informe (el procesal civil) ya publicado (Cfr. *Sugerencias*, cit.), hemos hallado pasajes en que se nos atribuye una opinión *totalmente contraria* a la que expusimos.

Así, p. ej., con referencia a la posible introducción en el ordenamiento procesal español, de las astricciones y constricciones, véase lo que dice el «resumen»: «Universidad de Valencia. Estamos en absoluto desacuerdo en relación con la conveniencia de introducir una disciplina general de las astricciones y constricciones que, por

ra del marco de esa «unificación» a toda una serie, no ya de simples normas, sino de figuras procesales completas, y con olvido de que la función jurisdiccional del tribunal es... procesal.

Así, pues, con intención laudable, los autores del ALOJ han introducido en su seno normas procesales fácilmente distinguibles; pero han adoptado una posición contestable por limitada y asistemática, cuando lo que procede, según seguimos estimando, y por la propia argumentación aquí aportada, es seguir, sí, el camino de la unificación o de la uniformación cuando aquélla no sea posible, pero tornando previamente al principio de la reforma y

otra parte, se hallan, aunque desordenadas y fragmentarias, en el Ordenamiento vigente» (a la Base 35, *Cuadernos Informativos*, núm. 3, b).

Informe de la Universidad de Valencia: «Conclusión núm. 23.—Un futuro Código debe dar entrada, con prudencia, y en este lugar —aunque se haya hecho alusión a ellas como medidas aseguratorias— a las astringencias y constricciones, así como, también con carácter de aplicabilidad general, a las cauciones procesales cautelares» (Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 250. Cfr. el desarrollo de esta idea de aceptación en España de astringencias y constricciones, en págs. 86 y ss., 118 y ss. y 159, de las que resulta esta conclusión). Los redactores del «Resumen» no consultaron o evacuaron la cita de la pág. 159, y de esa superficialidad proviene el garrafal error.

Hay otros más, que puntualizamos en la rectificación citada de publicación inminente.

En cuanto al «resumen» del Ministerio de Justicia sobre el APP en sus *Cuadernos Informativos* (núm. 5), aunque menos desacertado con referencia al Informe de la Universidad de Valencia, también contiene gravísimos errores.

P. ej., con respecto a la Base 23-2-2.^a del APP («La competencia del Tribunal alcanzará al total resarcimiento del daño independientemente de su cuantía»), el «resumen» dice así:

«Universidad de Valencia. Facultad de Derecho: Aunque se intuye el sentido correcto de este fragmento, su expresión es defectuosa. Mediante una «acción penal no se deben imponer medidas de seguridad. Ello muestra una vez más cómo estas medidas «se sienten» como «penas» cuando su función y estructura son completamente deferentes. Insistimos una vez más en la división bipartita del futuro Cuerpo legal (preventivo y represivo).»

«Conectada esta Base con la 19 y la 25-3, no vemos inconveniente en mostrarnos de acuerdo con ella.»

En el Informe, conectando la Base 19 con la 23-2-2.^a, se decía: «La Base 23-2-2.^a debe ser retirada» (Cfr. *Presente y futuro*, cit., pág. 51). Conclusión núm. 16: «Estamos en total desacuerdo con que la «competencia del Tribunal alcance al total resarcimiento del daño independientemente de su cuantía» (pág. 103).

Esto es, se nos atribuyen opiniones totalmente contrarias a las que emitimos e hizo suyas la Facultad de Derecho de Valencia.

No sabemos si con referencia a otros informes se han cometido en los «resúmenes» de los *Cuadernos Informativos* tamañas inexactitudes, pero las cometidas con respecto a nuestro propio informe nos han puesto en guardia frente al total de los mismos.

atacando el problema ya en el primer Anteproyecto, que debe ser, desde el punto de vista procesal, el de la «Ley procesal general», la cual debe ser la base de dirección y decisión sobre el contenido de las especializaciones a remitir, a su vez, a las leyes sobre cada «orden judicial».

De ser útil lo hasta ahora hecho, esta utilidad se mantendrá firme; lo que procede es no solamente suprimir las actuales reiteraciones, sino trasladar a los Anteproyectos las conclusiones doctrinales y comparativas que tienden a extirpar especialidades desprovistas de verdadero fundamento, así como conservar —y si es preciso incrementar— aquellas que lo merezcan, siempre dentro de un sistema unitario.

Si por mal entendidas prisas o agobios provocados por voluntades buenas pero desconocedoras de la gravedad y responsabilidad que supone la elaboración de toda una nueva ordenación procesal, se siguiere el camino tardíamente emprendido, y se mantuviere el Título VII del ALOJ —con todos los inconvenientes que tiene el quedarse a mitad de un camino sin abandonar antes otros emprendidos anteriormente y con error, —los de dos códigos procesales sin pensar en una ley procesal general previa—; si se menosprecia la oportunidad histórica que se presenta actualmente —oportunidad para la cual la doctrina española está preparada sin acudir al arbitrio— de construir el Ordenamiento Orgánico y Procesal tal y como lo previmos y señalamos (cfr. supra), se habrá perdido la mejor ocasión —que quizá no se vuelva a presentar— de conseguir que nuestro ordenamiento citado figure a la cabeza de los europeos y, posiblemente, de los de todo el mundo civilizado, como sistema coherente y unitario.

CAPITULO IV

OMISIONES DEL ANTEPROYECTO

1. Tiene mayor trascendencia que la de afectar a una o varias Bases del ALOJ o incluso del APP fundamentalmente —sin perjuicio del APC— el problema de la introducción en España (mejor dicho, reintroducción) de un proceso cautelar rápido que sirva de garantía al debido proceso legal y al derecho de libertad de los individuos.

Este problema, de indudable trascendencia procesal, y antes orgánica, como es natural, ha preocupado últimamente a la doctrina española.

Algún autor, muy calificado (149), pasa revista a la doctrina en cuanto a los medios de llenar los vacíos que indudablemente existen entre la protección simplemente penal —entendemos, a través de un proceso penal ordinario, como lo sería, por ejemplo, por razón de un delito de detención ilegal—, de un lado, y la contencioso-administrativa, del otro, contra las infracciones legales cometidas por las autoridades administrativas que atentan a los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos; llega a decir que, existente en el Ordenamiento jurídico español esta laguna, «podría quizás pensarse en la articulación de un procedimiento que, siguiendo nuestra tradición jurídica, tuviese cauce judicial y se estructurase al amparo del ya citado artículo 36 del Fuero de los Españoles para la garantía de los derechos por actos de la Administración que no tuviesen contenido penal ni estuviesen

(149) Cfr. Herrero Tejedor, «Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español», en *Rev. Gral de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1967 (T. 222); pág. 462.

Herrero Tejedor desempeña actualmente el cargo de Fiscal del Tribunal Supremo.

sujetos al recurso contencioso-administrativo (150). La fundamentación teórica de este recurso, que según nuestra propia e histórica doctrina podría denominarse «de amparo», puede hacerse desde varios puntos de vista, como remedio ante las posibles extralimitaciones de la posición de supremacía que se da en los llamados en Derecho administrativo «estados de sujeción» (151).

El citado autor se opone inmediatamente una barrera de tipo político (152) y declara que en vista del mismo «no es posible establecer un procedimiento de garantía, con el carácter de recurso, fuera de la jurisdicción ordinaria». Lo muy discutible de esta afirmación queda obviado si se pretende reintroducir un proceso cautelar como ordinario, elemental y al alcance de una gran cantidad de jueces y Tribunales. Se ha puesto el dedo en la llaga y se la ha dejado abierta.

El propio recurso contencioso-administrativo, dado su carácter de declarativo plenario, por su necesario formalismo y lentitud, es insuficiente, aunque se extienda mucho su ámbito de aplicación (153).

«Amparo». Con la expresión «carta de amparo» denominaban los «pragmáticos castellanos» al proceso cautelar aragonés de manifestación de personas (154), garantía, como el «habeas corpus», del proceso legal ante juez competente, proceso extendido también a lo civil (155).

Y este recurso ha pasado a América —nos referimos aquí a México—

(150) Muy interesante, en cuanto a este punto, García Enterría (Cfr. «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, Madrid (38), 1962, pág. 159 y ss.: «El único acto del Ejecutivo que está exento del recurso directo (contencioso-administrativo) es el Decreto-Ley; todas las demás formas normativas, sin excepción, caen bajo su imperio» (pág. 203).

(151) Cfr. Herrero Tejedor, ob. cit., loc. cit.

(152) Cfr. Herrero Tejedor, ob. cit., pág. 462. La institución a que se refiere no tiene nada que ver con un proceso cautelar ordinario destinado a obviar las inconvenientes del penal ordinario ya existente, pero inoperante en casos de «urgentia necessitatis».

(153) Como indica García-Enterría, ob. cit. en nota núm. 2.

(154) Cfr. Ramírez, *Analyticus tractatus de Lege regia, qua in principes suprema et absoluta potestas translata fuit, etc.*, Zaragoza, 1616, en la Imprenta de Juan de Lanaja y Quartanet, pág. 155.

(155) Aunque la más conocida es la «manifestación criminal», existió y perduró hasta el siglo XIX otra civil muy extensa, del mismo carácter cautelar, dirigida a proteger a personas civilmente amenazadas (Cfr., p. ej., La Ripa, *Ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón*, Zaragoza, Francisco Moreno, 1764, I, pág. 310 y siguientes); hemos propuesto que bajo este castizo nombre aragonés se reúnan en un futuro Código procesal civil, toda una serie de medidas cautelares de personas civilmente amenazadas (separación de cónyuges, depósito, guarda, aseguramiento de los hijos, etc.), hoy día inexactamente encuadradas en la Jurisdicción voluntaria

en una triple modalidad: A) Como medio de protección de los derechos fundamentales de las personas individuales y colectivas. B) Como defensa contra la inconstitucionalidad de las leyes, y C) Como garantía de legalidad, análoga a la casación (156).

La clara insuficiente del actual régimen jurídico español nos movió a pedir —representando nuestro parecer el de la Universidad de Valencia, que lo hizo suyo— en 1961, y desde entonces, la reintroducción del proceso cautelar de manifestación (157) como garantía protectora del derecho de li-

(Cfr. Fairén Guillén, Informe de la Universidad de Valencia sobre el APC, en *Sugerencias sobre el «Anteproyecto de Bases para el Código Procesal civil» de 1966*, Valencia, 1966, págs. 129 y 133).

Sobre todo ello, y en reivindicación de la vigencia de este proceso cautelar, debidamente modernizado, cfr. Fairén Guillén, «Respuesta a las cuestiones formuladas por el Ministerio de Justicia sobre la reforma de las leyes orgánicas y procesales», en *Anales de la Universidad de Valencia*, vol. XXXV, cuad. 1 (2), passim y esp. página 24; «Consideraciones sobre el proceso aragonés de manifestación de personas en relación con el *habeas corpus* británico», en *Rev. Derecho Procesal*, Madrid, 1963-I, pág. 9 y ss., y esp. 45 y ss. En cuanto a su reintroducción como instrumental en el proceso penal, cfr. el Informe de la Universidad de Valencia (Fairén, *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, pág. 36 y ss., 52, 59, 61 y conclusión núm. 11, al final).

(156) Como autores que estudian el proceso mexicano de amparo y aluden a su parentesco con la manifestación aragonesa, cfr., p. ej., Alcalá-Zamora Castillo, «Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho procesal hispánico», en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, abril-junio 1948, ed. esp., págs. 26 y 33 y siguientes; *El mandato de seguridad brasileño visto por un extranjero*, México, 1963, pág. 107 y ss.; *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, pág. 206; Fix Zamudio, *Mandato de seguridad y juicio de amparo*, México, 1963, pág. 10 y ss.; *El juicio de amparo*, México, 1964, pág. 210 y ss., y esp. 214; Burgoa, *El juicio de amparo*, 3.^a ed., México, 1950, I, pág. 92 y ss.; González Flores, «Origen del amparo», en *Lecturas jurídicas* (publ. trimestral de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chihuahua, octubre-diciembre 1951, pág. 44).

Sobre la relación de nuestro proceso aragonés con el «mandato de segurança» brasileño, cfr. Fix Zamudio, *Mandato de seguridad y juicio de amparo*, cit., y Alcalá-Zamora Castillo, ob. cit.

Para la República Argentina, cfr., p. ej., Gorostiaga, *Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación: orígenes históricos*, Buenos Aires, 1944, págs. 9 y 71 y siguientes.

El desconocimiento por algún autor (Cfr. Sánchez Viamonte, *El habeas corpus, garantía de libertad*, Buenos Aires, 1956, pág. 17 y ss.) del parentesco entre manifestación y *habeas corpus*, tiene su causa en un visible desconocimiento de aquella y de su evolución histórica, oscurecida, además, por la imponente figura del Justicia Mayor de Aragón. Frente a esa posición, cfr. nuestros argumentos en *Consideraciones*, cit., passim.

(157) Cfr. Fairén Guillén, «Respuesta a las cuestiones formuladas por el Ministerio de Justicia sobre la reforma de las leyes orgánicas y procesales», en *Anales de la Universidad de Valencia*, XXXV (1961), cuad. 1 (2), pág. 24.

bertad individual contra posibles abusos de las autoridades (158); la Universidad de Valladolid, también desde 1961 (159), adoptó esta posición y parece ser que la mantiene (160).

Si el lugar de encuadramiento de este proceso de manifestación se halla por razón de su función en un Código procesal penal, es evidente que la organización judicial que lo sirva debe hallarse fijada en la Ley Orgánica (161).

Pero si se trata de la manifestación como garantía de los derechos del ciudadano del artículo 36 y 21 del Fuero de los Españoles (162), debe ser conformado como un simple, pero fundamental, proceso cautelar ordinario, en los Códigos procesales: y sus Tribunales, incluidos en la LO, si fueren especiales; y aunque fueren los ordinarios —este es nuestro parecer—, fijarse en esta Ley expresamente el sistema competencial de los mismos.

(158) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., Conclusión núm. 11 del Informe de la Universidad de Valencia sobre el APP.

(159) Redactado por los Prof. Gómez Orbaneja y Rodríguez Devesa, cfr. el texto en este último, «La garantía de los Derechos Individuales en el Derecho procesal militar español», sep. de la *Révue de droit pénal militaire et de droit de guerre*, Bruselas, III, cuads. 1 y 2 (1964), pág. 143.

(160) Así consta en el «resumen» incluido en los *Cuadernos Informativos* del Ministerio de Justicia. Cfr. nota núm. 19 del cap. III.

(161) Si consideramos a este proceso como garantía de constitucionalidad de las leyes —al estilo del amparo mexicano—, excedería su parte orgánica de una ley como la que ahora se proyecta y correspondería mejor a una especial la creación de un órgano judicial constitucional —este proceso debe ir a la cabeza de todos, como ya propusimos en nuestro Plan general, cfr. cap. III y *Sugerencias*, pág. 20—; ya existió en España un Tribunal de Garantías Constitucionales (cfr., por todos, y últimamente, Tomás Villarroya, «El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español (1931-1936)», en *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, Barcelona, 1968, pág. 11 y ss.; Alcalá-Zamora Castillo, «Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales», en *Ensayos de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, pág. 103 y ss.) y el control judicial de esta constitucionalidad está muy extendido en todo el mundo (cfr. sobre Derecho Comparado, p. ej., Capelletti, «El control judicial de la constitucionalidad de las leyes, en el Derecho Comparado», México, 1966, *passim*). Cfr. muy interesante, últimamente, la ponencia sobre el tema «Die Versfassungsberchwerde im Rechtsmittelsystem», a la Tagung der Zivilprozessrechtslehrer», de los Profs. Rupp y Schumann, de la que damos cuenta en la *Revista de Derecho Procesal*, Madrid (en prensa). Un Tribunal constituido como tal y no simplemente *ad hoc* se postula también en España (cfr., p. ej., Rodríguez Aguilera, «¿Deben subsistir las jurisdicciones especiales?», en *BIEDP*, 1951, núm. 5).

(162) Sin oponer obstáculos políticos que no pueden existir a la re-creación de un proceso *ordinario* que viene simplemente a llenar una necesidad cautelar. Por ello, estimamos que no se puede aceptar la posición negativa de Herrero Tejedor (cfr. *Perspectivas del Ministerio fiscal*, cit., pág. 462).

En cuanto a la necesidad de reintroducir, convenientemente modernizado el proceso cautelar de manifestación, hallamos en la doctrina argumentos de tipo general y específico.

A) En general, se ha dicho, y «en orden a la libertad personal frente a detenciones arbitrarias, la situación actual se caracteriza por unos poderes «de facto», del juez, tales que puede prolongar indebidamente una detención sin faltar, formalmente, a la Ley. La lentitud de los recursos relativos a la libertad del procesado, por ejemplo, hace que, aunque sea procedente la libertad provisional, con fianza o sin ella, permanezca a veces en prisión si el juez así lo considera conveniente» (163).

La garantía adecuada a la declaración del artículo 18 del Fuero de los Españoles (164) es totalmente inadecuada en la actualidad.

B) En especial, la Ley de Orden público de 30 de julio de 1959, en su artículo 12, fijando el plazo máximo de duración del estado de detención por la autoridad gubernativa (165), tiene una muy grave excepción en esta regla general en su artículo 23-2.º: «Si el inculpado a que se refiere el párrafo anterior (ser infractor habitual o estar conceptuado como peligroso para el orden público o que por su conducta suponga una amenaza notoria para la convivencia social, pero admitiéndose que estas calidades se funden en antecedentes policíacos), sea cual fuere la cuantía de la sanción impuesta, careciese de arraigo en el lugar o de solvencia conocida, la Autoridad gubernativa podrá disponer su detención mientras no haga efectiva la multa o no preste caución suficiente, a juicio de aquélla por plazo no superior a treinta días, que le será de abono para el cumplimiento del arresto supletorio.»

Esta atribución, que se ha calificado de exorbitante (166), aparte de suponer una gravísima ingerencia de la Administración en la fijación de la res-

(163) Informe de la Universidad de Valladolid al Ministerio de Justicia, en 1961, cit. Cfr. este fragmento en Rodríguez Devesa, ob. cit., pág. 143.

(164) Es norma tradicional en el sistema constitucional español. Cfr. la Constitución de 1931, art. 29; art. 5.º de la Constitución de 1876; art. 6.º de la Constitución (proyecto) de 1873 (que, por cierto, en su art. 14 prevé una especie de «manifestación»); art. 3.º de la de 1969.

(165) «Art. 12. 1. La Autoridad gubernativa o sus Agentes podrán detener a quienes cometan o intenten cometer cualquiera de los actos contrarios al orden público y a quienes desobedecieran las órdenes que les diera directamente la Autoridad o sus Agentes en relación con dichos actos.

2. Los detenidos serán puestos en libertad o entregados a la Autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas.»

(166) Cfr. Álvarez Gendín, *La independencia del Poder Judicial*, Madrid, 1966, pág. 117.

ponsabilidad personal subsidiaria, invadiendo el campo de las atribuciones de jueces y Tribunales, por ser una norma a incluir en el artículo 91 del Código penal e incidiendo de modo aún más perturbador en el discutido problema de las penas cortas de privación de libertad (167), pone en grave peligro el derecho de libertad del individuo frente a posibles arbitrariedades y excesos, contra los que, como único vehículo posible, aparece el de la querrela y proceso por el delito de detención ilegal de los artículos 184 y siguientes del Código penal. Vehículo insuficiente por la necesaria lentitud con que un proceso de condena, plenario, debe desarrollarse —garantías que, en este caso, juegan en favor de la propia autoridad inculpada de arbitrariedad o ilegalidad en la detención— y que, por lo tanto, puede resultar inútil (168) (169).

Insuficiente (170) o inútil este proceso plenario sin el apoyo del instrumento de otro u otros de naturaleza cautelar que borren con rapidez y provisionalmente las consecuencias inmediatas del acto imputado como delic-

(167) Cfr., p. ej., Maurach, «Problemas de la reforma penal en Alemania», en *Anuario de Derecho Penal*, Madrid, 1967, III, pág. 616 y ss.

(168) Insuficiente está figura típica, pues no puede atender a la «amenaza», ni por la amplitud de los requisitos, a lo que preventivamente, cautelarmente, puede ser asegurado mediante el amparo de manifestación. (Cfr. sobre el primer punto, Córdoba Roda, «El delito de detenciones ilegales en el Código penal», en ADP, 1964, III, pág. 393 y ss.)

Además, si ha cesado el estado de detención —que no es un delito permanente, como acertadamente asevera Córdoba Roda, bastando una privación de libertad por pocos momentos (ob. cit., pág. 401 y ss.)—, una condena del delincuente, ha perdido efectividad, no impidiéndose el perjuicio del detenido.

Igualmente, una determinada detención ilegal ordenada por una Autoridad amparada por un fuero especial, supone que el dirigir el proceso ordinario contra la misma ofrece requisitos previos —p. ej., el del art. 7.º del Regl. de 26 de diciembre de 1957, Cortes— y mayores dificultades por haberse de constituir un Tribunal especial.

(169) Actualmente, el problema de la responsabilidad por la detención o prisión indebidas —sin condena posterior— no está claro desde el punto de vista de su exacción.

En su momento aplaudimos la Base 30-3 del APP.

«Se establecerá con toda precisión el procedimiento para poner fin a la detención o prisión indebidas...»

Diciendo que «el procedimiento más adecuado, ya lo señalamos: la «manifestación de personas» (Cfr. Fairen Guillén, en el Informe de la Universidad de Valencia, *Presente y futuro del proceso penal español*, cit., pág. 62.

(170) Cfr. el Informe del Consejo General de la Abogacía al respecto, según el informe que aparece «resumido» (cfr. nota núm. 19 del cap. III), en los *Cuadernos Informativos* del Ministerio de Justicia, núm. 5, pág. 64.

Se refiere expresamente, como remedio al actual estado de cosas, Alvarez Gendín, ob. cit., pág. 118, al proceso de manifestación.

tivo —la puesta en libertad o la acusación, etc.—, hemos pensado siempre en el proceso cautelar de manifestación, explícitamente, en propuestas, sin quedarnos en umbrales retóricos (171) de elogio intrascendente, proponiendo, en Informe a petición del Ministro de Justicia, sobre el APP, que:

«Contra hipotéticos abusos de las autoridades, debe reintroducirse en España, poniéndolo al día, al proceso cautelar de "manifestación de personas en lo criminal", relacionado con el anglosajón de "habeas corpus"» (172).

Es evidente que a un Código procesal penal corresponde desarrollar este medio de garantía jurisdiccional del derecho de libertad del individuo —y al de su tratamiento humano en centros de privación de libertad—, de modo que sea garantía del derecho de libertad, pero no garantía de impunidad.

El Derecho comparado es fecundo en regulaciones de este proceso, considerado, tanto como «acción» —para nosotros, debería promoverse por una pretensión cautelar— como a título de recurso (173), esto es, por vía de incidente en un procedimiento ya pendiente. Con la consideración de estas normas y con las bases históricas que poseemos en España hay suficiente material para construir una figura procesal actual y su correspondiente organismo jurisdiccional. Si hay que recuperar en poco tiempo cerca de cuatro siglos de retraso (174), culpa nuestra es. Mas por inercia, no podemos dejar escapar una ocasión admirable de ponernos al nivel del mundo más civilizado en cuanto a garantías del derecho de libertad individual en sus facetas (175).

(171) Cfr., p. ej., De Miguel Garcilópez, «El Ministerio Fiscal, Magistratura de amparo», en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1954, págs. 542 y 550. Pero, pese a este homenaje histórico, no la recuerda en el momento en que hubiera sido más oportuno: al tratar de las garantías legales en la actualidad con respecto a la libertad personal. (Cfr. el mismo autor, «Ley Penal y Ministerio Público en el Estado de Derecho», en *ADP*, 1963-II, pág. 261).

(172) Cfr. el referido Informe de la Universidad de Valencia, en Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., Concl. 11, pág. 103.

La alusión —justificada por el parentesco entre ambos procesos— va destinada a quien no tuviera muy frescos sus conocimientos de la Historia del Derecho aragonés.

(173) Cfr. una exposición de normas —algo anticuada, pero muy interesante— en Sánchez Viamonte, ob. cit., pág. 76 y ss.

(174) Desde el Fuero dictado en las Cortes de Tarazona en 1592, por Felipe II, en el que, por clara represalia contra la figura del Justicia, que en la persona de D. Juan de Lanuza, amparara a Antonio Pérez, hizo aquel cargo amovible (Fuero «Del officio del Iusticia de Aragón», Fueros Nuevos). Nótese por dónde se produjo el ataque al proceso de manifestación; por la vía orgánica.

(175) El derecho de inviolabilidad de domicilio, p. ej. El proceso de firma, de la misma familia cautelar que el de manifestación, tenía mejor carácter preventivo que represivo del abuso de una autoridad; a instancia de quien se veía oprimido o tenía serlo, se vedaba a cualesquiera jueces o particulares, eclesiásticos o seculares (esto es, a las demás autoridades) el inquietarlos indebidamente en sus personas, derechos o bienes.

La legitimación activa para acudir a la manifestación debería ser general (y no sólo por seguir coherentemente el sistema de la «acción popular» del art. 101 y ss. de la Lecrim), puesto que restricciones indebidas inutilizarían el proceso; lo cual no quiere decir que se le admitiese como una clave de caos social y jurídico.

En este aspecto interesaría mucho la figura del Ministerio Público como sujeto activo (176); mas, si en el futuro se autoriza a sus miembros a ordenar detenciones (Base 16 del APP, 1.º, b), cabe en lo posible que, aun con la mejor voluntad, o por exceso de celo, llegue a promover una detención indebida, en cuyo caso el proceso de manifestación debe volverse contra él (177); mas también es el juez quien puede cometer este abuso, y en dicho caso, igualmente frente a él debe aparecer la manifestación (178).

Por esto último pueden aparecer problemas de atribuciones competenciales funcionales de gran envergadura, que una Ley orgánica debe proveer a resolver.

A los códigos procesales —en especial al procesal penal (179)— corresponderá la regulación del proceso de manifestación, con carácter cautelar contra la arbitrariedad cometida; desemboque ésta en un verdadero proceso o no, lo cual depende de la propia importancia de ésta y de su posible fundamentación a lo largo del primero.

Y en la futura LO hallamos como puntos de interés con respecto a la manifestación, a) que se trata de una garantía de proceso ante el Juez competente y bajo los principios legales y b) su calidad genérica de garantía de toda la Jurisdicción frente a injerencias ajenas. Esto corresponde a una LO; declarar que compete a los órganos jurisdiccionales garantizar la seguridad y libertad personal de los ciudadanos en un régimen de Derecho y de legalidad, amparándolos (180) frente a abusos de otras autoridades mediante el proceso cautelar de manifestación.

(176) Por ello, nos extraña que los ilustres miembros de esta Carrera que aluden al fiscal como «magistratura de amparo» o a las «perspectivas del Ministerio fiscal en el futuro», apenas hagan mención, y no propongan la reintroducción de este proceso, en el cual sería lógica la intervención del Ministerio Público como defensor de la legalidad y promotor de la justicia.

(177) Cfr. el Informe de la Universidad de Valencia, en Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 36 y ss.

(178) Cfr. el Informe de la Universidad de Valladolid en 1961, en Rodríguez Devesa, ob. cit., pág. 143.

(179) Pero también al Código Procesal civil. Cfr. la nota 155.

(180) Naturalmente, el amparo propiamente dicho también debe volver a penetrar en el sistema procesal cautelar español, ya que sólo está previsto, de modo represivo, el abuso de la autoridad (art. 189 y ss. del Código penal, p. ej.).

2. La Base 2.^a del ALOJ no se refiere a la jurisdicción voluntaria expresamente, lo que plantea una duda.

En efecto, si a la expresión «juicios» la hacemos equivalente a las «contenciones», en tal caso la Jurisdicción voluntaria quedaría excluida de la LO futura. Lo cual nos lleva al discutido problema de la naturaleza de esta jurisdicción.

Más bien al lado de los administrativistas que de los jurisdiccionalistas, y valorando justamente la tercera posición adoptada por Alcalá-Zamora Castillo (181), aquí no se puede tratar de exponer y discutir posiciones personales, sino de si debe haber o no una alusión a la Jurisdicción voluntaria cuando se define el contenido de la función jurisdiccional en la futura LOJ.

No es fácil adoptar un criterio que ha de repercutir en la sistemática general del Ordenamiento procesal futuro. Mas ya expusimos nuestra opinión, según la cual, por razones de su especialidad, la Jurisdicción voluntaria debe hallar lugar dentro de un Ordenamiento jurídico procesal, pero en Ley aparte, a modo de Apéndice a disposición de todos los «órdenes judiciales» (182) (183) (184).

(181) El tema es «uno de los de nuestro tiempo» y la bibliografía, copiosísima. Cfr. un resumen, aunque no exhaustivo, muy completo, en Alcalá-Zamora Castillo, *Veinticinco años de Derecho procesal*, México, 1968, pág. 142 y notas. Sobre la dirección doctrinal adoptada por este autor, Cfr. su trabajo «Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria», en *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milán, 1951, I, pág. 3 y ss., y esp. 50 y ss.

(182) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, pág. 21 y cap. III de este trabajo.

(183) Guasp (cfr. «El sistema de una Ley procesal civil hispano-americana», *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1956-I, pág. 86 y ss.) estima que la jurisdicción voluntaria debe ir como un Apéndice a la Ley procesal civil. Nuestro parecer va más allá, por las razones que se indican en la nota que sigue.

(184) Efectivamente, hay jurisdicción voluntaria en materia de trabajo, abundante, y un ejemplo lo vemos en los anticipos reintegrables al trabajador en caso de recurso contra la sentencia que le favorece, art. 217 y ss. del Decreto de Procedimiento laboral de 21-4-66; en materia de juicios universales, debiéndose hacer remisión parcial en la propia ley procesal civil (Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, «A propósito de una planeada ley procesal civil hispano-americana», sep. del *Bol. Inst. Der. Com. Méx.*, IX, núm. 27 (1956), pág. 38; Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 52). La conciliación también es institución de naturaleza sobre la que cabe dudar —si no la incluimos en una Ley de arbitraje—, etc.

En lo procesal penal (y a salvo la opinión de Carnelutti, en sus *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1949, I, passim, que no compartimos), podría hablarse de jurisdicción voluntaria, según Alcalá-Zamora Castillo, en el «recurso de rehabilitación» de los 961 y ant. de la Lecrim: en la libertad condicional —mientras se la confie a organismos administrativos, con dejación de la jurisdicción en cuanto a la dirección del proceso ejecutivo penal, será a lo sumo jurisdicción voluntaria-administrativa— y en la concesión del indulto (esto lo vemos clarísimo). También puede pensarse en el

Por ello en el Informe al APC, de la Universidad de Valencia, nos declaramos conformes con su Base 1.^a-2 (185) (186).

Pero esto no resuelve totalmente el problema de aludir o no a la Jurisdicción voluntaria en la LO futura, ya que entendemos que una gran parte de sus negocios serán confiados, como hasta el presente —pero con menos confusión— a «funcionarios judiciales»; el que éstos —y no entramos en el fondo de la cuestión— no se produzcan en esta materia «como verdaderos juzgadores» (187) no impide que su actividad esté rodeada de las garantías de independencia que al juez corresponden; y como estimamos improcedente escindir la personalidad de éste de tal modo que, cuando actúe en materia contenciosa, esté protegido por aquélla, pero no cuando actúe en jurisdicción voluntaria, la organización judicial de esta jurisdicción debe incluirse en la LO; de ahí la necesidad de una alusión a la misma, que entendemos procede en la Base 2.^a del ALOJ.

3. Si bien se estatuye sobre las «jurisdicciones militar y eclesiástica», haciendo de ellas excepción a la única (Base 2.^a), se pasa en silencio a la de los Tribunales Tutelares de Menores, que diversa legislación califica de «jurisdicción». Es necesario aclarar el problema de si legalmente se la considera como a tal o como integrante de la administración; o como otro «tertius genus».

4. Aunque se trate de una jurisdicción contractual, por basarse en un tratado internacional, llamamos la atención sobre el «U.S. Defence Agreement», de 26 de septiembre de 1953, que suponemos en revisión en la actualidad. El Decreto Ley de 23 de diciembre de 1954, instituyendo la Comisión Mixta de Competencias, resuelve solamente sobre las «cuestiones de jurisdicción, competencia y atribuciones», pero carece de tales atribuciones jurisdiccionales de decisión en lo material (188), como excepción a los artículos 14 y 15 de la Lecrim. Como «Jurisdicción especial» debe decidirse sobre un futuro, en favor, a nuestro entender, de las españolas, sean la civil o la militar.

expediente de suspensión de la pena por demencia del condenado, en su primera parte, informativa (art. 991 Lecrim. y Regl. de Prisiones).

Cfr., en cuanto a los primeros casos, Alcalá-Zamora Castillo, *Premisas*, cit., pág. 37 y ss.

(185) «La jurisdicción voluntaria será objeto de una Ley especial.»

(186) Cfr. *Sugerencias*, cit., pág. 37 y ss.

(187) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, *Premisas*, cit., pág. 52.

(188) Cfr. Quintano Ripollés, «Sobre jurisdicción territorial y Bases militares», en *Revista Española de Derecho Internacional*, VIII (1955), pág. 562 y ss.

5. El ALOJ, que pasa extensa revista reguladora a los Tribunales, a su personal auxiliar, al Ministerio Fiscal, a Abogados y Procuradores, no alude a los Abogados del Estado —a menos que sea error nuestro—. Huelgan ejemplos de la intervención de este Cuerpo en los juicios civiles y criminales, hasta el punto de haber sustituido al Ministerio Fiscal en ciertos casos (incidente de pobreza, art. 55-2 del Regl. de 27 de julio de 1943).

En las sugerencias sobre la Base núm. 68 del ALOJ («El Ministerio Fiscal») se verá cómo, a fin de resolver para siempre las dudas que ofrece la defectuosa construcción actual del Ministerio Público —y no sólo en España—, se propondrá la creación de otro cuerpo, al cual se atribuiría toda una serie de funciones heterogéneas actualmente confiadas al mismo; este segundo cuerpo será básicamente uno de Abogados del Estado, pero sobre un planteamiento mucho más amplio que en la actualidad.

Recordada la omisión, nos remitimos al comentario a la Base 69 del ALOJ.

6. Si bien el ALOJ da una serie de directrices sobre el Ministerio Público en la Base 68, y alude al «Consejo Fiscal», el hecho de que al mismo se le confieran atribuciones para elaborar una relación nominativa de la que han de ser elegidos Magistrados del Tribunal Supremo (189), esto es, el hecho de que participe del reclutamiento de éstos hace necesario que la futura LO —prescindiendo por ahora de la figura del Ministerio Público en general (190)— se ocupe de su composición, la cual queda en laguna.

7. Solamente se alude a la «inspección de Tribunales» en la Base 34, al tratar de las atribuciones del Presidente del Tribunal Supremo; mas no es objeto de ninguna regulación.

(189) Cfr. la Base 53 del ALOJ.

(190) Cfr. los comentarios a la Base 68 del ALOJ.

CAPITULO V

LA SISTEMATICA DEL ANTEPROYECTO

1. La sistemática de una futura LO nos obliga a considerar al juez desde un punto de vista plural: como persona legitimada en general —problemas de su reclutamiento y nombramiento— y como persona legitimada en especial —problemas competenciales.

El primer punto de vista nos llevará a su vez a considerar el nombramiento de los jueces como condicionamiento originario de la independencia judicial en relación con las garantías del funcionamiento interno de los órganos —fundamentalmente, la garantía de la inamovilidad— (191).

La clave de la LO debe hallarse en el examen de la independencia judicial desde el punto de vista de la organización; si bien son inseparables los dos matices de la independencia: la del juez como órgano y la de la jurisdicción como función (192) — y de este principio, de naturaleza dialéctica, surge la «dependencia» del juez con respecto a la ley (193)— la independencia judicial por razón de la propia organización es trascendental, ya que la funcional «ha sido siempre reconocida, al menos en teoría, incluso por los regímenes más autoritarios; por eso se ha destacado como de gran valor práctico el problema de la independencia en relación a la organización judicial» (194).

En el sistema del ALOJ estimamos que la idea fundamental de la «independencia», básica, a la cual se alude como característica de la función

(191) Cfr., p. ej., Coumoul, *Traité du pouvoir judiciaire*, París, 1911, pág. 303 y ss.; Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Berna, 1960, pág. 219 y ss.; Faranda, *La capacità del giudice*, Milán, 1958, pág. 128 y ss.

(192) Cfr. Eichenberger, ob. cit., pág. 26.

(193) Cfr. Eichenberger, ob. cit., pág. 27 y ss.

(194) Cfr. Silva Melero, «Garantías de la independencia judicial», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1955-I, pág. 309.

judicial, no está suficientemente destacada en su texto, así como tampoco su máxima garantía, la de inamovilidad, llevando muy próximas las prohibiciones y la incompatibilidad; un solo Capítulo (el 3.º del Título 4.º) no da la medida de lo que en el sistema representa esta piedra angular.

Por ello se estima más oportuno separar las garantías de la independencia en dos Capítulos (precedido de otro, de disposiciones comunes): las garantías del nombramiento y ascensos de los jueces, y las garantías de su independencia como organización. El principio de independencia de la función jurisdiccional queda para el Título preliminar.

De otro lado, si bien los Tribunales funcionan también de modo administrativo, y se autogobiernan, lo cual, en el fondo, es otra garantía de su independencia, se trata de una constitución y de un funcionamiento no jurisdiccionales, por lo que procede que se halle expuesto después de haber terminado totalmente el tratamiento de la especial manera de producirse como tales; y de otro lado, este «gobierno» afecta a todos sus participantes —los del personal judicial y auxiliar—, con la excepción de aquellos que deben conservar un gobierno propio interno: abogados, procuradores; Ministerio Fiscal. Por ello todo lo que afecte al «gobierno y administración de los tribunales», entendemos debe tratarse una vez que haya terminado la exposición de la constitución y garantías de los jueces y auxiliares como tales. Esto es, al final de la LO. (Sin perjuicio de tratar del gobierno de los abogados y procuradores en su propio lugar, para no escindir excesivamente la materia, habida cuenta de que se va a tratar de normas remisivas, así como con respecto al Ministerio Fiscal.)

De estas sugerencias resultaría para la futura LO el siguiente esquema sistemático:

TITULO PRELIMINAR.

TITULO PRIMERO.—LA FUNCION JURISDICCIONAL.

Capítulo I.—*Extensión y límites.*

Capítulo II.—*El auxilio a la justicia.*

Sección 1.ª Interno (195).

Sección 2.ª Internacional.

§ 1.º Disposiciones generales.

§ 2.º La extradición (196).

§ 3.º La eficacia de las resoluciones extranjeras (197).

(195) Con remisiones a las leyes procesales general y especiales.

(196) Con remisiones a la Ley o Código procesal penal.

(197) Con remisiones a los Códigos o Leyes procesales especiales.

Los procedimientos para el reconocimiento y el *exequatur* deben ir en los respectivos códigos o leyes.

TITULO SEGUNDO.—LA ORGANIZACION DE LOS TRIBUNALES.

Capítulo I.—*Planta de los Tribunales.*

Capítulo II.—*Composición de los Tribunales.*

TITULO TERCERO.—LAS ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES (JURISDICCIONALES).

Capítulo I.—*La competencia de los Tribunales.*

Sección 1.^a Funcional.

Sección 2.^a Objetiva.

Sección 3.^a Territorial.

Capítulo II.—*Los conflictos entre los órdenes judiciales.*

Capítulo III.—*Los conflictos de competencia (198).*

TITULO CUARTO.—EL PERSONAL DE LOS TRIBUNALES (JUECES Y MAGISTRADOS).

Capítulo I.—*Disposiciones comunes.*

Capítulo II.—*El nombramiento y sus garantías.*

Sección 1.^a El sistema de reclutamiento.

Sección 2.^a El sistema de ascensos.

Sección 3.^a El sistema de provisión de vacantes en los Tribunales superiores.

Capítulo III.—*La independencia judicial y sus garantías.*

Sección 1.^a La independencia judicial.

Sección 2.^a La inamovilidad y sus derogaciones.

§ 1.^o La destitución.

§ 2.^o La suspensión.

§ 3.^o La traslación.

§ 4.^o La jubilación.

Sección 3.^a Las prohibiciones.

Sección 4.^a Las incompatibilidades.

§ 1.^o Absolutas.

§ 2.^o Relativas.

(198) Las normas procesales genéricas serán incluidas en la Ley procesal general, y las especialidades, en cada una de las especiales.

- A) La abstención.
- B) La recusación (199).

Sección 5.^a La responsabilidad.

- § 1.º Disciplinaria profesional.
- § 2.º Disciplinaria jurisdiccional.
- § 3.º Civil (200).
- § 4.º Criminal (201).

Sección 6.^a Obligaciones y deberes de los jueces.

Sección 7.^a Derechos de los jueces.

TÍTULO QUINTO.—LOS SECRETARIOS JUDICIALES (sistema análogo).

TÍTULO SEXTO.—LOS CUERPOS AUXILIARES.

- Capítulo I.—*Los Médicos forenses* (202).
- Capítulo II.—*Otros Cuerpos de auxiliares técnicos.*
- Capítulo III.—*La Policía Judicial.*

TÍTULO SEPTIMO.—EL MINISTERIO PUBLICO (203).

TÍTULO OCTAVO.—EL ABOGADO DEL ESTADO (204).

TÍTULO NOVENO.—EL ABOGADO.

TÍTULO DECIMO.—EL PROCURADOR.

TÍTULO UNDECIMO.—EL GOBIERNO Y ADMINISTRACION INTERNA DE LA ORGANIZACION JUDICIAL.

- Capítulo I.—*El Presidente del Tribunal Supremo.*
- Capítulo II.—*El Consejo Judicial.*
- Capítulo III.—*Las Salas de Gobierno y los Plenos.*
- Capítulo IV.—*La actividad gubernativa de los Juzgados.*
- Capítulo V.—*La Inspección judicial* (205).

(199) El procedimiento para la recusación irá en la Ley procesal general.

(200) El procedimiento para la exacción de la misma irá incluido en el Código o Ley procesal civil.

(201) El procedimiento para su exacción irá al Código procesal penal.

(202) Concebido con amplitud tal que pueda recogerse a los llamados «Tribunales» (?) o «Comisiones técnicas asesoras» en materia de trabajo.

(203) Cfr. el comentario a la Base 68 del ALOJ.

(204) En laguna, en el ALOJ.

(205) En laguna, en el ALOJ.

CAPITULO VI

LAS CLAUSULAS GENERALES Y LA TERMINOLOGIA DEL ANTEPROYECTO

1. El ALOJ es bastante abundante en cláusulas generales, que constituyen uno de los peores enemigos del Derecho (206), así como en «autorizaciones en blanco», no menos arriesgadas (207).

Conceptos como los de «interés público» e «interés social» (Base 2-2.º y 68) son incluso peligrosos por su propia indeterminación, que procede aclarar en las mismas Bases (208).

(206) Cfr., p. ej., Prieto Castro, «El Derecho en peligro», en *ADC*, 1957-III, página 882.

(207) Cfr. la queja del Instituto de Estudios Políticos al informar sobre el APC, según la transcribe el «Resumen» del Ministerio de Justicia en sus *Cuadernos Informativos*, núm. 3, a), pág. 24.

(208) Cfr. las dudas en cuanto al concepto de «interés social» por parte de sus mismos mantenedores, supra. Y, p. ej., en Herrero Tejedor, *Perspectivas*, cit., página 465 y ss.; Cerezo, *El Ministerio Fiscal*, cit., pág. 68.

En tales casos, el aseverar que «ningún asunto sobre el que los Tribunales actúen y decidan debe ser ajeno al Ministerio Fiscal», pues «en todos ellos pueden plantearse, y de hecho se plantean, cuestiones que afectan a sus funciones: intereses públicos tutelados por la ley en algunas ocasiones; existencia de un interés social prevalente» (Herrero, pág. 440 y ss.), constituye una enorme y vaga apertura al Ministerio Fiscal en el campo del proceso, sin que se vean sus límites. Es un ejemplo, en torno a la Base 68 del ALOJ.

Si los conceptos tienen vaguedad necesaria, la Ley tiene un medio de paliar el peligro que suponen: el de fijar caso por caso, cuando al ser afectado un «interés» determinado, cabe una intervención del Ministerio Fiscal (Cfr. Prieto Castro, «Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil», en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, 1964, pág. 554 y ss.). Esto es lo exigible.

Estas cláusulas generales aparecen en ocasiones como autorizaciones de futuro, en blanco. Así en la Base 18 (atribuciones del Tribunal Supremo en pleno) se indica la competencia cuando «las normas constitutivas así lo determinen»; en la 20, «a las que se reconozca por ley»; en la 21-2.º, «cuando legalmente así se disponga»; en la 23-3.º «...en materia penal o en otro orden judicial, que le sean legalmente atribuidas»; en la 24-5-1.º de los «límites que determinen las normas procesales en vigor sin alusión a si se trata de las «vigentes» en la actualidad o también a «futuras». «Expresamente conferidas por Ley» (Base 61); «ejercer las demás funciones que las Leyes les encomienden» (Base 68-3-7.º), etc.

Estas autorizaciones son aún más graves cuando se refieren no a leyes, sino a Decretos: así nada menos que toda la distribución de la competencia objetiva para distinguir los desconocidos procesos de «mayor entidad» (Base 26-1-1.º) y de «inferior cuantía» (Base 27-1.º) (nótese que esta terminología es diferente de la utilizada por el APC) se fijará «por decreto». Nos referiremos especialmente a la Base 82.

Una de las mayores lagunas del ALOJ —ya lo vimos, la referente a la especialización y adscripción de los jueces a un «orden judicial»—: se dice de distribuir los asuntos «procurando la mayor homogeneidad de las materias atribuidas a cada uno de ellos»: en ese «procurar» puede verse el origen de las «adscripciones» que luego tienen tanta influencia en los sucesivos destinos del juez.

Reviste especial gravedad la Base 82, en la que, invocando razones de «urgencia» —como casi siempre, cuando en veintidós años no debió, al parecer, notarse tal urgencia (?), «se autoriza al Gobierno para que, a la aparición del texto articulado de la Ley Orgánica de la Justicia, dicte las disposiciones precisas para su ejecución», etc.

Con lo que nos exponemos a que se dicte una Ley muy amplia, abstracta, del tipo del texto del ALOJ, y que el centro de gravedad de su aplicación se desplace hacia otras «disposiciones» de rango inferior, con lo cual se daría la paradoja —a la que no podemos exponernos— de una «Ley Orgánica» desarrollada en normas que no tienen rango legal.

El problema es de enorme entidad. Se trata nada menos que de uno de los pilares fundamentales de todo Estado de Derecho: de la organización judicial y de las garantías de la misma, entre las cuales la independencia es la base.

Si en la Ley de Bases se deslizan cláusulas generales, o la analogía, no vemos ninguna razón para desechar el temor de que también en su desarrollo por la articulada primero, y luego por decretos (o simples órdenes) se deslizaran aún más. Recuérdese, p. ej., el artículo 235 de la vieja LO sobre traslación de jueces y magistrados, causa 3.ª: «cuando circunstancias de otra

clase...»; las alusiones al orden público, al interés general, etc.; lo que podría ser constitutivo de brechas en la independencia judicial, de quien ha de fundar exclusivamente en la ley sus fallos.

Por ello el articulado de la futura Ley de Bases debe ser fijado totalmente por ley, sin delegación alguna (209).

No nos vale el argumento contrario, de que la extensión de la futura Ley —como la de los demás Códigos procesales— va a ocupar por mucho tiempo la atención del legislador, lo cual, de otro lado, es lo normal (210); no habría sino que ampliar el número de sus sesiones, lo cual es perfectamente posible y necesario, mas de tal modo que, en lugar de la «autorización», el Legislador pudiera censurar todo el proyecto, aunque en parte no lo discutiera (211).

En resumen; se rechazan las cláusulas generales y la posibilidad de que la ley articulada no comprenda todo el desarrollo de la de Bases, autorizando al Gobierno a sustituirse en el legislador.

2. Hallamos también una serie de alusiones al «régimen vigente», pero figurando el futuro como «similar» al mismo. La vaguedad de la «similitud» es inadmisibles (Bases 68, 76, 79, 81, p. ej.), siendo necesario expresar con exactitud hasta dónde llega la misma.

3. El título de la futura Ley («Ley Orgánica de la Justicia») y la expresión utilizada en la Base 2.^a: «el carácter independiente de la Justicia»; «la función única de la Justicia», «la exclusividad de la Justicia», etc., son gravemente defectuosos.

La expresión «Justicia» está mal empleada. La «Justicia» no se organiza; la «Justicia» no es una función. La Justicia «se hace», se administra, se realiza. Y, naturalmente, no se reforma «la Justicia» (?), sino sus órganos de administración y los medios de obtenerla.

Quizá por un intento —fallido «a nativitate»— de dar mayor prestigio al nombre —fallido por superfetatorio, ya que mayor no lo puede tener— se ha eliminado el concepto intermedio, necesario para obtener la «Justicia»: «administración de Justicia», pero nunca «función de Justicia», que en sí

(209) Cfr. sobre el problema, inútilmente complicado, p. ej., Borrajo Dacruz, «*Les leyes laborales anormales: estudio especial de la Ley delegada*», Valencia, 1966, página 11 y ss.

(210) Recuérdese el voluminoso trabajo del Poder Legislativo en torno al proyecto de ZPO austríaca, recogido en los *Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen*, 2 vols., Viena, 1897.

(211) Cfr., p. ej., la solución adoptada en la Constitución de 1869, art. 52, en Sevilla Andrés, «*La función legislativa en España*» (1800-1868), en *Rev. Inst. Ciencias Soc.*, Barcelona, 1965, pág. 227 y ss.

no puede existir como tal. La grandilocuencia ha conducido a la quiebra.

Además, como no puede por menos que resultar del error de principio, la expresión aparece anfibológicamente (Base 2.^a, «carácter independiente de la Justicia»; Título III, «Del gobierno y administración de la Justicia»).

La que es independiente no es la «Justicia» —el problema se fija en plano filosófico—, sino en cuanto interesa al texto legal, «la función jurisdiccional»; la Justicia depende de sus propios imperativos característicos.

Y son «independientes» los «órganos de administración de la Justicia»; la función está en el obtenerla y no en ella misma.

Por lo tanto, el título de la Ley y el sentido de la expresión «Justicia», tal como se la utiliza en la Base 2.^a, deben ceder el paso a un uso más correcto de la terminología, en tema en el que no son admisibles las logomaquias. Háblese de «función jurisdiccional de ejercicio del Poder judicial»; por traslación, de «Jurisdicción»; de «administración de la Justicia», pero no de otro modo.

PARTE II

COMENTARIOS AL TEXTO DEL ANTEPROYECTO

CAPITULO PRIMERO

EL PREAMBULO DEL ANTEPROYECTO

El texto de las Bases viene precedido por una especie de Preámbulo explicativo del «processus» de reforma, pero se echa de menos —como en los A. anteriores— una verdadera Exposición de Motivos que aclarase el sentido de las Bases; especialmente se hace notar la falta de una explicación razonada de la divergencia del Ministerio de Trabajo, ya comentada, supra.

La explicación que se da al contenido del ALOJ merece algún comentario.

Especialmente se quiere justificar su Título VII («De la actividad judicial»), cuya inclusión ya hemos criticado, como excesiva de una LO, mediante las siguientes frases:

«Así el estudio de la Ley Orgánica de la Justicia ha puesto de relieve la necesidad de revisar las disposiciones que regulan los procedimientos de los ordenes judiciales que dicha Ley establece.»

Mediante este texto se intenta justificar una intromisión de la LO en materias procesales, ya temida por nosotros desde que examinamos el texto del APP (especialmente la Base 26). Mediante una «revisión», sí, pero «revisión» de dichos A. y no intromisión de la LO. Y si la reforma —esa es la expresión exacta— pretendida a tenor de la crítica formulada a los dos A. procesales, es de trascendencia —y lo es— lo que procede, es volver atrás, rehacer los dos A. y tornar a exponerlos a información de las entidades especializadas. Tal es el caso, trascendental, de la orientación que propugnamos (212) sobre la formación de una Ley Procesal General a la cabeza de todas las demás (llámense o no Códigos).

(212) Cfr. el Informe de la Universidad de Valencia, en Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 17 y ss.; y cap. III de este mismo, I Parte, supra.

Así, como hemos dicho, se produce el absurdo de que esa «Ley procesal general» se halla, en la realidad de los A., no ante los Códigos procesales correspondientes a cada «orden judicial», sino «a las resultas», por recoger, en un A. elaborado en tercer lugar y no en el primero, como se pidió (213), y que no es procesal, sino orgánico. Lo que procede no es «revisar», sino «recomenzar» contando con un elemento nuevo —A. de Ley procesal general— que no había ocurrido a la mente de los pre-legisladores cuando iniciaron sus redacciones.

Se habla en el «Preámbulo» de «completar» (el Código procesal civil) con una «Ley especial sobre Jurisdicción Voluntaria». Estamos conformes (214). Pero, en cuanto que en esta materia intervengan jueces, protegidos por la independencia, la parte orgánica de esta Ley debe ser incluida en la LO, a lo cual ya aludimos, supra (215).

A efectos de la «modernización y perfeccionamiento de la mecánica de los servicios judiciales», se prevé en el Preámbulo una «realización de estudios», esto es, una preparación. Naturalmente, estamos de acuerdo. Pero ello implica que las leyes procesal civil y penal sólo podrán comenzar a aplicarse —lo cual es muy diferente de ser promulgadas— una vez que dichos estudios estén terminados y que la «planta técnica», los medios modernos al servicio de juzgados y tribunales estén prestos y depurados; esto es, precisa una «vacatio legis» extensa, que ya preconizábamos (216) y que se adoptó en Suecia para el «Rättegångsbalk» (Código procesal), dando ejemplo de sensatez.

(213) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 21 y ss.

(214) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 37.

(215) Cfr. cap. IV, I Parte, núm. 2, de este trabajo, supra.

Se ruega a los redactores de los «resúmenes» que el Ministerio de Justicia publica en sus *Cuadernos Informativos*, tengan la atención de evacuar estas citas, para evitar lo ocurrido ya con relación a otros Informes de esta Universidad de Valencia por no evacuar las citas de los mismos: esto es, atribuirnos una opinión totalmente opuesta a la que formulamos. Cfr. la llamada de atención y pruebas, en la nota núm. 148, cap. III, Parte I, de este Informe.

(216) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 22 y ss.

CAPITULO II

EL TITULO PRELIMINAR DEL ANTEPROYECTO

BASE 1.^a Es de tipo sistemático:

«La Ley Orgánica de la Justicia se compondrá de ocho títulos: uno, preliminar, en el que se recogerán los principios fundamentales de la organización judicial; y otros siete que tratarán: el primero, «de la función jurisdiccional»; el segundo, «de la planta y organización de los Juzgados y Tribunales»; el tercero, «del gobierno y administración de la Justicia»; el cuarto, «del personal al servicio de la Justicia»; el quinto, «del Ministerio Fiscal»; el sexto, «de los Abogados y Procuradores», y el séptimo, «de la actividad judicial».

La crítica de esta sistemática ha sido hecha, y se ha propuesto su modificación, en el Cap. V de la I parte de este trabajo; y especialmente la invasión del campo procesal que supone el propuesto Título VII, en el Capítulo III, Parte I del mismo, cfr. supra (217).

BASE 2.^a «En el título preliminar habrá de señalarse:

1.º El carácter independiente de la Justicia; que su función única, exclusiva y excluyente de las demás del Estado, es la de aplicar las leyes en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, lo que se realizará a través de los órganos judiciales, que se determinarán en la Ley; la integridad de su función, atribuyendo a los Tribunales de Justicia el conocimiento de todos los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que establezcan las leyes, con unidad jurisdiccional, exceptuándose únicamente a las jurisdicciones militar y religiosa.»

(217) Y a no olvidar. Cfr. la nota núm. 148 del cap. III, Parte I, supra.

1. Notamos con satisfacción que se han respetado los elementos básicos de la definición que da la vieja LOPJ en su art. 2.º, «modelo de concisión y exactitud» (218) y de gran utilidad (219).

Es un acierto el que desde hace mucho más de un siglo (220) se fijase como «potestad» la naturaleza de la función jurisdiccional, con la rara perspicacia de no caer en la promiscuidad de los conceptos de «poder» y aquella (221) (v. gr., «poder judicial»; «potestad marital»), intuyéndose con maestría que la potestad aparece cuando el propio titular aparece investido de una autoridad, sea de derecho público, sea de derecho privado —en este caso de derecho público—, mientras que, cuando el elemento de autoridad, y por lo tanto la consiguiente posición de autoridad o de inferioridad falla; se usa mejor la palabra «poder» (222). Así se comprende en la «potestad» jurisdiccional el elemento imprescindible del «imperium».

2. Aparece la «independencia de la Justicia» (223) y la «independencia de los órganos judiciales» (Base 2.ª-2.º). Esta noción inmanente —esté o no en crisis el principio de división de poderes (224)— y que debe robust-

(218) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, reaccionando justamente contra excesos de xenofilia jurídico-procesal, en «Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho Procesal hispánico», en *Rev. Esc. Nac. Jurisp.*, 1948, ed. sep., pág. 8.

(219) Como tal, la hemos manejado profusamente, en «Acción, Derecho Procesal y Derecho Político», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, pág. 95 y ss; «Ideas sobre una teoría general del Derecho Procesal», en *Rev. Derecho Procesal*, Madrid, 1966-II, pág. 54 y ss.

(220) Ya aparece en Constituciones españolas anteriores a 1870; desde la de 1812.

(221) «La función depende de un poder, y el poder no debe depender más que de su ley fundamental. La función es subordinada, simplemente representativa, sujeta a control; el poder es soberano en la esfera de sus atribuciones y autonomía de su acción, que ejerce personalmente y fuera de todo impulso extraño». Cfr. Coumoul, *Traité du Pouvoir Judiciaire*, París, 1911, pág. 21.

Anotamos esta observación.

(222) Cfr. Santi Romano, «Frammenti di un dizionario giuridico», Milán, 1947, *Poteri, potestá*, pág. 194.

(223) Se criticó esta expresión en el cap. VI, núm. 3, Parte I de este trabajo. Consúltese.

(224) «Siendo independiente el organismo judicial contará con la estimación, el respeto y la confianza de los ciudadanos. Por ser neutral y apolítico, podrá llegar a tener a su cargo una verdadera misión política, cual la desempeña en aquellos pueblos, como los Estados Unidos de América del Norte, donde la opinión ve en la judicatura un Cuerpo libre de las influencias ambientales, apto para defender los intereses minoritarios o individuales frente a los mayoritarios, para asegurar, en suma, el gobierno de las leyes y no de los hombres.»

«El dogma de la independencia judicial va unido, en segundo lugar, al principio de neutralidad política de la Magistratura. El juez, naturalmente, tiene deberes hacia su Patria, y ha de tener convicciones políticas como cualquier ciudadano. Mas,

tecerse (225) (226) es un principio de fundamento político, garantía de los derechos de la personalidad que la tienen en el Código penal (227); defiendo la seguridad personal del funcionario en cuanto le asegura en su profesión y destino mientras legalmente cumpla con su misión, lo cual constituye a su vez la garantía de aquélla: la inamovilidad (Base 2.^a-2.^o); y es garantía del justiciable, ya que le da la seguridad de que la resolución judicial resultará solamente de razones de legalidad por él ponderadas —criterio de legalidad, reconocido en la Base 2.^a-2.^o

3. Sin embargo, la definición es incompleta. Si bien comprende los elementos «cognitio» (juzgando) e «imperium» (mandando ejecutar), precisa reforzar esta última atribución, a fin de incrementar la importancia del proceso ejecutivo penal, hasta hoy puesto indebidamente en manos de la administración penitenciaria (228) y que reivindicamos se ponga bajo la dirección inmediata y práctica de los jueces; y a efectos de deslindar y excluir exhaustivamente las posibilidades de otras autoridades no jurisdiccionales de no ejecutar, suspender o novar inconsideradamente la ejecución de las sentencias por los tribunales.

4. Este punto tiene íntimo contacto con el de la inmutabilidad de las sentencias —irrevocabilidad, en contraposición de la revocabilidad de los actos administrativos (229)—; como característica de la sentencia judicial

por muy afecto que sea a una ideología política, debe, en el ejercicio de su función judicial, hacer justicia y no servicios. El primero de sus deberes como magistrado es aplicar la ley de modo igual para todos los justiciables y hacer que resplandezca siempre y ante todo esta objetividad de la función judicial» (Cfr. Castán Tobeñas, *Poder Judicial e independencia judicial*, Discurso de Apertura de los Tribunales, 1951 (Madrid, 1951), pág. 44 y ss. y 49 y ss.).

(225) Conclusión 3.^a del II Congreso Nacional de Derecho Procesal, Madrid, 1954. Ponencia de Rodríguez Valcárcel, en *BIEDP*, núm. 44, 1954.

(226) «No faltan en España ingerencias del Poder ejecutivo en el judicial, sobre todo, en el nombramiento de ciertos cargos representativos...» Cfr. Rodríguez del Barco, *Compendio de Derecho Judicial*, Madrid, 1962, pág. 7.

Este tema lo hemos tratado ya en el cap. I, núm. 8, Parte I, de este trabajo, con relación al Tribunal Central de Trabajo especialmente. Confróntese.

(227) Ya hemos tratado del tema y de la insuficiencia de esta protección en el cap. IV, núm. 1, Parte I, de este trabajo, preconizando la reintroducción en España del proceso cautelar de manifestación. Confróntese.

(228) Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 97 y ss.

(229) Naturalmente, sólo en cuanto a la Jurisdicción contenciosa.

(230) a la que sería del caso hacer una alusión, como nota del acto jurisdiccional por excelencia (231).

Puesto que nota de la función jurisdiccional es, hallamos muy razonable el proponer que se enumere legalmente. Así lo propuso el diputado a la Asamblea Constituyente italiana (Subcomisión II constitucional) Profesor Calamandrei:

«Art. 4.º La sentencia (il giudicato) contra el que no quepan los remedios judiciales admitidos por la ley, es inmutable; y no puede ser modificada ni suspendida en sus efectos, ni siquiera por el poder legislativo.»

«Se exceptúa la sentencia penal, contra la que el poder legislativo podrá acordar amnistías e indultos de alcance general; queda reservado al Presidente de la República el poder de conceder gracias individuales previo parecer conforme del... (?)»

La Subcomisión refundió estos dos párrafos, que pasaron al Anteproyecto de Constitución, según el siguiente texto:

«Las sentencias ya no sujetas a impugnación de cualquier especie no pueden ser modificadas o anuladas ni siquiera por acto legislativo, salvo los casos de ley penal derogatoria o de amnistía, gracia o indulto.»

Y este previsto artículo 104 del Proyecto desapareció, desgraciadamente, del texto constitucional (232) (233).

Proponemos, pues, que en la Base 2-2.º se haga constar que se «juzga de modo inmutable».

5. Falta otro elemento en el contenido de la Jurisdicción: el correspondiente al proceso cautelar, tan injustamente preterido en el APC y aún en

(230) Cfr. Prieto Castro, *Tratado de Derecho Procesal*, Madrid, 1952, I, página 134; Guasp, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1943, I, pág. 116; Couture, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1951, págs. 297 y 306 y ss.; Liebman, *Eficacia y autoridad de la cosa juzgada*, trad. esp. de Sentís Melendo, a. a. (pero 1946), Buenos Aires, pág. 56 y ss.; Carnelutti, *Lezioni di Diritto Processuale civile*, Padua, 1926, IV, pág. 168.

Se identifique (Cfr. Allorio, «Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato», en *Scritti giuridici in memoria di Priero Calamandrei*, Padua, 1958, V, pág. 11 y ss.) o no se identifique (Cfr. Vocino, *Considerazioni sul giudicato*, Milán, 1963, pág. 32 y ss.) la inmutabilidad con la cosa juzgada formal. La LO no debe entrar en este problema.

(231) Cfr., p. ej., Vocino, ob. cit., pág. 56.

(232) Cfr. Calamandrei, «I lavori della Costituente», en *Per l'ordine giudiziario* («quaderni di Temi», 2, Milán, 1946, pág. 98).

(233) No hemos podido consultar ahora el volumen correspondiente a las discusiones en la comisión, para conocer el motivo de esta supresión, tanto en el Proyecto (parcial), como en la propia Constitución (total).

el APP (234). Estimamos que, habiéndose una tripartición de procesos (declarativo, ejecutivo y cautelar), la función jurisdiccional debe comprender la actividad declarativa («juzgar»), la ejecutiva («hacer ejecutar») y la tercera: «tomar medidas cautelares» del «juicio» y de su «ejecución».

6. Estamos conformes con que se exprese la nota de «exclusividad» de la Jurisdicción (Base 2-1.^o), consagrando así el principio del monopolio de la misma, tan amenazado (235).

Pero el buen propósito del «exclusiva y excluyente» se nubla cuando se «atribuye el conocimiento» a los cuatro órdenes judiciales (civil, penal, contencioso-administrativo y laboral)... «y demás que establezcan las leyes».

Esta cláusula general es inadmisibles. Fuera de posibles alusiones —que no estarían en su lugar— al «orden» tutelar de menores, a la jurisdicción voluntaria y a algún otro que pudiera surgir en virtud de tratado internacional —lo que debe evitarse— su sentido, desvirtúa a toda la futura LO. ¿Qué «órdenes judiciales» pueden ser esos «que se establezcan»? La cola de la frase está clara: se exceptúan únicamente las jurisdicciones militar y eclesiástica, pero «órdenes judiciales», o solamente existen los cuatro que se citan, o bien los pre-legisladores saben o prevén más de lo que dicen. Y este trasfondo no se puede aceptar.

Como la expresión se reitera en la Base 4.^a-7, no cabe que haya sido imprevista. Con lo que resulta que la gravedad de la misma es palmaria. Y esos «órdenes a crear» no se regulan en las Bases siguientes de la Ley. Quedan en blanco. El A. de Bases falta así a la seguridad jurídica en el futuro.

Sin entrar en hipótesis sobre el pensamiento de los redactores del ALOJ y de las consideraciones que sobre ellos hayan podido influir en cuanto a esta frase reiterada, en vista de que es atentatoria contra la exhaustividad de las «manifestaciones de la función jurisdiccional» a que la Base 4-7 alude (acertadamente en esta expresión) y, por lo tanto, a la propia esencia y contenido del A., se pide su supresión; de no hacerse así, lamentándolo, este Informe tiene carácter negativo: esto es, se pide sea retirado en su totalidad. He aquí uno de los peligros de las «cláusulas generales» a que aludíamos en el Capítulo VI, Parte I, núm. 1, de este trabajo. Confróntese.

(234) Cfr. la escasísima Base 82 del APC, y nuestra crítica, en *Sugerencias*, cit., pág. 100 y ss., propugnando un Libro IV del A., destinado a comprender todos los procesos cautelares, y 223 y ss., criticando el contenido de la Base. Cfr. también; Fairén Guillén, «La reforma del proceso cautelar español», en *Rev. Derecho Procesal*, Madrid, 1966-IV, pág. 47 y ss.

(235) Cfr. Prieto Castro, «Principios políticos», cit., *Rev. Derecho Procesal*, 1956, 2, pág. 222 y ss.

7. «Los órganos judiciales sólo están sometidos a la Ley» (Base 2-2.º). Estamos conformes. Se trata de garantizar el rango jerárquico de las normas del artículo 17 del Fuero de los Españoles, acabando para siempre «con la anarquía administrativa que hacía de cada Jefe de Negociado un pequeño legislador» (236). La vista de numerosos Decretos que han debido ser anulados por el Tribunal Supremo es muy poco tranquilizadora en la actualidad. Por ello debe conservarse, tanto el texto del artículo 4 de la LO (237) como el 6.º de la misma (238). Esto significa:

A) Que la organización jurisdiccional ha de crearse y reformarse por la Ley (239).

B) Que los jueces deben examinar la legalidad de las normas por si estuvieren en desacuerdo con las leyes (240); no sólo normas, sino actos administrativos, y aun fuera de lo contencioso. En el Capítulo IV, I Parte, de este trabajo tratamos del tema, con motivo de pedir la reintroducción del proceso de manifestación.

C) Que la legalidad debe trascender a la independencia interna de la organización jurisdiccional, según el artículo 4, párrafo segundo de la LO vigente.

(236) Cfr. Jiménez Asenjo, «La independencia de la Justicia», en *Rev. Derecho Procesal*, Madrid, 1950, pág. 454.

(237) «...no podrán los jueces ni los Tribunales mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares a la Administración del Estado, ni dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes.» Este texto ha de hacer reserva sobre la especialidad de la doctrina legal del Tribunal Supremo.

«Tampoco podrán aprobar, censurar o corregir la aplicación o interpretación de las leyes, hecha por sus inferiores en el orden jerárquico, sino cuando administren justicia en virtud de las apelaciones o de los recursos que las leyes establezcan.»

(238) «Las disposiciones reglamentarias que el Poder Ejecutivo adopte, en uso de sus atribuciones, nunca alcanzarán a derogar ni a modificar la organización de los Juzgados y Tribunales, ni las condiciones que para el ingreso y ascenso en la carrera judicial señalen las leyes.»

Esta disposición ha sido calificada como «la norma más característica de la defensa de la independencia judicial y definida por las leyes, en cuanto auténticas emanaciones de la Soberanía del Estado» (Cfr. Jiménez Asenjo, ob. cit. últ., pág. 452).

La Base 82 supone un formidable atentado a este principio, por la cual, la hemos combatido en el cap. VI, núm. 1, Parte I, de este trabajo. Confróntese. Y rechazada, pedimos, desde entonces, y desde ahora, su desaparición, en beneficio de una ley exhaustiva.

(239) Cfr. la nota anterior.

(240) Cfr. la nota 238.

D) Que debe resolverse para siempre cualquier duda en cuanto a la aplicación de la «doctrina legal» del Tribunal Supremo como fuente del Derecho Procesal» (241) (242).

8. Ya comentada favorablemente la inclusión de la «independencia de la Justicia» —con expresión muy defectuosa (243)—, la Base 2.-2.º se refiere a la «independencia de los órganos judiciales», cuya garantía fundamental es la «inamovilidad» (también Base 2-2.º). En el Capítulo V Parte I de este trabajo, nos quejamos de la escasa amplitud que al desarrogo de esta manifestación de la independencia se concede (confróntese) (244), pidiendo más atención en el desarrollo del ALOJ.

9. Con respecto a la Base 2-3.º (245), se comentará juntamente con la número 68 («Del Ministerio Fiscal»).

10. Conforme con el núm. 4 de la Base 2 (246).

11. «5.º La Ley establecerá el carácter formal del ejercicio de la función judicial...»

El apellido «formal» se presta a confusiones y debe ser aclarado.

A) En efecto, lo rechazamos si se trata de adaptarse a la doctrina que diferencia a la Jurisdicción por razón de su forma de actuar (247), ya que

(241) Cfr. sobre el tema, ampliamente, Fairén Guillén, «El control de los hechos en la casación civil y laboral española», en *Rev. Derecho Procesal*, 1967-IV, y bibl. cit., passim.

(242) El A. del Título Preliminar del Código civil, sin desconocer la realidad actual del valor de la doctrina legal, es muy sibilino y precisa aclaración. (Cfr. Fairén Guillén, ob. cit., pág. 26).

(243) Cfr. la crítica en el cap. VI, 3, Parte I, de este trabajo.

(244) Dícese sobre la inamovilidad: «...resulta igualmente desconocida esta garantía judicial al socaire de todos los cambios políticos, so pretexto de seleccionar aquellos funcionarios sólo compatibles con la idea triunfante. Los daños que esto produce no es preciso razonarlos; basta abrir los ojos y ver» (Cfr. Jiménez Asenjo, *La independencia judicial*, cit., pág. 447).

(245) «La Ley declarará que al Ministerio Fiscal, órgano de comunicación del Gobierno con los Tribunales de Justicia, le corresponde velar por el exacto cumplimiento de las leyes y la defensa del interés público y social, y se organizará en base a los principios de unidad, jerarquía y legalidad.»

(246) «Se dispondrá que los Abogados y Procuradores son colaboradores de la Justicia (otra vez el defectuoso uso de la «Justicia»), y constituyen profesiones libres, organizadas corporativamente.»

(257) P. ej., Carré de Malberg, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, París, 1920, T. I, págs. 693 y 784 y ss.

esta tesis es insuficiente para distinguir la función jurisdiccional de la administrativa (248).

B) Sí que se puede aceptar la expresión, solamente en cuanto a la estructura específica de la Jurisdicción (249), pero no en cuanto a sus efectos (250), lo que supondría negar el fundamental, de cosa juzgada (251).

Esto es, que «no hay acto procesal sin esquema legal» (252). El principio es bueno: mas debe ser desarrollado en cuanto a la escala de formas, desde el sentido más severo a otro mucho más liberal, en las leyes procesales. Vemos una muestra en la Base 27-3.º del APC (253). Se debe tratar de adoptar el principio de la ordenación judicial de las normas procesales, esto es, el de elasticidad procesal (254), pero no de admitir la arbitrariedad.

C) Eventualmente, y por si se hallase contraposición entre los términos «formal» y «sustancial» o «material», confróntese lo que dijimos, supra, número 7, D) de este Capítulo sobre la doctrina legal del Tribunal Supremo.

11. Sigue el núm. 5.º de la Base 2: «...así como el deber de auxilio que a los Tribunales de Justicia están obligados a prestar los Organismos, autoridades, funcionarios públicos y particulares».

No se trata de un «deber», sino de una «obligación» para las personas citadas en el artículo 369 y ss. del Código penal.

Esta Base y número sustituye a la 6.ª del APP, «eventual», pero con diferente redacción («deber de colaboración» como «auxilio jurisdiccional interno»); consecuencias de la defectuosa organización del trabajo preparatorio de los A. y del cambio de plan en plenas operaciones.

12. En el Capítulo IV, Parte I, de este trabajo («Omisiones») aludimos a las de esta Base 1.ª, con respecto a la jurisdicción voluntaria (núm. 2) de los Tribunales de Menores (núm. 3) y Mixta Hispano-USA (núm. 4). Remitimos a dichos puntos al lector.

(248) P. ej., Vizios, «Observations critiques... sur la théorie de la jurisdiction de M. Carré de Malberg», en *Etudes de Procédure*, Burdeos, 1956, pág. 70 y ss.

(249) Cfr., p. ej., Cappelletti, «Pronuncie di rigetto nel processo costituzionale di libertà», en *Riv. Dir. Civ. Proc.*, 1956, I, pág. 140.

(250) Cfr. Allorio, *Nuove riflessioni*, cit., loc. cit., pág. 6.

(251) Cfr. Allorio, *ibidem*; Rocco, *L'autorità della cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917, pág. 14 y ss.

(252) Cfr. últimamente, Bruns, *Zivilprozessrecht*, Berlín-Frankfurt, 1968, pág. 9.

(253) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 152 y ss.

(254) Cfr. Calamandrei, *Istituzioni di Diritto Processuale civile*, Padua, 1943, I, pág. 158 y ss. y 195 y ss.; Angelotti, *Teoría generale del processo*, Roma, 1951, pág. 152 y ss.

Pero hallamos una laguna más grave.

En efecto, esta Base 1.^a, trascendental, contiene todo el sistema de principios políticos y técnicos básicos de la función jurisdiccional.

Sin perjuicio de que el sistema general de principios del Ordenamiento se exponga en la Ley procesal general (255), los que integran la esencia de la Jurisdicción, que aquí están bien emplazados, deben ser tutelados por un sistema de recursos (256).

Existen medios de impugnar las violaciones de dichos principios, partiendo de diferentes bases; así la recusación es uno de ellos; lo es la misma casación por quebrantamiento de forma en otros (núm. 7 y 8 del art. 1.693 de la Lec.). Pero sugerimos la idea de la unificación de todos ellos, para lo cual una correcta ordenación del recurso ante el Tribunal Supremo en sus diversas Salas debe ser la clave; existiendo la alternativa, para aquellos casos en que el propio Tribunal Supremo no aparezca como indicado (por ejemplo en casos de provisión de vacantes en el mismo) del Consejo Judicial, que debería contar con una Planta que permita su constitución especial a tales efectos.

Recordemos, para terminar, nuestra queja por el hecho de que, si bien en este ALOJ, con poco trabajo, se puede lograr una buena concentración y exposición sistemática de los principios de la Jurisdicción en su Título preliminar, no ha ocurrido así en los APC y APP, en donde los principios que los informan se hallan desparramados a través de su contenido y expresados en ocasiones en forma impropia o no expresados.

(255) Cfr. esta reclamación en Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 27 y ss., y *Presente y futuro*, cit., pág. 16 y ss. y bibl. allí cit.

(256) Cfr. ob. cit., pág. 29.

CAPITULO III

EL TITULO I DEL ANTEPROYECTO: «DE LA FUNCION JURISDICCIONAL»

La Base 3.^a es de tipo sistemático (256); confróntense las objeciones a ésta en el Cap. V, Parte I de este trabajo.

El epígrafe es inexacto y corresponde a la Base 2.^a

Base 4.^a «De la extensión y límites de la jurisdicción.—1. La extensión y límites de la jurisdicción española vendrán determinados según el principio tradicional de la territorialidad.»

Estamos conformes.

A continuación, y en sendos apartados, aparecen por vez primera en el ALOJ los cuatro «órdenes judiciales», civil, laboral (que se confunde con el social, no siendo equivalentes ambos términos, por lo que el segundo debe desaparecer, como depresivo para el civil y el contencioso-administrativo y el penal), contencioso-administrativo y penal (no vemos que se piense en la diferencia entre el proceso penal propiamente dicho, y en el de seguridad, como ya pretendimos con ocasión del APP) (257).

(256) El título primero: «de la función jurisdiccional», se desarrollará en tres capítulos, relativos el primero a la «extensión y límites»; el segundo, al «auxilio jurisdiccional», y el tercero, a «los conflictos jurisdiccionales».

(257) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 15 y ss.

La organización de un proceso de peligrosidad —aunque sus elementos comunes con el penal sean muchos, y puedan unificarse en una Parte General de la misma Ley o Código—, es tanto más necesaria desde la aparición en España de la peligrosidad sin delito (Ley de Vagos y Maleantes de 1933). Sobre esta avanzada Ley, cfr. uno de sus propios autores, Jiménez de Asúa, «Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delitos», en *Rev. Gral. Legisl. y Jurisp.*, Madrid, 1933, pág. 577 y ss.

Estamos conformes con la diferenciación de los cuatro «órdenes judiciales», aunque en el ALOJ, uno de sus más graves defectos, es el de no fijar el cómo ni el cuándo se organizan y pasa a distinguirse; sólo se fija en las consecuencias de la «adscripción» a cada uno de ellos —en relación con las provisiones de vacante. Se trata del «Deus ex machina» de la futura organización judicial y precisa colmar total y cuidadosamente esa laguna. Confróntese lo que dijimos sobre ello en el Cap. II, Parte I, de este trabajo.

Sigue la Base 4.^a: «En el orden judicial civil se señalarán los casos en que los extranjeros podrán ser demandados en base a los criterios de sumisión, naturaleza de la acción, conexidad, eficacia de las resoluciones, reciprocidad y orden público.»

La ilación de las normas de la Lec. (especialmente su art. 70) con el Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852, no derogado (258); la sistematización de los puntos de conexión, habida cuenta de la naturaleza de la «acción» (259) ejercitada; la reciprocidad como uno de los criterios de fijación de la eficacia de las resoluciones extranjeras (260); la entrada en escena —*ultima ratio*— del orden público frente a todas las anteriores soluciones. Se trata de problemas intrincados, dispersos legislativamente, que interesa centrar y resolver de modo homogéneo, habida cuenta de las necesidades del tráfico jurídico internacional y de la mentalidad am-

(258) La vigencia del R. D. de 1852, resulta del propio texto del art. 70 de la Lec., que, de haber querido hacer aplicables a la jurisdicción española las reglas de competencia territorial interna, no habría empleado una fórmula como la utilizada, «leyes del Reino» —no hay otra que el R. D. de Extranjería citado—, sino que, en su lugar, se hubiera referido a las normas que acaba de fijar y a las que al principio de dicho art. 70 ha hecho alusión («precedentes disposiciones»).

La doctrina española (cfr., p. ej., Miaja de la Muela, *Derecho Internacional Privado*, 3.^a ed., Madrid, 1963, II, pág. 441 y ss.; Trias de Bes, *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1932, pág. 212; Prieto Castro, *Derecho Procesal civil*, Zaragoza, 1946, I, pág. 86; Verplaetse, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1954, pág. 644 y ss.; Guasp, *Comentarios a la Lec.*, Madrid, 1943, I, pág. 292, es, en general, favorable a esta tesis.

Cfr. también el T. S., 29 sepbre. 1956, 13 jun. 1917, 10 febr. 1915, 17 oct. 1901, 15 nov. 1898.

(259) Se sigue utilizando terminología, a nuestro juicio, errónea, consecuencia de un estrecho concepto de la «acción». Cfr. Fairén Guillén, «Acción Derecho procesal, Derecho político», en *Estudios de Derecho Procesal*, cit., pág. 61 y ss., *passim*; *Ideas sobre una teoría general del Derecho procesal*, cit., pág. 57 y ss.

(260) Al comentar el APC, nos quejamos de que no regulase un proceso para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, del que resultaría el *exequatur*, tradicionalmente mal estudiado en España, y admitido por dicho APC, como simple «diligencia preparatoria de la ejecución» (Base 62), ignorando, una vez más, que no es sino una manifestación de aquel fenómeno superior declarativo del reconocimiento (V. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., págs. 59 y 67).

plia que en él precisa tener, y no una de tipo «imperialista jurisdiccional» (261).

El núm. 3 de la Base contiene una serie de soluciones acertadas, en defensa del trabajador español en el extranjero; pero la mejor defensa, sin perjuicio de mantener las que se proponen, es la de solucionar para siempre favorablemente el bochornoso problema de la emigración masiva del trabajador español (262).

Estamos de acuerdo con el núm. 4 de la Base (263).

Sigue la Base 4.^a: «5. En el orden penal se completará el principio de territorialidad con los de la personalidad, real o de la defensa, y de la justicia penal internacional, sin perjuicio, por lo que al último se refiere, de lo que se convenga en los Tratados internacionales.»

A salvo la defectuosa redacción, estamos de acuerdo.

Naturalmente —una vez más— se ha olvidado el problema de la peligrosidad.

Estamos conformes con el núm. 6 (264); y también con referencia al número 7, que formula una especie de «vis atractiva» del orden judicial civil, lógica, dado que, pese a quien pese, sigue siendo el más desarrollado (265).

Conformes en cuanto a esta «vis atractiva»; pero en desacuerdo con la expresión «y a los demás (órdenes judiciales) que establezcan las Leyes». Ello es una reserva del ALOJ, inadmisibles y que pone en tela de juicio su misma esencia. La distribución de los cuatro «órdenes judiciales» queda

(261) Del que Miaja de la Muela intenta excusar al Ordenamiento español. (Cfr. su trabajo «El *imperialismo jurisdiccional* español y el Derecho Internacional», en *ANATYION*, Tesalónica (ed. sep.), 1968, pág. 89 y ss.).

(262) «3. En el orden judicial laboral o social se establecerá que la jurisdicción española será competente cuando la celebración o ejecución del contrato de trabajo tenga lugar en el territorio nacional; cuando el trabajador sea español, cualquiera que sea el lugar del contrato, si el empresario es español o tiene domicilio, Agencia o Sucursal en España; y cuando se trate de pretensiones de seguridad social, que se refieran a actos o responsabilidades de entidades españolas o domiciliadas en España.»

(263) «En el orden judicial contencioso-administrativo, será competente en todo caso la jurisdicción nacional.»

(264) «En materia de inmunidades, se seguirán los criterios de Derecho internacional y público interno actualmente aplicados.»

(265) «En cuanto a la delimitación entre las diversas manifestaciones de la función jurisdiccional —ahí está, intercalamos nosotros, la verdadera y acertada expresión, y no en la de «jurisdicciones especiales» cuando ello se aplique a lo contencioso o a lo laboral—, «la Ley dispondrá que a los órdenes judiciales penal, contencioso-administrativo, social y a los demás que establezcan las leyes, les corresponde conocer de las materias que específicamente les sean atribuidas en la Ley Orgánica y en los Códigos procesales respectivos, y al orden judicial civil todas las demás.»

a merced de una peligrosísima cláusula general, intercalada por no sabemos qué razones. Hasta tal punto la consideramos peligrosa e inadmisibles que ello es motivo de que pidamos respetuosa y enérgicamente: A) o su supresión, de modo que en la LO se regulen los «cuatro órdenes judiciales» y nada más, o B) que se retire todo el ALOJ, por abrir la puerta a nuevas «jurisdicciones», cuando se trata de barrer la multiplicidad existente; los privilegios deben desaparecer, y denegarse la creación de otros nuevos.

Base 5.^a «Se señalará la naturaleza no dispositiva de las normas que regulan la extensión y límites de la jurisdicción.»

He aquí una muestra de la desorganización interna de la labor de reforma: en efecto, en el APC aparece una base (7.^a) más expresiva sobre el tema (265), sin que se haya hecho en él la advertencia de «eventualidad» que campea sobre las Bases 4.^a 11.^a del APP. Póngase remedio a esta desorganización recomenzando la labor desde el principio cuando lo haya menester, como es este caso.

Base 6.^a «De la prejudicialidad.—A los solos efectos prejudiciales, cada orden podrá conocer, por excepción, de asuntos que no les estén atribuidos privativamente, salvo cuando se trate de la materia penal, cuyo conocimiento se reservará siempre a los órganos de esta clase.»

Este párrafo debe ser reformado o retirado, por vaguedad; en efecto, no se explica cuál es esa «excepción» en virtud de la cual cada orden podrá conocer de asuntos cuyo conocimiento no le esté atribuido.

Anotemos que el APP contenía una Base «eventual» (la 5.^a) (266) sobre las cuestiones prejudiciales; y el APC ninguna, aunque la prejudicialidad aparece esporádicamente en los casos de prueba documental imputada de falsedades (Base 52-4 (267)).

Las cuestiones de estado civil —según la 5.^a del APP— de las personas se deferirán a los tribunales competentes para conocer de las mismas, en el proceso correspondiente, iniciado y proseguido por el Ministerio Fiscal, con citación de todas las personas interesadas».

Hemos reproducido este fragmento (aunque sea «eventual»), en razón a su cronología, antes que el correspondiente del ALOJ, que dice:

«Las cuestiones prejudiciales sobre validez o disolución del matrimonio, separación de cónyuges y filiación, se deferirán siempre al Juez o Tribuna-

(265) «De la jurisdicción. En lo que se refiere a la jurisdicción, el Código señalará sus límites en relación con los sujetos y con el objeto, regulando el tratamiento de este requisito que los Tribunales examinarán de oficio...»

(266) «Cuestiones prejudiciales. Las cuestiones prejudiciales serán simplificadas en su tratamiento, proclamándose el principio general del conocimiento por el juez penal...»

(267) Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 181 y ss.

les que deba conocer de las mismas, cuya decisión será vinculante para los demás órdenes judiciales.»

Habíamos rechazado la Base 5.^a del APP, por estimar inadmisibles que el Ministerio Fiscal monopolizase el derecho de acción, en perjuicio de sus titulares más calificados y privación inadmisibles de los mismos en tales casos, aunque ello se limitase al orden penal. Bien está que se proteja a la familia, pero no que se la peyorice de tal modo que no se respete el derecho a su propia constitución y ordenación (268).

Sin embargo, ya estábamos de acuerdo, previamente a conocer este tratamiento, en el carácter «vinculante» de tales resoluciones «dadas las características oficiales —más bien inquisitivas— de tal proceso» (269).

Pero, en todo caso, el carácter «eventual» de la Base 5.^a del APP nos sume en confusión. Esto es, ¿debe considerársela como complementaria de la 6.^a del ALOJ, y en tal caso, cuanto se trate de una cuestión prejudicial civil en lo penal, sólo podrá promover y continuar el proceso civil, «de estado civil de las personas», el Ministerio Fiscal?

Si es así, y puesto que es el mismo desorden de esa «eventualidad» y su amplitud el que provoca las dudas, la solución está en suprimirlo. Si se conserva el monopolio de la legitimación del Ministerio Fiscal en materia prejudicial de estado y condición civil de las personas —o en otra cualquiera—, informamos sobre la supresión de la Base 6.^a del ALOJ. Si aquel fragmento de la Base 5.^a del APP ha sido totalmente «derogado» (?) por la 6.^a del ALOJ, admitimos a esta última.

Y, naturalmente, si el problema es traspuesto a la Base 68 del ALOJ («Del Ministerio Fiscal»), nos pronunciamos contra el que, en alguna de sus cláusulas generales se oculte este monopolio, atentativo contra los más sagrados derechos del individuo.

Queda por decir que, a nuestro entender, el lugar sistemático del tratamiento procesal de las cuestiones prejudiciales, naturalmente, no corresponde al ALOJ.

El § 1 de la Base 7.^a del ALOJ es de tipo sistemático (270).

«2. En cuanto al auxilio interno se establecerán los medios más directos y eficaces para llevarlo a cabo, refundiendo en uno solo, que se denomi-

(268) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 25, y conclusión 8.^a, página 102.

(269) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 25; en relación con *Sugerencias* sobre el mantenimiento de un proceso inquisitivo a estos efectos, págs. 78 y 67.

(270) «El auxilio a la Justicia se regulará en dos secciones: la primera, sobre el «auxilio interno» y la segunda, sobre el «auxilio internacional».

nará despacho, los distintos tipos de comunicación actualmente diferenciados.»

Pero hay una regulación variada: la Base 7.^a del APC dice que el Código procesal «determinará el régimen del auxilio internacional»; y la Base 32 recoge las notificaciones (271). No se aludía a su carácter de «eventuales hasta tanto se determine el contenido previo de la Ley Orgánica», luego el conflicto, si no hiciéramos caso a la confesión de error sistemático que formula el Preámbulo al ALOJ, hecha suya por el Ministro de Justicia (272), estallaría aquí mismo. Y no se suprime del todo, pues no sabemos qué parte de la Base 32 del APC queda «derogada» por el ALOJ.

De otro lado, las Bases 6.^a y 7.^a del APP también se referían al «auxilio jurisdiccional» —pero son «eventuales», o sea, las estimamos «derogadas» (?) por evitar de una vez intentar desfacer más entuertos no propios.

La solución del problema es bastante sencilla, a nuestro entender. Es necesario fijar en el ALOJ el concepto del auxilio a la Justicia (errónea expresión); el desarrollo del mismo debe producirse en la Ley (o Código) procesal general, dejando las especialidades que se consideren necesarias, a los correspondientes a los cuatro «órdenes judiciales». Ya desde aquí solicitamos que la Base 77 del ALOJ se incluya en dicha Ley procesal general.

«3. Se regularán las instituciones a través de las cuales se cumple la función de auxilio en el orden internacional: «comisiones rogatorias», extradición y reconocimiento de sentencias extranjeras, señalando el régimen aplicable a falta de tratados o usos internacionales.»

«4. «Las comisiones rogatorias», exhortos o cualquier otro tipo de petición de auxilio de Tribunales extranjeros serán atendidos por regla gene-

(271) Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 157 y ss.

(272) Cfr. Oriol y Urquijo, *El Plan de Reforma de la Justicia y su estado actual*, Discurso de Apertura de los Tribunales, Madrid, 1968, pág. 17 y ss.

Sin embargo, en 1964, el anterior Ministro de Justicia, Iturmendi Bañales, en la misma ocasión, decía que había, en esta ocasión, «afrontado de modo conjunto y simultáneo, el estudio de los tres factores» (orgánico, procesal, civil y procesal penal), «a través de un plan coordinado» (Cfr. *Perfeccionamiento de la organización y procedimiento de la Justicia*, Discurso de Apertura de los Tribunales, Madrid, 1964, pág. 13).

De lo que se induce la diferencia entre el plan primitivo y el seguido a partir de (una parte) del APP, en 1967, por no haber contado, al elaborar el APC, con una Ley procesal general. Es el resultado actual, la falta de coordinación, a la que no es suficiente proveer con una especie de «apéndice general» como el constituido por el título VII del ALOJ.

ral, a salvo las limitaciones que se establezcan en salvaguarda de la propia jurisdicción y el orden público.»

Estas «limitaciones» están en su lugar adecuado, pero no lo referente al procedimiento de transmisión, que debe hallarse en la ley procesal general.

«5. La procedencia o improcedencia de la extradición sólo podrá acordarse por declaración judicial, previa audiencia del interesado cuando se trate de extradición pasiva. La legitimación para solicitar dicha declaración corresponde, con carácter exclusivo, al Ministerio Fiscal.»

Un nuevo abuso, invasión del ALOJ, esta vez a costa del APP, cuya Base 7-3.º regulaba la extradición (Base «eventual»).

Lo que hace la Base 7-5 del ALOJ es regular el procedimiento de la extradición, propio de un Código o Ley procesal penal. Por lo tanto, debe suprimirse de este lugar, y ser remitida a dicho Código.

Pero «ad cautelam», debemos reiterar lo que ya dijimos sobre el contenido de esta Base en su correlativa del APP:

«Estamos en total desacuerdo con que sea el Ministerio Fiscal el que monopolice la legitimación para pedir la extradición.»

«Esta atribución es incluso antinómica con otras del APP. Así, si en la Base 18 se conserva la «acusación popular», esto es, se reconoce el derecho a instar la actividad jurisdiccional punitiva de los Tribunales por los particulares, por medio de la querrela (Base 35-2) no se entiende por qué razón, hallándose la persona pasivamente interesada, «encausada», fuera del territorio nacional, no pueda extender el querellante su derecho de petición a solicitar una medida coercitiva (la de la presencia forzosa, «manu militari» del «encausado» en España y ante el Tribunal) (Base 38), que es la única que puede evitar que su acusación particular (Base 18, b) caiga en el vacío.»

«Esta inferioridad del acusador particular frente al Ministerio Fiscal —que ya fue criticada por los Profesores de Derecho procesal (273)— es muy grave; pero aun estando de acuerdo con ella —y no lo estamos— nos conduce a soluciones vacías de sentido, como lo sería en el caso de la extra-

(273) Nos apoyábamos —y apoyamos— en la Conclusión 7.^a, adoptada por unanimidad en la III Jornada de Profesores de Derecho Procesal (con referencia a la Ley de 8 de abril de 1967):

«Se advierte con inquietud la vinculación que la Ley impone al Juez frente a determinadas peticiones del Ministerio Fiscal sobre puntos fundamentales del proceso, frente a la libertad de decisión que le concede respecto de las formuladas con igual alcance por las demás partes, lo que al propio tiempo entraña un desequilibrio entre ellas.»

dición..., que el Ministerio Fiscal, monopolista de solicitarla, no la solicitase a su vez del Tribunal a efectos de pedirla» (274).

Como conclusión sobre el contenido de la Base 7-5 del ALOJ; debe seguirse el régimen del artículo 229 de la Lecrim. vigente: la extradición se solicitará —o no— «a instancia de parte».

Pero antes de llegar a la misma solicitamos que esta Base y número sean eliminados del ALOJ y llevados a su lugar sistemático: al Código procesal penal.

«6. La eficacia de las resoluciones judiciales extranjeras se regulará bajo el principio de su equiparación a las dictadas por los Tribunales españoles, si bien para su ejecución será necesario su reconocimiento en el procedimiento que se señale.»

La «eventual» Base 7-4 del APP estaba más desarrollada (275) y fijaba también la atribución exclusiva de la legitimación al Ministerio Fiscal para solicitar el reconocimiento a través del procedimiento oportuno (276). Este requisito fué protestado por nosotros en el informe sobre el APP (277) y vemos con satisfacción que ha desaparecido del ALOJ. Y seguimos reclamando, eventualmente, previendo el caso de que la Base 7-4 del APP no quedase totalmente apartada por la 7-5 del ALOJ.

Ello en cuanto al contenido de éste; pero lo referente al «procedimiento» corresponde a los Códigos procesales; con preferencia al general (278), y no a la LO.

(274) «Recordemos —se decía en nota— que uno de los fundamentos de la *acción penal pública* está en no dejar iniciativas incondicionadas al Ministerio Fiscal (Cfr. Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Lecrim*, II, pág. 229. La argumentación a favor de este tipo de *acción penal* se halla en torno a una posible inactividad del Ministerio Fiscal (Cfr., p. ej., Alimena, «L'azione penale popolare», en *Studi di procedura penale*, Turín, 1906, pág. 206 y ss.).

(275) Intercalaba la siguiente oración incidental: «siempre que los pronunciamientos que contengan no atenten contra el orden público internacional ni interfieran la extradición.»

(276) Cfr. algunos problemas suscitados por esta Base, en Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 26 y ss.

(277) Cfr. *Presente y futuro*, cit., pág. 27.

(278) El APC no contenía procedimiento alguno para el reconocimiento de sentencias extranjeras —sólo se refería al *exequatur*, ignorando su antecedente—; reclamamos la introducción, en su Libro II, de un proceso inquisitivo a tal efecto (Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., págs. 57, 67, 81 y 247).

El *exequatur* debe remitirse a los Códigos especiales, dada su problemática.

«Base 8.^a 1. Los conflictos que puedan surgir entre los órganos judiciales en su función jurisdiccional y la Administración o la Jurisdicción Militar serán regulados por una Ley especial.»

Es casi el mismo texto de la «eventual» base 8.^a del APP (279) y nos produce el mismo temor: el de que, tratándose de una Ley única, la Jurisdicción quede en igualdad de posición frente a dichos órganos no jurisdiccionales, lo que no debe ocurrir, si se sigue el espíritu del artículo 2 de la LO vigente y el de la Base 2.^a del ALOJ (280).

Estamos conformes con el núm. 2 de la Base 8.^a (281).

«Base 9.^a Cuestiones de competencia.—1. Las cuestiones de competencia positivas o negativas, que surjan entre órganos de diversos órdenes judiciales, se regularán autorizando su promoción de oficio o a instancia de parte; se arbitrará un breve procedimiento, que respete las garantías de contradicción y orden público, limitado a una sola comunicación entre los órganos en conflicto, y de no ser aceptada por el destinatario, se someterá a la decisión de Salas especiales del Tribunal Supremo, de composición mixta, formadas anualmente, que resolverán después de permitir a las partes interesadas que formulen alegaciones.»

Ese procedimiento debe regularse en la Ley procesal general, y no en la LO.

Estamos conformes con el párrafo 2 de esta Base (282); pero la regulación debe incluirse —procedimiento común— en la Ley procesal general; y si alguna especialidad hubiere de conservarse, podría llevarse a cada uno de los Códigos especiales.

Por último, diremos que las «cuestiones de competencia» son consecuencia del entrecruce y choque de las atribuciones de los Tribunales (entre los de diversos órdenes o del mismo); por lo que esta Base tiene lugar sistemático en el Título III de la LO, después del examen de las referidas atribuciones. Cfr. la sistemática por nosotros propuesta en el Capítulo V de este trabajo, I Parte.

(279) «Conflictos jurisdiccionales. Los conflictos que puedan surgir entre los órganos del orden judicial penal y los demás órganos estatales, sean o no jurisdiccionales, serán regulados por una ley especial.»

(280) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, pág. 27.

(281) «Los conflictos entre los órganos judiciales y la jurisdicción eclesiástica se resolverán conforme se establezca concordatariamente.»

No hay Concordato más que con la Iglesia Católica Apostólica Romana, y, por lo tanto, a ella se reduce la Base.

(282) «Las cuestiones de competencia que surjan entre los órganos de un mismo orden judicial, se resolverán conforme a lo dispuesto en los Códigos procesales respectivos.»

CAPITULO IV

EL TITULO II DEL ANTEPROYECTO: «DE LA PLANTA Y ORGANIZACION DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES»

La Base 10 es de tipo sistemático. Confróntese lo que sobre el tema expusimos en el Capítulo V, Parte I, de este trabajo. En un Título (el II) de la LO debe tratarse de la «Planta y Organización» de los Tribunales; en el siguiente, de las «Atribuciones jurisdiccionales de los mismos» (competencia). No responde a su contenido el encabezamiento del Título II del ALOJ («De la planta y organización de los Tribunales»), al comprender la expresión de su competencia. Como los conflictos derivan de las atribuciones de los Tribunales, al final del Título III se hallaría el contenido de la Base 9.^a del ALOJ (283).

La Base 11 comienza a proporcionarnos graves problemas:

(«De la planta»).—1. Para el ejercicio de la función judicial se establecerá la siguiente planta de Juzgados y Tribunales:

- 1.º Tribunal Supremo.
- 2.º Tribunal Central.

Variante: 2.º Los Tribunales Centrales que fueren precisos, sin que puedan exceder de uno por cada orden judicial.

- 3.º Audiencias Territoriales.
- 4.º Audiencias Provinciales.
- 5.º Juzgados de 1.^a instancia y Magistraturas de Trabajo.
- 6.º Juzgados de Distrito.

(283) «Base 10. El título segundo, «de la planta y organización de los Juzgados y Tribunales» se desarrollará en cinco capítulos, que harán referencia: el primero, a «la planta»; el segundo, a la «composición de los órganos judiciales»; el tercero, a las «atribuciones de los Juzgados y Tribunales»; el cuarto, a la «ordenación territorial»; el quinto, a las «atribuciones de los oficios judiciales».

2. En las localidades donde no existan Juzgados de Distrito se establecerán Juzgados de Paz.

(«La organización, competencia y procedimiento de la Justicia de Paz serán regulados por una disposición especial, con arreglo a las siguientes bases:

1.^a Los Jueces de Paz se designarán entre personas de arraigo en la localidad y ejercerán sus funciones como delegados del Juez de Distrito, el cual podrá, de oficio o a instancia de parte, avocar el conocimiento de cualquier asunto de que conozca el Juzgado de Paz.

2.^a La competencia se limitará a las cuestiones entre vecinos de la localidad.

3.^a Los Jueces de Paz fallarán en equidad, previa la celebración de un juicio no sujeto a otras formalidades ni limitaciones que las que garanticen la igualdad de las partes en orden a la audiencia y práctica de las pruebas, así como al plazo para dictar sentencia».)

Sigamos el orden de exposición de esta «Planta».

Ya expresamos nuestra opinión en el Capítulo I, Parte I, núm. 8 y siguientes (confróntense), de que debe desaparecer el actual Tribunal Central de Trabajo, y entendemos haber razonado esta propuesta.

Menos aún aceptaremos la idea de que se creen varios Tribunales de este tipo.

Sería el círculo de atribuciones de este Tribunal (o Tribunales) el que justificaría su aparición o conservación.

Por ello debemos transcribir y comentar aquí la Base 23 del ALOJ, que ya hace dudar a virtud de la nota que sigue a su encabezamiento:

«El Tribunal Central conocerá (nota al encabezamiento de la Base, que incluiremos al final):

1.º De los recursos contencioso-administrativos en materias de personal, incluidas todas las clases pasivas procedentes de acuerdos o señalamientos realizados directamente o en vía de recurso administrativo por la Administración del Estado; los procedentes en las materias fiscal, expropiación forzosa y propiedad industrial con las condiciones señaladas anteriormente, así como de la responsabilidad civil de los funcionarios de la Administración del Estado.»

2.º De los recursos que procedan contra cualesquiera decisiones dictadas por el Ministerio de Trabajo en materia laboral o de seguridad social, no atribuidas al Tribunal Supremo, entre otras las relativas a procedimientos por infracción, sanción y liquidación de normas laborales y de seguridad social; clasificación profesional; crisis de trabajo; y las que hayan recaído

en virtud de recurso de alzada o cualesquiera otro interpuesto ante dicho Ministerio contra actos de organismos autónomos dependientes del mismo.

3.º De las demás cuestiones de ámbito nacional en materia penal o de cualquier otro orden judicial, que le sean legalmente atribuidas.»

(Nota: Téngase en cuenta la variante de las Bases 11, 12 y 14. De crearse varios Tribunales Centrales, cada uno de ellos conocerá de las cuestiones de ámbito nacional respectivo.)

¿Un Tribunal Central con varias Salas, o varios Tribunales Centrales? La Base 14 nos ofrece la variante.

El núm. 1 de la Base 23 atribuye a este Tribunal el conocimiento sobre «la responsabilidad civil de funcionarios públicos». Solución extraña, pues si la responsabilidad es «civil», no se ve la razón por la que haya de sustraerse su conocimiento al orden judicial correspondiente (284).

Con respecto a la propiedad industrial, tampoco se comprende la razón que impida conocer al Tribunal Supremo.

Con referencia a los recursos contencioso-administrativos, la aparición del nuevo Tribunal, entre el Supremo y las Audiencias Territoriales de la nueva Planta, es perturbadora.

En efecto, para mostrar uno solo de los problemas que se plantean; el LOJ, en su Base 21, fija la competencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo (contencioso-administrativo) con relación a los recursos de que va a conocer, en los términos siguientes: «1.º Respecto al orden contencioso-administrativo de las cuestiones asignadas a la Sala 1.ª, en los números 2, 3, 4 y 6 de la Base 19.»

Y esta Base y números dicen:

«2. De los recursos de casación y revisión en materia civil.»

«3. Del recurso de queja por la inadmisión de los recursos de casación.»

«4. De las cuestiones de competencia en materia civil suscitadas entre órganos jurisdiccionales que no tengan otro superior común.»

«6. De la recusación contra los Magistrados que la compongan, salvo lo dispuesto en la Base anterior.»

Nótese también que, según se expuso por el Ministro de Justicia, señor

(284) Con respecto al APC, dijimos que procede reunir el actual procedimiento para la exacción de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, al del juicio ordinario declarativo, con la especialidad de las actuaciones administrativas previas (Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 55).

Naturalmente, según la categoría del funcionario sujeto, el Tribunal juzgador será de mayor o menor jerarquía.

Iturmendi, la reforma procesal no se extiende al dominio de lo contencioso-administrativo (285).

De todo esto resulta :

1.º Que la apelación en el recurso contencioso-administrativo actual queda suprimida y se crea una «casación» en su lugar. No puede escapar la trascendencia de este cambio y la merma de garantías que supone.

2.º Que queda ignorado si las sentencias que pueda dictar ese Tribunal Central serán susceptibles de «casación» o de «apelación», como también el procedimiento que se seguirá. Como sustitutivo en gran medida del proceso contencioso-administrativo, la fijación del proceso y procedimiento corresponde a una ley procesal. Y, naturalmente, no está en la vigente sobre tal materia. Por lo que en el desarrollo del Plan, contra lo indicado al frente del mismo, se incide en la esfera procesal de lo contencioso-administrativo.

Todo esto bastaría para rechazar el Tribunal Central proyectado y la Base en que se apoya.

Si se pretende facilitar el trabajo del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa, lo procedente no es inventar un sucedáneo anómalo en la jerarquía de los Tribunales —al modo del actual Tribunal Central de Trabajo y su «suplicación» ya criticados en el Cap. I de este trabajo—, sino el de repartir los asuntos entre todas las Salas que sean necesarias, en vez de reducir a una las tres existentes (Base 21) ; o crear Secciones múltiples, lo cual ya está previsto por la Base 13-4.

Igualmente procede pensar en la posibilidad de extender la doble instancia a todos los casos en lo contencioso-administrativo, de tal modo que aparezca una primera, a nivel provincial, y la segunda, al territorial (ya prevista en el ALOJ) (286) ; otro problema es el de fijar la competencia para conocer de esta primera instancia se deferiría a las Audiencias Provinciales en Salas especiales o, de modo más sencillo y nada escandaloso, a un Juez individual, a integrar en el «orden judicial» lo mismo que los civiles, laborales y penales (Cfr. infra, comentario a la Base 26).

Otro problema es el de los recursos contencioso-administrativos que se formulen contra disposiciones de carácter general : deben ir siempre, como hasta el presente, al Tribunal Supremo, en el número de Salas o Secciones necesario, ya descongestionadas por cerrarse el paso a otros muchos recur-

(285) Cfr. Iturmendi Bañales, *Perfeccionamiento de la organización y procedimiento de la Justicia*, cit., pág. 13 y otros lugares; lo reitera su sucesor, Oriol y Urquijo, en *El Plan de Reforma de la Justicia*, cit., pág. 17 y ss.

(286) Siguiendo en esto la Conclusión adoptada por los Catedráticos de Derecho Procesal en la I Jornada de Derecho Procesal (Sevilla, 1965), en favor de la creación de Salas de lo contencioso-administrativo en las Audiencias Territoriales, cfr. en *Rev. Der. Proc.*, Madrid, 1965, II, pág. 24.

sos en las Salas de las Audiencias Territoriales operando en segunda instancia.

En cuanto al núm. 2 de la Base 23, la doble instancia prevista eliminaría muchos recursos ante el Tribunal Supremo. Tratándose de «decisiones» del Ministerio de Trabajo, no se ven razones por las que, si tienen carácter general, no hayan de ser atribuidas a aquel alto Tribunal. El problema suscitado por el último inciso del núm. 2, «las que hayan recaído en virtud de recurso de alzada, etc.», es del agotamiento de la vía administrativa antes o después.

Y vuelven a surgir los «conflictos» de trabajo, con una expresión mucho más amplia: «crisis de trabajo». Es evidente que puede haber una crisis de trabajo sin conflicto; otras darán lugar a ellos.

Ya vimos, a su vez, en el Capítulo I, Parte I, número 8, que estos «conflictos colectivos» sólo se deberían poder atribuir a los Tribunales cuando su contenido fuese jurídico (las crisis de trabajo pueden ser, sencillamente, económicas); y que, en este caso, y sólo en éste, debían ser atribuidos, en cuanto al sistema de recursos, al Tribunal Supremo, suprimiéndose el actual Tribunal Central de Trabajo. Expusimos nuestra impresión de que se confían a éste por hallarse más cerca de la esfera de lo político-administrativo, si no influido por ella, basándose incluso en disposiciones legales sobre su dependencia. Una razón más para que no se atribuya a los Tribunales el conocimiento de asuntos políticos o económicos (ciertas «crisis de trabajo»): ni al propuesto Central, ni a ningún otro.

La Base 23, en su número 3, va aún más lejos: sin que se nos explique, a virtud de qué razonamientos, se le prevé como tribunal penal «o de cualquier otro orden judicial».

Ya impugnamos la expresión «y demás que establezcan las leyes» de la Base 2a., y su referencia en la 4a., a los órdenes jurisdiccionales. O se les enumera exhaustivamente, o la LO es superfetatoria, pero no podemos admitir una cláusula general tan vasta y tan peligrosa. El problema resurge con la misma frase en esta Base 23. No se dice en qué facultades del futuro Tribunal Central se está pensando ni a qué órdenes judiciales pueda hacerse referencia. Si existe un orden penal ya estatuido en las Bases, el Tribunal Central, con esas facultades ignoradas, va a suponer, en el fondo, una «jurisdicción especial». Lo rechazamos, sea cual fuere su contenido.

Además, la Base 23 no señala en ningún caso el tipo de proceso ni el procedimiento a seguir. No hay duda de que ello es necesario, y en mayor entidad cuando se le concedan atribuciones que ya están comprendidas en el marco de la reforma. Pues bien, ni en el APC ni en el CPP se ha previsto nada. Por lo tanto, aparece como Tribunal de competencia extraña, sin que se sepa si va a actuar en primera instancia o en vía de recurso —parece

lo primero—; sin que se diga tampoco si sus sentencias serán impugnables o no y ante quién. En resumen, un Tribunal extraordinario inadmisibile.

Se rechaza la alusión que la Base 11, la 12, la 14 y la 23 hacen a un Tribunal Central (o a Tribunales Centrales), Bases y alusiones que deben ser retiradas: se pide, además —se reitera, mejor—, que desaparezca el Tribunal Central de Trabajo por las razones expuestas en el Capítulo I de este trabajo (confróntese) (287).

En resumen, la Base 11 y las demás en que se estatuye o cita al Tribunal Central de Trabajo han sido el campo en que se presenta de nuevo la «Jurisdicción de Trabajo», esta vez acompañada de otras, y aún no todas al descubierto, sino en el anónimo («cualquier otro orden judicial», Base 23-3.º). Se indicó, al comenar la Base o enmienda del Minitserio de Trabajo, cuál debía ser el lugar exacto de impostación de la actualmente llamada «Jurisdicción de Trabajo» en el Capítulo I; tratamos ahora de remitirnos a él en todo, y de evitar que se propague ese Tribunal Central que debe desaparecer.

Continuando el examen de la Base 11a., y de acuerdo con el tenor general de la misma (aparte lo referente al Tribunal o Tribunales Centrales, como se ha visto) (288), hallamos el problema de los Juzgados inferiores.

«Juzgados de Distrito» y «Juzgados de Paz».

(287) No sabemos si la iniciativa de la Comisión está relacionada con otra muy indiciaria.

En 1952, Villar y Romero se afirmaba sobre el haberse propugnado en un «Congreso celebrado en el mes de junio» por la Delegación de Justicia y Derecho del Partido, la creación de un Tribunal Central contencioso-administrativo». En su favor se alegaba «el acierto que significó la creación del Tribunal Central de Trabajo» (Cfr. ob. cit.), que para nosotros fué un total desacierto (Cfr. el cap. I, núm. 8, de este trabajo). Cfr. Villar y Romero, «Ante la posible creación de un nuevo Tribunal especial», en *BIEDP*, núm. 23-24, 1952. Por su parte, los Abogados Bartomeu y García Ulibarri, sin dar razón alguna, pedían, en el II Congreso Nacional de Derecho Procesal (Madrid, 1954), que se aumentase el Tribunal Central de Trabajo a seis Salas (Cfr. enmienda, en el *BIEDP*, núm. 46, 1954); por referirse a las «sabias corrientes doctrinales», que basaba en su petición de que las Sentencias de dicho Tribunal se publicasen en la Colección Legislativa, y a la tipificación de los motivos de «suplicación», «al igual que los motivos de casación», se aprecia que lo que deseaban era construir otro Tribunal Supremo.

El Congreso no aceptó las enmiendas en sus Conclusiones, y en la 10.ª de la Comisión de Procesal Laboral, calificó a la «suplicación» de apelación (Cfr. en la *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1952-2, pág. 314).

(288) Rogamos, una vez más, atención a los redactores de los «resúmenes» del Ministerio de Justicia, para sus *Cuadernos Informativos*; en una ocasión parecida, por copiar solamente el último párrafo del comentario a nuestro Informe, nos atribuyeron una opinión totalmente opuesta a la que se expresaba. (Cfr. sobre la Base 23-2-2.º del APP, en *Presente y futuro*, cit., pág. 68, cfr. con *Cuadernos Informativos*, núm. 5, pág. 67).

El ideal, con respecto a la denominada «Justicia Municipal», lo suscribimos, en 1965, en las I Jornadas de Derecho Procesal (289) :

«4. La actual Justicia Municipal, en su estructuración de jueces municipales, comarcales y de paz, ha confirmado el temor suscitado en el momento de su establecimiento de representar una innovación contraria a los criterios tradicionales patrios, favorables a una Justicia municipal cual la anterior, que no gravando el presupuesto del Estado, representaba una garantía suficiente para los litigantes y no quebraba el sistema de órganos jurisdiccionales, civiles y penales, servidos por el idóneo personal de la carrera Judicial española.»

«Se propugna una reforma que, aparte de volver a los criterios tradicionales, suponga una desgravación en el presupuesto de justicia y, al propio tiempo, la posibilidad de destinar sus actuales fondos al mejoramiento de los servicios y del personal.»

«En tanto no se implantare un sistema de Justicia municipal legal, subsistirán los órganos de la Justicia municipal actualmente existentes a extinguir.»

Y no estamos aislados en esta posición (290).

La reducción hacia la unidad de la gran masa de procedimientos civiles existentes en la actualidad (291) es evidente que debe influir en disminuir la especialización de la competencia objetiva de los actuales Jueces Municipales y Comarcales, por razón del propio objeto; y el mismo ALOJ, al fijar la competencia de los «Juzgados de Distrito» (Base 27) sucesores de los actuales de aquellos tipos y categorías (Base 64), no se asienta sobre otra determinación del «objeto» que no sea la pecuniaria (procesos civiles de «inferior cuantía»).

El problema, que fundamentalmente es de preparación de los candidatos para su ingreso en la carrera Judicial (292), tiene dos vertientes diferentes: civil y penal.

(289) Cfr. estas Conclusiones en la *Rev. Derecho Procesal*, Madrid, 1965-II, página 23 y ss.

(290) Cfr., p. ej., Menéndez Pidel (F.), en comunicación sobre «El Poder Judicial al Congreso de Abogados de 1932». Está reproducida por García González, *El Poder Judicial*, 2.^a ed., Madrid, s. s., págs. XI y XII; el mismo García González, ob. cit., pág. 5 y ss.; Rull Villar, «Constante actualidad de los problemas orgánicos», en *RGLJ*, Madrid, 1955 (T. 199, pág. 446 esp.).

(291) Cfr. Fairén Guillén, propuesta de la Universidad de Valencia, en *Sugerencias*, cit., pág. 50 y ss.

(292) Para las dos Carreras actuales se exige la prueba de «oposición», que, si es, en cuanto a su intensidad, una dificultad para la unificación, bien podría unificarse, a su vez, en el futuro, dando acceso a una sola Carrera.

En cuanto a la vertiente civil, desde el punto de vista estadístico, se muestra cuantitativamente más importante en los lugares en donde existen Juzgados Municipales (293); esto es, en las aglomeraciones urbanas mayores, allí en donde precisamente parece más recomendable la ampliación cuantitativa de Jueces de primera instancia; necesaria si se les atribuyere la competencia hasta el presente fijada para aquellos Juzgados. Bien es verdad que se les debería descargar de la labor instructoria y de cualquier otra procesal penal en beneficio de Jueces penales, como proponemos.

Por el contrario, y también estadísticamente, hay menos complicación cuando se trata de los Juzgados Comarcales (294).

Fuera de la labor conciliatoria, la contenciosa de los Juzgados de Paz es estadísticamente escasa (295).

En cuanto a los recursos, nótese que la nueva Planta proyectada, con creación de Salas de lo Civil en las Audiencias Provinciales, descargaría notablemente a la Territorial. Y nótese que el sistema de exclusión de las Audiencias del sistema de instancias, confiando dos y exclusivas, a los actuales Jueces Municipales y Comarcales la primera y a los Jueces de primera instancia la segunda, no ha sido considerado como completamente satisfactorio por el legislador; y de ello proviene el recurso denominado de «suplicación» de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Más difícil es el problema de la sustitución de los «Jueces de Distrito» por jueces legos —de Paz— en lo que respecta a las faltas.

Dada su entidad numérica (296), la mejor solución, la adoptada después de evolución en otros países (297), esto es, la de confiar los juicios de faltas a un Juez Penal («Tribunal de Police» francés), exigiría crear un gran número de jueces de este orden, si bien cabría la solución de hacerlos itinerantes (de circuito), a imagen del Derecho francés (Magistrats ambulants) o inglés (Tribunales de Condado).

Como sistemas intermedios, podría pensarse en varios: conceder potestad instructora a los Jueces de Paz y la decisora a los de primera instancia (Jueces Penales), de modo semejante a lo previsto en el artículo 143 del Decreto de Procedimiento Laboral vigente; conceder a este Juez la posibilidad

(293) 11.930 juicios verbales, 39.742 de «cognición», 15.850 de arrendamientos urbanos y 528 de rústicos (Estadística Judicial de 1966).

(294) 2.140 juicios verbales, 5.519 de «cognición», 2.242 de arrendamientos urbanos y 395 de rústicos.

(295) 762 juicios verbales en 1966, según la Estadística oficial.

(296) 136.126 sentencias en 1966, según la Estadística oficial.

(297) En Francia, según el artículo 523 del *Code de Procédure Pénale*; Magistrado técnico, que es uno de los miembros del *Tribunal d'Instance*, esto es, del que juzga en primera instancia por razón de delitos —correccional—.

de delegar —a ello va lo previsto por el ALOJ— e incluso si la delegación fuera solamente facultativa, hacer que dictase sentencia un Juez de Paz colegiado (298).

Mas seguiremos formulando la idea de que la administración de Justicia penal no debe estar encomendada a jueces legos. Y por ello vemos como la más favorable la de crear Jueces Penales itinerantes para circuitos rurales que lo hayan menester.

El recurso de apelación debería confiarse a las Audiencias Provinciales —véase también el sistema francés, artículo 547 del CPP— funcionando en Sala Especial: estadísticamente, el número de aquéllas no es elevado en comparación con el de las que quedan en primera instancia (299).

El problema de la Justicia de Paz no debe ser abandonado por la LO a una disposición especial, sino que debe resolverse en ella, limitando, pues, al máximum la competencia de los jueces legos y reduciéndola a lo civil; la regulación del Ordenamiento Judicial debe ser completa, sin abrir brechas por las que incluso podrían penetrar de nuevo los «tribunales especiales» que se trata de eliminar para siempre —y nos intranquiliza la expresión del ALOJ, reiterada, aludiendo a los «demás órdenes judiciales».

El aumento del nivel de vida y de cultura de la población española debe permitir que, dentro de un sistema de elección semejante o igual al actual, se elija mayor porcentaje de personas cuyos conocimientos excedan de «saber leer y escribir». A una apropiada ordenación económica municipal corresponde el dotar de incentivos a estos honorables cargos.

Y en todo caso, si se insiste en conceder jurisdicción a jueces legos, el proceso cautelar de manifestación podrá obrar, si es necesario, como un correctivo rápido y eficaz de sus posibles extralimitaciones (300).

Con respecto a las normas concretas que la Base 11 del ALOJ fija para la «disposición especial» que regularía la Justicia de Paz, ya en principio hemos de oponernos a esa «disposición especial» por constituir una auto-

(298) El sistema sería así semejante en algo al de Suecia, en los Tribunales Rurales (Kreisgerichte), en donde la «Nämd» o colegio de jueces populares, tiene un voto de valor igual al del Presidente —Juez técnico— si entre los integrantes de la Nämd hay unanimidad en cuanto a los fundamentos de la sentencia; en tal caso, el voto unánime (o de 7 miembros de la Nämd, al menos, si ésta se integra por más individuos de este número), es sentencia, y su responsabilidad recae sobre la Nämd y no sobre el Juez técnico. En los demás casos predomina el voto de éste. Cfr. el *Rätteångsbalk* Kap., 29, § 7 y 3; idéntico para lo civil, Kap. 16, § 7 y 3. Existe también en Finlandia (Cfr. Reinikainen, «Ein Überblick über die gegenwertige Gerichtsorganisation in Finnland», en *ZZP*, 1953 (66), pág. 422 y ss. y esp. 425).

(299) 4.601 en total, en 1966, según la Estadística Oficial.

(300) Cfr. lo que dijimos sobre dicho recurso en este trabajo, capítulo IV, y en *Presente y futuro del proceso penal*, cit., pág. 36 y ss.

rización de la LO. Confróntese lo que de ellas dijimos, en contrario, en el Capítulo V de este trabajo.

El sistema de la avocación por el Juez del Distrito «de oficio o a instancia de parte» es un remedio un tanto heterodoxo, así como el de las delegaciones genéricas que hemos citado. La responsabilidad de los jueces de paz se limitaría, naturalmente, a los juicios que formularsen. La no «delegación» genérica podría equivaler a la desaparición de la justicia de paz en favor de la de Distrito.

Las «cuestiones entre vecinos» dejan la duda de si será solamente entre «vecinos presentes en el lugar», ya que pueden tener residencia o fuero en otro lugar; no se habla de la cuantía de estas «cuestiones» y en la Base 27 se atribuye a la Juzgados de Distrito el conocimiento de los procesos de «inferior cuantía» sin reserva alguna, así como el de todas las faltas.

La admisión de la «equidad» como fuente del derecho corresponde hacerla al Código de Derecho sustancial y no a una Ley Orgánica (301).

Y no se trata del sistema de recursos. O no se les prevé —y serían los procesos más peligrosos, por encomendarse a jueces legos— yendo contra lo prefijado por la Base 59-3,y 4 del APC, o quedan en laguna; y efectivamente, en el ALOJ no se trata de la competencia para conocer de ellos, si existen previstos.

Por todo ello, estas Bases no pueden ser admitidas.

Con respecto a los «Juzgados de primera instancia y Magistraturas de Trabajo» enumerados en la Base 11.^a, admitimos su sistema pero siempre que entre los primeros se admitan a los Jueces penales y —si fuera del caso— a los contencioso-administrativos.

La Base 12.^a se refiere a la composición de los Tribunales; a partir de la del Tribunal Supremo la 13.^a y siguientes.

«Base 12.^a La composición de los órganos judiciales se regulará en seis Secciones, conteniéndose en la primera la del Tribunal Supremo; en la segunda, la del Tribunal Central; (variante: la de los Tribunales Centrales); en la tercera, la de las Audiencias Territoriales; en la cuarta, la de las Audiencias Provinciales; en la quinta, la de los Juzgados de primera instancia y Magistraturas del Trabajo, y en la sexta, la de los Juzgados de distrito.»

Solicitamos que se retire de esta Base todo lo referente al Tribunal Central (y a todos ellos); confróntese el Capítulo I, número 8 y supra, en comentario a la Base 11.^a en este trabajo.

(301) Cfr. lo que sobre la equidad dijimos en el comentario a la Base 55-2.^o del PC, en *Sugerencias*, cit., págs. 56 y 184 y ss.

Solicitamos que se reconsidere la creación de los Juzgados de Distrito, en vista de lo anteriormente expuesto, también sobre la Base 11.^a; que se nombre a los Jueces penales al nivel de los de primera instancia; y que también en vista de lo arriba argumentado se examine concretamente la oportunidad de crear jueces contencioso-administrativos al nivel de aquéllos.

La Base 13 del ALOJ fija la «composición del Tribunal Supremo» (302). Estamos de acuerdo con esta enumeración.

El número 3 de la Base dice que «para el ejercicio de la función jurisdiccional el Tribunal Supremo actuará en Pleno y en Salas de Justicia. Integrarán el Pleno el Presidente, los Presidentes de Sala y los Magistrados».

Entendemos que falta un organismo jurisdiccional más. En efecto, la Base prevé la formación de Salas especiales del Tribunal Supremo para resolver las «cuestiones de competencia» atribuidas a los diversos órdenes judiciales; para resolver «conflictos» entre ellos. Pero no se contempla el hecho de que, siendo varias las Salas de Justicia del Tribunal Supremo, en una misma materia, podrían dictar sentencias contrarias. Quizás no se haya pensado en ello, consecuentes los pre-legisladores en eliminar a la «doctrina legal» (véase el APD) (303) y, por lo tanto, la función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Entendemos que la idea de la «doctrina legal» debe conservarse (304) y armonizarse la regulación de los variados recursos de casación actuales para evitar que lo que una Sala puede admitir (la VI actual) deba rechazarlo otra (la I), como ocurre actualmente en relación con la prueba documental y pericial obrante en autos sirviendo de clave para determinar el error de

(302) «1. Se denominará Tribunal Supremo al más Alto órgano de la Justicia y ningún otro Tribunal podrá ostentar el título de «Supremo».

2. El Tribunal Supremo estará compuesto por:

1.º El Presidente.

2.º Los Presidentes de Sala.

3.º Los Magistrados del Tribunal Supremo, en número necesario para atender a la función y a las exigencias del servicio.

4.º Un Secretario de Gobierno.

5.º Los Secretarios de Sala.

6.º El personal auxiliar y los agentes, que se señalen en las plantillas orgánicas.»

(303) Cfr. la Base 86 del mismo y su com. en *Sugerencias*, cit. pág. 234. La doctrina legal debe ser mantenida y respetada. Cfr., supra, el comentario a la Base 2.^a del ALOJ, núm. 7, D), del cap. II, Parte II, de este trabajo, y Fairén Guillén, *El control de los hechos en la casación civil y laboral española*, cit., passim, y bibl. cit.

(304) Cfr. sobre las vicisitudes de la «doctrina legal» en las leyes procesales especiales españolas, en Fairén Guillén, ob. cit., pág. 94 y ss.

hecho en la apreciación de la prueba (artículo 167-5.º del Decreto de Procedimiento Laboral y 1.692-7.º de la Lec.).

La unificación procesal, tan necesaria, no hay duda de que suprimirá las antinomias legales que obligan al Tribunal Supremo en sus distintas Salas a dar mayor o menor amplitud a la casación. Pero esto no excluye la posibilidad de que dos Salas dicten sentencias contrarias si operan siempre con absoluta separación la una de la otra.

Si el «conflicto» está solucionado por la Base 9.ª (Salas Especiales) no se ha pensado en los «asuntos que interesen a dos o más órdenes jurisdiccionales» —sin provocar un verdadero conflicto—; esto es lo que precisa prever, aunque el proceso provenga, naturalmente, de un solo orden judicial. Se han citado los casos de que se trate de dictar una resolución grave sobre puntos esenciales que, «por ejemplo, desde tiempo inmemorial hubiesen sido resueltos en determinado sentido» (305) o en caso de que una de las Salas se vea en trance de dictar una sentencia divergente del criterio adoptado por la otra (306).

Para resolver sobre tales casos se preconiza la constitución de una Sala especial del Tribunal Supremo, integrada por Magistrados de los órdenes judiciales interesados, al menos, o mejor aún, de todos. Ello daría a la doctrina legal la medida y ritmo necesarios en su avance progresivo por ella misma declarado (307).

Nótese que no se trataría, contra lo que algún autor afirma (308), de una recepción de las «Chambres réunies» del Tribunal de Casación francés, cuya misión es diferente y no concebible en España: la de resolver el segundo recurso de casación entre las mismas partes, con idéntica legitimación y por los mismos motivos —consecuencia de la jurisdicción puramente negativa de aquel Alto Tribunal—, de tal modo que esta segunda sentencia vincule al Tribunal «a quo» al que remita los autos, con respecto al punto de derecho fijado por las «Chambres réunies» (artículos 58 a 60 de la Ley de 23 de junio de 1947).

Conformes con el número 4.º de la Base 13.ª; salvo el inconveniente apuntado antes de reducirse a una sola Sala el ámbito de lo contencioso-administrativo.

(305) Cfr. Prieto Castro, «Actualización y coordinación de las leyes de justicia como factores para el desarrollo», en *Trabajos y Orientaciones*, cit., pág. 812 y ss.

(306) Cfr. Prieto Castro, ob. cit., loc. cit., e intervención en el III Congreso Nacional de la Abogacía, Valencia, 1954, *Crónica* del mismo, pág. 222 y ss.

(307) Cfr. T. S., SS. de 21 de abril y 7 de mayo de 1926; en Fairén Guillén, *El control de los hechos*, cit., pág. 30.

(308) Cfr. Prieto Castro, *Crónica del III Congreso Nacional de la Abogacía*, Valencia, 1954, pág. 222.

La Base 14 del ALOJ se refiere a la «composición del Tribunal Central» (309) y debe desaparecer. Cfr. supra, Capítulo I, Parte I, y este Capítulo, comentario a la Base 11 en relación con la 23, oponiéndonos a la creación de un Tribunal Central: más aún, a la de varios; y proponiendo la desaparición del existente.

Base 15. «De la composición de las Audiencias Territoriales.—1. Se regulará la composición y funcionamiento de las Audiencias territoriales en forma análoga a la del Tribunal Supremo.»

«2. Como regla general, se integrarán en tantas Salas de Justicia como ordenes judiciales (nota que reproduciremos al final); pero si el número de asuntos correspondientes a alguna de ellas no justificare la existencia de una Sala, podrán refundirse las que se crean convenientes.»

Estamos conformes; se ha aceptado la conclusión de los Catedráticos de Derecho Procesal adoptada en Sevilla en 1965. Una Sala por cada «orden judicial», pero acompañado ésto, por la supresión del Tribunal Central de Trabajo.

Por ello, rechazamos el contenido de la «variante» contenida a pie de página de la Base 24, a la que se hace referencia en ésta que comentamos:

«La sección somete también a la consideración de las Entidades y Organismos, de los que se solicita esta información, la variante de atribuir en su caso al Tribunal Central de Trabajo la competencia que actualmente tiene asignada, lo que significaría la inexistencia de Salas de lo laboral o social en las Audiencias Territoriales.»

Ya dijimos nuestro parecer: el Tribunal Central de Trabajo debe desaparecer (Capítulo I, número 8, Parte I de este trabajo y adoptarse el criterio señalado en el texto de la Base; creación de Salas de apelación de trabajo en las Audiencias Territoriales) (310).

Pero en esta Base se manifiesta otra vez el problema de la «adscripción» o de la especialización de los Magistrados, que tanta influencia puede tener

(309) «1. Se creará un Tribunal Central (nota), constituido por las Salas de Justicia que fueren precisas, sin que puedan exceder de una por cada orden judicial.

2. Las Salas podrán dividirse en secciones y su funcionamiento se ajustará a las normas señaladas para las del Tribunal Supremo.

3. Se compondrá por:

1.º El Presidente del Tribunal.

2.º Los Presidentes de Sala.

3.º Los Magistrados que sean necesarios.

4.º Los Secretarios y demás personas que se determinen en las plantillas orgánicas.»

(310) Conclusión núm. 3, en *Rev. Derecho Procesal*, 1965-II, pág. 24.

en su futuro. No se resuelve lo que ocurre con los pertenecientes a una Sala que sea «refundida» con otra u otras, a efectos de saber a qué orden judicial siguen adscritos sus Magistrados. Este problema hay que resolverlo el una vez, pues destila su influencia a lo largo de todo el ALOJ.

Estamos conformes con el número 3 de la Base (311).

Con respecto al número 4 (312), (relacionado con la Base 24), el «procurando encomendar a Sección distinta, etc.», debe aclararse.

«Base 16. (De la composición de las Audiencias provinciales).—1. Se ordenará la composición de las Audiencias provinciales con:

- 1.º Un Presidente, que lo será también de una de sus Salas.
- 2.º Un Presidente de Sala, en su caso.
- 3.º Los Magistrados que resulten necesarios.
- 4.º Los Secretarios de Sala y restante personal que se fije en las plantillas orgánicas.»

Estamos conformes.

«2. Las Audiencias provinciales actuarán en dos Salas de Justicia, de lo civil y de lo penal, respectivamente, salvo que el número de asuntos no fuere suficiente para justificar la división. Por el contrario, si tal número lo hiciere preciso, podrán formarse varias Secciones en cada Sala.»

Estamos conformes con esta línea de pensamiento, que tiende a evitar personal desocupado; pero la solución vuelve a plantear el problema de la «adscripción» de los Magistrados de la Sala suprimida. Recuérdese que para poder ascender al Tribunal Supremo, uno de los turnos de la Base 52 requiere años de «adscripción permanente» al orden judicial en que se haya producido la vacante. Repetimos, se trata de una de las más graves lagunas del ALOJ.

De acuerdo con la formación de las Salas (313); pero en los casos en que se pretenda la imposición de la pena de muerte, deben constituir aquélla cinco Magistrados, como en la actualidad.

(311) «Si alguna de las provincias que componen el territorio tuviere un elevado número de asuntos de un determinado orden judicial, se autorizará al Gobierno para que, con carácter excepcional; pueda crear en la Audiencia Territorial Salas con jurisdicción limitada a una o varias provincias, estableciendo su sede en cualquiera de ellas.»

(312) «Las Salas de lo civil y de lo criminal de las Audiencias Territoriales, desempeñarán, respecto de la provincia de su sede, las funciones propias de las Audiencias Provinciales, pero procurando encomendar tal cometido a Sección distinta de la que realicen las de ámbito territorial. Tales secciones funcionarán conforme se establece en el párrafo 3 de la Base siguiente.»

(313) «Las Salas y las Secciones, en su caso, funcionarán, salvo disposición especial, con un Presidente y dos Magistrados.»

Estamos conformes con la Base (17) (314), salvo en pedir que se reconsidere el problema de la posible supresión de los Juzgados de Distrito, la creación de Jueces penales y la posibilidad de dar planta individual a nuevos Juzgados provinciales de lo contencioso-administrativo.

Estamos de acuerdo con la Base (18) (315), mas recuérdese lo que se dijo, *supra*, sobre la creación de una Sala especial para resolver los asuntos en que estén interesados dos o más órdenes judiciales (comentario a la Base 13).

Y si, como solicitamos, se vuelve a introducir el proceso cautelar de manifestación, hay que prever el caso de que el abuso lo haya cometido una de las autoridades comprendidas en el número 2 de la Base, a efectos de que lo ordene el Pleno de dicho Alto Tribunal.

(314) «(De la composición de los Juzgados de Primera Instancia, de las Magistraturas de Trabajo y de los Juzgados de Distrito). Los Juzgados de Primera Instancia, las Magistraturas de Trabajo y los Juzgados de Distrito se compondrán con un Juez o Magistrado, uno o varios Secretarios y el personal auxiliar que en las plantillas se señale.

2. Cuando el número de asuntos lo requiera, podrán crearse en una misma localidad varios Juzgados o Magistraturas.»

(315) «(De las atribuciones del Tribunal Supremo en pleno). El Tribunal Supremo en Pleno conocerá:

1.º En única instancia, de la responsabilidad civil en que puedan incurrir en el ejercicio de sus funciones:

1. El Presidente y los demás miembros del Gobierno.
2. El Presidente del Tribunal Supremo.
4. Los Presidentes de Sala, Magistrados del Tribunal Supremo, Presidente y Magistrados del Tribunal Central y Presidentes de Audiencias Territoriales.
5. El Fiscal del Tribunal Supremo y los Fiscales Generales.
6. Los miembros de altos órganos del Estado, cuyas normas constitutivas así lo determinen.

2.º En única instancia, de los procesos y diligencias previas por delitos o faltas cometidas por:

1. El Presidente y los demás miembros del Gobierno.
2. El Presidente de las Cortes.
3. El Presidente del Tribunal Supremo.
4. Los miembros de la Ponencia asesora en los recursos de contrafuero.
5. Los Presidentes de Sala, Magistrados del Tribunal Supremo, Presidente y Magistrados del Tribunal Central y Presidentes de las Audiencias Territoriales.
6. El Fiscal del Tribunal Supremo y los Fiscales Generales.
7. Los Magistrados de una Audiencia cuando sean juzgados todos o la mayoría de los que constituyeron la Sala de Justicia, por los actos judiciales en que hubieran tenido participación.
8. Los Capitanes Generales de los tres Ejércitos, por infracciones penales de que deba conocer la jurisdicción ordinaria.
9. Quienes tengan reconocido tal fuero por disposición legal.
10. Las jerarquías eclesiásticas a las que concordatariamente se reconozca tal fuero.

Debe suprimirse la alusión al Presidente y Magistrados del Tribunal Central, el cual, como dijimos, debe desaparecer en su actual estado y no aparecer en el futuro.

En cuanto al «reconocimiento de tal fuero por disposición legal», deben limitarse al máximo y de modo exhaustivo los cargos u oficios que lo atribuyan (316).

Base 19. (De las atribuciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo).—La Sala Primera del Tribunal Supremo conocerá:

1. De los recursos sobre responsabilidad civil de Magistrados y funcionarios del Ministerio Fiscal con categoría personal de Fiscal.»

La Base 68 hace alusiones a los diversos fiscales, pero no clara, por lo que la 19, en este punto, queda a las resultas del futuro Estatuto del Ministerio Fiscal.

«2. De los recursos de casación y revisión en materia civil.»

Remitimos a lo dicho con referencia al APC (317). La revisión no es un recurso, sino una demanda impugnatoria autónoma (318).

Nótese que no se dice si todos los «procesos de superior entidad» de la Base 26 serán susceptibles de recursos de casación y sí que sus límites se fijarán «por Decreto», con lo que la amplitud del recurso queda a merced de éste, en lo que no estamos conformes.

3.º De la recusación formulada contra el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala o más de dos Magistrados de cualquier Sala de Justicia del Tribunal Supremo.»

(316) Recordemos lo que ha dicho Rodríguez Valcárcel sobre los fueros especiales:

«Condenados por la ciencia y sin rehabilitación en la práctica, urge poner mano en la poda de los fueros especiales, nacidos al calor de las conveniencias e intereses de clase, mal avenidos con el principio de igualdad ante la Ley, mensura que sólo se alcanza a medias cuando el órgano jurisdiccional responde a dichas directrices. Aún atraídos, por saludable absorción, al ordinario, se impone dentro de éste hacer minuciosa expurga o selección de las personas hoy aforadas por razón del cargo y del hecho justificables, pues temo que el más Alto Tribunal de la Nación se convierta en los bajos estrados de una Audiencia Provincial, funcionando en general por la vertiente de la excepción actualmente en vigor. No me mueven maliciosas suspicacias, sino convicciones muy arraigadas y desagradables lecciones de la realidad vivienda, que hasta percibe en la calle el vulgo indocto, pero observador de lo que ocurre a falta de medios de crítica, siempre preventivos de concreta delincuencia.»

Lo dicho, referido al área represiva, valga en esencia para la privada o civil.

Cfr. Rodríguez Valcárcel, «¿Deben subsistir las jurisdicciones especiales?», en *BIEDP*, núm. 3, 1951.

(317) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 230 y ss.

(318) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 70 y ss. y la bibl. allí cit.

Estamos conformes con los números 3 y 4 de esta Base (319).

«5. Del reconocimiento de las resoluciones dictadas por Tribunales u Organismos arbitrales extranjeros, a efectos de su ejecución, y a salvo de lo que se establezca en los Tratados.»

No se hace diferencia entre «homologación» y «exequatur», siendo cuestiones muy diferentes; el segundo, consecuencia, no forzosa, de la primera. Puede pretenderse una simple homologación en España de una sentencia extranjera, únicamente para que se reconozca su fuerza de cosa juzgada.

Estamos de acuerdo con el número 6 de la Base (320).

Base 20. «La Sala segunda del Tribunal Supremo conocerá:

1. Respecto de su orden jurisdiccional, de las cuestiones atribuidas a la Sala Primera en los números 2 a 6 de la Base 19.»

Queda la duda de si *todas* las sentencias dictadas por los Tribunales inferiores —incluso en los casos de «delitos menos graves»— serán susceptibles de ser atacadas en casación. Es la solución introducida en la Lecrim. por la de 8 de abril de 1967, artículo 792-7.^a

Sobre este particular, el profesor Córdoba Roda emite su parecer, que transcribimos, y con el que estamos de acuerdo:

«Por otro lado, y ahí radica el aspecto acaso más preocupante de la regulación incluida en el anteproyecto de Bases (se refiere al APP; e incluida en la Ley de 8 de abril de 1967, añadimos nosotros); la exclusión de un número muy considerable de delitos del acceso a la casación puede producir un efecto nefasto en la propia configuración del ordenamiento penal material, Téngase, en efecto, en cuenta que existen numerosos sectores del mismo que han adquirido realidad por obra de la jurisprudencia y que la regulación procesal que se propone —y que existe ya por obra de la desdichada ley de 8 de abril de 1967, añadimos nosotros— puede poner en peligro toda esa regulación positiva extra-legal al concluir con el criterio de la unidad interpretativa hoy existente. Ordenaciones tales como las referentes a la culpabilidad, al conocimiento de la antijuridicidad, al delito continuado, producto de una larga elaboración y vigentes por obra de la jurisprudencia, pueden verse seriamente amenazadas por el Anteproyecto —están amenazadas por la desdichada Ley de 8 de abril de 1967, añadimos— que se propone. Ello aparte, por supuesto, del incremento en las discrepancias interpretati-

(319) «3. Del recurso de queja por la inadmisión de los recursos de casación.

4. De las cuestiones de competencia en materia civil suscitadas entre órganos jurisdiccionales que no tengan otro superior común.»

(320) «De la recusación contra los Magistrados que la compongan, salvo lo dispuesto en la Base anterior.»

vas de la mayoría de los tipos legales, que puede tener lugar» (321). No es éste el menor defecto de la citada Ley (322), (323).

Por lo tanto, aprovechamos esta ocasión para solicitar que el recurso de casación se abra contra *todas* las sentencias en materia de delitos, sean «graves» o «menos graves».

Estamos de acuerdo con el número 2 de la Base, con la advertencia, ya formulada anteriormente, de que debe limitarse exhaustivamente el concepto de «autoridades, militares o eclesiásticos» a efectos de concederles este fuero privilegiado (324).

Debe nombrarse la potestad de conocer del proceso de manifestación.

Base 21. «La Sala Tercera del Tribunal Supremo conocerá:

1.º Respecto al orden contencioso-administrativo de las cuestiones asignadas a la Sala Primera en los números 2, 3, 4 y 6 de la Base 19.»

El número 2 de esta última atribuye el conocimiento de «los recursos de casación y revisión en materia civil».

Nos alarma esta Base, en cuanto que sustituye el recurso de apelación de la Ley vigente (artículo 94 y siguientes) —con su mayor amplitud, incluso con posibilidad de recibimiento a prueba sobre los hechos, artículo 100-3— por una casación. Huelga el comentario sobre esta disminución de garantías. Entendemos que el recurso de apelación debe subsistir tal como está regulado en la vigente Ley de lo Contencioso-administrativo —una de las más correctas del ordenamiento procesal español.

2.º En única instancia, de los recursos contencioso-administrativos que se formulen contra disposiciones de carácter general de la administración del

(321) «Los abogados españoles —dice en su informe sobre el APP el Consejo General de la Abogacía Española, según se lee en el «resumen» de los *Cuadernos Informativos* del Ministerio de Justicia, núm. 5, pág. 108— insisten en la necesidad de admitir el recurso de casación contra toda clase de delitos.»

(322) Cfr. las Conclusiones de la III Jornada de Profesores de Derecho Procesal, Valladolid, 1967, que constituyen la crítica de esta ley, y la petición —no atendida— de que no entrase en vigor, en *Rev. Derecho Procesal*, 1967, IV, pág. 9 y ss.

(323) Por constituir esta ley y sus principios una de las claves del APP, nos vimos obligados a hacer su crítica al informar sobre éste; en nuestro trabajo *Presente y futuro del proceso penal español*, passim, puede verse esta crítica.

(324) «En única instancia de los procesos y diligencias previas, por delitos o faltas cometidas por:

1.º Los Subsecretarios, Directores Generales y Gobernadores civiles.

2.º Los Procuradores en Cortes.

3.º Los Oficiales Generales de los tres Ejércitos, cuando deba conocer la jurisdicción ordinaria.

Estado, o contra otro acto administrativo cuando legalmente así se disponga.»

Estamos de acuerdo; pero recuérdese que hemos propuesto la eliminación del Tribunal Central del ALOJ (comentario a la Base 11 y otras, supra), por lo que las atribuciones competenciales de éste deben pasar a la Sala Tercera.

Ya se indicó que deben constituirse varias Salas de lo contencioso-administrativo o funcionar varias secciones.

La inclusión de los Tribunales contencioso-administrativos en la futura LO es un acierto; tras ello, sólo queda un procedimiento —de regulación muy correcta— especial, susceptible de ser integrado en gran medida en la Ley procesal general y en otra —u otro Código— específica; la tendencia hacia la unificación de la Ley vigente se continúa así; y ésta es la oportunidad de enmarcar a la Jurisdicción contencioso-administrativa y a su proceso dentro del Ordenamiento procesal general, como propusimos (325).

Base 22. «La Sala Cuarta del Tribunal Supremo conocerá:

1.º Respecto al orden social, de las cuestiones atribuidas a la Sala Primera en los números 2, 3, 4 y 6 de la Base 19.

2.º De los recursos que procedan contra las disposiciones de carácter general del Ministerio de Trabajo, o contra cualesquiera otro acto o disposición de dicho Ministerio en materia de trabajo o seguridad social, cuando así se establezca por Ley.»

Aplaudimos la supresión de la «suplicación»; e insistimos en que se suprima el Tribunal Central de Trabajo.

No nos explicamos claramente la razón por la cual se concede una especie de privilegio al Ministerio de Trabajo, de modo que no sea la Sala (y Secciones) de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo el que conozca de tales recursos. Si procede y se justifica por el volumen de asuntos, destínense una Sala o Sección de los contenciosos a los mismos en relación con el Ministerio de Trabajo (326); la misma facilidad o dificultad experimentarán los Magistrados que con los asuntos de otra índole. Si se estima, inclu-

4.º Los Magistrados de las Audiencias y los Fiscales de las mismas no comprendidos en la Base 18.

5.º Las demás autoridades civiles, militares o eclesiásticas a las que se les reconozca por Ley.»

(325) Cfr. el cap. III, Parte , de este trabajo, y *Sugerencias*, cit., pág. 20 y ss.

(326) Efectivamente, desde el punto de vista estadístico, es este Ministerio el que da lugar a mayor cantidad de recursos contencioso-administrativos; en 1966, seguido por el de Industria (199 y 168, respectivamente); en 1965, se invierte el orden (215 y 218, respectivamente).

so puede preverse un sistema específico de reclutamiento de dichos Magistrados en relación con el orden judicial laboral.

Pero una excepción a la regla, como la contenida en la Base 22-2.º, nos parece excesiva.

Base 23. Debe desaparecer todo lo referente al Tribunal Central de Trabajo y no crearse uno nuevo (y menos aún varios). Esta conclusión se fundamentó al comentar la Base 11.ª

Base 25. «Las Audiencias Territoriales en Pleno conocerán:

1.º De las cuestiones de competencia entre las Audiencias Provinciales de su territorio.

2.º De las recusaciones planteadas contra el Presidente de la Audiencia, Presidentes de Sala de la misma, Presidentes de las Audiencias provinciales del territorio o dos o más Magistrados de una Sala de la Audiencia territorial o de una Audiencia provincial de su circunscripción.»

Estamos de acuerdo con el principio, semejante al de las Leyes de enjuiciamiento vigentes.

«2. Las Salas de lo civil de la Audiencia Territorial conocerán:

1.º En segunda instancia, de los procesos de que hubieren conocido los Juzgados de Primera instancia de su territorio.»

Esto es, de los que la Base 26 denomina procesos «de superior entidad».

Registramos un viraje terminológico de importancia con respecto al APP; en éste se trataba de «juicio declarativo ordinario» (Base 57) (327). Y en el ALOJ, como consecuencia del cambio de denominación, no se sabe si aquel juicio y su procedimiento coincide o no con el «proceso de superior entidad». Esto es, no sabemos qué procesos están encomendados a los Jueces de Primera Instancia. Y, naturalmente, no se puede pasar por ello, siendo necesaria una revisión total del asunto.

Cosa análoga ocurre con el número 2.º del 2 de esta Base 24:

«2.º Igualmente de la segunda instancia de los procesos atribuidos en primera a los Juzgados de Distrito de la provincia en cuya capital radique la sede de la Audiencia Territorial, con excepción de los verbales.»

Esto es, prácticamente se suprime la Sala de lo civil de la Audiencia provincial correspondiente a aquella en que tenga su sede la Territorial (Base 25).

Pero tampoco sabemos qué procesos son éstos de «inferior cuantía» a que se refiere la Base 27, sobre todo en relación con el juicio «declarativo abre-

(327) Cfr. sobre el mismo, Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 188 y ss.

viado» del APC en su Base 68, del que se decía tener apelación pero no casación.

La desconexión de esta Base con el APC impone el deber de pedir sea reformada; tal como está redactada es perturbadora.

Estamos conformes con los números 3.º, 4.º, 5.º y 6.º de este número 2 que examinamos (328).

«3. Las Salas de lo criminal de la Audiencia Territorial conocerán:

1.º Del juicio oral y público, en única instancia, de las causas por delitos graves cometidos en la provincia en cuya capital tenga su sede la Audiencia.

2.º De la segunda instancia de los procesos por delitos menos graves y de las actuaciones atribuidas a los Juzgados de primera instancia de la provincia, en cuya capital radique la sede de la Audiencia Territorial.

3.º De la apelación contra las resoluciones que, según establezcan las normas procesales, corresponda dictar a los Juzgados de primera instancia, de la provincia en cuya capital radique la Audiencia Territorial, en la fase de instrucción de los procesos penales por delitos.»

Sustituye, pues, en la provincia de su sede la Audiencia Territorial, a la provincial, también en materia penal. Así, pues, lo que aquí se diga puede aplicarse, en general, también a la Base 25.

Aparecen así, en el ALOJ, las expresiones que ya aparecían a su vez en el APP, «delitos graves» y «delitos menos graves» (Base 25) a los que, según dicho A., corresponde un tipo procesal diferente.

Pero entre las Bases 43 y 44 del APP quedaba una notable solución de continuidad. En efecto, se consideraba como «delitos graves» a «aquellos a los que corresponda pena *superior* a prisión o presidio menor» y «menos graves» cuando correspondiente pena *inferior* a las citadas (Bases cit.); quedando por saber qué procedimiento regiría para conocer de los delitos castigados *precisamente* con la pena de presidio o prisión menor. Esta gravísima laguna ha sido recogida por el ALOJ, por lo cual procede rechazar esta Base, construida en falso.

Las graves lagunas del APP sobre este proceso por «delitos menos graves», otorgando potestad decisoria al mismo Juez instructor, era preciso colmarlas acudiendo a la Ley de 8 de abril de 1967 (329); desfavorables al

(328) «3.º De la queja por la inadmisión de la apelación cuando proceda.

4.º De las cuestiones de competencia entre Juzgados de Primera Instancia y de Distrito del territorio enclavados en distintas provincias.

5.º De la recusación de los Magistrados de la Sala, cuando no esté atribuida al Pleno.

6. De la responsabilidad civil de los Jueces de Primera Instancia y de Distrito del territorio.»

(329) Así lo vienen a reconocer el preámbulo al ALOJ y el Ministro de Justicia, Oriol y Urquijo, en *El Plan de Reforma de la Justicia*, cit., pág. 24.

sistema inquisitivo instaurado por la misma (330), nos pronunciábamos contra la posibilidad de que esta manifestación del mismo (confusión del Juez instructor con el sentenciador) fuera la base de una futura Ley procesal penal (331). Y concluíamos: «la solución mejor sería la ortodoxa: la consistente en el que el «proceso por delitos menos graves» lo juzgase un Tribunal correccional diferente del Juez instructor» (332).

Sólo podríamos aceptar el sistema del APP, recogido en la ordenación judicial de las Bases 24 y 25 del ALOJ, en el caso de que otra autoridad —el Ministerio Fiscal— sea la que lleve la parte activa en la instrucción, y no el propio juez (333); esto es, prescindiendo del antecedente de la Ley de 8 de abril de 1967.

Y además, debe crearse una segunda instancia en todo caso en la Sala Penal de la Audiencia Territorial, por lo que se pide la reforma del número 3-1.º de la Base 24 y se pedirá el del número 2-1.º de la Base 25 en cuanto a la «única instancia»; recogemos así la Conclusión aprobada por nosotros mismos en la I Jornada de Profesores de Derecho procesal en 1965 (cfr. infra, Base 25).

El número 3 de la Base 24 (y 3.º del número 2 de la Base 25) parece dar a entender que no serán susceptibles de apelación resoluciones procesales dictadas por los jueces instructores-sentenciadores (al referirse solamente a solamente a «la fase de instrucción»), lo cual debe aclararse en sentido de que siga en vigor el sistema del artículo 787 (modificado) de la Lecrim.; esto es, abriéndose a la impugnabilidad ciertos autos dictados por el juez instructor-sentenciador; y debe subsistir la queja sin sujeción a plazo del artículo 213 (334) y 235 de la Lecrim., la más interesante de todas y el que mayor garantía supone frente a las actuaciones inquisitivas del Juez (335).

No se trata de volver al sistema anterior, en lo que tenía de defectuoso; las consideraciones de «rapidez» y la del ahorro económico que supone el dejar de hacer intervenir a un Tribunal colegiado en la labor de vista y fallo, deben ceder ante la consideración y respeto al derecho de libertad individual.

«4.º De la queja por inadmisión de la apelación cuando proceda.»

(330) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 34 y ss. y bibl. cita.; y Conclusiones de la III Jornada de Profesores de Derecho Procesal, en *Rev. Derecho Procesal*, 1967-IV, pág. 10 y ss.

(331) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 82 y ss.

(332) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 85 y 105.

(333) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 83 y ss., 93 y ss. y 100 y ss.

(334) Recurso de queja con equivalencia final a la apelación. Cfr. sobre este punto Fairén Guillén «El sistema de recursos procesales de queja en España», en *RGLJ* (en prensa).

(335) Cfr. Fairén Guillén, ob. cit. últ.

Si se trata de eliminar el recurso de queja en sus demás manifestaciones, esto es, como constitutivo de la apelación y especialmente el que no se sujeta al plazo de interposición de aquéllas, debemos pedir que este número sea retirado.

Ya protestamos, en su día, contra el hecho de que el APP suprimiera los recursos de queja, pidiendo especialmente el mantenimiento de ésta como independiente (artículo 213 de la Lecrim.) (336).

Hemos estudiado el problema en relación con la fuerza de cosa juzgada formal de los autos dictados por el Juez instructor español (337).

Y el mismo problema se lo planteó la doctrina española, censurando las normas de la Lecrim. que admiten el recurso de queja sin sujeción a plazo, por estimar que la falta del mismo ataca a la «firmeza» o fuerza de cosa juzgada formal de los autos del Juez instructor (338).

La clave para hallar la aparente anomalía de un recurso que, sin ser la española revisión, ataca a la cosa juzgada formal de resoluciones dictadas en el curso del proceso penal, hay que encontrarla en los principios que rigen al formación de estas resoluciones.

Aquí se halla esta clave. El Juez instructor español opera de modo generalmente inquisitivo. La propia definición del sumario (artículo 299 Lecrim.) y normas como, por ejemplo, la del 539 (339) lo confirman. El Juez instructor puede dictar autos de investigación inquisitiva sin quedar ligado por ellos, ya que puede darse el caso de que, inmediatamente, las necesidades de averiguación de la verdad le impongan el reformar o revocar su propio auto mediante otro. Los autos del Juez instructor no surten efectos de cosa juzgada formal. Y lo lógico es que, aunque ésta aparezca para las partes cuando se trata del recurso de apelación sumarial y aún del recurso que aparece como sucedáneo de aquélla, deje de aparecer cuando se trata de otro, de contenido posiblemente más amplio, la «queja» conforme al sentido tradicional del ordenamiento español, o sea, de responder a un agravio aún

(336) «El recurso de queja para cuya interposición no señale término la Ley podrá interponerse en cualquier tiempo, mientras estuviere pendiente la causa.»

(337) En efecto, la doctrina alemana se ha preocupado extraordinariamente del problema de la cosa juzgada formal surtida por autos, en relación con su recurso de «einfache Berchwerde» (sin plazo, como la del 213 Lecrim.).

Cfr., por ej., Löwe-Rosenberg, *Die StPO und das GVG*, 21 ed., Berlín, 1963, com. al § 304 de la StPO, I, pág. 1210; Schmidt *Lehrkommentar zur StPO und zum GVG*, Göttingen, 1964, II, págs. 879 y 781 y esp. 884; Peters, en la *JZ*, 1953, pág. 460, columna primera.

(338) Así, Aguilera de Paz, *Comentarios a la Lecrim*, 2.^a ed., Madrid, 1923, II, págs. 449 y 475.

(339) «Los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables de oficio o a instancia de parte durante todo el curso de la causa...»

cuando la resolución ya se haya ejecutado. Este es el sentido del artículo 235 de la Lecrim. al facilitar el recurso de queja durante todo el sumario, fuera de cualquier plazo preclusivo de interposición; queja a resolver en su día por el Tribunal «cuando llegue a conocer de la causa», esto es, cuando el sumario haya terminado. Y el Tribunal tiene facultades para revocar el auto de terminación del sumario (artículo 631) o incluso de ordenar al Juez instructor «las diligencias que hayan de practicarse», que pueden estar destinadas claramente a borrar los motivos del recurso de queja.

Así se equilibran las fuerzas durante el sumario: a las facultades inquisitivas del Juez instructor a lo largo de todo el mismo, sin verse obligado por la continuidad formal de sus propios actos, se corresponde la facultad de las partes de recurrir en cualquier momento mediante el recurso de queja de los artículos 213 y 235 (340).

No está excesivamente claro si en el procedimiento de Juez instructor-sentenciador introducido en la Lecrim. por la de 8 de abril de 1967 ha quedado suprimido el recurso de queja, sin sujeción a plazo; no lo incluye el artículo 787, pero el 780 remite al sistema general de la Lecrim. Mas parece que no deba intervenir el Tribunal, ya que tampoco ha de hacerlo para ver y fallar el asunto en la misma instancia. He aquí otro grave defecto al que la Ley de 8 de abril de 1967 ha llevado, en perjuicio de las garantías de las partes; y un amparo más de la posición en favor de que no sea el Juez instructor el sentenciador.

Lo que procede es: 1.º que en el APP se admita este tipo de recurso de queja —con los demás, naturalmente (341)—, y 2.º que la Base correspondiente del ALOJ —en este caso, la 24-2-4.º y la 25, Audiencias Provinciales 2-4.º— recojan el recurso de apelación como posible desde el punto de vista competencial.

Después del número 4.º debe intercalarse otro, referente al proceso cautelar de manifestación, que debe aparecer siempre ante el orden judicial superior a aquel en que se cometió el exceso que lo origine y cuando el exceso haya provenido del mismo órgano judicial.

Estamos conformes con los números 5.º, 6.º y 7.º de esta regulación (342).

(340) Cfr. Fairén Guillén, *El sistema de recursos procesales de queja*, cit.

(341) O bien aplicarse la apelación a todos los casos en que actualmente aparece la queja como su substitutiva. Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 96.

(342) «5.º De las cuestiones de competencia en materia penal, entre Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Distrito del territorio, siempre que sean de distinta provincia.

6.º De la recusación de los Magistrados de la Sala, cuando no esté atribuido su conocimiento a la Audiencia en pleno.

7.º De la responsabilidad penal y de las diligencias previas en los delitos y faltas cometidas por Jueces de Primera Instancia y de Distrito del territorio.»

Pero en cuanto al último, hay una antinomia con la Base 34 del APP que encomienda las «diligencias previas» al Ministerio Fiscal, antinomia que debe resolverse en favor del APP, ya que significaría un retorno al sistema inquisitivo el que fuera el mismo Tribunal juzgador el que haya de instruir.

«4.º Las Salas de lo contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales conocerán:

1.º De los recursos contencioso-administrativos que se formulen en relación con los actos de los órganos de la Administración pública, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional.»

Estamos conformes en principio; mas debe considerarse si es oportuno crear Jueces de lo contencioso-administrativo de jurisdicción provincial —se sugiere pensar en Jueces individuales— a los que encomendar los procesos consecuentes a acuerdos de los Municipios, de tal modo que la Sala de la Audiencia conociera en apelación (343); en tal caso, y siempre calculando una «summa graviminis a quo» determinada, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, según se propone, podría actuar en casación sobre estos recursos y no en apelación; esto es, como se ha propuesto al tratar de las Bases 11 y 23 del ALOJ.

«2.º De los que se formulen contra resoluciones o actos de órganos cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional, cuando se refiera a resoluciones de recursos de alzada formulados contra autoridades u organismos provinciales o regionales.»

Es muy interesante esta faceta de la descentralización, sometiendo a tales organismos a las Audiencias Territoriales. Estamos de acuerdo.

«3.º De la responsabilidad civil de los funcionarios administrativos cuando no corresponda al Tribunal Central.»

Debe suprimirse, de acuerdo con nuestra petición de que no se cree ningún Tribunal Central, Base 11 y otras.

«De la recusación de los Magistrados de la Sala cuando no esté atribuida a la Audiencia en Pleno.»

Estamos de acuerdo.

5.º Las Salas de lo Laboral de las Audiencias Territoriales conocerán (nota a pie de página: La sección somete también a la consideración de las entidades y organismos de quienes se solicita esta información la variante de atribuir en su caso al Tribunal Central de Trabajo la competencia que actualmente tiene asignada, lo que significaría la inexistencia de Salas de lo Laboral o Social en las Audiencias Territoriales)).

Estamos de acuerdo con el primer texto y no con la «variante». El Tri-

(343) De 3.030 Sentencias dictadas por los Tribunales Territoriales en 1966, 1.094 lo fueron por recurso contra resoluciones municipales. (Cfr. la Estadística Oficial.)

bunal Central de Trabajo debe desaparecer y no reaparecer, ni él mismo ni los demás que en las «Variantes» del ALOJ se proponen.

Tal fue la Conclusión adoptada en la I Jornada de Profesores de Derecho Procesal en 1965 (344).

«1.º De la segunda instancia de los procesos atribuidos a las Magistraturas de Trabajo, en los casos y con los límites que determinen las normas procesales en vigor.»

Estimamos que este número, redactado en relación con la subsistencia del Tribunal Central de Trabajo, debe ampliar su marco a todos los casos, ya que el citado Tribunal debe desaparecer.

«2.º De la queja por inadmisión de la apelación cuando proceda.»

«3.º De las cuestiones de competencia entre las Magistraturas de Trabajo del territorio.»

«4.º De la recusación de los Magistrados de la Sala cuando no está atribuido a la Audiencia en Pleno.»

Estamos de acuerdo.

Hacemos aquí hincapié en la necesidad de especialización de los Magistrados que formen las distintas Salas de las Audiencias; el problema no se circunscribe a las Salas de lo Laboral. Y por ello se insiste en que se aclare el problema de la «adscripción» a los diferentes órdenes judiciales, tan confusamente tratado en el ALOJ; hemos dedicado al asunto el Capítulo II, I Parte, de este trabajo.

Base 25. («Atribuciones de las Audiencias Provinciales»).—«Las Salas de lo civil de las Audiencias provinciales conocerán:

1.º En segunda instancia de los procesos de que hubieren conocido en primera los Juzgados de Distrito de la provincia, con excepción de los juicios verbales.»

Recordemos la salvedad que hicimos al comentar la Base 11 (texto, super. nota 289) sobre la reducción de la primera instancia civil a los Juzgados de primera instancia; en tal caso, la atribución de la segunda podría distribuirse entre la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial y las de las provinciales, según criterios de cuantía —no aclarados tampoco por el ALOJ en sus Bases 26 y 27— y de especialidad del objeto; confróntense, por ejemplo, los de la Ley de 20 de julio de 1968, sin perjuicio de ver nuestra opinión sobre la reducción de los procedimientos civiles declarativos españoles en el comentario al APC (345).

(344) Cfr. supra; y en *Rev. Der. Proc.*, 1965-II.

(345) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 47 y ss.; «La futura sistematización de los procedimientos civiles españoles (procedimientos declarativos)», en *RGLJ*,

De acuerdo estamos en que los «juicios verbales» no lleguen a las Audiencias, pero debe aclararse esta expresión —cuyo contenido intuimos solamente— que no se halla en las «Bases» que en nota a la número 11 del ALOJ aparecen como posibles para el ordenamiento de la Justicia de Paz.

«2.º De la queja por inadmisión de la apelación cuando proceda.»

Rechazamos este número si se trata de lo penal: a ello aludimos, inmediatamente.

Estamos conformes con los números 3 y 4 de estas atribuciones civiles (346).

«2. Las Salas de lo criminal de las Audiencias provinciales conocerán:

1.º Del juicio oral y público, en única instancia, de las causas por delitos graves cometidos en la provincia.»

Habíamos deferido el estudio de esta «única instancia» al de esta Base 25, por ser la Audiencia provincial el Tribunal Penal por excelencia, y actuar la Audiencia Territorial en su Sala de lo Criminal, en la misma «única instancia» como sustituta de aquélla en la provincia en que tiene su sede (Base 24-3-1.º).

Debemos volver a reiterar que, a nuestro entender, no cabe que una primera instancia se desarrolle tan sólo ante el «Juez instructor» si éste desempeña el papel activo —inquisitivo— de la instrucción (347). Esta es la clave de la que partimos para solicitar, o bien una reforma total en la instrucción proyectada en el APP (348), o bien que se atribuya siempre la potestad sentenciadora para toda especie de delitos —incluidos los «menos graves» (?)— a un Tribunal correccional diferente del instructor (349).

Si se admite la primera solución, el problema queda simplificado, pues siempre queda la Sala de la Audiencia como Tribunal «*ed quem*» para la apelación.

Ahora bien, la bipartición de una instancia en dos estadios, como ocurre en el actual procedimiento ordinario o en el del artículo 793 y siguientes de la Lecrim., solución la más correcta, es insuficiente; debe concederse siempre —y aún más, cuando se trata de «delitos graves»— una segunda instancia antes de llegarse a la casación; y en tal caso, el Tribunal de apelación

Madrid, 1966 (T. 221), pág. 745 y ss.; y en *Temas del Ordenamiento procesal* (en prensa).

(346) «3.º De las cuestiones de competencia entre Juzgados de Primera Instancia y de Distrito de la provincia» (salvo la alusión a los Juzgados de Distrito).

4.º De la recusación de los Magistrados de la Sala, cuando no esté atribuido el conocimiento al pleno de la Audiencia Territorial.»

(347) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 33 y ss.

(348) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 79 y ss.

(349) Cfr. Fairén Guillén, ob. últ. cit., pág. 85.

debe ser la Sala de la Audiencia Territorial (350); en la I Jornada de Profesores de Derecho procesal se concluía: «El proceso penal para los demás delitos se deberá atribuir en su parte instructora al mismo Juez penal, y el debate y la sentencia a la Sala de la Audiencia provincial, interesándose la creación de un recurso de apelación contra las sentencias que ésta dicte ante una Sala de la Audiencia Territorial» (351); Sala de lo Penal que se postulaba en la Conclusión 3.^a Y si es la Sala Penal de esta Audiencia la que interviene en primera instancia, la apelación debe corresponder a otra, arbitrada a tal efecto.

Por lo tanto, el número 2-1.º de la Base 25 (y el número 3-1.º de la 24, en que la Sala de lo Criminal de la Audiencia Territorial interviene con la misma función) debe reformarse; estas Salas conocerán de la «vista y fallo» en primera instancia para toda clase de delitos; a no ser que se estructure el proceso por razón de delitos de escasa entidad de tal modo que el Juez no sea instructor y sí solamente director de la vista y encargado de sentenciar (aunque una fase contradictoria de la instrucción sí puede presidirla, pero no investigando) (352). En tal caso, puede confiársele dicha labor.

«2.º De la segunda instancia de los procesos por delitos menos graves y de las actuaciones atribuidas a los Juzgados de primera instancia de la provincia.»

Nos remitimos a lo dicho con motivo del número 3-2.º de la Base 24: aceptaremos este número siempre que la primera instancia no sea inquisitiva en manos de un Juez instructor y sentenciador.

Aprovechamos la ocasión para recordar a los pre-legisladores —y esto se refiere al número 3-2.º de la Base 24— que se refieren a los «Juzgados de primera instancia», con lo que parecen renunciar a los «Juzgados penales» de que hablaban en el APP; en el comentario a aquellas Bases (353) remitíamos al ALOJ como probable solucionador de las dudas; pero estas dudas se resuelven... en una antinomia.

«3.º De la apelación contra las resoluciones que, según establezcan las normas procesales, corresponda dictar al Juzgado de primera instancia en la fase de instrucción de los procesos penales o en cualquier otro supuesto en que legalmente se disponga.»

(350) Cfr. la Conclusión 6.^a adoptada en la I Jornada de Profesores de Derecho Procesal: «Se propugna la introducción de un proceso penal para delitos de pequeña entidad, a cargo de un juez penal, con un proceso simplificado y recurso de apelación ante la Sala de la Audiencia Provincial» (*Rev. Der. Proc.*, 1965-II, pág. 25).

(351) Cfr. estas Conclusiones, en loc. últ. cit.

(352) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 84 esp.

(353) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 91.

Este número provoca dudas, a las que ya hicimos referencia al examinar la Base 24; no queda claro si las resoluciones interlocutorias dictadas por los jueces instructores-decisores en la primera parte del proceso a ellos atribuida pueden ser objeto de apelación. Y debe aclararse en sentido positivo.

De otro lado, no se indica la extensión de la frase «o en cualquier otro supuesto en que legalmente así se disponga».

«4.º De la queja por la inadmisión de la apelación cuando proceda.»

Este número debe ser retirado por excluir la queja en otras manifestaciones, y entre ellas, la muy interesante de los artículos 213 y 235 de la Lecrim. Confróntese, supra, el comentario a la Base 24 y mismo número.

Estamos de acuerdo con el contenido de los números 5.º y 6.º, con la salvedad que ya se hizo con referencia a los Juzgados de Distrito (354).

Debe pensarse en atribuir a las Audiencias provinciales en estas Salas, la competencia para resolver los procesos de manifestación en el caso de que fueran dirigidos contra autoridad inferior.

Base 26. («Atribuciones de los Juzgados de primera instancia y de las Magistraturas de Trabajo»).—«1. Corresponderá a los Juzgados de primera instancia y a las Magistraturas de Trabajo el conocimiento de las materias civil, penal y laboral que a continuación se establecen»:

Notamos la falta de Jueces penales —de que ya hablaba el APP— y sugerimos el estudio de los contencioso-administrativos para una primera instancia en materias de administración local y otras que se les atribuyeren.

E igualmente, dentro de los Jueces penales debe haber especialización para los Jueces del proceso preventivo, por peligrosidad, casi totalmente olvidado en el ALOJ (355).

Debemos recordar, una vez más, y aquí —por ser el punto de partida— que la especialización de los Jueces está insuficientemente tratada en el ALOJ, aunque determine evidentemente la «adscripción» a un orden judicial. Confróntese el Capítulo II, Parte I, de este trabajo.

«1.º Les corresponderá en materia civil el conocimiento, fallo en primera instancia y ejecución de los procesos de superior entidad, determinándose la cuantía límite de su competencia, por Decreto, oída la Sala de Go-

(354) «5.º De las cuestiones de competencia entre Juzgados de Primera Instancia y de Distrito de la provincia.

6.º De la recusación de los Magistrados de la Sala, cuando no esté atribuida al pleno de la Audiencia Territorial.»

(355) Propusimos que en un mismo cuerpo legal, llamado «Código procesal penal y de seguridad», o análogamente, se incluyesen una Parte General y dos especiales: una, dedicada al proceso penal propiamente dicho, y otra, al de seguridad. (Cfr. Fajrén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 14 y ss.)

bierno del Tribunal Supremo, así como la apelación de los juicios verbales competencia de los Juzgados de Distrito del Partido».

Esta terminología, ya lo hemos dicho, es diferente a la del APC (juicios declarativos ordinario, acelerado y urgente con topes económicos entre 50.000 pesetas, 5.000; confróntese su Base 57 y siguientes) (356).

La diferencia entre aquellos dos desconocidos tipos es fundamental para el ALOJ, ya que determina la competencia, para la segunda instancia, en el caso de los procesos de «superior entidad» de la Audiencia Territorial (Base 24) y en el de los de «inferior cuantía» de la Audiencia Provincial (Base (25)). Y queda en blanco el problema de cuándo cabe el recurso de casación. Pues si bien el APC decía que los juicios declarativos «abreviados» y «urgentes» no la llevan consigo, no sabemos si estos tipos coinciden o no con los de «superior entidad» o «inferior cuantía».

El ALOJ es incoherente con el APC. Esta Base 26 debe ser retirada por tal causa.

Se habla de «la apelación de los juicios verbales competencia de los Juzgados de Distrito». Pero la Base 27 no les atribuye la competencia para la primera instancia, que creíamos era a favor de los Jueces de Paz.

Lo cual demuestra la desconexión muy abundante entre APC y ALOJ. Debe especificarse cuál es la solución; a menos que se adopte nuestra propuesta ya hecha con la oportunidad de la Base 11: esto es, la de que toda la competencia civil actual de los Juzgados de Distrito sea atribuida a los de primera instancia, descargando a éstos de todo lo penal, en beneficio de jueces especializados (357).

«2.º Ejercer la Jurisdicción voluntaria con arreglo a las Leyes, a excepción de aquellos actos que sean atribuidos expresamente a los Juzgados de Distrito.»

En el Capítulo IV de la Parte I de este trabajo nos hemos ocupado de la omisión de la Jurisdicción voluntaria. Y nótese cuánto dijimos sobre los Juzgados de Distrito.

«3.º En materia penal:

1) La instrucción, conocimiento y fallo en primera instancia de las causas por delitos menos graves.»

Ya vimos, en la Base 24-3-3.º en relación con las núm. 43 y 44 del APP, la laguna que queda entre las dos denominaciones de éste, a tenor de las penas a imponer.

Damos también por reproducido cuando dijimos sobre la única posibilidad que, a nuestro juicio existe en el terreno de la corrección doctrinal,

(356) Cfr. sobre ellos, Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 108 y ss.

(357) Cfr. supra, texto desde el de la nota núm. 289.

de que la primera instancia sea totalmente desarrollada ante un solo Juez: el que éste deje el papel activo de la instrucción a otra autoridad —el Ministerio Fiscal— para no convertirse en Juez inquisitivo (358).

De no aceptarse esta idea, sugerimos la alternativa: que continúe en todo caso, en vigor, el sistema de la bipartición de la primera instancia, atribuyendo a un Tribunal colegiado la vista y fallo de todos los procesos por razón de delito, cualquiera que sea su entidad (359); Tribunal que debería constituir una Sala de la Audiencia Provincial.

Postulamos una especialización —y no sólo sobre el papel— de los Jueces penales —y de peligrosidad— con respecto a los civiles: en 1954, el III Congreso Nacional de la Abogacía, aprobada como Conclusión (número 27, de «Temas libres»), que «es aspiración... la separación y especialización de la Justicia civil y penal». Estamos con los mantenedores de esta posición, y desde el momento más grave: desde que se atribuye competencia para la instrucción (360).

Por la misma razón, incrementada por el hecho histórico del abandono casi total de la ejecución de penas y medidas de seguridad en manos de la administración, deben especializarse Jueces para las mismas y su vigilancia (361).

Estamos concordes con los párrafos núm. 2) y 3) (362); pero todo lo referente al proceso de seguridad precisa de Jueces no penales, sino especializados en tan espinosa materia. Mas nótese lo que dijimos sobre el Juez instructor-sentenciador, que debe desaparecer en razón a una de las dos propuestas hechas.

Conformes igualmente con el núm. 4 (363) y en cuanto al núm. 5, igual-

(358) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 83 y s.; y conclusión 2.^a de la III Jornada de los Profesores de Derecho Procesal: «Se considera acertada (y responde a criterios sostenidos en la I Jornada celebrada en Sevilla en 1965) la instauración de un proceso penal con órgano decisorio unipersonal, pero el establecido no deja a salvo la exigencia de que los materiales de la causa sean aportados por órganos distintos del juzgador como consecuencia de la plena vigencia del principio acusatorio». (Cfr. también, Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 34 y bibl. cit.).

(359) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, págs. 85 y 105.

(360) Cfr., p. ej., Del Rosal, «En favor del Juez Penal», en *BIEDP*, núm. 94, 1960; Meneu Monlleón, «Por una especialización de la Magistratura; Juez civil y Juez penal», comunicación al Congreso cit., T. *Temas Libres*, pág. 361 y ss.

(361) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 97 y ss. y bibl. cit.

(362) «2) La declaración de peligrosidad social y la aplicación de medidas de seguridad».

3) La instrucción preliminar de los procesos por delitos graves».

(363) «La ejecución de las sentencias que se dicten en los procesos por delitos graves y menos graves».

5) «La apelación de los juicios de faltas, de que conozcan en los Juzgados de Distrito del Partido».

mente, confróntese lo que dijimos en el comentario a la Base 11; si se atribuye la competencia de las faltas a Jueces de 1.^a instancia, la apelación deben conocerla Salas especiales de las Audiencias Provinciales.

Por último, recordemos, igualmente, lo que se dijo sobre los posibles Jueces itinerantes, de circuito.

Así, pues, en virtud de lo expuesto, aparecería un orden judicial de Jueces de primera instancia penales.

«4.º A las Magistraturas de Trabajo en materia laboral el conocimiento y fallo en primera instancia de las pretensiones basadas en el contrato de trabajo, relaciones de seguridad social y demás que se promuevan en la rama social del Derecho, así como la ejecución de las sentencias.»

Estamos conformes en principio, siempre que la Magistratura de Trabajo esté sujeta administrativamente al Ministerio de Justicia, como orden especializado, pero no como integrante de una «Jurisdicción especial».

Pero interesa se aclare el ámbito de esa «rama social del Derecho»; ya vimos que para algunos autores (364) ésta es amplísima; y tenemos el dato real de que, actualmente, la Sala VI del Tribunal Supremo es denominada «Sala de lo Social», pero conoce de cuestiones en materia arrendaticia rústica, además de las de trabajo; y que, correlativamente, la segunda instancia de estos juicios correspondería a la Sala de lo Social de las Audiencias Territoriales; y la casación, a la nueva Sala 4.^a del Tribunal Supremo.

«2. Para el conocimiento de las materias atribuidas a los Juzgados de primera instancia y a las Magistraturas de Trabajo, se establecerán en cada población donde radiquen órganos especializados, que tendrán competencia exclusiva en la materia civil, penal o laboral que se les asigne.»

Aquí aparecen —por fin— los Jueces penales sobre los que se reclamaba. Estamos conformes con este número. Y nótese la sugerencia que hicimos en cuanto a la posible creación de Jueces de lo contencioso-administrativo.

«3. Si el número de asuntos correspondientes a cada orden jurisdiccional no justificara la existencia de más de uno o dos Juzgados o Magistraturas en una misma población, se distribuirán entre ellos las materias, según los criterios que el Gobierno señale, previo informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.»

Está bien el principio de división del trabajo; mas el criterio de un organismo especializado, como lo es la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, debe ser decisivo.

«4. En las poblaciones donde existan varias Magistraturas de Trabajo o varios Juzgados del mismo orden, la distribución de los asuntos se hará,

(364) Cfr., p. ej., Menéndez Pidal, «La jurisdicción laboral. Su competencia y sus órganos», en *Rev. Pol. Soc.*, 1966, cuad. 69, pág. 164; cfr., cap. I, Parte I.

a propuesta de la Junta de Jueces, por el Presidente de la Audiencia Territorial respectiva, procurando la mayor homogeneidad de las materias atribuidas a cada uno de ellos, y con arreglo a los criterios que se señalen.»

He aquí, al parecer, el momento «a quo» de la «adscripción a un orden judicial», que luego termina con la llegada al Tribunal Supremo.

Este sistema (Cfr. el Cap. II, Parte I de este trabajo) está deficientemente definido; no basta ni esa división del trabajo ni ese «procurar», y menos dejar la «homogeneidad de los asuntos» a merced de «los criterios que se señalen». Si la LO se basa en el principio de la especialización de los Jueces, dejar esa autorización en blanco es hacerla nacer muerta.

Este número debe ser retirado, y habida cuenta de la grave laguna que el ALOJ contiene, ya tratada en el Cap. II, Parte I, de este trabajo, debe regularse bien esta «especialización» desde su comienzo, sin fórmulas ambiguas.

Papel fundamental deberá atribuirse a los Jueces encargados del orden penal; el de poner en práctica el proceso cautelar de manifestación de personas; han de ser los órganos por excelencia a los que se les confíe.

Base 27. («De las atribuciones de los Juzgados de Distrito»). «Corresponde a los Juzgados de Distrito»:

Con motivo de la Base 11, expusimos nuestro parecer: deben desaparecer y ser sustituidos por Juzgados de Primera instancia en sus dos órdenes; si es necesario, mediante la creación de Jueces itinerantes, de circuito, para las comarcas de escasa litigiosidad; con aumento de los mismos en los centros en donde la actualmente atribuida a los Jueces Municipales y Comarcales sea grande.

Por lo tanto, a nuestro entender, esta Base debe ser retirada, y su contenido atribuido a la núm. 26.

Aparte este fundamental parecer, notamos que la aparición de los procesos de «inferior cuantía» (365) supone una antinomia con el APC y una autorización en blanco que no se puede admitir; y menos aún cuando es decisiva para la aparición de todo un sistema judicial (Base 64).

(365) Sigue la Base 27:

«1.º El conocimiento, fallo y ejecución en primera instancia de los procesos civiles de inferior cuantía en los límites que por Decreto se señalen».

«2.º Ejercer la jurisdicción voluntaria en los actos que expresamente se les atribuyan».

«3.º De la instrucción, juicio y fallo en primera instancia de los procesos penales por faltas».

Base 28. («De la ordenación territorial»). 1. El Tribunal Supremo, con jurisdicción sobre todo el territorio nacional, residirá en la Capital del Reino.»

Estamos conformes.

Debe retirarse el núm. 2, por aludir al Tribunal Central.

Estamos conformes con los núms. 3 y 4 (366) ; con el núm. 5, habiéndose de contar con la asunción por parte de los Jueces de Primera instancia, de la jurisdicción actual de los municipales y comarcales, por lo que debe conectarse este número con el desdoblamiento de los mismos previsto en el número 7; también estamos de acuerdo con el núm. 6, aún cuando deben conservarse o crearse Magistraturas o Juzgados de trabajo en aquellas poblaciones en que el censo de trabajadores y empresarios, por su elevación, lo haga necesario (367) (368).

El núm. 7, que hace referencia a los Juzgados de Distrito, debe ser retirado.

Base 29. («De la demarcación judicial»). «La demarcación judicial se determinará por el Gobierno, previo informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo; podrá afectar a la circunscripción de los órganos y a su sede y tendrá en cuenta las necesidades del servicio, las características geográficas y de población, los medios de comunicación, la densidad demográfica y la importancia de las poblaciones, procurando en lo posible su coincidencia con la distribución territorial de la Administración del Estado.»

Todo ello está muy bien; y mejor aún si se tuviera en cuenta que en España hay varias regiones con ordenamiento material civil particular:

(366) «3. Las Audiencias Territoriales ejercerán su jurisdicción en el territorio formado por la agrupación de provincias que se determinen en la demarcación judicial, y residirán en la capital que se señale, que dará nombre a la Audiencia».

«4. Las Audiencias Provinciales ejercerán jurisdicción en el territorio de la provincia en cuya capital residan».

«5. Los Juzgados de Primera Instancia, que residirán en el Municipio que se señale, extenderán su jurisdicción al municipio o agrupación de municipios que determine la demarcación judicial».

(367) «6. Las Magistraturas de trabajo ejercerán su jurisdicción en el territorio de la provincia en cuya capital residan».

(368) «7. Los Juzgados de Distrito ejercerán su jurisdicción en el territorio de uno o varios municipios y residirán en la población que se fije. También podrán dividirse el territorio de un municipio en circunscripciones menores, cuando el número e asuntos lo aconseje, asignando a cada una, uno o varios juzgados, o disponiendo que repartan los asuntos entre los Juzgados que se establezcan, conforme a las normas establecidas en el núm. 4 de la Base 26».

las regiones forales, con las cuales se debe contar en primer lugar a los efectos de la demarcación judicial.

Base 30. («De las atribuciones de los oficios judiciales»). «Se mantendrán los oficios judiciales actualmente existentes con su misma denominación y similares atribuciones, señalándose que a los Secretarios, como auxiliares técnicos de los Tribunales y Juzgados a que pertenecen, les corresponde el desempeño de las funciones de ordenación y ejecución procesal que legalmente les sean conferidas, así como la dirección de los servicios administrativos del órgano a que están adscritos, todo ello bajo la autoridad del Juez o Presidente del Tribunal respectivo.»

El Título IV del APC también se refiere a la «ordenación procesal», mas con un contenido heterogéneo tal, que nos hizo solicitar fuera retirado (369).

(369) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 43 y s. y 155 y ss.

CAPITULO V

EL TITULO III DEL ANTEPROYECTO:

«DEL GOBIERNO Y ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA»

El Título III del Anteproyecto tiene un epígrafe equívoco: «Del gobierno y administración de la Justicia», y ello debido al mal empleo que de esta expresión, «Justicia», se viene haciendo a lo largo de sus Bases. Confróntese el Capítulo VI, Parte I, de este trabajo.

La «administración de Justicia», tradicionalmente, es una expresión correcta que indica el intento humano especializado de «hacerla» mediante la aplicación de las normas a los casos concretos.

En el Capítulo V de la I Parte de este trabajo expusimos, y ahora reiteramos, que la «facies» gubernativa de los Tribunales debe estar completamente separada de la jurisdiccional, debiendo la futura LO agotar la materia de ésta antes de entrar en la regulación de aquélla. Por ello propusimos que la materia contenida en el Título tercero del ALOJ sea transferida al final de la LO. Con esta reserva, entramos en el estudio de las Bases 32 y ss. del ALOJ.

Base 32. («De las funciones de gobierno y administración»). «1. Las funciones de gobierno y administración de la Justicia se realizarán conforme a criterios de legalidad.»

Se trata de un principio, aceptado, sobre el que se trató al comentar la Base 2.^a

«2. Compete el gobierno a los propios órganos de la Justicia, que a estos efectos están sometidos a una ordenación jerárquica, de necesaria observancia, salvo expresa autorización legal.»

Está claro que el autogobierno de la Justicia es la meta, la solución más

perfecta (370) ; pero la «expresa autorización legal» no se sabe si se refiere al autogobierno o a la ordenación jerárquica y su necesaria observancia. Debe aclararse este importante punto.

«3. Compete al Ministerio de Justicia la administración de la Jurisdicción ordinaria.»

Con mala redacción, buena intención. La mala redacción, consecuencia de utilizar la palabra «Justicia» de modo indebido, desde el principio del ALOJ (Cfr. el Cap. VI, Parte I, de este trabajo).

Base 33. («De los órganos de gobierno»). «Se configurarán como órganos de gobierno de la Justicia :»

A la Justicia no se la «gobierna». Se continúa utilizando mal e irrespetuosamente la expresión. Desde el título de la Ley debe ordenarse la utilización del concepto gramatical, evitando abusos como éste.

«1.º «El Presidente, el Tribunal pleno y la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.»

Estamos de acuerdo ; pero esta ordenación debe pasar al Título XI de la futura LO (Cfr. el Cap. V, I Parte, de este trabajo).

«2.º El Presidente, Tribunal pleno y Junta de Gobierno del Tribunal Central (Variante: téngase en cuenta la variante de la Base 14 y concordantes).»

Todo esto se debe suprimir. Confróntese el comentario a la Base 11 del ALOJ y el Cap. I, Parte I, de este trabajo. El actual Tribunal Central de Trabajo debe ser suprimido y no deben ser creados ni uno ni varios de dicho tipo.

«3.º Los Presidentes, Tribunal pleno y las Salas de Gobierno de las Audiencias Territoriales.»

Estamos de acuerdo.

«4.º Los Presidentes y Juntas de Gobierno de las Audiencias Provinciales.» Deferimos el comentario sobre estas «Juntas de Gobierno» a la Base 38. Por lo demás estamos de acuerdo.

«5.º Los Jueces de Primera instancia y los Magistrados de Trabajo.»

Y los Jueces penales, añadimos nosotros, consecuentes con nuestra posición ; y los contencioso-administrativos, de proceder, como oportunos, su creación.

«6.º Los Jueces de Distrito.» Debe suprimirse por lo expuesto desde la Base 11.

(370) Cfr. Castán Tobeñas, *Poder Judicial e Independencia Judicial*. Madrid, 1951, pág. 65.

«7.º Los Jueces Decanos y las Juntas de Jueces.» Examinaremos la cuestión bajo la Base 39.

Base 34. («Del Tribunal Supremo»). «1. El Presidente del Tribunal Supremo, al que corresponde la alta inspección de la Justicia, conservará las atribuciones y prerrogativas con que hoy cuenta para el gobierno del Tribunal y de los demás órganos judiciales.»

«El Tribunal pleno y la Sala de Gobierno tendrán las mismas atribuciones que hoy tienen asignadas.»

Salvo omisión nuestra, es la única ocasión en que se cita expresamente la Inspección de Tribunales.

Aunque el tratamiento de la misma, como órgano no jurisdiccional, debe hallarse al final de la LO (Cfr. el Cap. V, sobre la sistemática que proponemos), por seguir el orden del ALOJ, trataremos aquí de ella.

Esa «Alta Inspección de la Justicia», o bien se desarrolla, o bien queda en la práctica reducida a la nada, por no poder, evidentemente, desempeñarla el Presidente del Tribunal Supremo por sí mismo, él solo.

El que sea la cabeza de la Inspección, nadie se lo puede discutir; ni el Ministerio de Trabajo en su enmienda o «Base» adicional. Pero sí pretende que la Inspección siga escindida, al invocar la Ley 17 de octubre de 1940 y la de 31 de mayo de 1966, que la atribuyen como incluida en el Ministerio de Trabajo. Desde el principio (Capítulo I, I Parte, de este trabajo) hemos estado disconformes con esta posición. Toda la organización de la Inspección de los Tribunales, bajo la dirección —evidentemente— del Presidente del Tribunal Supremo, debe estar integrada, como todos los Tribunales, en el Ministerio de Justicia. Debe ser regulada como tal exhaustivamente, de tal modo que no toque, ni positiva ni negativamente, la independencia de los jueces, ya que puede llegar a excluirla (371), limitándose a controlar las obligaciones funcionariales de aquéllos; los materiales recogidos a través de la potestad jurisdiccional independiente, sólo podrá utilizarlos cuando constituyan una prueba de haberse cometido infracción de dicho tipo fun-

(371) Estamos disconformes con la tendencia a considerar a la Inspección de los Tribunales como una protectora de la independencia judicial (Cfr., p. ej., Rubio, *La inspección de Tribunales*. Madrid, 1950, esp. desde pág. 68); antes bien, está en su lindero, rozándola como antítesis. En efecto, el principio de la independencia no impide a los jueces poder cometer una serie de vulneraciones de normas, aunque lo hagan en el ejercicio de sus facultades decisorias; pero esta responsabilidad disciplinaria jurisdiccional no corresponde exigirla a la Inspección, sino a los propios Tribunales al conocer de los asuntos por vía de recurso (art. 447 de la Lec. y 258 de la Lecrim.).

cionarial (372), pero respetando siempre la repetida potestad de independencia en las actuaciones que desarrolle o instruya y resuelva (373).

Anotemos también nuestra propuesta —Comentario a la Base 13— sobre la creación, en el seno del Tribunal Supremo, de Salas especiales de Justicia para resolver asuntos que interesen a dos o más órdenes jurisdiccionales, aunque no hayan entrado en conflicto.

Base 35. («Del Consejo Judicial»). «1. Se mantendrá el Consejo Judicial como órgano encargado de formular propuestas y emitir los informes y calificaciones de los funcionarios al servicio de la Justicia, en los casos señalados por la Ley.»

«2. Lo integrarán: como Presidente el del Tribunal Supremo y serán miembros del mismo los que constituyen la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo; el Presidente del Tribunal Central; los Presidentes de las Audiencias Territoriales de Madrid y Barcelona; y otros dos Presidentes de las restantes Audiencias Territoriales, designados anualmente.»

En cuanto a esta constitución, debemos pedir que se retire lo referente al Presidente del Tribunal Central, ya que éste, según lo dicho, supra, no debe ser creado; y extinguido el actual de Trabajo.

Es evidente que la constitución de este organismo sólo puede contemplarse a la vista de las funciones que le están encomendadas.

Sobre ellas se ha dicho que «esta dependencia del Poder Ejecutivo puede ser únicamente a efectos administrativos, en materia reglada (refrendo del nombramiento, fijación y cambio de las situaciones activas, de excedencias, de supernumerarios, de licencias, de situaciones pasivas, etc.); pero si el ingreso en la carrera judicial se regula por oposición directamente o mediante la escuela judicial, como en España, si los cargos presidenciales, incluso el del Tribunal Supremo, o aquellos en que se quiebra para determinados cargos el principio de antigüedad, estuviesen supeditados a la propuesta unipersonal de un órgano judicial, dentro de un cierto orden o requisitos indis-

(372) Cfr. también Baur, *Justizaussicht und richterliche Unabhängigkeit*. Tübingen, 1954, pág. 30 y ss. y esp., pág. 38.

(373) Cfr. la Ponencia de Granados y Aragoneses (núm. VII) al II Congreso Nacional de Derecho Procesal (1954): «La inspección de Tribunales instruirá los expedientes con intervención personal, mediante visitas a la localidad donde el funcionario ejerza la función, con audiencia, en todo caso, de éste, y sin que pueda significar interferencia alguna en su función jurisdiccional. Los expedientes merecedores de sanciones graves harán preceptiva la formulación de pliego de cargos y la sanción será impuesta por las Salas de Gobierno de los Tribunales con alzada ante el Consejo Judicial» (Cfr. BIEDP, núm. 44, 1954). No hubo conclusión del Congreso. Pero esta última sugerencia merece, a nuestro juicio, ser recogida.

pensables, dejando ninguno o escaso margen a la Administración, como la de apreciar circunstancias o defectos en la tramitación, o los deméritos del juez que el órgano administrativo puede, por sus mayores fuentes de información, poseer, garantizándose en otro orden la inamovilidad, podríamos hablar de independencia de la justicia con respecto al Gobierno, aunque el refrendo lo estampe el Ministro de Justicia, tratándose de materia reglada —y, por tanto, abierta al recurso contencioso-administrativo— de actividad ajustada a la ley, propia de la función administrativa del Poder ejecutivo, y que, de salirse de la norma legal, de infringir el Ordenamiento Jurídico, su restablecimiento debe quedar al arbitrio del propio Poder Judicial, a quien compete la misión de juzgar» (374); en síntesis, quienes mejor y más adecuadamente pueden intervenir en el nombramiento de los jueces son los jueces mismos (375).

Pues bien, en España se piensa en el Consejo Judicial como organismo que —aún cuando no tan desarrollado como en otros países (376)— asuma las facultades correspondientes a los nombramientos, ascensos, destinos, traslados, excedencias, licencias (377); incluso la selección de los Magistrados del Tribunal Supremo y el nombramiento del propio Presidente del mismo —o Justicia Mayor del Reino (378).

Es evidente que, concebidas con esta amplitud —acertada, a nuestro entender, por constituir un necesario sistema libre de ingerencias gubernativas en el que el régimen de promociones pueda frustrar las ventajas del que se adopte para el ingreso en la carrera (379)— las funciones del Consejo Judicial, su organización, tienen que ser también ambiciosas. Hubo partidarios —en Francia— de que fuera la propia «Cour de Cassation» la que se constituyera como tal Consejo Judicial (380); entre nosotros se ha llegado incluso a proponer, dándole un carácter netamente representativo

(374) Cfr. Alvarez Gendin, *La independencia del Poder Judicial*. Madrid, 1966, pág. 74.

(375) Cfr. Castán Tobeñas, *Poder Judicial e Independencia Judicial*. Madrid, «Discurso de Apertura de los Tribunales», 1951, pág. 53 y ss.; cita a Ensor, *Jueces y Tribunales en Inglaterra, Francia y Alemania*, trad. española de Gómez de Orbaneja. Madrid, 1935, pág. 118.

(376) Cfr. el art. 104 de la Constitución italiana. Y Castán Tobeñas, ob. ult. cit., pág. 36.

(377) Cfr. Ossorio y Gallardo, *Bases para la reorganización judicial*. Madrid, 1929, esp. Bases 1, 2, 21, etc.; García González, *El Poder Judicial*, cit., pág. 255; Villar y Romero, *Problemática del ordenamiento procesal y orgánico español*, en *Revista Derecho Procesal*, 1956-1, pág. 58.

(378) Cfr. Villar y Romero, ob. ult. cit., loc. cit.

(379) Cfr. Castán Tobeñas, arg., pág. 52, ob. ult. cit.

(380) Cfr. Coumoul, *Traité du Pouvoir judiciaire*, cit., pág. 329 y ss.

de toda la Carrera Judicial, que se constituyese por miembros funcionarios de cada una de sus categorías «desde la entrada hasta el Tribunal Supremo», en nombramientos por dos años y sin pérdida de antigüedad (381) (382). Esto lo estimamos excesivamente amplio, aunque no deja de ser interesante que los miembros más modernos de la Carrera —por ley natural, los más jóvenes— tengan asiento en el repetido organismo. Del mismo modo, no hallamos aceptable la propuesta de que sea el Consejo Judicial el que se encargue de la Inspección de Tribunales (383), la cual, para nosotros, debe estar separada e incluso preverse para los casos de imposición de sanciones graves, un recurso ante aquél, a quien en definitiva correspondería proponer la destitución de los funcionarios judiciales (384), a salvo el recurso contencioso-administrativo.

El ALOJ enumera ciertas facultades del Consejo Judicial, en las Bases 52, 53, 54 y 55, encargándole la formación de relaciones y ternas a tener en cuenta en el nombramiento para puestos superiores en los Tribunales. Estimamos que no debe solamente «proponer», sino «nombrar», aunque, como se ha dicho, corresponda el refrendo a una autoridad política o administrativa.

En su formación, además de los miembros que en la Base 35 se enumeran, deben intervenir otros jueces correspondientes a los estratos o posiciones jurídicas inferiores, en proporción prudencial.

De otro lado, si no estamos de acuerdo con la Base 54, en cuanto al privilegio que se reserva al Gobierno de nombrar «libremente» a los Presidentes de las Audiencias Territoriales de Madrid y Barcelona, tampoco lo estamos con que éstos, de pleno derecho, tomen asiento siempre en el Consejo Judicial. Se trata de un exceso centralista, inexplicable en la actualidad, y depresivo para el resto de España y sus Tribunales, que tienen exactamente la misma competencia funcional que los citados de las dos grandes capitales y sus territorios.

Deja el ALOJ en laguna el nombramiento y «status» de los miembros del Consejo Judicial. A nuestro entender, debe ser representativo de la Carrera en toda su magnitud; esto es, eligiéndose sus miembros por cooptación entre los diversos estratos de la Magistratura, y permaneciendo en los cargos por un plazo determinado, de tal modo que su labor sea sosegada, pero no vitalicia.

(381) Esto se escribía en 1929; desde entonces ha cambiado mucho la organización judicial española.

(382) Cfr. Ossorio y Gallardo, ob. cit., pág. 76, Base 23.

(383) Cfr. la propuesta de Ossorio y Gallardo en ob. cit., Base 23.

(384) La Ponencia de Granados y Aragoneses, cit. en nota núm. 159, en cuanto al recurso; en cuanto a la destitución, Ossorio y Gallardo, ob. cit., Base 2.^a

Base 36. Se refiere al Tribunal Central. Como consecuencia de haber postulado la no aparición del mismo y en la desaparición del Central de Trabajo existente en la actualidad, esta Base debe suprimirse (385).

Conformes con la Base 37 (386); en cuanto a la 38, también conformes en general —no en cuanto a la denominación «Junta de Gobierno»—, aunque temamos la posibilidad de conflictos gubernativos entre estas «Juntas» y las Salas de Gobierno de las Audiencias Territoriales.

Base 39. «1. Los Jueces de Primera instancia, los Magistrados de Trabajo y los Jueces de Distrito conservarán las funciones gubernativas que hoy tienen asignadas.»

Falta aludir a los Jueces penales (y a los contencioso-administrativos, si se les creare) y debe desaparecer la alusión a los Juzgados de Distrito (Cfr. supra, com. a la Base 11).

«2. En las poblaciones donde existan dos o más órganos de igual categoría jerárquica, se formará una Junta, que presidirá el titular del Juzgado o de la Magistratura, núm. 1, con la denominación de Juez o Magistrado Decano.»

«3. Las Juntas, salvando siempre la independencia de los titulares de cada órgano, se ocuparán de los asuntos generales de disciplina y gobierno, procurando la uniformidad en las prácticas judiciales; de elevar exposiciones sobre materias que afecten a la Justicia o al personal que se integra en los Juzgados o Magistraturas; y de emitir los informes solicitados por la superioridad.»

Nos parece bien la institucionalización de este organismo; pero entre sus atribuciones, la más importante se halla en la Base 26: proponer al Presidente de la Audiencia territorial la distribución de los asuntos, «procurando la mayor homogeneidad de las materias atribuidas a cada uno de ellos, y con arreglo a los criterios que se señalen».

Esta cuestión, a nuestro entender, toca nada menos que al problema de la especialización, que no está resuelto en el ALOJ (Cfr. el Cap. V de la

(385) «En el Tribunal Central, su Presidente, el Pleno y la Junta de Gobierno —he aquí una denominación administrativa, intercalamos nosotros— tendrán respecto al mismo, las atribuciones que con referencia al Tribunal Supremo se señalan para los correspondientes órganos».

(386) (De las Audiencias Provinciales). «1. Se otorgarán a los Presidentes de las Audiencias Provinciales, dentro de su territorio, atribuciones de gobierno semejantes a las conferidas a los Presidentes de las Audiencias Territoriales».

«2. Para el régimen y gobierno de la Audiencia, contará el Presidente con la asistencia de una Junta de Gobierno que, bajo su presidencia, integrarán los Presidentes de Sala y el Fiscal, asistidos por el Secretario de Sala más antiguo».

I Parte y el comentario a la Base 26 en este trabajo). Esta atribución de las Juntas de Jueces debe ser reestructurada con meticulosidad, ya que puede ser, si no es, decisiva a aquellos efectos, de tanta trascendencia —incluso llegar a la promoción a puestos en los Tribunales superiores.

Estamos conformes con el núm. 4; aunque estimamos que las Bibliotecas judiciales, allí en donde existan varios órganos —y es lógico pensar que en donde hay pluralidad de inferiores, va a residir un superior, sea provincial, sea territorial— deben centralizar en una sola todos los esfuerzos, para mejor aprovechamiento de los medios económicos, que nunca son bastantes cuando se trata de formación y de estar al corriente de las novedades bibliográfico-jurídicas; garantizando, naturalmente, el acceso a tales Bibliotecas a todo el personal judicial correspondiente; organizando y dando a conocer a todo el personal judicial y auxiliar de la demarcación el catálogo y, periódicamente, las relaciones de compras; e instaurando un servicio de préstamos en favor de los Jueces y personal que no tengan su sede en el lugar en el que la Biblioteca Judicial se halle enclavada.

CAPITULO VI.

EL TITULO IV DEL ANTEPROYECTO:

«DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA JUSTICIA»

Base 40. De tipo sistemático. Confróntese nuestra opinión en el Capítulo V, Parte I, de este trabajo (387). Debe suprimirse lo correspondiente a los Juzgados de Distrito.

La Base 41-1 es también de tipo sistemático. Confróntese lo que se propone en el Cap. V, Parte I, de este trabajo (388).

«2. El régimen legal del personal al servicio de la Justicia se contendrá en la Ley orgánica de la Justicia y en el Reglamento orgánico, alcanzando su ordenamiento al personal judicial, a los Secretarios judiciales, a los Oficiales y Auxiliares y a los Agentes judiciales. Dentro del concepto de per-

(387) (Del personal al servicio de la Justicia). «Las normas constitutivas del régimen jurídico del personal al servicio de la Justicia se contendrán en el Título cuarto, distribuidas en siete capítulos, dedicados: el primero, a las disposiciones comunes; el segundo, al Presidente del Tribunal Supremo; el tercero, a la Carrera Judicial; el cuarto, al Cuerpo de Jueces de Distrito; el quinto, al Cuerpo de Secretarios Judiciales; el sexto, a los Cuerpos Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales, y el séptimo, a los servicios técnico-forenses».

(388) (De las disposiciones comunes sobre personal). «1. Bajo esta denominación se comprenderán las normas relativas a la condición de funcionarios del personal al servicio de la Justicia, de general aplicación a todos los Cuerpos en que se integran, distribuidas en siete Secciones dedicadas: la primera, al régimen legal; la segunda, a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario; la tercera, a las situaciones administrativas; la cuarta, a las plantillas y provisión de destinos; la quinta, a los derechos; la sexta, a los deberes e incompatibilidades, y la séptima, a la responsabilidad».

sonal judicial se comprenderá al Presidente del Tribunal Supremo, a los miembros de la Carrera Judicial y al Cuerpo de Jueces de Distrito.»

Se ha utilizado mal la expresión «Justicia», una vez más. Confróntese lo que dijimos en el Cap. VI, Parte I, de este trabajo.

Debe suprimirse la alusión a los Jueces de Distrito.

Estamos conformes con lo demás; pero que sea la Ley orgánica de la Justicia —correctamente denominada— quien contenga ese régimen legal y no otro tipo de disposición, como anuncia la Base 82, con la que estamos en pleno desacuerdo.

«3. Se dispondrá la adscripción administrativa al Ministerio de Justicia de dicho personal...»

Totalmente de acuerdo. Y totalmente en desacuerdo con la enmienda o Base adicional propuesta por el Ministerio de Trabajo.

«...que no podrá constituir Asociaciones o Corporaciones profesionales...» Bien, si se quiere evitar el «Juntismo».

«...ni elevar directamente al Ministerio de Justicia solicitudes referentes a su cargo y oficio, salvo cuando se dirijan al Gobierno en queja de alguno de sus superiores jerárquicos».

Lo más probable o seguro es que esta proyectada norma se dirige a defender la independencia de los jueces, de tal modo que, como es la propia Administración de Justicia la que se autogobierna, no se puede salir de esta vía extemporáneamente. Pero supone un grave cercenamiento del Derecho de petición, cuya clave está en el artículo 21 del Fuero de los Españoles. Y nótese que los Jueces están adcritos administrativamente al Ministerio de Justicia. El juez, que es un funcionario, no puede quedar indefenso frente a una intervención del Ministerio de Justicia. ¿Dónde quedaría el recurso contencioso-administrativo contra una Orden firmada por el Ministro de Justicia, si fuere preceptiva la reposición previa?

Ello, a no ser que los actos del Consejo Judicial causen estado siendo ya superfetatoria la actuación de la propia administración activa extrajudicial.

Debe reformarse este párrafo de la Base 41, siempre que quede a salvo la independencia judicial; no cabe admitirlo en el seno del ALOJ, en el que según la Base 32-3, «compete al Ministerio de Justicia la administración de la Jurisdicción ordinaria»; este ALOJ, aún cuando los funcionarios sean de carrera y especiales, prevé los medios y modalidades de adquirir y perder tal carácter; y en estos procedimientos es patente, en el estado actual de cosas, la intervención del Ministerio de Justicia; la LO vigente prevé dicha intervención en cuanto a su destitución (art. 224 y ss.), traslación (art. 237) y jubilación (art. 239), esto es, con respecto a las garantías fundamentales de la independencia judicial.

En cuanto a la Magistratura de Trabajo, el Decreto Orgánico de 27 de

julio de 1968 también prevé la intervención de dicho Ministerio en múltiples casos (p. ej., los arts. 12, 13, 70).

Esto es, en resumen: o deja de intervenir, como lo hace actualmente el Ministerio de Justicia, según las regulaciones vigentes (y también el Ministerio de Trabajo en cuanto a sus actuales Tribunales), o el admitir una Base como la 41-3 significa dejar a los jueces indefensos ante la Administración activa.

Base 42. («De la adquisición y pérdida de la condición de funcionario»).

«1. La adquisición de la condición de funcionario se determina por el cumplimiento de los requisitos que se señalen para cada Carrera o Cuerpo, y la pérdida de la misma se producirá por las mismas causas establecidas para los funcionarios civiles del Estado.»

Entendemos insuficiente por parte de un texto dirigido hacia el futuro, la remisión a una superabundante y peligrosa legislación, como lo es la de los «funcionarios civiles del Estado»; el Juez es funcionario por imperativo de la marcha general del Estado o, mejor, del país, pero nada más. Todas sus regulaciones deben contemplar su independencia.

En cuanto a la «adquisición de la condición de funcionario» —que con estas irrespetuosas palabras se expresa el ALOJ al referirse a la asunción de la calidad de Juez—, esta Base debe considerarse remitida a la 50:

(«De los requisitos, nombramientos y posesión»). «1. El ingreso en la Carrera, salvo lo especialmente establecido para el nombramiento de Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo, se verificará por oposición, entre quienes reúnan las condiciones de aptitud y no estén comprendidos en las incapacidades que la Ley establecerá conforme al régimen actualmente vigente.»—«2. Los candidatos que hayan superado la oposición serán nombrados funcionarios en prácticas y deberán seguir un curso selectivo y formativo en la Escuela Judicial. Los nombramientos y posesión se regularán conforme al régimen actualmente vigente.»

Mucho se ha escrito sobre el sistema de reclutamiento de los jueces; una Ley de Bases debe mostrarse escueta pero firme; y no es el lugar de extendernos, como universitarios, sobre diversos sistemas. Hoy por hoy, el de la oposición, pese a sus innegables defectos, sigue siendo el mal menor, y sus defectos pueden ser en no escasa parte compensados por el funcionamiento de la Escuela Judicial.

Estamos conformes con el número 2 de la Base 42 (389).

(389) «Se regulará la jubilación como causa de cesión de la relación funcional, en sus formas de forzosa y voluntaria, siguiendo los principios de la Ley de funcionarios civiles del Estado, salvando la independencia de la Justicia.»

Base 43. («De las situaciones administrativas»). «1. Se reconocerán a los funcionarios al servicio de la Justicia las mismas situaciones que a los funcionarios civiles del Estado, con idéntica denominación y contenido.»

Estamos de acuerdo.

«2. Se autorizará al Ministerio de Justicia para que, previo informe del Consejo Judicial, pueda cubrir las vacantes reservadas por razón de la situación de los funcionarios, con carácter eventual, con otros funcionarios de la misma Carrera o Cuerpo que se hallen en activo.»

Esto significa trastocar toda la organización y los avances previstos en la Base 51 y ss.; «eventualidad» parece usarse como sinónimo de «discrecionalidad»; no se señala además cuáles hayan de ser los motivos de la misma, ni la duración del «estado de eventualidad» ni se fija un plazo para ponerle fin y proveer la vacante o vacantes del modo legal. Ya tenemos aquí a la Administración obrando discrecionalmente en la composición de los Tribunales. Se rechaza esta posibilidad. Este número debe ser totalmente retirado.

Base 44. («Plantillas y provisión de vacantes»). «1. Las plantillas de funcionarios se formarán cada dos años, por el Ministerio de Justicia, oídos los órganos de gobierno de la Jurisdicción, de acuerdo con las funciones que a cada oficio se atribuyan en la Ley Orgánica y en las procesales.»

«2. La provisión de vacantes se ajustará a las reglas que se establezcan para cada Cuerpo.»

Sólo «oídos» esos órganos. Así, en realidad, será el Ministerio de Justicia —la Administración— la que fijará el número de jueces a integrar en cada plantilla y, por lo tanto, los que podrán ser «adscritos» a cada una de ellas. Y así comienza la especialización que el día de mañana, además de mejorar la calidad de la justicia administrada, surtirá efectos administrativos (la «adscripción permanente» de la Base 52 y otras).

En resumen, la entidad de cada «orden jurisdiccional», desde el punto de vista personal, queda confiado a la potestad discrecional de la Administración. Consecuencia del descuido del ALOJ es este trascendental punto (Cfr. Cap. II de la Parte I, de este trabajo). Esta Base debe ser reelaborada.

Base 45. («Derechos»). «1. El Estado asegura a los funcionarios al servicio de la Justicia el derecho al cargo, a los honores que el mismo lleve consigo, y a su retribución, la cual será determinada por una Ley especial. Igualmente el Estado facilitará su adecuada asistencia y seguridad social, y les dispensará los demás beneficios y atenciones establecidos en favor de los funcionarios públicos en general.»

Esta Base está desarrollada por la núm. 62.

(«De los derechos»). «1. Correlativamente a lo dispuesto en la Base anterior («De los deberes»), el Estado garantiza a los Jueces y Magistrados la plena independencia en su actuación y asegura el desempeño del cargo según el principio de inamovilidad y el disfrute de los derechos económicos y honoríficos que les son debidos en consideración al alto fin que cumplen.»

Desarrollo de los principios contenidos en la Base 2.^a

En realidad, se trata de una enumeración de derechos que aquí debería comprender, además de los de independencia y su garantía fundamental, la inamovilidad, los correspondientes, de tomar posesión de sus cargos, tomar parte en concursos y oposiciones internas, ascender, solicitar el cambio de situación administrativa (excedencia). Precisa completar esta Base ordenadamente.

«2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser detenidos sin previa autorización del Presidente del Tribunal Supremo o del de la Audiencia, según de quien inmediatamente dependan, salvo en los casos de flagrante delito, en los que habrá de ponerse en conocimiento inmediato de aquél.»

Y protegidos en todo caso por el derecho de pedir su manifestación al superior, debe añadirse.

«3. Los Jueces y Magistrados están exentos del desempeño de cargos obligatorios y de realizar prestaciones personales a la Administración. Igualmente, no podrán ser obligados a comparecer ante Autoridades administrativas, dentro del territorio donde ejerzan su jurisdicción. Los datos o declaraciones que sean precisos se evacuarán por escrito o se llevarán a cabo en el despacho oficial del Juez o Magistrado.»

Bien, excepto para los casos, naturalmente, de que se trate de la obligación de auxilio a la Justicia, ya prevista en la Base 2 del ALOJ y en la 6 —eventual— del APP y se trate de una diligencia en la que la persona del Juez o Magistrado sea inmediatamente necesaria (v. gr., la reconstitución de un delito, un reconocimiento de personas o lugares, etc.).

«4. Especialmente, y como garantía de la independencia de la función judicial, el Estado reconoce que la remuneración que han de percibir los Jueces y Magistrados ha de ser al menos igual a la más amplia de todas cuantas se establezcan, por todos los conceptos, para los funcionarios civiles del Estado.»

Totalmente de acuerdo: debe añadirse «y militares».

«5. Para la jubilación forzosa de los funcionarios de la Cámara (¿debe ser un error material y entenderse «Carrera»? Otra cosa no se entiende) se seguirá el régimen vigente. La jubilación voluntaria se producirá al cumplir los 65 años, siempre que se hayan prestado al menos treinta años de servicios en activo.»

De acuerdo, si la referencia es solamente al artículo 238, pero no para el caso del artículo 240 de la vigente LO, en relación con la «resolución del Gobierno».

Todo lo que pueda entrañar «destitución» debe ser resuelto por el Consejo Judicial (390), aunque sea refrendado por el Ministro de Justicia. Podría encomendarse esta desagradable labor al Tribunal Supremo en pleno, cuando se tratase de uno de sus Magistrados.

Base 46. («Deberes e incompatibilidades»). «1. El personal al servicio de la Justicia estará obligado a dedicar a la función el tiempo que fuere preciso. No obstante, se podrán establecer, respecto de los cargos que no sean únicos, turnos de trabajo.»

«2. Los funcionarios al servicio de la Justicia deberán observar con el máximo celo las incompatibilidades establecidas en la Ley.»

Esta Base precisa ser conectada con la 57 y ss., a las que nos remitimos.

Base 47. Se comentará («Responsabilidad») con la 63 («De la responsabilidad»). Confróntese la sistemática que propusimos en el Capítulo V, Parte I, de este trabajo.

Base 48 («Del Presidente del Tribunal Supremo»). «1. Conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Estado, el Presidente del Tribunal Supremo será designado por el Jefe del Estado, a propuesta en terna del Consejo del Reino, entre juristas españoles de reconocido prestigio.»

La lógica, inexorable, nos lleva más allá del ALOJ, necesariamente.

La solución dada a la provisión del cargo de Presidente de nuestro más Alto Tribunal de Justicia —no se olvide esto, no se trata de un Alto Cargo político o administrativo, sin más— tiene una dificultad básica.

En efecto, el candidato o candidatos han de ser «juristas españoles de reconocido prestigio». Ello supone una serie, a veces larga, de juicios valorativos sobre la actividad jurídica de los candidatos; juicios valorativos de tipo científico y profesional, sólo al alcance de quienes tienen a su vez una compacta formación del mismo carácter; quien mejor puede «reconocer el prestigio» de un jurista es otro jurista o, mejor, una serie de ellos.

Luego la propuesta en terna debe provenir de juristas, de especialistas.

De parte de juristas españoles de distinta procedencia se han formulado

(390) Se propuso por Ossorio y Gallardo que las destituciones fueran hechas por el Tribunal Supremo en pleno, con la asistencia, al menos, de 2/3 de sus miembros y voto favorable de 2/3 de los presentes; previo expediente con audiencia del interesado y dictamen favorable del Ministerio Fiscal. (Cfr. *Bases para la reorganización judicial*, cit., pág. 15.)

sugerencias; bien serían las Cortes a propuesta del Gobierno quienes elegirían el Presidente del Tribunal Supremo (391) —solución que tiene implícito el defecto de que ni el Gobierno ni las Cortes tienen que estar integrados necesariamente por juristas habituados a la crítica valorativa—; bien sería el Consejo Judicial el encargado de elegir (392); bien una junta o colegio integrado por juristas de solvencia, pues a ellos como jurisperitos toca el valorar el «reconocer el prestigio» del candidato o candidatos (393). Una junta de este tipo, integrada por representantes de las entidades jurídicas de mayor altura en la comunidad nacional —Tribunal Supremo o Consejo Judicial, Facultades de Derecho, Consejo General de la Abogacía, Academia de Jurisprudencia, etc.— sería la que, por la propia personalidad de sus componentes, podría proponer la terna al Jefe del Estado.

No se nos ocultan las dificultades de esta solución; pero entendiendo en conciencia lo mejor, no vemos ninguna razón para dejar de exponerla. Otras soluciones más arduas se han propuesto y adoptado a lo largo de la Historia de España,

«2. Tomará posesión ante el Pleno del Tribunal Supremo y le serán aplicables las incompatibilidades establecidas para los miembros de la Carrera Judicial.»

Estamos de acuerdo.

El Presidente del Tribunal Supremo no es un simple Alto Funcionario: debe estar protegido por la independencia judicial —el que más de todos los jueces—, cuya garantía, por excelencia, es la inamovilidad. Además, es el Presidente del Pleno del Tribunal Supremo constituido en Sala de Justicia según el texto de la Base 18 del ALOJ. Por lo tanto, si se quiere ser consecuente con la admisión del principio de inamovilidad como básico de la Organización judicial, el Presidente del Tribunal Supremo debe ser inamovible.

«3. El Presidente del Tribunal Supremo tendrá el tratamiento y usará los distintivos que tradicionalmente le son reconocidos por la Ley.»

Estamos de acuerdo.

(391) Cfr. Rull Villar, Magistrado del Tribunal Supremo, coloquio sobre «La reforma de la Ley Orgánica», siendo él mismo ponente. En *BIEDP*, núms. 8284, abril de 1958.

(392) Cfr. Villar y Romero, Letrado del Consejo de Estado, «Problemática del Ordenamiento procesal y orgánico», en *Revista de Derecho Procesal*, 1956-I, pág. 58.

(393) Cfr. García González, Magistrado del Tribunal Supremo, *El Poder Judicial*, cit., pág. 250, con referencia a la Base 18 del Anteproyecto de la Ley Orgánica de 1932.

La Base 49 es de tipo sistemático (394). Confróntese nuestra propuesta en el Cap. V, I Parte, de este trabajo.

La Base 50 fué reproducida y comentada en unión de la 42.

La Base 51 es igualmente de tipo sistemático; en ella debe añadirse lo referente a los Juzgados penales —y contencioso-administrativos, si se crearen— y suprimirse lo referente a los Juzgados de Distrito.

Base 52. («Provisión de vacantes en el Tribunal Supremo»). «1. Las Presidencias de Sala del Tribunal Supremo se proveerán por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia, entre Magistrados de dicho Tribunal.»

Recordemos lo indicado en la Base 35 sobre el Consejo Judicial; aunque la propuesta formal la haga el Ministro de Justicia y el nombramiento lo expida el Consejo de Ministros.

Recordemos igualmente estas aleccionadoras palabras:

«El principio de independencia judicial exige que sea rechazado para los ascensos, lo mismo que para los nombramientos, el sistema que los encomienda a la discreción del Poder ejecutivo. Y aún cuando puedan aparecer muy fundados los criterios de selección por el examen, la oposición o el concurso de méritos, se hacen notar sus inconvenientes y peligros si no se establecen muy rigurosamente por la ley los requisitos en los que haya de fundarse en cada caso la propuesta» (395).

«2. Las plazas de Magistrados del Tribunal Supremo se cubrirán por siete turnos. Las correspondientes a los cuatro primeros entre Magistrados, no comprendidos en el turno siguiente, que hayan prestado diez años, como mínimo, de servicio activo con esta categoría y no menos de veinte en la Carrera, y que figuren en la relación que anualmente ha de confeccionar el Consejo Judicial a tal fin para cada Sala; las dos siguientes, entre Magistrados adscritos permanentemente al orden judicial en que se haya producido la vacante, con los mismos años de servicio y en la categoría, propuestos en igual forma; y el séptimo turno entre juristas destacados en la inves-

(394) (De la Carrera Judicial). «El capítulo tercero, dedicado a regular la Carrera Judicial, se dividirá en seis secciones: la primera, de los requisitos para el ingreso en la Carrera; la segunda, de los nombramientos; la tercera, de la provisión de vacantes; la cuarta, de las incompatibilidades; la quinta, de los deberes y derechos, y la sexta, de la responsabilidad.»

(395) Cfr. Castán Tobeñas, *Poder Judicial e independencia judicial*; Discurso de Apertura de los Tribunales, Madrid, 1951, pág. 53 y ss.

tigación, elaboración, enseñanza y aplicación del Derecho, a propuesta en terna del Ministro de Justicia para cada vacante por dicho turno.»

Vuelven a entrar en acción las «adcripciones a los distintos órdenes judiciales», y esta vez en asunto de la mayor gravedad. Sobre esta grave laguna del ALOJ tratamos en el Cap. II, Parte I, de este trabajo y en diferentes puntos, supra. Todo ello debe ser modificado y aclarado.

No se expresa quién ha de resolver sobre las propuestas (!).

Tampoco sobre si la inclusión en esas relaciones anuales elaboradas por el Consejo Judicial ha de llevar fundamentos en cuanto al orden nominativo de la misma y si éste es decisivo o no.

Con respecto al séptimo turno, no se dice cómo elaborará el Ministro de Justicia esta terna; esto es, los antecedentes que debe consultar para elaborarla, y que deben provenir de otros Ministerios o entidades.

En relación con la «enseñanza» debe fijarse que sólo quienes posean el Título de Profesor expedido por el Ministerio correspondiente —Educación y Ciencia—, podrán ser comprendidos en dichas ternas.

«3. Se considerarán asimilados a estos efectos a los Magistrados de los cuatro primeros turnos, y figurarán en las relaciones para cubrir vacantes de Magistrados del Tribunal Supremo en proporción a las plantillas de las Carreras respectivas, los Fiscales que, reuniendo las condiciones de servicios y antigüedades señalados para los Magistrados, figuren en la relación que ha de confeccionar el Consejo Fiscal.»

La Carrera Fiscal debe estar totalmente separada de la Judicial (confróntese el comentario a la Base 68), entre otras cuestiones, como clave de la vigencia del principio acusatorio. Por lo tanto, no podemos admitir esta confusión masiva de sus miembros con los de la judicatura, al ascender. Están especializados en su propia carrera y en sus labores múltiples —aunque éstas deban reducirse, a nuestro entender— y no en la labor de sentenciar. Este argumento hace que se les deba equiparar a los candidatos del turno séptimo y no a los de los Magistrados.

La gran amplitud de miras a que fuerza la organización del Tribunal Supremo nos mueve a pedir que, de los siete turnos previstos, dos al menos sean provistos por personas de relevantes méritos y de otras procedencias extra-jurisdiccionales. Y recuérdese lo dicho en cuanto a la formación de una Junta o Comisión, que examinase y criticase los méritos de los candidatos en estos dos turnos, para elaborar las ternas, en lugar de hacerlo el Consejo Judicial —que también podría estar representado en aquélla— (Cfr. el comentario a la Base 48-1).

La Base 53 se refiere a la designación del Presidente y Magistrados del Tribunal Central; debe ser suprimida, ya que tal Tribunal no debe aparecer (Cfr. comentario a la Base 11 y Cap. I, Parte I, de este trabajo).

Base 54. («De la provisión de vacantes de Presidentes de Audiencias, de sus Salas o Secciones»). «1. Los Presidentes de las Audiencias Territoriales de Madrid y Barcelona serán provistos libremente por el Gobierno, con Magistrados del Tribunal Supremo designados por los turnos reservados a la Carrera Judicial o con Magistrados que por dichos turnos sean promovidos a aquella categoría.»

Si el motivo de esta excepción es solamente por razones demográficas, no se explica bien la razón por la cual el tope inferior excluye a otras ciudades o regiones de importancia del mismo factor. Y otro tipo de razones constituirían un privilegio, cuando las Audiencias Territoriales de todo el país tienen la misma competencia funcional y objetiva. Análogamente opinamos en cuanto a la composición del Consejo Judicial (Base 35). Este número debe ser rectificado.

«2. Los Presidentes de las restantes Audiencias Territoriales y Provinciales serán designados entre Magistrados con los años de servicio que reglamentariamente se exijan, incluidos en la relación anual que a tal efecto deberá formar el Consejo Judicial.»

Recordemos, de una vez para siempre, lo indicado sub. la Base 25 del Consejo Judicial. Es él quien debe nombrar, aunque refrende una autoridad administrativa.

Lo mismo se debe aplicar al núm. 3 de esta Base (396).

aBse 55. Quedó comentada, en cuanto a la serie de defectos que contiene, en relación con el principio de la especialización («adscripción a un orden judicial») en el Capítulo II, Parte I, de este trabajo. Confróntese. El papel del Consejo Judicial, como se vió en el comentario a la Base 35, debe ser decisivo.

Estamos conformes con que se introduzca parcialmente la oposición o el concurso-oposición en cuanto al ascenso (397); entiéndase oposición res-

(396) «Las vacantes de Presidente de Sala o Sección de las Audiencias Territoriales o Provinciales se proveerán en la misma forma señalada en el número anterior con los años de servicio que se fijen para el nombramiento de Presidentes de Audiencias Provinciales.»

(397) Con Ossorio y Gallardo, *Bases para la reorganización judicial*, cit., páginas 45 y 65 y ss.; con el proyecto de la Comisión Asesora de Justicia de 1932; con García González (cfr. *El Poder Judicial*, cit., pág. 237); también cfr. Sara Miranda, Hernández Gil, Vázquez Martínez, Gallardo Lamas, Soto Nieto, en *BIEDP*, números 25-26, 1952.

tringida entre jueces. Esta Base, por razón de sus imprecisiones sobre la «adscripción», debe ser totalmente reformada, aclarando el momento *a quo* de la misma. Sin ello, el ALOJ nace muerto.

Base 56. Estamos de acuerdo, con la salvedad de que hay que ligarla con la anterior (398), y extenderse a los Juzgados penales y demás que se puedan crear —contencioso-administrativo.

La Base 57 es de tipo sistemático. Confróntese la opinión formulada en el Capítulo V, Parte I, de este trabajo (399). Las incompatibilidades son garantías de la sociedad en general frente al Juez; la abstención y la recusación son garantías de las partes frente al mismo.

Las primeras son apriorísticas; las segundas se producen frente a casos concretos y una vez éstos comenzado su tratamiento. Por ello debe hablarse de «incompatibilidades absolutas» y «relativas».

Base 58 («De las incompatibilidades absolutas»). «1. Se declarará en la Ley que el desempeño de la función judicial, será incompatible:»

«1.º Con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción».

Estamos de acuerdo.

«2.º Con cualquier otra actividad o función jurisdiccional distinta de la que corresponda al cargo judicial.»

Estamos de acuerdo.

«3.º Con el ejercicio de cualquier función, cargo o empleo en organismos no judiciales, sin perjuicio de aquellas actividades que sean anejas a la función o que fueren atribuidas en consideración al cargo que se desempeñe, y en todo caso, las de investigación, elaboración y enseñanza del Derecho, siempre que, por no perjudicar al servicio, fueren autorizadas por el Ministerio, previo informe de los órganos de gobierno de la Justicia.»

En cuanto a la primera parte, señalemos que «contribuiría a consolidar la independencia judicial»... la «prohibición absoluta de desempeñar cargos

(398) «De la provisión de vacantes en los demás Juzgados de Primera Instancia no reservadas a los Magistrados, se cubrirán por concurso de antigüedad.»

«2. Las plazas que resulten desiertas se proveerán entre los aspirantes a la Carrera Judicial por el orden en que aparezcan en la disposición aprobando la calificación definitiva.»

(399) (De las incompatibilidades). «La Sección 4.ª regulará el régimen de incompatibilidades, en dos secciones, la primera, sobre las incompatibilidades absolutas, y la segunda, sobre la abstención y recusación.»

públicos los jueces o magistrados» (400), (401). Asumimos la misma posición.

En cuanto a la «investigación, elaboración y enseñanza del Derecho», estamos plenamente conformes, y esta labor incluso debe tenerse en cuenta para los ascensos del juez, pero con el control del Ministerio de Educación y Ciencia y de sus organismos correspondientes.

«4.º Con la cualidad de eclesiástico o de ministro de confesiones religiosas.»

Estamos de acuerdo.

«1.º Con el ejercicio de cualquier otra jurisdicción.»

Estamos igualmente de acuerdo con los números 5.º, 6.º y 7.º (402).

Pero es necesario completar esta enumeración —fuera de las salvedades del núm. 3.º, que deben desaparecer con la excepción, a su vez, de la investigación, etc., del Derecho— con la inclusión, como Bases, de los actuales artículos 3, 4 y 113 de la LO.

El número 2 de esta Base 58 debe ser cuidadosamente desarrollado (403).

Base 59. («De la abstención y recusación»). «Se conservará en lo fundamental la ordenación vigente sobre abstención y recusación del personal jurisdiccional, estableciendo un régimen común para todos los órdenes judiciales.»

(400) Cfr. Ossorio y Gallardo, *Bases para la reorganización judicial*, cit., Base 9.ª, pág. 37; Castán Tobeñas, *Poder Judicial e independencia judicial*, cit., pág. 63 y ss.

(401) Muy enérgicamente, dice Rodríguez Jurado: «Por el mero hecho de aceptar cargo público, se entenderá que el Juez o Magistrado, renuncia a pertenecer a la Carrera Judicial, y sin necesidad de acto declarativo alguno, será eliminado del escalafón del Cuerpo» (*Fuero de la Justicia*, presentado a la Comisión General de Legislación en 1939, III-d; «Nuevas orientaciones para la constitución de un Poder de la Justicia en España», comunicación al III Congreso Nacional de la Abogacía, Valencia, 1954, T. *Temas libres*, pág. 354).

Se trata de un refuerzo del actual art. 112 de la LO.

(402) «5.º Con el ejercicio de las profesiones de Abogado, Procurador, Perito o cualquier actividad colaboradora o auxiliar tanto de la Jurisdicción ordinaria como de las especiales.

6.º Con el desempeño de servicios de gestión, defensa, dirección o asesoramiento de asuntos en organismos públicos o privados.

7.º Con el ejercicio de la profesión mercantil, por sí, ni por otro, así como los cargos directivos o de gestión, o representación en sociedades mercantiles o industriales.»

(403) «2. Igualmente se establecerán las incompatibilidades en el ejercicio de la función judicial por causa de parentesco, teniendo en cuenta las razones de dependencia orgánica y la objetividad que debe presidir la actuación jurisdiccional.»

El mismo ALOJ señala su error sistemático: esta Base corresponde en parte de su desarrollo a la Ley Procesal general que propusimos (404); o bien, a lo sumo, el examen de las causas, a la LO, y el procedimiento, a dicha Ley. El hecho de haber incluido en el APC una Base —la 13— sobre esta materia indica que se cambió el Plan en pleno desarrollo del mismo.

Precisa simplificar el mecanismo procedimental de las recusaciones.

La Base 60 es de tipo sistemático (405). Debe tratar de «las obligaciones y deberes» de los jueces, distinguiendo unas y otros.

Base 61 («De los deberes»). «La Ley señalarán que son deberes de los Jueces y Magistrados.»

«1.º Prestar la función que les está encomendada conforme se establezca en las leyes, administrando recta e imparcial justicia, sin que sea excusa para no hacerlo el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de la Ley y sin otro móvil que el fiel cumplimiento del deber.»

No vamos a entrar aquí en disquisiciones sobre las diferencias entre «deber jurídico» y «obligación». Pero este número señala *obligaciones* del juez; la del artículo 6.º del Código civil, desarrollado por el artículo 903 y siguientes de la Lec. y 357 del Código penal y 557 de la Lecrim. Se trata de una obligación correspondiente al derecho de acción (406).

Además, el Juez tiene obligaciones profesionales, de residencia, sancionadas por los artículos 731 y siguientes de la LO.

«2.º Llevar a cabo los servicios de gobierno y administración de la justicia que en la Ley se señalan.»

Se trata de «funciones» en las que van implícitas tales «servicios».

Estamos conformes con el número 3 de esta Base (407).

La Base 62 la hemos comentado juntamente con la número 45.

La Base 63 («De la responsabilidad») está en relación con la 47 («Responsabilidad»).

La primera reza así:

(404) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 17.

(405) «La Sección cuarta se dividirá en dos párrafos, que tratarán, respectivamente, de los deberes y de los derechos.»

(406) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 31 y ss.; «Acción, Derecho procesal y Derecho político», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, arg., passim y bibl., cit.; «Acción», en *NEJES*, núm. 13.

(407) «3.º Realizar las demás funciones y servicios que le estén expresamente conferidos por Ley.»

«La Sección sexta se dividirá en tres párrafos. En ellos se regulará la responsabilidad civil, penal y disciplinario de los funcionarios de la Carrera Judicial, en forma similar al régimen actualmente vigente, tipificando con claridad y precisión las conductas profesionales determinantes de las sanciones gubernativas, que se reducen a las cinco siguientes: advertencia y apercibimiento para las faltas leves; traslado forzoso y suspensión de funciones para las graves, y separación para las muy graves.»

Y la 47:

«1. El personal al servicio de la Justicia queda sujeto por su conducta en el ejercicio de sus funciones a responsabilidad civil, penal y disciplinaria.

2. Las responsabilidades civil, penal y disciplinaria de los funcionarios judiciales se exigirá conforme a lo establecido en esta Ley, en forma similar al régimen actualmente vigente.

3. Las responsabilidades civil y penal del personal no comprendido en el número anterior se hará efectiva en la forma que se determina para los funcionarios civiles del Estado. La responsabilidad disciplinaria se exigirá con arreglo a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Justicia e inspirándose en los mismos principios del ordenamiento vigente.

4. El Estado responderá subsidiariamente cuando los funcionarios al servicio de la Justicia sean declarados civilmente responsables y resulten insolventes.»

Estamos disconformes con esta sistemática confusa, en la que parece desaparecer la responsabilidad disciplinaria jurisdiccional, a exigir aprovechando la vía de los recursos. Confróntese el Capítulo V, Parte I, de este trabajo.

Debe distinguirse en cuanto a la motivación de la responsabilidad y el procedimiento para exigirla.

Con respecto a la primera, en el orden disciplinario profesional, corresponde a la LO el regular, tanto los motivos como el procedimiento de exacción; con respecto a la responsabilidad disciplinaria jurisdiccional, los principios deben hallarse en la Ley procesal general y el desarrollo procedimental —las ocasiones de su exacción— en cada una de las leyes procesales —o Códigos— especiales. La norma general sobre responsabilidad no criminal (civil, en sentido amplio) se hallará en la referida Ley procesal general y sus manifestaciones se regularán en las especiales. El principio de la responsabilidad penal se hallará en dicha Ley general; su motivación, en el Código penal; el procedimiento de su exacción, en la Ley procesal penal (408).

(408) En nuestras *Sugerencias*, hemos tratado de la reducción a la unidad, al máximo, conservando algunas especialidades, del actual proceso para la responsabilidad de funcionarios públicos (cfr. pág. 55).

Así, pues, el lugar de la mayor parte del contenido de ambas Bases se halla, bien en la Ley procesal general, bien en las especiales. En el ALOJ ni siquiera se ha sistematizado esta materia, defiriéndose lo que correspondiere a este Título VII, «sucedáneo» poco dichoso de una Ley procesal general.

La especialidad del cargo judicial exige que las faltas sean tipificadas —por lo menos las muy graves y graves— sin cláusula general alguna; y que cualquier otra Ley se adapte a las características de independencia judicial y del servicio que la acompaña —pues vemos una extensión del sistema en la futura LO al Cuerpo de Secretarios judiciales, Base 65—.

Base 64. Se refiere al Cuerpo de Jueces de Distrito, apreciándose claramente que serían los sustitutos de los actuales Jueces Municipales y Comarcales; según nuestras ideas (Cfr. comentarios a la Base 11) debe ser suprimida (409).

La Base 65 se refiere al «Cuerpo de Secretarios Judiciales»; tras un primer párrafo de tipo sistemático (410), se dice que:

«2. Se establecerá que los Secretarios judiciales, funcionarios profesionales y técnicos del Estado que asisten a los Jueces y Tribunales con los deberes y responsabilidades que se establecen en esta Ley y en los Códigos procesales, integrarán un Cuerpo que comprenderá:

1.º Secretarios de Juzgados de Distrito.»

Si se aceptase la idea de extinguir estos Juzgados es evidente que este Cuerpo debe desaparecer sin merma de los derechos adquiridos por los funcionarios que integran al mismo y a los Jueces Municipales y Comarcales.

(409) (*De los Jueces de Distrito*). «1. En el capítulo cuarto se regulará el Cuerpo de Jueces de Distrito integrado por funcionarios, seleccionados mediante libre oposición entre Licenciados en Derecho, que se constituirá en dos categorías, según que el Juzgado que hayan de servir radique en capitales de provincia o poblaciones de más de 30.000 habitantes o en otras localidades cubriéndose las vacantes de la primera categoría por concurso-oposición entre los Jueces de Distrito de la categoría inferior.

2. Salvo el régimen de provisión de vacantes, serán aplicables a los Jueces de Distrito, las normas establecidas en el capítulo anterior para los funcionarios de la Carrera judicial.»

(410) «1. El capítulo quinto, que recogerá el régimen del Cuerpo de Secretarios Judiciales, estará dividido en cuatro secciones: la primera, de disposiciones generales; la segunda, de los requisitos; la tercera, de los deberes y derechos, y la cuarta, de la responsabilidad.»

Cfr. la sistemática que con respecto a los «Cuerpos Judiciales» hemos previsto en el cap. V, Parte I, de este trabajo; si el Cuerpo de Secretarios, sigue la suerte del mismo, como en el contexto de esta Base se indica, la sistemática, debe ser la misma.

«2.º Secretarios de Magistraturas de Trabajo y de Juzgados de primera instancia.»

Teniendo en cuenta a los Juzgados penales (y a los contencioso-administrativos si se les creare).

«3.º Secretarios de Tribunales.»

Estamos de acuerdo en principio.

«3. El sistema de ingreso y el régimen de incapacidades, nombramientos, juramento, posesión e incompatibilidades será similar al que se establezca para los Cuerpos Judiciales.»

Debe cambiarse: «para el Cuerpo Judicial».

«4. Se señalarán los deberes en forma similar a la actual, ampliando su función en los actos de ordenación y ejecución conforme a lo establecido en los Códigos procesales.»

Ha de tenerse en cuenta lo que dijimos en nuestros comentarios al APC (411).

En cuanto a la «ejecución», suponemos que sólo se tratará de potestad delegada de los Jueces para ciertos actos. Pero la ejecución de las sentencias, y de modo muy especial las penales —todo un proceso—, debe seguir siendo regido inmediatamente por los jueces (412).

Estamos conformes, en principio, con el resto de la Base, de tipo muy amplio y que interesa concretar (413).

Base 66 («De los Cuerpos Oficiales, Auxiliares y Agentes»). «En el Capítulo VI se regularán los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes, conforme al régimen jurídico actualmente vigente para dichos Cuerpos, que serán únicos, sea cual fuere el órgano judicial donde presten sus servicios.»

No podemos estar conformes; la especialización, la «adscripción» de los órganos judiciales y la necesidad de que, al menos, un tipo de proceso —el penal— tenga grandes diferencias desde el punto de vista del procedimiento con respecto a los demás, lo cual se ha de ver en el trabajo de estos auxilia-

(411) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 155 y ss.

(412) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 97 y ss.

(413) «5. Igualmente se regularán los derechos, con conforme a las normas vigentes, estableciéndose como único sistema de retribución, el de sueldo.

6. En la promoción a categoría superior se observarán los siguientes turnos:

a) Las dos primeras vacantes se cubrirán por antigüedad de servicios efectivos en el Cuerpo.

b) La tercera, mediante oposición restringida entre Secretarios con los años de servicio que reglamentariamente se establezcan en relación con la categoría del órgano en que se produce la vacante.

7. El régimen de responsabilidad será similar al establecido para los Cuerpos Judiciales.»

res —en especial si subsisten los actuales Oficiales Habilitados— supone, si no la organización de varios Cuerpos, sí la de varias Secciones en el único.

Base 67 («De los servicios técnico-forenses»). «El Capítulo VII tratará de los servicios técnico-forenses.»

«2. Podrán constituirse uno o varios cuerpos de funcionarios públicos para auxiliar, con las funciones asesoras y periciales que las leyes les atribuyen, a los Juzgados y Tribunales.

3. Del mismo modo, podrán crearse clínicas, institutos o laboratorios al servicio de la Justicia para los actos de investigación y comprobación que fueren precisos.»

Totalmente conformes. Ya sólo el problema de la «normación» de la Medicina ha supuesto la aparición de organismos especiales cuya labor en relación con los Tribunales —suministrándoles con garantías de objetividad máximas de la ciencia— es trascendental, aunque no les vincule, pese a ciertas posiciones derivadas de la confusión entre lo administrativo y lo jurisdiccional (414).

El «estatuto» de estos Cuerpos y su relación con los Tribunales debe ser muy claro.

«4. Bajo la dirección del Ministerio Fiscal existirá un servicio especializado de policía judicial encargado del descubrimiento de los delitos, de la prevención de sus ulteriores consecuencias y de la identificación de sus autores.

5. Los miembros de la policía adscritos a tal servicio estarán directamente subordinados para los fines de la Justicia a las Autoridades Judiciales y del Ministerio Fiscal que requieran su cooperación.»

Este problema es uno de los más graves del proceso penal actual en España: la Lecrim. nos ofrece una falta lamentable de coordinación entre las atribuciones de los Tribunales y la Policía en virtud de los Estatutos y Reglamentos de ésta.

Así, se prevé incluso el caso de que el juez deba renunciar al auxilio de la policía cuando «el funcionario... por cualquier causa no pueda cumplir el requerimiento o la orden que hubiese recibido del Ministerio Fiscal, del Juez

(414) La alusión va dirigida al Tribunal Médico Central de Enfermedades Profesionales, cuyo dictamen en el expediente administrativo tiene valor prevalente sobre cualquier otro a tenor del Reglamento de Enfermedades Profesionales de 9 de mayo de 1962; se ha intentado imponer esta tesis a los Tribunales de Trabajo y la Sala VI del Tribunal Supremo, la ha rechazado. (Cfr. Fairén Guillén, *El control de los hechos en la casación civil y laboral española*, cit., pág. 112 y ss.

de Instrucción, etc.» (art. 289) ; si los servicios de la policía judicial admiten espera, el Juez y el Ministerio Fiscal «deberán acudir al superior respectivo del funcionario de policía judicial, mientras no necesitasen del inmediato auxilio de éste» (art. 288 Lecrim.).

Esta carencia de los Tribunales españoles debe ser corregida. Por ello en el II Congreso Nacional de Derecho Procesal se adoptó la siguiente Conclusión :

«1.^a Se propugna la creación de un Cuerpo especializado de Policía Judicial.»

La Ponencia había propuesto además :

«2.^a Como período de transición deben crearse plantillas o secciones en los Cuerpos de Policía existentes, encargadas con exclusividad de las funciones propias de la Policía Judicial y con dependencia directa e inmediata de los Jueces y y del Ministerio Fiscal» (415).

Como nos hallamos ante una reforma total —o casi total— del ordenamiento judicial y procesal español procede acometer la tarea de modo también total; esto es, la «adscripción» o el «servicio especializado» debe argüir organización previa independiente o, al menos, autónoma de la Policía Judicial, que administrativamente deberá depender, no del Ministerio de la Gobernación, sino del de Justicia.

Pero ni en la Base 17 del APP ni en ésta del ALOJ queda claro de quién debe depender la Policía Judicial (416).

De acuerdo en que la Policía Judicial dependa de quien dirige el proceso, el problema se transfiere a la personalidad que deba hacerlo en su totalidad o en una de sus partes o estadios.

A) Si es el Ministerio Fiscal el que dirige la instrucción procesal, como por algunos se quiere, la Policía Judicial, mientras ésta dura, debe actuar bajo sus órdenes; pero como el mismo Ministerio Fiscal debe estar relacionado con el Juez, la Policía Judicial debe seguir también a las órdenes de éste.

B) Si en la instrucción, el papel de protagonista activo se atribuye al Juez, a sus órdenes inmediatas debe estar la Policía Judicial, pero sin excluir al Ministerio Fiscal.

(415) Cfr. la Ponencia de Prieto Castro sobre «Relaciones de los Tribunales y del Ministerio Fiscal con la Policía y con los restantes auxiliares coercitivos de la Justicia en general», en *BIEDP*, núm. 44, 1954.

(416) Cfr. el comentario a esta Base en Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 47 y ss.

C) El APP, nada dichoso en este punto, atribuye al Ministerio Fiscal la dirección de las «diligencias preliminares» y al Juez la «instrucción»; ello en un marco de general confusión (417).

Entendemos que sólo puede aceptarse el sistema de que el Juez unipersonal sea el sentenciador si la instrucción la ha dirigido otra autoridad —que debe ser el Ministerio Fiscal, ya que lo contrario será caer en el principio inquisitivo— (418); por esto durante la instrucción la Policía Judicial debe actuar bajo las órdenes inmediatas del Ministerio Fiscal, pero también a las superiores del Juez, ya que el primero está como «parte»; parte imparcial, privilegiada, podríamos decir, pero «parte».

Y si se sigue el sistema tradicional —el que preconizábamos y seguimos preconizando— de separar las funciones instructora y decisora, confiando la primera —como en la actualidad— a un Juez, a las órdenes de éste debe hallarse la Policía Judicial; el Ministerio Fiscal debe solicitar su ayuda a través de peticiones dirigidas al Juez.

La Base 67 del ALOJ es de tenor muy tímido; parece limitarse a «adscribir» a «miembros» de un «servicio» a fin de que «Las Autoridades judiciales y el Ministerio Fiscal requieran su cooperación». Lo cual no debe ocurrir; trátase de un cuerpo de funcionarios formando Cuerpo siempre a sus órdenes, sin equívocos de base.

Naturalmente, a los miembros de la Policía Judicial les será aplicable todo lo referente al proceso cautelar de manifestación (419) frente a sus posibles arbitrariedades.

(417) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 46 y ss. y 79 ss.

(418) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 33 ss. y bibl. cit.

(419) Cfr. Fairén Guillén, ob. últ. cit., pág. 36 y ss.

CAPITULO VII

EL TITULO V DEL ANTEPROYECTO: «EL MINISTERIO FISCAL»

La Base 68 del «Anteproyecto de Bases para una Ley Orgánica de la Justicia» integra por sí misma el Título V de ésta; muy extensa, se refiere a la organización y atribuciones del Ministerio Fiscal.

«1. El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley y procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal actuará con estricta imparcialidad y sujeción al principio de legalidad en defensa del ordenamiento jurídico vigente.

3. En su virtud le compete:

1.º Velar por la legalidad de la actividad jurisdiccional en todos los órdenes judiciales, reclamando su observancia, así como la pureza de los procedimientos.

2.º Sostener la integridad de las atribuciones y competencia de los órganos de Justicia e intervenir con su dictamen en cuantos conflictos de jurisdicción y cuestiones de competencia se susciten, así como en los recursos que sobre tales materias se promuevan.

3.º La defensa de las garantías penales y procesales de la persona.

4.º Promover las acciones necesarias para el cumplimiento de la misión que le está atribuida e intervenir en el proceso con el carácter que en los Códigos respectivos se establezca.

5.º En el orden penal, dirigir la averiguación de los delitos e instar lo procedente para el restablecimiento del orden jurídico perturbado y la satisfacción del daño producido.

6.º Ostentar la defensa de quienes carentes de representación legal no puedan valerse por sí mismos y promover la constitución de los organismos tutelares de los mismos.

7.º Ejercer las demás funciones que las leyes les encomienden.

4. El Ministerio Fiscal tiene la consideración de órgano al servicio de la Justicia.

5. Las funciones encomendadas al Ministerio fiscal se ejercerán por medio de sus órganos ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica.

6. Son órganos del Ministerio Fiscal:

1.º La Fiscalía General del Reino.

2.º Las Fiscalías Territoriales.

3.º Las Fiscalías Provinciales.

4.º Las Fiscalías de Distrito.

7. El Gobierno propio del Ministerio Fiscal corresponderá exclusivamente al Fiscal General del Reino, al Consejo Fiscal y a los Fiscales Territoriales y Provinciales.

8. La composición, atribuciones y distribución en el territorio nacional de los órganos del Ministerio Fiscal, serán las determinadas en su Estatuto Orgánica que se promulgará por Ley especial.

9. Los Fiscales, investidos de autoridad individual y corporativa, integran la Carrera Fiscal, con los especiales deberes, responsabilidades, derechos y facultades regulados en su Estatuto orgánico. Todos ellos recibirán la denominación genérica de Fiscales del Reino, cualquiera que sea el órgano jurisdiccional ante el que ejerzan sus funciones.

10. El régimen jurídico de los miembros de la Carrera Fiscal será en todo caso similar al establecido en esta Ley para el personal judicial y se regulará, con las especialidades necesarias en su Estatuto orgánico. Se establecerá, en correlación con lo dispuesto en el número 3 de la Base 52, y en el párrafo 6 del número 2 de la Base 55 de esta Ley, que para la provisión de vacantes de Fiscales generales del Tribunal Supremo y el ascenso por el turno de oposición de Abogado Fiscal a Fiscal, los funcionarios de la Carrera Judicial, de las categorías correspondientes, estarán asimilados a los de la Carrera Fiscal.»

Sea cual sea la relación del actual «Ministerio Fiscal» con los antiguos «advocati fisci», con el «Patronus fisci» (420), la denominación no nos com-

(420) Cfr., p. ej., Ruiz Gutiérrez, «Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Fiscal en España», en *Rev. Der. Proc.*, Madrid, 1953-3, pág.408 y ss.; Alcalá-Zamora-Castillo, «Aciertos terminológicos e institucionales del Derecho Procesal hispánico», sobretiro de la *Rev. Esc. Nac. Jurisp.*, México, 1948, pág. 38.

place; recuerda demasiado e inexactamente al antiguo defensor en juicio de los intereses económicos del Fisco, que se confundían con los intereses del Rey en la Edad Media (421); la denominación francesa típica, de «Ministerio Público», ha sido hallada «inexpresiva» y ciertamente es ambigua (422); de los nombres que se han sugerido, estimamos como un verdadero acierto el resucitar el viejo término legal de «Promotor de la Justicia» (423); más largo, pero aún más correcto, lo es el de «Promotores de la acción de la Justicia» (424); aunque habrá que limitar su campo de acción, pero veremos.

2. El Ministerio Fiscal es una entidad polifacética, «proteiforme»; la denominaba J. Goldschmidt (425).

La verdadera tragedia de esta figura reside en que es un «abogado sin pasión, Juez sin imparcialidad; ese es el absurdo psicológico que sitúa al MF en el permanente riesgo —si no posee un fino sentido del equilibrio— de perder, por amor de serenidad, la generosa combatividad del defensor, o por amor de polémica, la desapasionada objetividad del Magistrado» (426).

En cuanto a su futuro, hay tendencias muy diversas; de un lado, hacia su vinculación a la policía; del otro, a su colocación en igual situación que el Juez, esto es, vinculación con la Magistratura y, por tanto, en igualdad de situación a la del Juez investigador (*Untersuchungsrichter alemán* (427)). Mas contra esto último habla el principio de que la separación entre acusador y juez no puede ser abandonado en los estados modernos no inquisitoriales; y, por otra parte, que el Gobierno, por la vía del Ministerio de Justicia y del propio MF, no puede privarse de una determinada influencia —limitada por la ley y por el poder judicial— en la administración de la Justicia penal y civil. El MF —dícese— «debe seguir siendo un instrumento del Gobierno; pero debe permanecer como una autoridad de justicia en

(421) Cfr., p. ej., Zafra, «Posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal», en *Rev. Der. Procesal*, Madrid, 1961-4, pág. 43.

(422) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob. últ. cit., pág. 39.

(423) Es Alcalá-Zamora Castillo quien incluye como acierto terminológico esta denominación, que aparecía, ya en el Ordenamiento de Montalvo, y posteriormente en las Nueva y Novísima Recopilación.

(424) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob. últ. citi, pág. 39.

(425) Cfr. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, pág. 301, nota núm. 1.565.

(426) Cfr. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto de un avvocato*, 3.^a ed., s. a. (pero, 1955), Firenze, pág. 56.

(427) Cfr. Kern, *Gerichtsverfassungsgesetz*, 4.^a ed., Berlín-München, 1965, página 222; en España, Ibáñez García-Velasco, «Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal», en *Rev. Der. Procesal*, Madrid, 1967-III, pág. 81 y ss.; pero sobre la base de que el MF sea independiente de la Administración.

interés de la objetividad. La subordinación a la justicia aparta al MF de la posibilidad de devenir un representante parcial de una parte, y el requisito de su capacitación para el oficio judicial le ofrece la garantía de su orientación hacia la Ley y el Derecho». Así se ven las perspectivas de nuestra institución en la moderna Alemania federal (428).

Esta variedad de opiniones ha trascendido en el pasado y en el presente a los ordenamientos positivos, en los que se halla el MF con diferentes nombres y diferentes situaciones (429).

(428) Cfr. Kern, ob. cit. loc. cit.

(429) La brevedad del tiempo concedido para informar nos obliga a no exponer exhaustivamente la materia en el campo del Derecho Comparado.

Baste aquí recordar que en Francia, la moderna figura —de la cual fué tomada casi la totalidad de la española actual— apareció con la Revolución francesa; como órgano del Poder Ejecutivo, por medio del cual, el Gobierno confería altas funciones de inspección y de gestión de la Administración de Justicia, ante el nuevo Poder Judicial —producto de la desconfianza por los excesos del antiguo—; mediante el *Ministère Public*, el Gobierno vigilaría el ordenado curso de la Administración de Justicia en todas sus ramas; era el MP un Alto Celador de la legalidad en la actuación de todos los Tribunales.

Desaparecida la figura tal y como fué concebida por los nacional-socialistas —con facultades omnímodas, dictatoriales, cfr., p. ej., Grünau, en *DJZ* 1936, página 796; Schwartz, «Richer und Staatsantalt», en *Zak*, cuad. 23, 1 dic. 1942, página 337 y ss.—, actualmente, en la República Democrática Alemana, la Ley sobre el MP de 23-5-1952 lo concibe como un órgano subordinado al Consejo de Ministros e independiente de los demás; tiene como funciones, las de vigilar el cumplimiento de las leyes; a ese fin, dirige el procedimiento penal —y aún el civil—; le compete la ejecución de las penas. Su vigilancia se extiende a todos los Ministerios, funcionarios, empresas, empleos y ciudadanos; dirige el procedimiento de investigación criminal procurando el esclarecimiento de los hechos y la total aportación de las pruebas de cargo y descargo; puede acordar, juntamente con el Tribunal Supremo, directrices de conducta y las normas de interpretación que han de ser seguidas en la práctica (cfr. la trad. por Quintano Ripollés, en *Rev. Der. Proc.*, 1953-4, pág. 571 y siguientes).

En Rusia, conjugando la Constitución con la Ley de Fundamentos del Procedimiento civil de 8 de diciembre de 1961, resulta atribuido a la *Prokuratura*, junto con la vigilancia de la actividad jurisdiccional, tanto en lo civil como en lo penal, un control general que se extiende a todos los órganos administrativos y le obliga a formular protestas contra las órdenes e instrucciones ilegales de los Ministros de la RSFSR y de las demás Repúblicas federadas; resoluciones de las autoridades locales, y actos de los dirigentes e instituciones, en desacuerdo con las leyes vigentes; es el guardián de las leyes; el guardián de los derechos de los ciudadanos; en fin, el guardián de la legalidad socialista y el responsable de su conservación. El control de la aplicación exacta de las Leyes le corresponde al *Prokuror* general, nombrado por el Soviet Supremo de la URSS por un período de siete años y directamente o por medio de funcionarios a sus órdenes. (Cfr. Hecce Quemada, «La organización

3. En España, influida la ordenación del MF por el sistema francés, el que el mismo dependa del Poder Ejecutivo, se mantiene en razón a la siguiente argumentación, que escogemos por ser típica de los mantenedores de tal posición:

«Teniendo la virtud la existencia de una justicia sana —independiente e imparcial— *de servir del mejor sostén político al régimen imperante* (430).

«Dando por supuesta la existencia de una justicia competente, independiente e imparcial el instrumento más eficaz de un Estado de Derecho para el mantenimiento de esta justicia es el MF en misión de asegurar el mejor funcionamiento de esa Justicia.»

El MF debe estar constituido en dependencia y relación inmediata con el Poder Público, variando esencialmente el concepto de menosprecio que de esta dependencia se tenía en España antes de 1936 por estimar que el MP fuera, en manos de un Poder antijurídico, el instrumento destructor de la independencia e imparcialidad de la Administración de Justicia, dándose el supuesto totalmente opuesto cuando se trata de un Estado de Derecho, interesado en mantener en toda su pureza e imparcialidad de la función judicial, siendo timbre de gloria para el MP ser el instrumento adecuado que vele por esos elevados fines» (431).

judicial soviética», en *Rev. Der. Proc.*, 1964, I-II, pág. 137 y ss.; también, resumen, en Zafra, ob. cit., pág. 758 y ss.)

Los países anglosajones ofrecen otra cara de la medalla: en Inglaterra, el sistema acusatorio puro hubo de sufrir restricciones progresivas, no siendo la menor la de la creación, en 1879, del *Director of public prosecutions*, bajo la superintendencia y sujeto a las directivas del *General Attorney*. Este mismo, o el Secretario de Estado, le dan órdenes; mas es él mismo el que decide o no intervenir en los asuntos penales.

En los USA, el MP, elegido, por regla general, por cooptación popular y con cargo de escasa duración, en razón de la influencia decisiva que los grandes partidos políticos tienen para atraer a la masa electoral —sobre todo en los grandes centros habitados—, el MP suele estar ligado con el partido predominante, y, por ello, sus acuerdos de indagar y abrir la instrucción pueden estar también influidos por el partido o por los que lo dominan. Sus atribuciones en el proceso penal son fundamentales —trátese de un sistema acusatorio no puro—; fijar si debe iniciarse o no el proceso penal; obtener su abandono; obtener del Tribunal la declaración de culpabilidad por un delito menor que el indicado en el reenvío al Jurado; influir en la mayor o menor severidad de la pena. (Cfr., p. ej., Mayers, *L'Ordinamento processuale negli Stati Uniti*, trad. it. Curletti, Milán, 1967, pág. 488 y ss.)

(430) La cursiva es nuestra.

(431) Nótese aquí el carácter claramente político que se atribuye al MF. Cfr. también, en este sentido, Herrero Tejedor, «Perspectivas del MF según los principios que informan el Ordenamiento Jurídico español», en *RGLJ*, 1967 (T. 222), página 431 y ss.

Sigue así esta Ponencia (432) :

«El MP debe ser el asesor-censor más caracterizado del Poder Público en lo jurídico, aparte de su cometido en lo judicial; por ello, en todos los aspectos de las funciones públicas privativas del Estado, debe ser sustituido el actual asesoramiento —en sus diversos matices— por el MF, ya que un Estado de Derecho debe tener, junto a sus finalidades precisas en este sentido, sus medios de la misma clase, siendo el MP, por su formación e incluso por sus incompatibilidades el instrumento más apto para este servicio, quedando relegados los demás asesores del Estado a sus funciones privativas: económicas, políticas, administrativas.»

Por esta argumentación Reol formulaba al Congreso, entre otras, la siguiente conclusión :

«El MF es el instrumento más eficaz de un Estado de Derecho para la existencia de una justicia independiente, imparcial y rápida, debiendo constituirse en *relación inmediata* (433) con el Poder Público en el Ministerio de Justicia...» (434).

«... en lo jurídico debe ser el único asesor-censor del Poder Público, quedando conferido el actual asesoramiento —en sus diversos matices económicos, políticos y administrativos— a sus respectivas finalidades.»

El Congreso sólo aceptó al MP como «asesor del Poder Público en lo jurídico», mas no el resto de las propuestas de Reol aquí transcritas.

4. Puesto que se trata de la «vinculación» al Ejecutivo, y en la Base 68 se trata —luego nos referiremos a la «comunicación»— de los principios de «legalidad» y de «unidad y dependencia jerárquica», procede echar una ojeada al problema de los vehículos de esta dependencia, esto es, al de las Circulares y evacuación de Consultas por el Fiscal del Tribunal Supremo.

En cuanto que pueda tratarse de «instrucciones» del Ejecutivo, esta idea es repudiada en Alemania por incompatible con el principio de la separación de poderes (435), lo cual no obsta —dícese— a que el Fiscal del Tribunal Supremo Federal dé instrucciones como Sección especial que constituye, del Ministerio de Justicia; de otro lado, las consultas al Fiscal del BGH nada tienen que ver con las instrucciones (436); el MF puede consultar también

(432) Formulada por Antonio Reol, al II Congreso Nacional de Derecho Procesal (Madrid, 1954), con el título «Reglamentación de las funciones y de la actuación del Ministerio Fiscal», en *BIEDP*, núm. 44, febrero de 1954.

(433) La cursiva es nuestra. Nótese cómo en esta conclusión se prescinde ya de la «dependencia» de que el texto hablaba.

(434) Cfr. Reol, ob. cit.

(435) Cfr. Kohhaas, «Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechende Gewalt», Berlin-Neuwied am Rhein, 1963, pág. 85.

(436) Cfr. Kohlhaas, ob. cit., pág. 85.

a otros Ministerios por razones de especialización (verbigracia, en asuntos que atañen a la Sanidad Pública, a la Arquitectura, etc.); mas no se trata sino de un problema de prueba pericial y de su valoración por los Tribunales (437).

Hay que distinguir entre las órdenes de servicio formuladas por el superior jerárquico —el Fiscal del BGH— y las formuladas por el Ministerio, «las cuales —siempre en Alemania Federal— deben limitarse a la inspección de los servicios» (438), aclarándose así el párrafo 146 de la GVG (439).

La experiencia viene demostrando que las «órdenes de servicio» del Ministerio son políticas en gran medida (440); la única solución para hacer aceptar al MP estas órdenes sería la de vincular a *todo* el Ministerio de Justicia —esto es, prácticamente, a todo el Ejecutivo— al principio de legalidad, lo cual es manifiestamente imposible (441) (442).

Aparte de que puede haber choque y al menos promoverse dudas por razón de esas «instrucciones» del propio superior de su Carrera y la jurisprudencia de los Tribunales (443), y aun sabe que las haya entre los mismos Abogados Fiscales (444) —lo cual se resuelve concediéndoles independencia (445)—, una admitiéndolas, se entiende que «el MP debe cumplir

(437) Cita Kohlhaas una consulta dirigida por el MF al Ministerio de Defensa, sobre si determinadas actividades eran o no peligrosas para la misma. (Ob. cit., página 85 y ss.)

(438) Cfr. Kohlhaas, ob. cit., pág. 52.

(439) «Los funcionarios del MO deben seguir las órdenes de servicio de sus superiores.»

(440) Cfr. Kohlhaas, ob. cit., pág. 56 y ss.

(441) Cfr. Löwe-Rosenberg, *Die StPO und das GVG*, 21 ed., Berlín, 1965, I, página 273; Kohlhaas, ob. cit., pág. 59 y ss. Esto también sería aplicable a España a través de la Base 68.

(442) Las instrucciones fuera de sesión, pues en la audiencia principal el MP alemán no está vinculado por las mismas— jugaron un gran papel en el Estado Nacional-Socialista; en los Estados de Derecho, son raras. Un antiguo fiscal participaba que el Ministerio de Justicia del Reich, hasta 1933 no había dado ninguna instrucción. (Cfr. Kirschner, «Das Weisungsrecht des Reichsjustizministers gegenüber dem Oberreichsanwalt», en *Deutsche Reichsrichterzeitung*, 1958, pág. 108.) Por mucho tiempo se consideró al MP alemán como «la más objetiva autoridad del Imperio». (Cfr. Wagner, *Der Richter*, Karlsruhe, 1959, pág. 188.)

(443) Cfr. Kohlhaas, ob. cit., págs. 43 y 86 y ss.

(444) En sentido de no estar vinculados por los actos de sus propios colegas.

(445) Véase el panorama que del MP en Bélgica nos trazó Decamps: «Los miembros del *Parquet* están ligados por sus actos desde un punto de vista jurídico, pero entre ellos existe independencia absoluta, sin estar vinculados por la actitud de sus colegas. «Su palabra es libre» e independiente, y en sus *réquisitions* no obedecen más que a su conciencia; pueden pedir una absolución allí en donde otro colega o su superior perseguían una condena. Así, el Procurador del Rey puede apelar contra una

las órdenes de servicio siempre que en el proceso concreto se refleje la misma imagen que reflejaba la orden; si esta imagen cambia (o es otra, verbi gracia, por la aparición de otros elementos probatorios), el MP debe poder desobedecer la orden de servicio, si no obtener su revocación» (446)

De la meditación sobre este último alegato, concluimos con la necesidad de dulcificar el actual artículo 43 del Estatuto del MP español, ya que esta unidad y dependencia puede producir perturbaciones de mayor consideración.

Sólo en este sentido se podrían aceptar los criterios de «dependencia jerárquica» de la Base 68 del ALOJ.

De otro lado, es evidente que estas «instrucciones» tienen menos importancia en nuestro país, en donde el MF no detenta el monopolio de la «acción» penal, sino que con él coinciden los ciudadanos (art. 101 de la Lecrim.); y también la iniciativa de aquél queda un tanto automatizada por obra de los artículos 306, 308 y 311 de la misma Ley; esto es, para iniciar de su «parte» el proceso penal, el MF depende de la Ley y ésta le hace coincidir con otros sujetos de la «acción» penal, incluso con el mismo Juez, si éste incoase el sumario «ex officio».

Ahora bien, precede aclarar este acertado mecanismo actual.

5. La Base 68 dice que el MF es «órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia», alterando así el sistema práctico actual, según el cual es el «representante del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial (art. 1.º del Estatuto del MF de 21 de junio de 1926) o «con la Administración de Justicia» (art. 1.º del Reglamento Orgánico del Estatuto, de 21 de febrero de 1958).

El Diccionario de la Academia de la Lengua Española da ocho acepciones de «comunicación», lo cual, vista la diferencia de entidad que cada una de ellas supone, nos sume en confusión.

«(Del lat. *communicatio*, -onis).

1. Acción y efecto de comunicar o comunicarse.
2. Trato, correspondencia entre dos o más personas.
3. Unión que se establece entre ciertas cosas, tales como mares, pueblos, casas o habitaciones mediante pasos, crujías, escaleras, vías, canales, cables y otros recursos.
4. Cada uno de los medios de unión entre dichas cosas.

resolución dictada conforme a las peticiones de un subordinado —no puede obligarse a alterar dicha petición—. (Cfr. *Traité des fonctions du MP près les Tribunaux de Première Instance* (Bruxelles, 1890, pág. 9.)

(446) Cfr. Kern, *Gerichtsverfassungsgesetz*, cit. 4.^a ed., pág. 218.

5. *Oficio*, 7.^a acep. (Comunicación escrita, referente a los asuntos del servicio público en las dependencias del Estado, y por ext., la que media entre individuos de varias corporaciones particulares sobre asuntos concernientes a ellas).

6. V. Vía de comunicación.

7. Ret. Figura que consiste en consultar la persona que habla el parecer de aquella o aquellas a quienes se dirige, amigas o contrarias, manifestándose convencida de que no puede ser distinto del suyo propio.

8. pl. Correos, telégrafos, teléfonos, etc.»

Y el verbo «comunicar»:

(«Del lat. *comunicare*).

1. Hacer a otro partícipe de lo que uno tiene.

2. Descubrir, manifestar o hacer saber a uno alguna cosa.

3. Conversar, tratar con alguno de palabra o por escrito, U.t.c.r.

4. Consultar, conferir con otros un asunto, tomando su parecer.

5. ant. *Comulgar*.

6. r. Tratándose de cosas inanimadas, tener correspondencia o paso unas con otras.»

La multiplicidad de acepciones sería suficiente para elegir otra palabra. Una institución como el MF no puede estar a merced de interpretaciones de un vocablo que lo muestren o transformen según el criterio de quien lo interpreta.

De Herrero Tejedor podemos extraer los siguientes párrafos:

«Al MF le impone el deber de actuar conforme al más estricto principio de legalidad. *El MF no representa al Gobierno...*, porque el Gobierno, al menos, como Administración es muchas veces parte ante la Administración de Justicia. No hace más que *comunicar recíprocamente a ambos* dentro de principios estrictamente legales: «intereses públicos tutelados por la Ley», y de manera más general le encarga el mantenimiento del Orden jurídico» (447) (448).

Continúa dicho autor:

«No le incumbe al MF la defensa de la Administración ni tampoco la defensa de las decisiones de ésta o del propio Gobierno como tal. Tampoco le incumbe —y en este punto sí que hace falta matizar mucho— sólo la de-

(447) La cursiva es nuestra.

(448) Cfr. Herrero Tejedor, «Perspectivas del Ministerio Fiscal según los principios que informan el ordenamiento jurídico español», en *RGLJ*, Madrid, 1967 (T. 222), pág. 433.

Nótese que Herrero Tejedor muestra hallarse muy influido por el Derecho francés, pero no se hace eco de la gravísima crítica de que se hace objeto la actual organización del Ministerio Público en la actualidad en el país vecino. A éste aludiremos, infra.

fensa de la Ley como forma de expresión del Derecho, sino la defensa del orden jurídico, esto es, en cuanto —constituido por la Ley o por cualquier otra fuente de Derecho— forma un cuerpo total, indivisible, vivificado por unos principios fundamentales y protegidos por unas normas de rango superior» (449).

Comunicación y legalidad, pero legalidad en un amplísimo y peligroso sentido (cualquier otra fuente de Derecho).

Planteado de un modo que no estimamos claro, el problema de la independencia del MF con respecto al Gobierno, y con motivo de comentar la unidad jurisdiccional y el principio de la «unidad y dependencia jerárquicas» del MF a tenor del art. 35 de la LO, sigue:

«La comunicación entre la Administración de Justicia y el Gobierno, la defensa del orden jurídico, la tutela de los intereses públicos, la satisfacción del interés social «ante los Juzgados y Tribunales»... Esto es, no debe haber más que un MF por jurisdicción (principio de unidad) y por consiguiente sólo uno ha de ser el órgano de que se trate...» (450).

De ello desprende consecuencias en otro lugar.

a) El carácter político de la institución; político —no explica las razones ni la amplitud de la expresión— al tiempo que se mantiene su naturaleza jurídica «porque no puede ser de otra manera un *órgano que relaciona y comunica* al Gobierno, máximo representante del Ejecutivo, con otros que no pertenecen a esta esfera, sino a la jurisdiccional, y son independientes».

b) Político, pero condicionado. «Lo político suele ser discrecional y no reglado, y aunque sometido, como las cosas humanas y más aún las que afectan al bien común, a un orden de valores morales y jurídicos, su libertad de actuación —o por lo menos— *su libre arbitrio decisorio* en las cosas que atañen al común es una característica diferencial. En este caso el carácter político del MF tiene el valor de un ingrediente, pero se conjuga con los restantes factores y se condiciona por ellos.»

«El Gobierno ha de mantener su *relación* con los Tribunales, sin merma ni menoscabo para su independencia; y como esto es —en principio— anti-tético, busca una solución que lo haga viable y *se relaciona a través de una institución de la misma naturaleza, de idéntica vocación, de igual significación* formada por la misma clase de personas; nacida del mismo tronco y aún, en otras etapas, tan entrañablemente vinculada que sus componentes podían servir puestos indistintamente en una u otra corporación» (451).

Lamentamos no comprender al citado autor.

(449) Cfr. Herrero Tejedor, ob. cit., pág. 433.

(450) Cfr. Herrero Tejedor, ob. cit., pág. 433 y ss.

(451) Cfr. Herrero Tejedor, ob. cit., pág. 432.

Por lo pronto, no nos ha explicado qué significa esa «comunicación» sino como una «relación» del MF y el Gobierno, recíproca. (Como tampoco, y cae así en una omisión a la que estamos acostumbrados, nos dice que es esa «satisfacción») (452). Y esta «comunicación» se efectuará a través de una «institución de carácter político», aunque condicionado, pero que es «de la misma naturaleza» que la Magistratura jurisdiccional. Tememos que se trate de explicar un fenómeno de exósmosis de lo político hacia los Tribunales, y esto no lo podemos admitir.

Esa «comunicación» —nihil novum sub Iove— ya la hallamos en el Proyecto de Ley Fundamental del Poder Judicial de 1929, y no es claramente compatible con la independencia del MF con respecto al Gobierno como entidad «política», ya que según dicho autor —párrafo transcrito— le incumbe sólo la defensa de la Ley. Más bien incompatible.

Decía Alcalá-Zamora Castillo criticando el proyecto de referencia:

«Es de temer que esa independencia no pase de ser un buen deseo, expuesto a fracasar por la organización que en la ley se da al MP, que lejos de estar desligado del Gobierno, continúa siendo el medio de comunicación» (453).

Y sigue:

«La comunicación (entre el Gobierno y el Poder Judicial)... no tiene por qué verificarse a través del Ministerio Público, sino que debe realizarse por el departamento de Justicia. Basta con tener presente la opinión de Manzini (en este punto poco sospechoso, por ser uno de los más exaltados defensores del Fiscal como agente del Ejecutivo) cuando afirma que «por su naturaleza, la función del MP pertenece al orden judicial, aunque no forma parte del Poder Judicial, sino del Ejecutivo, como la propia ley declara», para comprender que al sentido jurídico y a la lógica se opone el desenvolvimiento de una función por elementos extraños a la misma, ingerencia por demás peligrosa si el intruso representa la fuerza. En otro sentido, la intervención del Ministro de Justicia, a más de suprimir un intermediario (no otra cosa viene a ser el Fiscal en este punto, como puede verse en el art. 841 de la LO, del que son copia el 16 de la adicional a la LO y el 42 del vigente Estatuto Fiscal de 21 de junio de 1926) presenta la doble ventaja de una interpretación del criterio gubernamental mucho más fiel y de una comuni-

(452) Ya nos hemos ocupado de profundizar en el sentido jurídico de esta expresión, literalmente hollada por los juristas sin preocuparse casi nunca de ella —con la honrosa excepción de los penalistas—. Cfr. Fairén Guillén, «El Proceso como satisfacción jurídica», en *Rev. Jur. Cat.*, oct.-dic. 1968, passim y en publ., «in extenso», en la *Rev. Der. Proc. iberoam.*, Madrid.

(453) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, «Lo que debe ser el Ministerio Público», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934—pág. 2.

cación más rápida, sin que para la libertad judicial, como algunos temen, haya peligro alguno, desde el momento en que, independiente la administración de justicia, las garantías que la protegen quedan sustraídas a la iniciativa del Gobierno» (454).

Suscribimos casi totalmente lo dicho por Alcalá-Zamora Castillo; esa «comunicación» es inútil y peligrosa. El MP o es agente del Ejecutivo o forma parte de la Magistratura —en sentido amplio— con independencia de aquél. La misma «legalidad» que según el ALOJ (Base 68-2) sujeta al MF hace inútil tal «comunicación», que «ab initio» por la propia imprecisión de la palabra, hay que desestimar.

Criticando la actual organización del MP en Francia —crítica en la que diversos autores españoles, anclados en el examen de la tradicional de aquel país, no han detenido su atención, intentando volver a montar en España un organismo cuyo modelo sufre ya graves ataques— se ha dicho recientemente que «confiar a un mismo oficial la guarda de dos intereses diferentes, el de la ley y el del Gobierno, conduce inevitablemente a la negación de uno o de otro. La doctrina clásica aludía al problema, declarando que estas dos calidades no se ejercen jamás simultáneamente, sino sucesivamente; el MP es funcionario en su «*parquet*» y sólo Magistrado en las audiencias» (455). Pero prácticamente, esos desdoblamientos de la personalidad son muy difíciles de llevar a cabo y no tiene por qué predominar una intervención a costa de la otra, cuando la separación presenta indudable para ambas (456). Esto es lo que propondremos. Pero con la vaga «comunicación» y mientras no tengamos una explicación pre-legal exhaustiva de lo que ello significa —y las de los autores vistos hasta ahora, son insuficientes y en ellas late el peligro de confusión de Magistratura y Política por la que no podemos pasar (457)—, debemos pedir que se retire íntegramente la Base 68 del ALOJ.

6. Antes de llegar a una conclusión final sobre este punto, debemos examinar los principios de «unidad y dependencia jerárquica» que campean en la Base 68 del ALOJ (5).

(454) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob. cit., pág. 3 y ss.

(455) Cfr. Rassat, *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, París, 1967, pág. 250. Ya veremos que el autor llega a una conclusión —acertada, a nuestro entender— de la que el ordenamiento español (que no examina) está mucho más cerca, merced a la existencia ya consagrada de un Cuerpo de Abogados del Estado.

(456) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob. cit., pág. 21.

(457) Recordemos lo dicho, supra, y el texto de Castán Tobeñas sobre la necesidad de escudar a los Jueces de toda influencia política, en *Poder Judicial e independencia judicial*, Discurso de Apertura de los Tribunales, Madrid, 1951, es. pág. 51 y ss.

«Le Ministère Public est un et indivisible». «He aquí una afirmación que del Derecho francés (458) ha trascendido a la legislación universal y en cierto modo a la doctrina, aspirando a convertirse en dogma jurídico, incontrovertible mientras subsista la supeditación fiscal hacia el Ejecutivo, bastante discutible cuando se separen.» Así escribía Alcalá-Zamora Castillo (459); y la «comunicación» ya establecida por el Reglamento Orgánico y por la LOE, al sumirnos en dudas peligrosas, nos fuerza a no admitirla sin explicación para el futuro legislativo concreto español. Remedios hay que corregir rumbos.

«La unidad, en otras palabras, la subordinación no sólo jerárquica, sino funcional, tiene su razón de ser cuando se trata de intereses político-administrativos, pues en este punto el móvil utilitario juega papel importantísimo, y a las autoridades de dicho orden, con mayor cantidad de datos y mejor conocimiento de sus disponibilidades y recursos, toca determinar la oportunidad y forma de actuar y les afecta fundamentalmente que su representante se oriente en el sentido que estimen preferible, sin desviaciones en la línea trazada que, aún bien intencionadas, pueden pugnar con el bien público. A ello obedece el artículo 14 del Real Decreto de 16 de marzo de 1886» (460) y (461). Con estas palabras el autor ha puesto el dedo en la llaga; debe procederse a una separación de las actuales funciones del MF y basar su organización en otros principios que no sean los de «unidad y dependencia», procedentes del Derecho francés, administrativistas, y que procede alejar; la base de estas atribuciones se hallará en otro Cuerpo de Funcionarios.

Indivisibilidad y unidad» «son además nuevos obstáculos que se oponen a la inamovilidad; quedando la consulta para casos dudosos, la sumisión sólo debe alcanzar a lo disciplinario, pero no a lo puramente funcional; se pone al funcionario disconforme en el trance de escoger entre el traslado o la obediencia ciega.» Confróntese el artículo 46 del Estatuto del Ministerio Fiscal (462).

Naturalmente, cuando se trata del ejercicio de la acción penal, la cues-

(458) Cfr., p. ej., Goyet, *Le Ministère Public en matière repressive et l'exercice de l'action publique*, París, 1939, pág. 18 y ss.

(459) Cfr. ob. cit., pág. 9.

(460) «Los Abogados del Estado, antes de plantear cualquier demanda o acción ante los Tribunales en representación del Estado y de la Hacienda, consultarán a la Dirección de lo Contencioso, a cuyas instrucciones deberán ajustarse durante el procedimiento.»

(461) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob. cit., pág. 9 y ss.

(462) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob. cit., pág. 10.

ción sube de interés, vista la posibilidad de que sea el Ejecutivo quien obstaculice al MF (463).

La tendencia actual es la de sustituir el sistema francés, ya decrépito, por otro en el que se conserve la dependencia jerárquica, a efectos del interés científico (464), pero no con la rigidez anterior.

7. Ya en el siglo XIX se vio agudamente en España que la complejidad del MF suponía en realidad la existencia de dos figuras diferentes, a las que llamó León Serrano «Ministerio Fiscal» y «Ministerio Público»; de otro lado, en crítica al sistema francés, penetrado en España, se proponía la creación de dos Cuerpos diferentes: uno de ellos para velar por la administración de la Justicia, y otro para velar por los intereses materiales del Ejecutivo, o del Estado general, ante los Tribunales (465) (466).

Esta tendencia llevó con, adelanto sobre Francia, a la creación por el R. D. de 16 de marzo de 1886 del Cuerpo de Abogados del Estado, a los que se encomendaron la mayor parte de las atribuciones en cuanto a la defensa procesal de los intereses económicos del Estado (Fisco) (467). Y, finalmente, la nueva Ley de lo Contencioso-administrativo de 1956 desliga total y acertadamente (468) al MF de esta materia, encomendando siempre la defensa de la Administración al Abogado del Estado o a los Letrados de las entidades, corporaciones e instituciones públicas (Exposición de Motivos, III a.f., artículos 34 y ss. y disp. transitoria 7.^a), «llevando así a sus últimas y naturales consecuencias una división de actividades que debió haberse implantado el día mismo en que se creó el primero de los Cuerpos» (469).

El problema se plantea sobre escoger entre MF dependiente o independiente. El ALOJ ha escogido, como vimos, la «dependencia jerárquica».

Desde las mismas filas del cuerpo del MF se critica a esta dependencia.

(463) Cfr. el caso, estudiado, p. ej., por Fernández Montes, «Acción popular: Ministerio Público», en *BIEDP*, núm. 93, 1960.

(464) Cfr. Rassat, ob. cit., pág. 253. El MP francés estaría dirigido por el Procurador General en la *Cour de Cassation*.

(465) Cfr. León Serrano, «Nueva organización del Ministerio Fiscal y de los Tribunales», en *RGLJ*, T. 47 (1875), pág. 306 y ss.

(466) Cfr. Casas y del Moral, «Intervención del Ministerio Fiscal en los sumarios», en *RGLJ*, T. 11 (1857), pág. 94 y 101.

(467) El ALOJ, en imperdonable laguna, ya acusada en la Parte I de este trabajo, no trata de los Abogados del Estado.

(468) Cfr. Pera Verdaguer, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo*, Barcelona, 1961, pág. 136.

(469) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, «Nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en España», en *Bol. Inst. Der. Com. Mex.*, 1958, núm. 31, página 93.

«Desde el punto de vista interno —se dice— la unidad fiscal con sus secuelas necesarias de autorizar al inferior para solicitar instrucciones en cuanto lo estime necesario, la obligatoriedad de estas instrucciones y la consiguiente desaparición de la responsabilidad del que las obedece, puede producir, junto a una fácil inhibición de los asuntos por parte del inferior, una volatilización de la responsabilidad misma, sumamente peligrosa en los puestos de autoridad.»

«Todas las razones abonan en contra de la unidad fiscal y en favor de crear en su lugar un cuerpo asimilado en este sentido al judicial y por idénticos motivos por los que para éstos se ha mantenido y buscado la independencia, ya que la diferencia entre uno y otro cuerpo es puramente de alcance y no de calidad» (470) (471).

«Pero al admitir como posible, aunque no conveniente, la dependencia, hay que limitar su alcance, que en nuestro derecho, como en gran parte de los extranjeros, está desorbitado por dos causas fundamentales:

1.º La sumisión total en que esta dependencia sitúa la voluntad y el convencimiento del funcionario.

2.º Por no parar la dependencia con el encabezamiento del Ministerio Público en el Fiscal del Tribunal Supremo, sino pasar de éste al Ministro de Justicia, órgano ya por esencia exponente máximo de la Administración» (472) (473).

Para este autor «no es, pues, posible la dependencia y unidad del MF en la actual fórmula, ya que de conservarse requeriría la existencia de, cuando menos, una Jefatura suprema jurisdiccional e independiente que asegurase con su propia y total autonomía el cumplimiento de la Ley en todo caso y que al dirigir la actuación de los demás funcionarios fiscales no estrangulase su iniciativa» (474). Esto es, la unidad y dependencia jerárquicas excluyen al criterio de legalidad, a no ser que el MF sea por completo independiente del Ministro de Justicia; o que éste funcione *siempre* y en su *totalidad* con alcance sólo legal y nunca político, lo cual no es posible por la misma naturaleza del Ejecutivo.

(470) En efecto, por mucho que se quiera acercar al MF a los Jueces, siempre le faltarán a aquél en su actuación los dos momentos fundamentales de la jurisdiccional: la decisoria y la ejecutiva (cfr. Calamandrei, *Istituzioni di Diritto Processuale civile*, 1.ª ed., Padua, 1943, I, pág. 53 y ss.), y —añadimos nosotros, cfr. el comentario a la Base 2.ª del ALOJ— la cautelar propiamente dicha.

(471) Cfr. Ibáñez García-Velasco, «Independencia y autonomía del MF», cit., en *Rev. Der. Proc.*, 1967, II, pág. 135.

(472) Cfr. la situación en la actual Alemania, en el núm. 4 de este comentario.

(473) Cfr. Ibáñez García-Velasco, ob. cit., pág. 135.

(474) Cfr. Ibáñez García-Velasco, ob. cit., pág. 139.

La solución que se da, ya la hemos visto: la «comunicación».

El propio y actual Ministro de Justicia ve el problema así:

«La reforma pretende estructurar el MF... de modo que, sin perder su naturaleza de órgano de enlace entre el Gobierno y la Jurisdicción, más que medio de control de ésta por aquél, y representante y defensor siempre de los intereses sociales, actúe con rigurosa observancia de la legalidad» (475).

La objeción que antes hizo Ibáñez cobra aquí actualidad: si el MF se ajusta al criterio de legalidad, no tiene por qué enlazar, «comunicar» con el Ejecutivo, que no es quien legisla; si a esa legalidad le damos un ámbito general, de «orden jurídico», entonces dicho «enlace» es suficiente que lo efectúe el Ministro de Justicia. Y seguimos dudando mucho del sentido —o de los varios sentidos, cfr. supra— de la palabra «comunicación», nada nueva en España con referencia al MF.

Esto es, el MF. puede ser un órgano administrativo, descendiente del correspondiente al Ordenamiento francés —al que tan aficionado se muestra Herrero Tejedor, mas sin hacerse eco de la moderna doctrina crítica de aquella figura en la República vecina—; o un elemento judicial, solamente dependiente de la ley. Pero ambas cosas a la vez no puede serlo (476), so pena de incurrir en un peligroso fenómeno de «desdoblamiento de su personalidad» (477), totalmente inútil cuando la separación de dos organismos es mucho más sencilla.

«Es cierto que los intereses y fines del Ejecutivo coinciden normalmente con las prescripciones legales, pero no es imposible su disidencia, que imposibilitaría el cumplimiento de su misión al fiscal. Se impone optar por una de las dos posiciones, reestructurando a este organismo indudable y coherente: como integrante de la Administración o formando parte del todo judicial» (478).

Las contradicciones surgidas del personaje que actualmente es el MF, a tenor de su multiplicidad —anfibiológica a veces— de situaciones y posiciones, son múltiples, y múltiplemente denunciadas (479).

Otra cuestión es la de que, por defender esta independencia del MF con

(475) Cfr. Oriol y Urquijo, «El Plan de Reforma de la Justicia y su estado actual», Discurso de Apertura de los Tribunales, Madrid, 1968, pág. 56.

(476) Cfr. Ibáñez García-Velasco, ob. cit., pág. 133.

(477) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob. cit., pág. 21.

(478) Cfr. Ibáñez García-Velasco, ob. cit., pág. 133.

(479) Cfr., p. ej., Zafra, *Posición del MF en el futuro proceso penal*, cit., páginas 761 y 767, con ref. al antagonismo de sus posturas como inspector del sumario, de un lado, y la de acusador, del otro. Cfr. con ref. a lo civil, Prieto Castro, «Construcción dogmática del MF en el orden civil», en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, 1964, *passim*.

respecto al Ejecutivo, no dejemos a éste inerte ante la Jurisdicción, y expuesto incluso a una dictadura de la misma.

Pero la solución está siempre en la clasificación de las funciones actuales de MF y Abogados del Estado:

«Como la recta administración de justicia no debe apoyarse en la indefensión y desconocimiento de los intereses del Ejecutivo, debe reorganizarse el Cuerpo de Abogados del Estado —dice Alcalá-Zamora Castillo (480)— confiando a éste, en el que la unidad e indivisibilidad tienen perfecta explicación, la total defensa y representación de lo administrativo, reservando la comunicación con el Poder Judicial al Ministro de Justicia, que por no intervenir en el proceso no puede verse, como el Fiscal, en el trance de tener que defender derechos opuestos y, para evitarlo, renunciar a la defensa de unos en beneficio inmotivado de los otros. Quedaría en esa forma limitada la actuación del Ministerio Público a lo que realmente constituye su razón de ser (nota); vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre administración de justicia, proteger jurídicamente a los indefensos y desvalidos y ejercitar la acción penal, con aquellas atribuciones secundarias que sirvan para el mejor cumplimiento de las primeras» (481).

Esto es exactamente lo que, una vez superada la conservadora doctrina francesa, y aparecida la crítica, se propone para dicho país: la disociación del Ministerio Público en dos Cuerpos, encargando a uno nuevo la representación del Gobierno ante los Tribunales (482). Esto es, allí se llega a la conclusión de que el sistema creado en España en 1886 —Abogados del Estado— es superior al suyo propio, sin que sea necesario en nuestro país sino desarrollarlo de modo lógico (483). Y en este preciso momento se quiere aquí extender la figura del MP francés, que bastantes complicaciones nos produce por sus defectos constitutivos.

La idea de la distribución de las actuales atribuciones —por confiarle sendas funciones— al MF entre dos Cuerpos diferentes, ya lanzada en 1886,

(480) Cfr. ob. cit., pág. 6.

(481) Dice en nota: «Merece un sincero elogio el artículo 5.º del R. D. de 16 de marzo de 1886, que con visión clara de lo que la institución es, precisa sus atribuciones en forma análoga a la que recogemos. Dice así: «La representación y defensa de la Hacienda ante los Tribunales, a que se contrae el artículo anterior, estará a cargo de los Abogados del Estado; esto no obstante, el MF continuará desempeñando las funciones que le son peculiares y en las causas criminales, y continuará con la representación y defensa especiales que hoy le corresponden en los juicios civiles que interesen a personas inciertas, ausentes, menores e incapacitadas, así como en todos los demás en que deba intervenir como representante de la Ley».

(482) Cfr. Rassat, ob. cit., pág. 252 y ss., y sp. 257 y ss. Pero no cita nuestro derecho interno.

(483) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob. cit., pág. 6.

ha prendido, como vemos en la doctrina española desde hace muchos lustros. Actualmente, Ibáñez y Zafra vuelven a ponerla sobre la mesa. Así, resumiendo, se propone esta disyuntiva:

A) O el MF es un órgano jerarquizado dentro de la Administración estatal,

B) O defiende sólo y depende sólo de la Ley (484).

Esta disyuntiva se explica por el cúmulo de tareas que al MF le están encomendadas:

a) Funciones de dictamen, informe, control de la legalidad y fomento de la jurisprudencia (485).

b) La persecución de los delitos en el orden penal y de determinados intereses (de menores, incapacitados, etc.) en el orden civil. Cabría también que intervenga en el proceso laboral.

Pero por encima de estos problemas tenemos al MF como representante del Ejecutivo —sin que la vaga expresión «comunicación» resuelva dudas.

Por todo ello estimamos que la solución del problema está en la creación de dos Cuerpos diferentes:

1.º Encomendando a uno de ellos la total defensa y representación del Estado en lo administrativo.—en sentido amplio—; éste podría ser el Cuerpo a denominar de Abogados del Estado —a los que deja en laguna el ALOJ, como si no existieran cerca de la Jurisdicción—, previa reforma fundamental del Cuerpo actual —que es más bien el «Fiscal» por excelencia—, ampliando sus horizontes y atrayendo una serie de las labores que ahora se entregan al MF. Los principios de unidad e indivisibilidad deberían regirlo. (Dependencia jerárquica rígida hasta la cumbre de la Administración ejecutiva).

2.º Otro Cuerpo —con su base en el actual MF— basado en el estricto principio de legalidad, independencia personal y jerarquía solamente bajo el Fiscal del Supremo —o Fiscal General del Reino, como quiere el ALOJ—, pero limitada esta jerarquía a dar directrices científicas y técnicas no vinculantes, de un lado, y a regir su gobierno —gubernativamente, como en el caso de los jueces y tribunales— del otro.

Se puede pensar en dividir a este Cuerpo en dos Secciones o Divisiones: una de ellas con funciones dictaminadoras e informadoras, etc., y otra encargada de promover la defensa de la sociedad en el proceso penal —acción penal— y en los demás procesos, como parte «imparcial» —igualmente,

(484) Cfr. Ibáñez García-Velasco, ob. cit., pág. 133.

(485) Cfr. Zafra, ob. cit., pág. 760.

defensa de incapacitados, etc., o bien en Secciones afectas a cada uno de los órdenes judiciales—.

Este Cuerpo es el que estaría más cerca de la Judicatura —de la Magistratura, si ellos quieren, aunque el nombre es inútilmente abstracto—.

Para ello es preciso abandonar el modelo francés, y no adherirse a él cuando en su propia patria, pese al tradicionalismo de más de un siglo, se ha abierto una brecha doctrinal a través de la cual se perciben claramente sus incoherencias y defectos básicos; y no corregirlos y aumentarlos para nosotros en el futuro Ordenamiento.

Con ello la «comunicación» en cualquiera de sus acepciones —de superior gubernamental a inferior fiscal—, habría que suponer —si no se quiere que esté vacía de contenido— pasa a ser superfetatoria: cuando se trate de los que llamaremos Abogados del Estado, porque hay dirección gubernamental directa; en los segundos, porque lo que el Gobierno quiera comunicar puede hacerlo perfectamente a través de sus propios organismos y al nuestro, protegido, como la judicatura, por la independencia en sus funciones.

8. ¿Cuál sería la posición de este futuro MF, ya descargado de su dependencia —absoluta o relativa— del Ejecutivo?

«Una Magistratura autónoma», se ha dicho (486); un «auxiliar del Juez» (487). Y en todo caso perteneciente a la Jurisdicción, como se reconoce incluso por el Ministro de Justicia actual —aunque se comete el error de pretender encuadrarlo como organismo jurisdiccional sin desmontarlo previamente en sus heterogéneas piezas (488)—; está bien denominarlo «órgano

(486) Cfr. Ibáñez García-Velasco, ob. cit., pág. 120.

(487) Cfr. Prieto Castro, ob. cit., pág. 70 y ss.

(488) Dice Oriol y Urquijo: «Su posición en el proceso depende de la concepción política que predomine en éste. Si se considera necesario, o al menos conveniente, que el Poder Ejecutivo tenga un representante o agente cerca de la Magistratura para controlar en cierto modo la actividad de ésta, el Fiscal tendrá ese carácter. Por el contrario, si se entiende que no es necesario este control, la función del MP no sale de la órbita jurisdiccional, siendo solamente uno de los elementos del proceso, y se estructurará como órgano perteneciente a la Jurisdicción independiente del Poder Ejecutivo, con funciones perfectamente definidas, en las que su actuar responde al principio de legalidad. Paralelamente a estas dos concepciones, si concebimos el *ius puniendi* como facultad del Estado, integrado en el Poder Ejecutivo, si bien sometida a la jurisdicción a quien corresponde la función de juzgar, la función requirente o de solicitud (esto sufre indudable influencia italiana, intercalamos nosotros) que lleva a cabo el MP corresponde a un poder distinto de aquel a quien se asigna la función decisoria o de juzgar. Pero si, por el contrario, entendemos que el *ius puniendi* corresponde al Estado como Jurisdicción, la consecuencia será distinta: la función requirente se encargará a un órgano de la jurisdicción y la de decidir a otro órgano dis-

al servicio de la Justicia». Pero no directa o indirectamente del Ejecutivo, a cuyo servicio —claro, terminante, sin utilización de expresiones dudosas— quedaría el otro Cuerpo, al cual muy bien se podría encargar la instrucción de determinados asuntos criminales (489), pero diferenciándolo netamente del «Ministerio Público» o «Promotor de la Justicia» encargado de acusar.

Es evidente que esta concepción del MF ocasionará dificultades (490); mas estimamos que se podrán resolver doctrinal y prácticamente con mayor facilidad que si lo consideramos como una nebulosa compleja, como actualmente nos lo describe su Estatuto en vigor.

Ahora bien, la función del MF nunca se podrá confundir con la del Juez o Tribunal; le faltarán siempre las dos notas características de la actuación jurisdiccional. No podrá «declarar» derechos ni «ejecutarlos». Por ello el designarlo como «Magistratura» puede ser avocado a confusiones.

9. El problema de la amovilidad o inamovilidad de los individuos del MF que el ALOJ deja en la oscuridad en la Base 68-9 y 10 se resolvería con la aparición de los dos Cuerpos indicados. El MF dependiente del Ejecutivo, amovible —dentro de determinados límites y garantías propios de todo funcionario—; el MF independiente, inamovible (491) —lo cual no debe confundirse con que pueda ser itinerante, esto es, trasladarse en el cumplimiento de su cometido, y en especial en fuerza a las circunstancias que concurren en la persecución penal.

10. Partiendo de nuestras ideas, en la Base 68 vemos una serie de competencias del MF mezcladas, producto de la confusión ya apreciada. Comentaremos, infra, la de «velar por la legalidad de la actividad jurisdic-

tinto, pero igualmente perteneciente a la Jurisdicción». (Cfr. *El plan de reforma de la Justicia*, cit., pág. 55 y ss.)

Hic sunt leones. Se habla de «encargar», pero es muy diferente un «encargo» dado a un juez en virtud de su oficio y nombramiento legales e independientes *ope legis*, que «encargar» al MF que «requiera». Este segundo «requerimiento» puede ser consecuencia de una orden «comunicada» por el Ejecutivo, lo cual no cabe en el caso de los jueces; y menos aún, que esa «comunicación» en tal sentido esté prevista por una ley, que destruiría la independencia judicial.

(489) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, esp. pág. 79 y ss. y 83 y ss.

(490) Cfr., p. ej., Gómez Orbaneja, «La irrecusabilidad del MF», en *Rev. Der. Proc.*, Madrid, 1949-4, pág. 609 y ss.

(491) Cfr. Alcalá-Zamora Castillo, ob. cit., pág. 5 y ss. Cfr. también en favor de la inamovilidad, Jiménez Asenjo, «La independencia de la Justicia», en *Rev. Der. Proc.*, Madrid, 1950, pág. 450.

cional» —MF independiente—; el «sostener la integridad de las atribuciones y competencia de los órganos de justicia», de un lado, y el «intervenir con su dictamen», suponen dos actividades diferentes, a separar (492).

«La defensa de las garantías penales y procesales de la persona» —muy acertado— supone el dotar al ordenamiento español de su más potente medio, hoy yacente en su Historia jurídica; del proceso de manifestación de personas en lo criminal —cfr. el Capítulo IV, Parte I, de este trabajo—. Exactamente es el MF la entidad mejor cualificada y apostada para promoverlo contra quien ataque o persiga injustamente. Nada dice Herrero sobre este fundamental medio de defensa de los derechos públicos subjetivos (Cfr. Cap. IV, Parte I, de este trabajo).

«El promover las acciones necesarias» (pretensiones, diríamos nosotros) —en lo cual parece ocultarse la «acción penal» (núm. 3-4.º) y «dirigir la averiguación de los delitos e instar lo procedente para el restablecimiento del orden jurídico perturbado y la satisfacción del daño producido» (493), supone otra mezcla de esferas diferentes; la de investigar y la de acusar —sin contar el «inspeccionar los sumarios» del art. 306 Lecrim.— que bien podrían también diferenciarse entre secciones de los Cuerpos a crear, con lo que, además, podría resolverse una serie de problemas que hoy día se plantean en torno al procesamiento —juicio de inculpación— y al sobreseimiento (494). Estamos conformes con el núm. 6.º («ostentar la defensa, etc.»); el número 7 es una cláusula general, y como tal peligrosa y recusable.

Comentados los núms. 4 y 5 de la Base, el núm. 6 («órganos del MF») supone, como en todo caso, la reforma total, ya que se tratará de dos Cuerpos, los cuales deberán hallarse en la misma LO, pero separados. Las fiscalías de los Tribunales inferiores deben excluir a las de «Distrito», ya que estimamos que estos tribunales no deben aparecer —Cfr. el comentario a la Base 11.ª—.

En el núm. 7, en donde aparece el «gobierno» del MF, ha de procederse a la transformación ya indicada; el gobierno del futuro Cuerpo dependiente del Ejecutivo dependerá de éste y no del Fiscal General.

Se trata del Consejo Fiscal. Nada se indica sobre su composición. Pero en cuanto a sus atribuciones, las hay que —aunque hayamos propuesto también su reforma— afectan directamente a la formación de la Magistratura: según la Base 52-3 le correspondería confeccionar relaciones de

(492) Cfr., p. ej., Prieto Castro, ob. cit., pág. 60 y ss.

(493) Defectuoso empleo de la expresión «satisfacción» otra vez. En este caso se hace referencia a una de sus especies: a la satisfacción civil unida —como podía ir procesalmente separada— de la penal (Cfr. Fairén Guillén, «El proceso como satisfacción jurídica», en *Rev. Jur. Cat.*, oct.-dic. 1968, passim).

(494) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 32 y ss.

miembros de la Carrera Fiscal al fin de proveer plazas de Magistrado vacantes en el Tribunal Supremo. Por ello debe indicarse en el ALOJ —lo mismo que se hace con el Consejo Judicial— cuál será la formación y atribuciones de dicho Consejo.

«9. Los Fiscales, investidos de autoridad individual y corporativa...» Precisa que se exprese quién representa en cada caso al MF.

De otro lado, «los funcionarios fiscales» deben ser considerados «como autoridad en todas partes, dentro del territorio de su jurisdicción, excepto en los estrados del Tribunal con respecto a los abogados o a las partes, pues en tal situación todos quedan igualmente sometidos a la autoridad disciplinaria del Juez y Presidente.» (Ossorio y Gallardo).

11. La Base 68, en su núm. 10, establece un «intercambio» entre Fiscales y Jueces a los efectos de provisión de vacantes de Fiscales Generales del Tribunal Supremo y el ascenso por el turno de oposición de Abogado Fiscal a Fiscal; la contrapartida se halla en las Bases 52 y 55.

Expresamos nuestra opinión de que por razones de especialización sólo puede admitirse este fenómeno en los escalones superiores de ambas Carreras, y mejor que por el hecho de haber ascendido en ellas, por el de ser juristas destacados; esto es, por la misma razón que podrían entrar en la Magistratura superior los Catedráticos de Derecho y Abogados en ejercicio. La misma prudencia debe regir para el trasplante de miembros de la Carrera Judicial a la Fiscal.

12. La Base 68 del ALOJ, de enfoque, a nuestro juicio, erróneo, a través de sus cláusulas generales, nos lleva a sentir como se desea para el futuro una ampliación general de las facultades de MF, pero sin corregir previamente el defecto básico de su actual organización española —y de la francesa, su modelo—, esto es, una buena clasificación de estas facultades, y su atribución a entidades diferentes, claramente construidas en el campo general de lo jurisdiccional en especial y de lo orgánico en general. A ello responde la crítica que nos hemos visto precisados a hacer.

Aquella es la posición defendida actualmente, en publicación particular, por quien detenta la Fiscalía del Tribunal Supremo. Por lo que interesa de sobremanera, por lo que su exposición hubiera podido influir en la redacción de la Base, y por lo que en el futuro pudiera influir —lo más racional es pensar así— precisa tratar de ella, aunque sea muy someramente.

Dice este autor, al tratar de la «defensa de la legalidad en el recurso de casación»:

«Ningún asunto sobre el que los tribunales actúen y decidan debe ser ajeno al MF. En todos ellos pueden plantearse, y de hecho se plantean,

cuestiones que afectan a las funciones del Ministerio Fiscal: intereses públicos tutelados por la ley, en algunos casos; existencia de un interés social prevalente, en más ocasiones, y, en casi todas ellas, la necesidad de velar por el orden jurídico en materia de procedimiento, en materia de competencia, en cuanto pueda existir la posibilidad de interponer el recurso en interés de la ley...»

«Claro que ello implica dar al MF otra versión diferente (495) y también modificar las leyes procesales, aunque a este fin bastaría introducir en ellas algunos preceptos de carácter general» (496).

Que la tónica que se sigue es ampliatoria de las facultades del MF lo demuestra el hecho de que en el APP se hayan incrementado notablemente sus atribuciones, llegando incluso a atentarse contra la igualdad de las partes necesarias al proceso acusatorio (497) y atribuyéndole monopolios tan abusivos como el de promover las cuestiones de estado civil y condición de las personas —prejudicialmente, Base 5.^a— o de promover la petición de la extradición (lo cual se conserva en el ALOJ, Base 7.^a) (498) y (499). Se ha pretendido identificar esta ampliación de facultades del MF con la línea ex-

(495) Por ahí debe comenzarse, y desde la base. Cfr. supra.

(496) Cfr. Herrero Tejedor, *Perspectivas del MF...*, cit., pág. 442 y s.

(497) Conclusión II-7.^a de los Profesores de Derecho Procesal (Valladolid, mayo de 1967): «Se advierte con inquietud la vinculación que la ley (de 8 de abril de 1967) impone al Juez a determinadas peticiones del MF sobre puntos fundamentales del proceso, frente a la libertad de decisión que le concede respecto de las formuladas con igual alcance por las demás partes, lo que al propio tiempo entraña un desequilibrio entre ellas».

(498) Cfr. el Informe de la Universidad de Valencia, por Fairén Guillén, *Presente y futuro* cit., pág. 25 y 27; y com. a la Base 7.^a del ALOJ.

(499) Examinando los «Resúmenes» de los Informes de Corporaciones y Universidades, publ. por el Ministerio de Justicia en sus «Cuadernos Informativos» —y aunque no respondamos de su compleción y exactitud, cfr. lo dicho en nota 148, cap. III, Parte I, sobre las graves inexactitudes que se han cometido con respecto a los «Informes» de la Universidad de Valencia— resulta que aparte la propia oposición de esta Universidad (Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, passim.), a las ampliaciones de la Base 5.^a, se oponen la Universidad de Valladolid y el Consejo General de la Abogacía; a la 7.^a, los mismos; a la 16, la Universidad de Valladolid —y la de Valencia—; a la 17, la de Valladolid; a la 18, la misma y Valencia y el Consejo General citado; a la 19, Valencia; a la 33, el Consejo General de la Abogacía; a la 35, las Universidades de Valladolid y Valencia; a la 38, el Consejo General de la Abogacía; a la 48, el mismo.

Lo cual demuestra la amplitud del movimiento, frente al incremento de las atribuciones del MF.

puesta por Herrero Tejedor (500), que no somos los únicos en no compartir.

A) Volvamos a la Base 68, en relación con las ideas de Herrero Tejedor:

Núm. 3-1.º: «Velar por la legalidad de la actividad jurisdiccional..., reclamando su observancia...», y núm. 3-2.º: «Sostener la integridad de las atribuciones y competencias de los órganos de la justicia...»

Prevé dicho autor, entre otras cosas, «un cambio radical de la posición del MF en el proceso para hacer posible la eficacia de su función de vigilancia del procedimiento y de la puesta en marcha de la función disciplinaria» (501).

Entendemos, y se ha dicho, con razón, que esta función es prerrogativa común a todas las partes litigantes; para ello existe todo un sistema de recursos; y se halla el artículo 101 de la Lecrim.; y la posibilidad de exigir responsabilidad civil y criminal a los jueces.

De otro lado, sin ignorar la preocupación del autor —legítima, que compartimos con prudencia, por hacer al MF al campeón desinteresado de esta postura—, la función de velar por el cumplimiento de las leyes y por la pureza del procedimiento, es precisamente una función judicial —la más soberana—. Si la expresión de la Base 68-3-1.º y 2.º puede servir para crear monopolios a favor del MF —como los ya ejemplificados en el APP—, pedimos su retirada; parece que se ignora que antes que MF hay jueces.

«Y aunque parezca extraño, en lo penal... la posición del MF... adolece, sin embargo, de concepción raquítica, y sigue influido, de una parte, por consideraciones procesalistas, y de otra, por ciertas desconfianzas sobre el sistema acusatorio.»

Sin pretender entrar en polémica —y menos en este momento— con dicho autor, resulta que estas «consideraciones procesalistas» aludidas despectivamente son básicas si se ha de considerar al MF como una pieza —muy importante, pero una pieza— del proceso; si de lo que se trata es de alejarlo de la idea ritmada y reglada de un proceso, de tal modo que intervenga —o no intervenga— discrecionalmente, de modo «administrativo», lo que se pretende es... lo que ya se pretendió en cierta malhadada época y país; convertir o al menos acercar el proceso civil a la jurisdicción voluntaria; o en puro expediente administrativo en el que el director no sea un

(500) Informe de la Universidad de Valladolid, según los «Cuadernos Informativos» cit., núm. 5, 27 y ss. y esp. 31.

(501) Cfr. Herrero Tejedor, ob. cit., pág. 446.

juez (502) independiente (503). Esperemos que nos hemos engañado al leer estas despectivas palabras sobre «consideraciones procesalistas», que nada menos entrañan la esencia de la mayor garantía de los derechos subjetivos.

Este ataque mortal que se dirige al MF como persona integrante del complejo armónico del proceso se acompaña de otro: las «ciertas desconfianzas que persisten sobre el sistema acusatorio».

Si con ello se hace referencia a calificar de manifestación del principio inquisitivo el hecho de que la función instructora del proceso penal se confíe al mismo encargado después, de sentenciar; y al de que el mismo esté vinculado a peticiones de un acusador —del MF—, sí, tenemos desconfianza; o mejor dicho, deseamos que desaparezcan los restos de tal principio. Y no hacemos excepción en la doctrina (504).

(502) Para quien no quiera —o no pueda— molestarse en acudir a la bibliografía alemana de la época nacional-socialista, que hemos citado en otra obra (Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro* cit., pág. 35 y s.), la mejor referencia es la de Prieto Castro, «Revisión de los conceptos básicos de Derecho procesal», escrito en 1943, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil, II* (Madrid, 1950), pág. 655 y ss. y esp. 665 y ss. y 670 y ss.

(503) Cfr. por todos, Prieto Castro, ob. cit. ult., pág. 669 y bibl. cit. en nota núm. 22; pág. 670 y ss. y bibl. cit. Cfr. también Schwartz, *Richter und Staatsanwalt*, en *ZAk*, cuad. 23, 1.º diciembre 1942, pág. 337 y ss.

(504) Conclusión II-2.^a, adoptada en la III Jornada de Profesores de Derecho Procesal (Valladolid, 1967), y con referencia a la Ley de 8 de abril de 1967, que reformaba a la Lecrim:

«Se considera acertado (y responde a criterios sostenidos en las I Jornadas celebradas en Sevilla en 1965) la instauración de un proceso penal con órgano decisorio unipersonal, pero el establecido no deja a salvo la exigencia de que los materiales de la causa sean aportados por órganos distintos del juzgador, como consecuencia de la plena vigencia del principio acusatorio. De otra parte, se pone de manifiesto que tal innovación debería venir precedida de una reforma del Código penal, en la que se introdujese una tipificación que permitiera determinar la competencia objetiva y la idoneidad del procedimiento en atención a la tipología y no a la entidad de la sanción.»

Cfr. Conclusión II-7.^a de esta Jornada, en la nota 497, supra, de este capítulo.

Firmado: Serrano Suárez (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Oviedo); Gómez Orbaneja (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid); Prieto Castro (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Madrid); Gutiérrez Alviz (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla); Fairén Guillén (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia); Miguel Alonso (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca); Morón Palomino (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Granada); Carreras Llansana (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra) y Profesores adjuntos asistentes.

Cfr. también, p. ej., Ibáñez García-Velasco, «Independencia y autonomía del MF»,

Completa el autor a que nos referimos sus anhelos en cuanto al futuro del MF así:

3.º «Ampliación de su intervención en algunas materias donde aún es incompleta: recusaciones, cumplimiento de sentencias y acuerdos gubernativos, atribuciones en materia de investigación criminal, facultades para la adopción de medidas precautorias (hoy tiene menos atribuciones que la Policía), propuesta de medidas con carácter vinculante para el juez, participación más activa y directa en la instrucción, intervención en el procedimiento laboral, y, en ciertos aspectos, del contencioso-administrativo, etc.» (505).

Con lo expuesto basta para hacerse una idea de esta tendencia en cuanto al futuro del MF en España: «desprocesalizarlo» —luego extraerlo de la Jurisdicción—, aproximarle aún más a la Administración —cita de modo sugestivo de un elenco de «intervenciones del MF de naturaleza cuasi-administrativa» procedentes del Derecho francés, pero sin hacerse cargo de la moderna crítica dirigida contra esta figura (506)—; opinión muy singular sobre el sistema acusatorio —que nos vuelve al inquisitivo—. Todo ello —y sin perjuicio de tornar al tema con menos premura y en nombre propio— es suficiente para concluir que si es éste el espíritu que informa a la Base 68 del ALOJ —y que ya se mostró en el APP— debe ser retirada; y antes de nada proveer a reorganizar al MF sobre bases totalmente distintas, pero no tornar gigantesca una figura que hoy día tiene defectos constitutivos.

13. Dice la Base 68: «El MF... tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley...»

Se ha dicho sobre este texto que «la declaración considerada en toda su extensión puede resultar excesiva. Ya entendamos por interés público el interés general o el interés del Estado, lo cierto es que no incumbe solamente al MF la defensa de los distintos aspectos de este interés» (507). Si parecía llegado el momento de reducir la expresión a sus justos límites, no se ha hecho, dejando así subsistente en principio todo el peligro de su propia indeterminación, a cuyo amparo se pretende poner una verdadera masa de intereses (508), frente a lo cual se dice acertadamente:

cit., en *Rev. Der. Proc.*, 1967-II, pág. 114 y ss., y III, pág. 82; Zafra, *Posición del MF*, cit., pág. 64 y ss.

Cfr. también, en Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., nota 54 y la bibl. cit.

(505) Cfr. Herrero Tejedor, ob. cit., pág. 447.

(506) Cfr. Herrero Tejedor, ob. cit., pág. 447 y ss. Se trata de un elenco tomado de obras francesas.

(507) Cfr. Herrero Tejedor, ob. cit., pág. 450.

(508) Cfr. la enorme extensión que da al campo del «interés público» el mismo

«...es difícil saber cuándo tal interés se halla implicado en un negocio y menos fácil es todavía precisar cuáles son los asuntos en que el mismo no exista; prácticamente, puesto que en el proceso se trata de realizar el derecho objetivo, que es una función del Estado, si no se fijan casuísticamente los casos, podría llegarse a admitir que ese interés se da en todos los negocios, con la consecuencia de una intervención ilimitada del MF... Históricamente, por esto inspiró una desconfianza que hoy no podemos olvidar, sino que antes bien es nuestro deber la recordación de que no hace falta un Estado autoritario para imaginar todos los posibles contenidos egoístas que pueden atribuirse a la cláusula abierta del «interés público»... La solución de este problema... sólo puede hallarse en un sistema legislativo que precise caso por caso» (509). Por este sistema y no por otro nos inclinamos, frente a una cláusula abierta que podría conducirnos a un nuevo combate contra los derechos subjetivos.

14. El futuro MF —como el actual, art. 1 del Estatuto vigente— deberá «procurar ante los Tribunales... la satisfacción del interés social».

Se tropieza, desde el comienzo, con la dificultad para diferenciar este concepto (510), y las opiniones son muy diversas en cuanto a la intensidad de la intervención del MF en tal campo (511); desde luego, es preciso cen-

autor, ob. cit., pág. 450 y ss., con matices muy curiosos; p. ej., cuando defiere al mismo «el amparo de los derechos de la persona, de la familia, de la sociedad», no trata de una de las más fuertes garantías del primero, esto es, del «habeas corpus» o manifestación, que cuadraría precisamente muy bien al MF como actor; sin embargo, vemos una inadmisibile ingerencia del MF —del Estado— en asuntos de la familia si se admite que las cuestiones de estado civil sólo puedan ser planteadas prejudicialmente por el MF (Base 5.^a del APP, y opuesto a ella, Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 25).

(509) Cfr. Prieto Castro, *Construcción dogmática del MF*, cit., pág. 54 y ss.

(510) Cfr., p. ej., Herrero Tejedor, ob. cit., pág. 565 y ss., y confróntese, p. ej., con la opinión de Hernández López, Martínez Hernández y Zabala Mendizábal, en «Limitaciones al principio dispositivo en el proceso laboral», en *Actas del III Congreso Nacional de la Abogacía* (Valencia, 1954) (T. «Temas libre», pág. 314 y ss.); la Ponencia de Reol, Menéndez Pidal y Romay al II Congreso Nacional de Derecho Procesal (Madrid, 1954), se limitaba a pretender que el MF velase por la pureza del procedimiento de trabajo; el Congreso fue más allá, concluyendo por abogar «por una mayor intervención del MF en el proceso laboral» (Conclusión V de la Comisión corresp.).

(511) Cfr. las opiniones de los autores citados en nota anterior, Alcalá-Zamora Castillo, ob. cit., pág. 7; Cerezo, «El Fiscal como defensor del interés social», en *RGLJ*, 1965-1, pág. 65 y ss. —muy interesantes las funciones de ciertos Promotores sociales propugnados por el II Congreso Nacional de Trabajadores, a fin de sustituir al MF (Cfr. Cerezo. ob. cit., pág. 73.)

trar bajo éste una serie de funciones hoy día confiadas a diferentes organismos (512); pero debemos reducir esta intervención, en todo caso, al principio de legalidad (513), cuya clave, como vimos, se halla en una total reorganización de la institución.

15. En cuanto al MF como defensor de los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, confróntese lo que se dijo en el Cap. IV, Parte I, de este trabajo sobre la necesidad de reintroducir en nuestro Ordenamiento procesal el cautelar de manifestación de personas; es el MF la entidad por antonomasia legitimada para promoverlo; con lo cual no se haría sino dar un juego y fácil vehículo a la atribución del núm. 8.º, artículo 2 de su actual Estatuto («investigar con la mayor diligencia las detenciones arbitrarias que se efectúen y promover su castigo»).

Los números 4.º y 5.º de la Base son muy amplios; en el APC sólo sal-
tuariamente aparece citado el MF (p. ej., en la Base 50) y se fija en una especie de «proceso especial por razones jurídico-materiales» —el que verse sobre «derechos de las personas», Base 76—, en el que se hace «necesaria la intervención del MF»; en otro lugar criticamos la impostación de este tipo, pidiendo la creación de un tipo procesal inquisitivo, al lado de los dispositivos, en el Libro II del futuro Código procesal civil, y no discutiendo en absoluto la necesidad de que «intervenga» el MF (514); es en ese lugar, y en el —también inexistente en el APC— proceso para el reconocimiento de sentencias extranjeras, en el que igualmente debe intervenir el MF en todo caso (515).

En algunas Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo hallamos acertadas sugerencias sobre la necesidad de sistematizar la actuación del MF en lo civil, y Herrero Tejedor mismo hace una exposición pero en términos de generalidad que no podrían ser aplicados (516); nos ha interesado de sobremanera la sugerencia de que el MF actúe intensamente como defensor en la lucha contra el fraude procesal (517); he aquí un campo poco explorado y que precisa de gran atención.

(512) Se refiere Cerezo Abad al Instituto Nacional de Previsión, y al curiosísimo papel desempeñado por el Ministerio de Obras Públicas, según el artículo 140 del Decreto de Proced. Laboral vigente (pág. 94).

(513) Cfr. Prieto Castro, ob. últ. cit., pág. 73 y ss.

(514) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 56 y ss. y 67.

(515) Cfr. Fairén Guillén, ob. cit., págs. 59 y 67.

(516) Cfr. Herrero Tejedor, ob. cit., pág. 464.

(517) Cfr. la *Memoria* de la Fiscalía del TS correspondiente a 1967-68; el Fiscal de Alicante, pág. 173; también Prieto Castro, al referirse a la necesaria intervención del MF en el campo de la jurisdicción voluntaria. (Cfr. ob. cit., pág. 7 y ss.)

Precisa sistematizar la actuación del MF en lo civil (518) y frente a tentaciones de ensanchar excesivamente su intervención, recordar que «la actitud del jurista en presencia del fenómeno es el mayor cuidado para las conversiones del Derecho voluntario en Derecho necesario, con sus correspondientes transformaciones del proceso dominado por el poder dispositivo de las partes en el que ya se está llamando proceso civil inquisitorio. Actitud, al menos por ahora, expectante, dado que está por saber si siempre esta metamorfosis es conveniente al normal desarrollo del tráfico jurídico y económico, y fomenta la prosperidad de los pueblos. También así en lo que está reservado al MF, Cuerpo de juristas, Magistratura postulante, al servicio del fin inmanente del Derecho y no de finalidades que no encajan en una sana conciencia jurídica» (519).

Aquí el disparo está claramente dirigido contra una tendencia a ampliar excesivamente la intervención del MF en el proceso civil, al estilo del de la Ley del MF de 15 de julio de 1941, que en nombre de la comunidad popular (*Volksgemeinschaft*) hacía intervenir a un potente MF, maquinaria gubernativa, en los procesos civiles, llegando hasta el ataque a la cosa juzgada; politificación nefasta de los *Rechtsstreiten* —los nazis habían hecho desaparecer el nombre de «proceso», hecho muy indiciario—, en la que el *Deus ex machina* del poder político era el propio MF (520). La misma *Staatsanwaltchaft* alemana, consciente de que esta ley era un terrible enemigo de la seguridad jurídica, se resistió a admitirla. Y se derrumbó con la catástrofe a que ese siniestro poder político había empujado al pueblo alemán (derogada en varios Länder, la Ley de Unificación de 1950 la abrogó totalmente).

No estamos dispuestos a transformarnos en Nibelungos, pues no nos tientan Oros falsos; y sí lo estamos a oponernos siempre razonadamente, a cualquier tendencia de este tipo, venga más o menos oculta en su presentación.

En cuanto al MF en el proceso penal, he ahí el gran problema; la ordenación de sus facultades es totalmente necesaria, y las quejas contra el actual desorden son justificadas (521).

Se hace sentir una clara tendencia en favor de que sea el MF quien di-

(518) Cfr. Prieto Castro, ob. cit., passim; los anhelos de diversos Fiscales en la *Memoria* de 1968.

(519) Cfr. Prieto Castro, ob. cit., pág. 72.

(520) Cfr. sobre ella, p. ej., el mismo Prieto Castro, ob. cit., pág. 20 y ss. y 72.

(521) Cfr., p. ej., Zafra, ob. cit., pág. 48 y ss., y 67 y ss. Ibáñez García-Velasco, en ob. cit., *Rev. Der. Proc.*, 1967-III, pág. 81 y ss.

rija la instrucción como preparatoria del juicio (522); pero el APP, posiblemente influido por la Ley de 8 de abril de 1967, desarrolla la «instrucción» proyectada de modo muy confuso, tanto que la Universidad de Valencia pidió en su momento que esta parte del A. fuera reestructurada de nuevo (523).

Si la instrucción penal se encomienda al MF —en lo que estamos conformes—, debe hacerse sobre la base de que en ningún momento vinculen sus peticiones al órgano juzgador —he ahí el máximo peligro de tornar a lo inquisitivo—; ahora bien, y aunque no deba entrarse aquí en el vidrioso problema de «el fiscal parte o no parte» y «el imputado, parte o no parte», el desequilibrio natural de fuerzas entre uno y otro (524) supone la necesidad de constituir al MF con garantías; para lo cual la fundamental será la de su independencia con respecto al Ejecutivo, tal como se propuso; sin perjuicio de que un «abogado» sometido jerárquicamente a éste —el otro Cuerpo de que hablamos— pueda también intervenir.

Pero no sólo eso; precisa estudiar el medio de proveer al inculcado —que no siempre coincide con el culpable— de medios de preparar su defensa, en un justo medio que le impida rehuir las consecuencias de sus actos; esto es, no dando paso a sus posibles abusos. Por lo cual, aunque la instrucción se confie al MF como investigador —esto es, como forzosamente inclinado a favorecer los resultados de su propio trabajo, el más difícil, y por ello susceptible de «ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación» (525)—, estimamos que toda la labor, en general, debe estar sujeta a un juez por medio de un sistema de recursos o actuaciones, entre las que la manifestación —que no tiene por qué consistir forzosamente en poner en libertad al inculcado— es el más adecuado.

Delineada así la actividad instructoria del MF, no habría inconveniente en que el mismo Juez —activo en la instrucción solamente en materia de un superior control, pero sin participar de ella— fuera el que viera y sentenciara el proceso por razón de delitos de escasa entidad. Pero en modo alguno puede admitirse que sea una misma persona el Juez instructor, activo —y

(522) Cfr., p. ej., De Miguel Garcilópez, «El Fiscal en el proceso penal», Ponencia al I Congreso Nacional de Derecho Procesal, Madrid, 1950, *Actas*, pág. 177 y ss.; Santoro Alonso, Comunicación sobre el mismo tema en el mismo Congreso, *Actas*, cit., pág. 207 y ss.; Zafra, ob. cit., pág. 70 y ss.; Ibáñez García-Velasco, ob. cit. (III), pág. 81 y ss.

(523) Cfr. Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 79 y ss.

(524) A este desequilibrio natural se refiere acertadamente Zafra, ob. cit., esp. pág. 104 y ss. Confróntese también Alcalá-Zamora, ob. cit., pág. 14 y ss.

(525) Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, II, pág. 180 y ss.

sujeto a vinculación por determinadas peticiones del MF— y el sentenciador (Cfr. supra).

Por otra parte, la actuación del MF como instructor debería poder ser separada de la puramente acusatoria, en favor de otros funcionarios del mismo Cuerpo, con lo cual el famoso problema del «juicio de acusación», previo al acto formal de proponer la misma, se vería resuelto dentro de aquél; en tanto que la acusación particular —la del art. 101 de la Lecrim.— debe ser precedida de dicho juicio de acusación, cuya falta se hace notar hoy día, aunque la inculpación como juicio se halle involucrada en «lo que ocurre» en la mente del Juez antes de dictar auto de procesamiento (526).

(526) Recordemos la Conclusión 7.^a de las adoptadas por los Profesores de Derecho Procesal en su III Jornada (Valladolid, 1967), reproducida supra, en la nota núm. 497 y en *Rev. Der. Proc.*, 1967-IV, pág. 11, inquietos por el desequilibrio que esta Ley de 8 de abril de 1967 provoca entre el MF y las demás partes en el proceso penal que instituyó.

Cfr. también Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 38 y ss.

CAPITULO VIII

EL TITULO VI DEL ANTEPROYECTO:

«DE LOS ABOGADOS Y PROCURADORES»

1. En el Capítulo IV, Parte I, de este Informe dimos cuenta de la grave omisión que se comete en el ALOJ, al no tratar de los Abogados del Estado.

Como consecuencia de lo expuesto en el comentario a la Base 68 sobre el MF, entendemos que hay que crear un nuevo Cuerpo de Letrados que asuma toda una serie de tareas hoy día encomendadas a aquél, organizado bajo los principios que se indicaron. A este nuevo Cuerpo muy bien podría denominársele de Abogados del Estado, y el magnífico personal que hoy integra el así llamado, debería constituir una o varias Secciones de las que lo integrasen, pero formando parte en todo de una nueva entidad, de tipo, naturalmente, más complejo que el existente.

Y sea cual sea la formación de ese futuro Cuerpo, al actual de Abogados del Estado, vista su participación en el proceso y sus relaciones con la organización jurisdiccional, no puede hallarse fuera de la LO, sino en conexión con el contenido de la misma.

2. El Título VI del ALOJ trata de los «Abogados y Procuradores» en su Base única, la núm. 69:

«1. En el Título VI se establecerán las normas fundamentales referentes a los Abogados y Procuradores.»

«2. Los Abogados serán considerados como colaboradores de la Justicia, y la Abogacía como una profesión libre, organizada institucionalmente en sus corporaciones profesionales o Colegios de Abogados, que se regirán por sus propios Estatutos.»

«Se regularán sus derechos y deberes, en cuanto se relaciona con la Justicia, así como las responsabilidades de carácter penal, civil y disciplinario en que puedan incurrir, todo ello de acuerdo en lo fundamental con la ordenación vigente.»

Escasa nos parece la atención que los pre-legisladores han dedicado a esta fundamental institución, que lógicamente, no sólo debe regirse por «Estatutos», sino por una Ley de carácter general, sin perjuicio del mantenimiento y robustecimiento de la personalidad de los Colegios, a efectos de que a sus miembros se les considere como verdaderos «colaboradores de la Justicia», según lo ya previsto en el vigente Estatuto General de la Abogacía de 28 de junio de 1946.

El Abogado, en cuanto que en el proceso aparezca la figura del MF, debe hallarse a su altura —excepto en el caso de que al futuro MF se le encomiende la instrucción de asuntos penales—, pues de lo contrario fallaría la tríada dialéctica de los sujetos del proceso. Por ello, si el MF es un «órgano al servicio de la Justicia», el Abogado debe estar parangonado a él, sin que a su parte se la ponga legalmente en un plano inferior al MF, como ya ha hecho la Ley de 8 de abril de 1967 (527).

«En términos semejantes se formularán las normas referentes a los Procuradores.»

Cabe el mismo comentario.

(527) Cfr. también Fairén Guillén, *Presente y futuro*, cit., pág. 38 y ss.

CAPITULO IX

EL TITULO VII DEL ANTEPROYECTO:

«DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES»

El problema de la no pertenencia del contenido del Título VII del ALOJ a la futura LO lo tratamos en el Capítulo III, Parte I, de este Informe.

Expusimos nuestra opinión de que el contenido de este Título, en gran parte, debe ser trasladado a la Ley Procesal general; así como la de que es el resultado de haber advertido los pre-legisladores la necesidad de ésta cuando se hallaban en pleno desarrollo de un Plan de Reforma que no la había previsto.

Ello se corrobora si examinamos el «decálogo de principios», según los cuales «hemos de construir, entre todos, la futura Ley Orgánica de la Justicia española»; decálogo expuesto en los «Cuadernos Informativos» del Ministerio de Justicia, núm. 2, de diciembre de 1966, bajo el amplio título «Ordenación constitucional de la Magistratura»; para nada se nombra entre su contenido a las actuaciones judiciales» (528).

El propio epígrafe y la explicación que del mismo se ha dado por el mismo Ministro de Justicia (529) indican que se trata de normas no orgánicas, sino procesales.

En gran medida, las Bases que integran el Título VII del ALOJ se hallaban ya en el APC; lugar, tiempo y forma de los actos procesales; notificaciones; impulso y constancia procesales, reconociendo su verdadero carácter de normas procesales.

Las «resoluciones judiciales» (Base 76) son actos procesales, a regular

(528) Cfr. en el *Cuaderno Informativo* cit., pág. 2.

(529) Cfr. el texto supra a la nota núm. 144, del cap. III, Parte I, de este Informe.

como tales en cuanto a su «forma y contenido» y a unificar en lo posible en la Ley Procesal general.

«La discusión, votación y fallo de los pleitos y causas» (Base 76) constituye una serie de manifestaciones procedimentales externas, a incluir igualmente en la Ley Procesal general, en lo que sean susceptibles de unificación (530).

El Título VII incluye claramente el enunciado de principios del proceso (la forma de los actos procesales, Base 74, publicidad y sus excepciones, Base 75) (531); entre ellos se halla el impulso procesal (Base 78); el hecho de que en estas actuaciones intervenga el Juez o Tribunal no significa por ello que se trate de disposiciones orgánicas.

Pero el Título VII del ALOJ, dentro del modestísimo papel que denuncia su Base 70, no alcanza ni siquiera a incluir normas procedimentales que se hallan en el mismo; así se excluye lo referente al procedimiento en materia de recusación (que se halla en la Base 59, en la que se confiesa la necesidad de «un régimen común para todos los órdenes procesales»); y lo concerniente a los procedimientos para la exacción de la responsabilidad de los Jueces (que se halla en las Bases 63 y en la 47, Cfr. el comentario a las mismas, supra). Esto es, se trata de materias que bien deben remitirse a la Ley Procesal general o bien a las especiales para cada orden.

Por el contrario, recoge otras normas que pueden quedar en la LO; la Base 81 («De la forma de la actividad de gobierno de los órganos judiciales») debe hallarse en la misma, pero formando parte del Título correspondiente al «Gobierno y administración interna de la organización judicial», como propusimos (Cfr. la sistemática propuesta, en el Cap. V, Parte I,

Y, finalmente, la Base 82, «De la ejecución de la Ley», nada tiene que ver con el epígrafe del Título VII, ya que la «ejecución de la ley» tal como se la prevé, no es una «actuación judicial».

Todo este desorden no está suficientemente justificado en la Base 70,

(530) Recordemos, a este efecto, el diferente rumbo que toma la regulación de las discordias según la actual de la Lec. y de la Lecrim.

(531) Cfr. desde Hellwig (*System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1912, pág. 385 y ss., pasando por Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 7.^a ed., Munich-Berlín, 1956, pág. 228 y ss., hasta Bruns, *Zivilprozessrecht*, Berlín-Frankfurt, 1968, pág. 108 y ss.); entre nosotros, p. ej., Guasp, *Derecho Procesal civil*, Madrid, 1956, pág. 298 y ss.; Prieto Castro, *Derecho Procesal civil*, Madrid, 1964, I, pág. 354 y ss., Miguel y Romero-Miguel y Alonso, *Derecho Procesal práctico*, 11.^a ed., Barcelona, 1967, I, pág. 196 y ss.

El principio de «publicidad» es tratado, ciertamente, en alguna Ley Orgánica (en la GVG alemana, tít. 14); mas la doctrina lo trata como principio del proceso (o del procedimiento), según los autores.

que denota cómo se intenta reparar tardíamente el error cometido al no prever y formular un A. de Ley Procesal general:

«En el Título VII se establecerán en diferentes capítulos las reglas de la actividad judicial que sean comunes a los distintos órdenes judiciales, al objeto de evitar su repetición en los Códigos procesales.»

Reiteramos lo expuesto en el Capítulo III, Parte I, de este Informe; es insatisfactoria la explicación que se da a esta intromisión de la futura LO en terrenos procesales; lo procedente, una vez que se confiesa el error cometido, es retroceder hasta el punto en el que se cometió —en el enunciado el Plan primitivo de Reforma— sin temor alguno; el trabajo hasta ahora desarrollado por pre-legisladores y críticos puede ser muy útil. Llamamos una vez más la atención sobre lo que supondría el desaprovechar la oportunidad histórica que se nos ofrece para construir un Ordenamiento Orgánico y procesal que pueda figurar muy bien por su corrección sistemática y de fondo, entre los primeros del Mundo. Los justiciables, todos, los españoles en general y la Historia, juzgarán a quienes por consideraciones de «urgencia» u otras dejen de apreciar lo que ya se ha puesto claramente ante su vista y que ellos mismos han comprendido en todo su enorme alcance.

De aquí que en este punto insistamos en lo ya expuesto supra, Capítulo III, Parte I, del Informe. Precisa recomenzar desde el principio, sin desaprovechar por ello el trabajo ya realizado y que resista a las críticas fundadas que se le han dirigido.

Pero esta conclusión no nos exime de examinar, por una parte, las Bases 70 a 82 del ALOJ, previa protesta en los términos ya expuestos reiteradamente.

Estas Bases tienen un contenido programático, limitándose en casos a un enunciado de problemas sin dar solución a los mismos (así, p. ej., la Base 72, sobre el «tiempo de la actividad judicial»); y por ello no es posible ni siquiera formular sugerencias, a no ser que pretendamos subrogarnos en el papel de la Comisión redactora.

Por ello, aún en el caso de que tales Bases se hallasen en su lugar sistemático correspondiente, merecerían el ruego de su retirada por insuficientes y vaga la cláusula general, varias veces utilizada, que remite a la legislación vigente.

Base 71. («Del lugar de la actividad judicial»). «Se destinará un capítulo a regular el lugar de la actividad judicial, disponiéndose que los órganos judiciales serán dotados por el Estado de los edificios e instalaciones correspondiente a sus altas funciones.»

Estamos de acuerdo totalmente.

«2. Se prevendrá que los actos judiciales han de realizarse en el local

del órgano judicial correspondiente, salvo que por ser más eficaces o por motivos de deferencia o de justo impedimento, apreciados discrecionalmente por el juzgador, acuerde éste que se celebren en lugar distinto.»

Vemos aparecer aquí, de modo un tanto nebuloso, el principio de la inmediatez geográfica con respecto a lugares de interés por su relación con el proceso. Admitimos las ideas de la «mayor eficacia» y del «justo impedimento».

Ahora bien, la «eficacia» debe *exigir* que el Juez se traslade a otros lugares, y sobre todo en materia penal (inspección, reconocimiento, etc.); no cabiendo en tales casos una «apreciación discrecional», sino la imposición de una obligación de trasladarse y actuar en el lugar de los hechos, poniéndose a disposición de los jueces y tribunales los medios necesarios; esta «apreciación discrecional» significa, a nuestro entender, una grave regresión en cuanto al propio contenido de la Lecrim. vigente.

En cuanto a los «motivos de deferencia», o bien se les enumera de modo prudentísimo y exhaustivo o bien nos quedamos bajo la impresión de que el ALOJ está basado en el temor reverencial, lo que de ningún modo podemos admitir. Si la «deferencia» en abstracto ha de ser una de las Bases de la nueva codificación procesal.—procesal, y no orgánica—, la debemos rechazar en bloque.

«Base 72. (Del tiempo de la actividad judicial). En otro capítulo se articularán las reglas comunes a los distintos órdenes judiciales sobre el tiempo de ejercicio de su actividad, como son las relativas a la fecha y forma de celebrarse la apertura de Tribunales en el Tribunal Supremo, los días hábiles para practicar los actos judiciales, los plazos en que han de realizarse éstos, tanto cuando se trate de actos del órgano judicial como de las partes, el modo de computar los plazos, y las consecuencias que, según los casos, se producirán para la parte que deja transcurrir los mismos, o para el personal del órgano judicial que infrinja lo dispuesto sobre ellos, todo lo cual será regulado de acuerdo en lo fundamental con las disposiciones vigentes.»

Se trata de los requisitos de tiempo de los actos procesales, y como la misma Base reconoce, de modo implícito, su lugar no está en la LO.

Por excepción, y por tratarse de un principio general constitucional de los Tribunales, ligado con las vacaciones judiciales —el año judicial y su determinación, comienzo solemne y fin—, puede incluirse en la LO lo referente al momento y ceremonia de apertura de aquéllos (532).

(532) Cfr. también lo expuesto, supra, en el cap. III, Parte I, sistemática propuesta para la Ley procesal general, tiempo de los actos procesales; y en Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 18.

«Base 73. (De la forma de la actividad judicial). 1. En un tercer capítulo serán formuladas las normas atinentes a la forma de la actividad judicial, distinguiéndose las relativas a la actividad jurisdiccional de las referentes a la actividad de gobierno de los órganos judiciales.»

Se trata de problemas diferentes; en el primer caso se trata de actos procesales y su forma —como se va a ver— y, en el segundo, de actos administrativos de gobierno de la Magistratura. Estos últimos deben quedar en el ALOJ, en el título correspondiente al gobierno y administración interna de la organización judicial; los primeros deben ser remitidos a la Ley Procesal general y, en su caso, las especialidades necesarias, a las especiales para cada orden.

«2. Con respecto a la primera, se establecerán las reglas comunes a los distintos órdenes judiciales sobre forma de los actos procesales en general, despacho, vistas, resoluciones, actos de comunicación, impulso y constancia procesales, y correcciones disciplinarias.»

Se trata, en su casi totalidad, de actos procesales, y el mismo ALOJ nos dice que deben hallarse en una Ley General—que no será la Orgánica, ciertamente—; en cuanto a las correcciones disciplinarias, nos remitimos a lo dicho sobre las Bases 63 y 47 del ALOJ, *supra*.

«Base 74. (De las normas generales sobre la forma de la actividad jurisdiccional). 1. Se hará constar que los órganos judiciales actuarán conforme a lo dispuesto en esta Ley y en los Códigos procesales, y que, cuando la forma de los actos no esté expresamente determinada por esta Ley, será la que resulte indispensable y más idónea para la finalidad perseguida.»

Después de la declaración palmaria de que se trata de normas procesales—y sólo forzándolas se las puede incluir en el ALOJ, repetimos nuestra queja—, hallamos una traducción del art. 121 del Código italiano de 1940, que allí sienta el principio de libertad de formas (con el interpolado «indispensable»); y ya fué reproducido en la Base 27-3.º del APC. Nos remitimos al comentario que con dicha ocasión hicimos (533); advirtiendo aquí que el principio de libertad de forma se va a extender, al parecer, a todos los «Códigos procesales».

La Base está, como otras compañeras, fuera de lugar (534); pero, ade-

(533) Cfr. el Informe de la Universidad de Valencia sobre el APC, en Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 152 y ss.

(534) Es cierto, sin embargo, que el problema del idioma ante los Tribunales se halla tratado en alguna LO (en la GVG alemana, título 17, §§ 184 y ss.); pero la doctrina alemana, pese al desarrollo dado por la misma a la Teoría General del proceso (recuérdense los nombres de Goldschmidt y de Sauer, entre muchos otros) no se

más, su redacción es muy defectuosa, pues, tras aludir a los «Códigos procesales» parece que el requisito de forma de los actos procesales queda reservado a «esta Ley» (a la LO), lo cual es rotundamente inadmisibile.

«2. Se consignará la necesidad de utilizar el idioma español en todos los actos procesales, ordenándose el procedimiento a seguir cuando quien deba ser oído no lo conozca o sea sordo, mudo o sordomudo, así como cuando se presenten documentos que no estén escritos en castellano.»

Se trata, una vez más, de un requisito de forma de un acto procesal, cuyo lugar no está en la LO; por lo demás parece asimilarse totalmente el «idioma español» al «castellano», lo que es inexacto (535).

«Base 75. (Del despacho y vista). 1. Se conservará en lo fundamental la ordenación vigente sobre la celebración de las actuaciones judiciales en audiencia pública, con la posibilidad de que se celebren a puerta cerrada en los casos y requisitos que se determinen.»

Se trata del principio procesal de publicidad —principio político (536)— cuyo lugar, de modo claro, no está ciertamente en el ALOJ (537).

«2. También en términos análogos a los de la ordenación vigente se regulará la forma de dar cuenta de los asuntos para el despacho, de hacerse los señalamientos, de celebrarse las vistas y audiencias, las suspensiones de las

ha preocupado excesivamente hasta hace no mucho tiempo, de la unificación legislativa procesal. Cfr. nota n.º 535 y texto de la misma.

En el sentido de esta preocupación, cfr. Bettermann, «Notwendigkeit, Möglichkeiten und Grenzen einer Angleichung der deutschen Verfahrensordnungen» en *ZZP*, 1957, pág. y ss.; Bachof, «Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit», Ponencia a la «Tagung», de Weinheim, de 1951, en *ZZP*, 1952, pág. 1 y s. y la Coponencia de Bötticher sobre el mismo tema, también en *ZZP*, 1952, pág. 44 y ss.

Cfr. También Fairén Guillén, «Ideas sobre una teoría general del Derecho Procesal», en *Rev. Der. Proc.*, Madrid, 1966, núms. II y III, passim.

Y, desde luego, el Ordenamiento alemán vigente no comprende una Ley Procesal general.

(535) Así, los escritos referentes a figuras jurídicas inexistentes en Castilla, pero reconocidas por el ordenamiento vigente en otras regiones españolas, al expresar que se refieren a tales figuras, tal y como están tipificadas (esto es, respondiendo a su concepto y denominación local o regional), lógicamente deberán comprender expresiones jurídicas no castellanas.

Cfr. sobre este problema, Fairén Guillén, «La demanda en el proceso civil español», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, pág. 456.

(536) Cfr. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal civil*, Buenos Aires, 1951, pág. 87.

(537) Cfr., p. ej., Bruns, ob cit., pág. 109 y ss.; Fairén Guillén, «Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso», en *Estudios procesales en memoria de Eduardo J. Couture*, Madrid, 1957, pág. 71 y ss., y bibl. cit.; y en *Temas del Ordenamiento procesal I.*, (en prensa), Madrid, 1969.

mismas, la actuación de los asistentes y las facultades de los Jueces y Presidentes para dirigirlas y adoptar las medidas necesarias al objeto de mantener el orden en ellas.»

Se halla aquí una verdadera mezcla: el «dar cuenta», que responde al principio de la mediación; con la preclusión y cómputo del tiempo («hacer señalamientos»); con la oralidad —«la forma de celebrarse las vistas y audiencias»— y con las expresiones de los principios oficial y dispositivo en cuanto a la intervención de Juez y partes.

Prescindiendo de lo asistemático del texto, resulta que todos los principios enunciados estarían muy bien en un Código procesal, pero no en una LO.

En cuanto a las medidas necesarias para mantener el orden, en el ALOJ no queda claro el problema de las correcciones disciplinarias en relación con la posible introducción prudente y genérica de un sistema de astringencias y aún de constricciones (538).

«Base 76. (De las resoluciones judiciales). 1. Los Juzgados y Tribunales podrán adoptar cuatro clases de resoluciones, que se denominarán acuerdos, providencias, autos y sentencias, para iguales supuestos y con análoga forma y contenido a los actualmente establecidos.»

Esta enumeración de actos procesales es más completa que lo que en el APC puede hallarse; allí se había omitido tratar de los autos, aunque en alguna Base había alusiones a los mismos (539).

La remisión a la ordenación actual es inadecuada, ya que el margen que la Lec. deja en su art. 369 es muy amplio y se presta a confusiones.

Toda la correspondiente Base debe hallarse en la Ley Procesal general, reservando posibles especialidades a los Códigos de cada orden.

«2. Asimismo, se regulará en forma semejante a la actual lo relativo a la discusión, votación y fallo de los pleitos y causas, el modo de proceder si después de la vista se imposibilita algún Magistrado, la posibilidad de formular votos reservados y el modo de dirimir las discordias.»

Estamos de acuerdo con el contenido de este párrafo, pero no con su lugar, que no debe ser el ALOJ, sino la Ley Procesal general, con las especialidades que correspondan —recordemos la diferencia en cuanto a las discordias en lo penal—.

«Base 77. (De los actos de comunicación). 1. Los actos de comunicación, actualmente previstos, de los órganos judiciales con las partes y las demás personas a quienes puedan afectar, serán unificados revistiendo todos

(538) A ello nos referíamos en *Sugerencias*, cit., pág. 159 y ss. y 119 y ss.

(539) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, pág. 206.

la forma de notificaciones, si bien aquellas en que se ordene la citación o comparecencia, o se exija o requiera determinada conducta de alguna persona, se redactará de modo que ésta quede instruida de la conducta ordenada y de los perjuicios o apercibimientos consiguientes.»

«2. Se regulará el tiempo en que han de efectuarse, la forma de hacerlas según los casos, el personal encargado de ello y los efectos de las faltas o irregularidades de las mismas, en términos análogos a los prevenidos en las leyes procesales vigentes.»

«3. Se precisarán los casos en que las notificaciones han de realizarse en propias manos, en el domicilio, en el lugar de trabajo y por edictos. Se introducirán las notificaciones por correo, telégrafo, radiodifusión o cualquiera otro medio que ofrezca suficiente garantía. Y se establecerán las normas adecuadas para que las que hayan de hacerse a destinatarios que exijan un régimen especial —Estado, personas jurídicas, entidades que no tengan personalidad jurídica, militares, funcionarios, etc.—»

Materia procesal y no orgánica, luego fuera de lugar en el ALOJ.

Si se trata de evitar repeticiones, hay que eliminar la Base 33 del APC (a la que no se le dió el carácter de «eventual» en vista del contenido de otro A.).

Ha desaparecido —lo vemos con agrado— la alusión a la regulación de tales medios «por disposiciones administrativas» que motivó nuestra protesta sobre la Base 33 del APC (540).

Una vez más se pone aquí de manifiesto lo tardío e insuficiente del Título VII del ALOJ, incluso para evitar repeticiones de normas, ya que la Base 33 del APC no queda excluida explícitamente, planteándose dudas sobre su «derogación» (?).

«Base 78. (Del impulso procesal). El principio del impulso oficial actualmente vigente será mantenido, a cuyo efecto se prevendrá que realizado un acto o transcurrido el término o plazo para llevarlo a cabo, se mandará de oficio seguir el curso del procedimiento, ordenándose, en su caso, la devolución o recogida de los autos de la parte a quien se la hubieren entregado, con los apercibimientos o sanciones que procedan.»

Se trata de un principio procesal, aquí fuera de lugar; y de un desarrollo de la Base 30 del APC, a cuyo comentario remitimos (541).

«Base 79. (De la constancia procesal). 1. La constancia o documentación procesal, como función del Secretario del Juzgado o Tribunal, se llevará a efecto mediante la incorporación de los documentos producidos fuera

(540) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 157 y ss.

(541) Cfr. Fairén Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 155 y ss.

del proceso, y la constatación escrita literal o en extracto suficiente, según los casos de los hechos, actos o datos oportunos que en el proceso se produzcan.»

«2. Será realizada por medio de notas, diligencias y actas, de forma análoga a la utilizada en la ordenación vigente, aunque se fijará con más precisión cuando haya de utilizarse cada uno de ellos.»

«3. En términos análogos también a los actuales se regulará lo relativo a las copias de los escritos que se presenten, entrega de ellos a las otras partes, posibilidad de expedir certificaciones o testimonios, desglose de documentos, entrega de los autos originales a las partes cuando proceda, y asiento de los procesos en los correspondientes libros de registro. La Ley establecerá los requisitos para la validez de las fotocopias y cualesquiera otro medio de reproducción.»

Todo ello, mejor redactado, debe ir a la Ley Procesal general.

Se ha desarrollado la Base 34 del APC (¿Queda en «vigor» o no?); vemos con agrado que se ha suprimido la improcedente alusión —improcedente en un A. de Ley de Bases— al problema de los «medios para resolver la posible contradicción entre originales y copias» (542).

«Base 80. (De las correcciones disciplinarias). 1. Se tratarán aquí las correcciones disciplinarias que de oficio o a excitación del Ministerio Fiscal, pueden imponer los Jueces y Tribunales que estén conociendo de un proceso a los funcionarios judiciales, secretarios, oficiales auxiliares, agentes, a los abogados y procuradores, a las partes y a las personas que asistan o intervengan en los procesos, por faltas que en éstos se cometan.»

«2. Su regulación será, en esencia, como la actual, tanto en lo referente a las faltas que la originan como a las sanciones o correcciones, forma de imponerlas, efectos de las mismas y recursos utilizables contra ellas.»

Ya nos mostramos en desacuerdo con la Base 35 del APC sobre el mismo tema, indicando la conveniencia de introducir una disciplina general de las astringencias y constricciones que, por otra parte, se hallan, aunque dispersas y fragmentariamente, en el Ordenamiento vigente.

Esta Base tampoco se halla en el lugar que le corresponde; en cuanto a la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios judiciales y su exacción, nos remitimos al comentario a las Bases 63 y 47 del ALOJ, supra.

«Base 81. (De la forma de la actividad de gobierno de los órganos judiciales). Finalmente, se ocupará la Ley de la forma relativa al gobierno de los órganos judiciales, en cuya ordenación —análoga en esencia a la vigente— se recogerá la parte fundamental de las normas referentes a las

(542) Cfr. Fairén y Guillén, *Sugerencias*, cit., pág. 158 y s.

reuniones que han de celebrar los órganos colegiados de gobierno, miembros que han de concurrir para considerarlos válidamente constituidos, citación de los mismos y, en su caso, del Ministerio Fiscal, y resoluciones que pueden adoptar, estableciéndose que todo lo referente a la manera de discutir y votar, a los libros de actas y de votos reservados, a las funciones del Secretario y a los demás que sea pertinente al efecto se regulará reglamentariamente oída la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.»

Ya expusimos, en la I Parte de este trabajo, Capítulo VI, que, a nuestro juicio, todo lo referente al gobierno de los Tribunales debe estar sistemáticamente separado de su integración y funcionamiento jurisdiccionales.

Por ello las Bases del Título III del ALOJ (30 a 39) debe integrarse con ésta, núm. 81, en un Título, que según nuestras ideas debería figurar como el número XI de la Ley; y de tal modo que, tras fijar la constitución de cada organismo del gobierno de los Tribunales, se determinen sus atribuciones de funcionar.

Damos por reproducidos aquí los comentarios a las Bases 30 a 39 del ALOJ; y expresamos —una vez más— nuestra sorpresa de que esta Base 81 aparezca en un Título consagrado, según la Base 70, a «las actuaciones judiciales», ya que las relacionadas en aquélla no son judiciales, sino administrativas.

«Base 82. (De la ejecución de la Ley). Se autoriza al Gobierno para que, a la aparición del texto articulado de la Ley Orgánica de la Justicia, dicte las disposiciones precisas para su ejecución y en especial las que se refieran a:

1.º La forma en que han de integrarse en los órganos judiciales determinados por esta Ley, las funciones jurisdiccionales que actualmente tienen atribuidas diversos organismos y Tribunales especiales.

2.º La distribución de asuntos pendientes de resolución definitiva, entre los diversos órganos judiciales, cuya competencia resulte modificada por la Ley.

3.º La composición de las Salas y secciones del Tribunal Supremo y de los demás órganos judiciales que haya sido variada por este texto legal.

4.º La ordenación del personal que ejerce sus funciones en las Magistraturas y en el Tribunal Central de Trabajo, en cuanto resulte modificada.

5.º La supresión de los Juzgados Municipales y Comarcales, cuyas funciones serán asumidas por los Juzgados de Distrito de 1.ª y 2.ª categoría, que serán servidos respectivamente por los actuales Jueces Municipales y Comarcales, quienes pasarán a integrar el Cuerpo de Jueces de Distrito.

6.º Las medidas para llevar a cabo la consecuente demarcación judicial.

7.º La reordenación o supresión, en su caso, de los órganos y Colegios cuyas funciones hayan sido alteradas y resulten innecesarios o prohibidos por la Ley.

8.º Las demás medidas que se deriven de la Ley y sean precisas para su ejecución, a fin de lograr con la mayor urgencia la unidad jurisdiccional y la simplificación y eficacia del servicio.»

Se recogen, pues, en esta Base —que tampoco se centra bajo el epígrafe del Título VII del ALOJ, por no tratarse de «actividades judiciales»— una serie de disposiciones derogatorias y de reorganización —transitorias— bajo una delegación genérica que nos hace pensar en que ese «artículo de la Ley» va a ser muy amplio y poco concreto. Nos remitimos al comentario desfavorable que hicimos en el Capítulo VI, Parte I, de este Informe. Una Ley Orgánica debe ser exhaustiva y clara, huyendo de cláusulas generales y de conceptos abstractos; y al final de la misma, en disposiciones derogatorias y transitorias, hallarse todo lo necesario para su aplicación, sin necesidad de acudir a delegaciones.

Sin perjuicio de mostrar explícitamente nuestro desacuerdo en cuanto a lo referente al Tribunal Central de Trabajo (que debe desaparecer) y a los Juzgados de Distrito (que no deben aparecer), insistimos en que esta Base, que prevé, sin motivo alguno, la vaguedad del articulado de la futura LO e incluso puede suponer lagunas en el mismo, debe ser totalmente retirada.

Sólo en cuanto a puntos de mero detalle deberá poderse acudir a normativas de rango inferior a la Ley; pero en la preparación de las mismas debe desempeñar un papel fundamental el organismo superior de gobierno de la propia ordenación judicial. Recuérdese lo apuntado sobre la constitución y atribuciones del Consejo Judicial.

CONCLUSIONES

1. La Base adicional propuesta por el Ministerio de Trabajo, de alcance orgánico y procesal, vaga en su redacción, supone el deseo de conservar una Jurisdicción especial clasista, contraria al principio de la Jurisdicción única como emanación de la Soberanía del Estado.

Su motivación debe hallarse en el defectuoso funcionamiento actual de la Jurisdicción ordinaria, que es precisamente lo que se trata de eliminar.

Los principios que determinados autores consideran como específicos y distintivos del proceso de trabajo corresponden, en realidad, a un sistema general, y hallamos en la actualidad aplicaciones de los mismos en otros órdenes procesales que dichos autores, en su anhelo progresista, consideran al parecer como imposibles de ser puestos al nivel moderno del laboral, el cual, a su vez, no puede evitar el ser descendiente del proceso civil. Con la modernización de éste, que debe alcanzarse a través de una buena reforma a fondo, y la creación de una Ley Procesal general, como se propuso, al frente de los Códigos o leyes procesales especiales, el proceso de trabajo debe quedar reducido a una serie de especialidades que, a su vez, corresponden a una simple especialización de dicha doctrina general.

Las especialidades del Derecho Laboral sustancial no predicen la creación o la subsistencia de una Jurisdicción especial, y sí solamente la del personal judicial especializado, lo mismo que se arguye la especialización de los Jueces y Tribunales penales, administrativos y civiles, pero constituidos en simples órdenes, formados en el seno de una Jurisdicción única.

En la ordenación del proceso de trabajo debe prescindirse, como en los demás órdenes, de consideraciones políticas.

Los problemas políticos y económicos que aparezcan en la esfera laboral no deben ser nunca encomendados a los Tribunales, so pena de politificarlos.

El proceso y los Tribunales de trabajo deben ser asimilados, en orden

a la garantía que las dos instancias suponen, a los demás órdenes, creándose una verdadera apelación en esta materia ante Salas específicas de las Audiencias Territoriales, desapareciendo el Tribunal Central de Trabajo, de origen claramente político, sin que se creen ni uno ni varios de este extraño tipo.

Los Tribunales consagrados al orden laboral, nutridos de elementos personales pertenecientes a una Carrera única, deben integrarse administrativamente, junto con los demás, en el Ministerio de Justicia, desapareciendo toda ingerencia del de Trabajo.

La Base o enmienda propuesta por el Ministerio de Trabajo debe ser desatendida.

2. El problema fundamental de la especialización de los Jueces a efectos de su adscripción a uno de los cuatro órdenes judiciales previstos por el ALOJ, no está resuelto en éste, a pesar de su enorme trascendencia.

Siendo única la Carrera judicial y único el medio técnico de ingresar en ella, la Base 55 no aclara el pase, la «adscripción» de los Jueces a cada uno de los órdenes correspondientes, con la gravedad inherente al problema del momento de arranque de su especialización y al de los sistemas para cubrir vacantes en los Tribunales, incluido el Tribunal Supremo (Base 52).

La especialización de los Jueces, siendo materia fundamental, debe quedar claramente planificada en el ALOJ, retirándose o reformándose las Bases en que el mismo aparecen (que son muchas) de modo y con origen inexplicablemente vago.

3. El ALOJ contiene un Título VII en el que se hallan normas procesales, cuyo lugar de impostación es incorrecto.

En su tiempo y al informar sobre el APC expresamos nuestra opinión de que el Cuerpo Orgánico y Procesal debería integrarse, bajo un proceso constitucional, por una Ley Orgánica del Poder (o función) judicial, por una Ley Procesal general en la que se unificasen o uniformasen las instituciones procesales susceptibles de serlo, según la doctrina moderna ya aceptada por alguna legislación positiva; de tantas leyes (o códigos) procesales especiales cuantos órdenes previstos (los cuatro, civil, laboral, concencioso-administrativo y penal y de seguridad); conectando la Ley procesal civil con la Concursal y con la Hipotecaria; de una Ley de Arbitraje. Y como apéndice, de una Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Advertimos, al informar sobre el APP, que esta idea se abría camino parcialmente y denunciábamos el peligro de que el contenido de lo que debía ser una Ley procesal general fuera incluido en la Orgánica, como abusivo y erróneo. Y esto es lo sucedido.

El Plan de Reforma no preveía dicha Ley Procesal general. Y sugerida esta idea durante su desarrollo, en lugar de adoptarse la solución correcta, esto es, la de volver atrás y adoptar el por nosotros propuesto, se ha dejado a esa «Ley Procesal general» —con contenido que no agota ni mucho menos la materia que puede y debe ser unificada o uniformada— como una especie de apéndice en el ALOJ, tratándose de obtener el modesto objetivo de evitar repeticiones de normas procesales, pero no intentando alcanzar el más ambicioso, pero posible y al alcance de nuestra doctrina, de dar plasticidad legal a la unificación o uniformación de los procesos españoles en cuanto a aquellas materias que son susceptibles de los mismos, y que en nuestro informe sobre el APC señalábamos.

Con ello, con esta adopción parcial del plan que proponíamos, no se logra sino la finalidad incorrecta de extender una Ley Orgánica a materias procesales, sin evitar por ello duplicidades normativas en los proyectados Códigos, ni graves lagunas.

La solución correcta a adoptar se halla en tornar a desarrollar un plan como el que proponíamos, por completo, «ab initio», sin despreciar por ello el trabajo ya realizado y que se considere aceptable según el tenor de los A. y de la crítica formulada a los mismos. Para ello es primordial, como también propusimos, el examen en primer lugar del ALOJ, siguiéndose por el de la futura Ley Procesal general; que de ningún modo, so pretexto de que se trate de «actividades jurisdiccionales», puedan ser atraídas normas procesales clarísimas al seno de una Ley Orgánica.

El no seguir el Plan que indicamos en nuestro informe sobre el APC significará, a nuestro entender, el no comprender que nos hallamos ante una ocasión histórica excelente para lograr un Cuerpo legal, Orgánico y Procesal que se halle al nivel, si no sobrepase a los más adelantados del mundo.

4. Tanto la futura organización judicial como las procesales, se hallan afectadas por la necesidad de que se reintroduzca en España un proceso cautelar rápido que sirva como mejor garantía al derecho público subjetivo individual de libertad personal, siendo insuficientes el contencioso-administrativo de un lado y el penal de condena del otro, específicamente en la lucha contra las detenciones ilegales.

Este proceso, siguiendo ilustres antecedentes históricos patrios, debe ser el de manifestación de personas frente a abusos de las autoridades, como ya propusimos desde 1961 y en el informe sobre el APP especialmente, pensando en él, naturalmente, en la LO cuando se trate de las atribuciones de los Tribunales y del MF.

5. Pese a que estimamos que la Jurisdicción voluntaria debe hallarse contenida en Ley aparte, es necesario aludir expresamente a ella en la Base 2.^a del ALOJ; y lo mismo debe aclararse el problema de si la Jurisdicción de Menores ha de ser legalmente entendida como tal o como integrante de la administración: o como un «tertius genus».

6. El ALOJ ha olvidado tratar de los Abogados del Estado, que si actualmente desempeñan papeles de importancia en el proceso, en el futuro, y según exponemos con motivo del comentario a la Base 68 («Del Ministerio Fiscal»), y previa y necesaria reforma fundamental del Cuerpo ahora existente, estarían destinados a sustituir en muchas de sus actuales actividades al MF.

7. El ALOJ debe tratar, entre otras cuestiones, de la composición del Consejo Fiscal, vistas sus atribuciones en relación con las propuestas para cubrir los puestos de Magistrados del Tribunal Supremo; y habida cuenta de lo que exponemos sobre el Ministerio Fiscal, infra, en comentario a la Base 68.

8. El ALOJ no regula la Inspección de Tribunales, a la que solamente se halla una alusión genérica en su Base 34.

9. En el sistema del ALOJ no se halla suficientemente destacada la idea fundamental de la independencia judicial por razón de la propia organización, ni tampoco la de su máxima garantía, la de la inamovilidad, por lo que se estima preferible separar las garantías de la independencia en dos Capítulos (precedidos de otro, de disposiciones comunes): las del nombramiento y ascensos de los jueces y las de su independencia como organización. El principio de la independencia de la función jurisdiccional debe quedar en el Título Preliminar de la LO.

De otro lado, la función de autogobierno y administrativa de los Tribunales, por no ser jurisdiccional, debe ser expuesta una vez totalmente terminado el tratamiento de ésta; además el «gobierno y administración» afectan no sólo a los Jueces y Tribunales, sino a todos los participantes de la función —personal auxiliar—, excepto a aquellos que deben conservar un gobierno interno propio: abogados, procuradores, Ministerio Fiscal. Por ello, lo correspondiente al gobierno y administración de la organización judicial debe hallarse al final de la LO.

De tales consideraciones ha surgido la sistemática que en concreto proponemos en el Capítulo V, Parte I, de este informe.

En cuanto al Título VII del ALOJ debe ser suprimido y pasar a formar parte de la Ley Procesal general por nosotros propuesta en el Informe sobre el APC y en el Capítulo II, Parte I del presente, al cual y al examen de las Bases 70 y ss. del ALOJ nos remitimos.

10. Rechazamos, por muy peligrosas, las cláusulas generales y conceptos de amplitud indeterminada que aparecen en el ALOJ, así como las autorizaciones en blanco no menos arriesgadas. Y especialmente si se trata de desarrollar en el futuro las Bases, por Decretos u otras disposiciones de rango inferior. El articulado de la futura Ley de Bases, debe ser totalmente desarrollado por ley, sin delegación alguna bajo ningún pretexto.

11. La expresión «justicia», que aparece en el título de las Bases, se utiliza de modo incorrecto; la Justicia no es una función ni una organización; se «hace», se «administra», se «realiza». Y no se reforma «la Justicia» sino sus órganos de administración y los medios de hacerla. Expresiones como «carácter independiente de la Justicia», «exclusividad de la Justicia» y otras, deben ser sustituidas por las correctas.

12. El preámbulo a las Bases del ALOJ trata de justificar el Título VII del mismo («De la actividad jurisdiccional») poniendo de relieve la necesidad de «revisar las disposiciones que regulan los procedimientos de los órdenes judiciales que dicha Ley establece», esto es, de justificar la intromisión de la futura LO en materias procesales.

Lo que procede es volver atrás y «revisar» y rehacer los A. procesales, formulando como primero, uno de Ley Procesal general y valorando la crítica a los mismos, desfavorable, sin excluir la necesidad de que el proceso para imponer medios de seguridad sea separado del penal, con una Parte general introductiva de ambos.

Con la inclusión del Título VII de la futura LO se produce el absurdo de que la «Ley Procesal general» se halla, no ante los Códigos o leyes correspondientes a cada orden procesal, sino «a las resultas», por ser recogida al final de un A. elaborado, como éste, el último y no el primero, como se pedía, y que no es procesal, sino orgánico.

Lo que procede, vista además la crítica a los A. procesales, no es «revisar» sino «recomenzar» la labor por el ALOJ, siguiendo por el A. de Ley Procesal general, en la que no pensaron los planificadores cuando elaboraron el Plan de Reforma e iniciaron las redacciones.

Todas las leyes que integren el Ordenamiento Orgánico y procesal, deberán tener una «vacatio» amplia una vez promulgadas.

13. Advertimos con satisfacción que en la Base 2.^a del ALOJ se han respetado los elementos básicos de la excelente definición que la vigente LOPJ da de la función jurisdiccional, definición ya aparecida en Constituciones españolas anteriores a 1870.

Pero esta definición es incompleta, precisando que se refuerce la idea de «mandar ejecutar», sobre todo, a fin de incrementar la importancia de los procesos ejecutivos penal y de seguridad y a efectos de excluir exhaustivamente las posibilidades de autoridades no jurisdiccionales de no ejecutar, novar o suspender inconsideradamente la ejecución de las sentencias de los Tribunales.

Procede igualmente hacer constar la inmutabilidad de las sentencias judiciales, como característica frente a los actos administrativos, así como las únicas exclusiones a este principio, en materias penal y de seguridad.

Igualmente procede hacer constar la potestad cautelar de la Jurisdicción; el proceso cautelar ha sido inadecuadamente preterido en el APC y aún en el APP. Estimamos que, habiendo tres tipos generales de proceso (declarativo, ejecutivo y cautelar), la definición de la función jurisdiccional debe comprender las tres actividades.

14. La Base 2.^a del ALOJ se refiere a cuatro órdenes judiciales (civil, penal, contencioso-administrativo y laboral) y demás que establezcan las leyes; lo mismo se hace en la Base 4.^a-7.

Si no se trata de las «Jurisdicciones militar y eclesiástica», de la Jurisdicción voluntaria, de la de Menores —si se la considerase como tal— de algún fenómeno derivado de Tratados internacionales, y, a lo sumo, de una manifestación específica de la Jurisdicción en materia de peligrosidad, esta frase «y demás que establezcan las leyes», reiterada en el ALOJ, es atentatoria contra el principio de la exhaustividad de las manifestaciones de la función jurisdiccional y, por lo tanto, contra la propia esencia y contenido del ALOJ. O solamente existen los órdenes judiciales que expresamente se enumeran, o se piensa en crear otros más que no se expresan, y esto es inadmisibile.

Por ello, o bien se suprime dicha frase, de oscura reserva, o se pide la retirada de *todo* el ALOJ; he aquí a qué nos conduce el uso de cláusulas generales.

15. En relación con el texto de la Base 2.^a-2 deben conservarse los actuales artículos 4 y 6 de la vigente LOPJ.

16. Procede dar mayor extensión, dada su trascendencia, al tratamiento de la inamovilidad como garantía de la independencia judicial.

17. Procede aclarar la alusión al «carácter formal del ejercicio de la función judicial», que puede dar lugar a dudas que alcancen incluso al efecto de cosa juzgada y aún al concepto de «doctrina legal» del TS, que debe subsistir como tal, aclarándose su sentido de fuente.

18. Los «organismos, autoridades, funcionarios», no han de tener un «deber», sino una «obligación» de auxiliar a los Tribunales.

19. Los principios políticos y técnicos que informan el Ordenamiento orgánico y procesal deben ser enunciados de modo concentrado y sistemático.

20. Los principios que integran la esencia de la Jurisdicción deben ser amparados por un sistema de recursos, cuya clave debe hallarse en una correcta ordenación de los mismos ante el TS en sus diversas Salas.

21. En la Base 4.^a aparecen los cuatro órdenes judiciales; no se ha pensado (como no se pensó en el APP y por ello se solicitaba su retirada o reforma) en el proceso de seguridad o por peligrosidad, diferente del penal.

El ALOJ deja en laguna, en diversos lugares, el cómo y el cuándo se organizan los cuatro órdenes judiciales, fijándose sólo en las consecuencias de la «adscripción» de personal a cada uno de ellos. Debe colmarse esta grave laguna, en la que se halla una de las claves del éxito de la futura ordenación judicial.

22. Si se insiste, como lo hace el ALOJ, en aludir a ignorados «demás (órdenes judiciales) que establezcan las leyes» (Base 4.^a-7), sin explicar exhaustivamente cuál sea el contenido de esta cláusula general que amenaza con abrir la puerta a nuevas «jurisdicciones», insistiremos en que la totalidad de dicho ALOJ, así desvirtuado en su esencia, sea retirada.

23. La Base 5.^a del ALOJ, alusiva al tratamiento procesal de las normas sobre jurisdicción, tiene diferente redacción de la 7.^a del APC, que no fue declarada «eventual», lo cual muestra la desorganización en el desarrollo del plan de reforma.

24. La Base 6.^a del ALOJ, al no exponer cuál será la «excepción» —caso de— en la que cada orden judicial podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente, es vaga en dicho punto, que debe ser reformado o retirado.

25. Se plantea el problema de si las Bases 4 a 11 del APP, declaradas «eventuales», a las resultas del ALOJ, deben ser estimadas como complementarias de las correspondientes de éste. Problema consecuente al desorden con que el plan de reforma se viene desarrollando.

Si así fuere, y en consecuencia subsistiera el monopolio del MF para promover prejudicialmente cuestiones de estado civil, previsto por la Base 5.^a del APP, debemos pedir la retirada de la Base 6.^a del ALOJ; no así si se entiende que esta última ha «derogado» (?) totalmente a aquélla.

De otro lado, el tratamiento procesal de las cuestiones prejudiciales no debe hallarse en el ALOJ.

26. Conflicto análogo suscita la Base 7.^a-2 del ALOJ con respecto a las notificaciones y a la Base 32 del APC, no declarada «eventual». ¿Qué Base subsiste?

Nos reafirmamos en que estos conflictos sólo pueden resolverse recomenzando el trabajo pre-legislativo desde el principio, de modo realmente coordinado y contando con una Ley Procesal general en la que —con respecto a este punto en concreto— se hallaría el desarrollo del concepto orgánico del «auxilio a la Justicia».

Ya desde aquí solicitamos que la Base 77 del ALOJ sea incluida en dicha Ley Procesal general.

27. La Base 7.^a-5 del ALOJ («extradición») constituye una nueva invasión del ordenamiento procesal por parte de éste; esta Base y número deben hallarse en el APP (y allí se consagraba como Base (la 7-3.^o) «eventual» al problema).

Pero, además, se ratifica en el ALOJ la posición de atribuir al MF el monopolio para promover la petición de la extradición por los Tribunales, lo cual ya estimamos inadmisibles al informar sobre el APP; la extradición del no condenado es una medida cautelar destinada a evitar que una acusación caiga en el vacío. Si se respeta —así lo consideramos necesario— la «acción penal popular», la legitimación para solicitar de los Tribunales que éstos pidan una extradición debe extenderse a todas las partes penales activas.

Esta Base y número deben ser retirados en cuanto al citado monopolio del MF.

28. La Base 7.^a-6 del ALOJ hace pensar —una vez más— en la 7-4 del APP, declarada «eventual», ya que ésta atribuía al MF el monopolio de la legitimación para pedir el reconocimiento de las sentencias extranjeras. Este requisito fue protestado por nosotros al informar sobre el APP y ve-

mos con satisfacción que ha desaparecido del ALOJ. Seguimos protestando, eventualmente, por si la Base 7.^a-4 del APP no quedase totalmente descartada por la 7.^a-5 del ALOJ.

El procedimiento para el reconocimiento no corresponde al ALOJ, sino a los códigos o leyes procesales y con preferencia al general. El «exequatur», a las leyes procesales especiales, dada su problemática.

29. La Base 8-1 del ALOJ produce el temor de que la Jurisdicción quede en posición de igualdad ante órganos no jurisdiccionales.

30. En cuanto a la Base 9.^a del ALOJ, el procedimiento para resolver las cuestiones de competencia entre órganos de los diversos órdenes judiciales, debe regularse en la Ley Procesal general.

Debe arbitrarse, con la excepción de las especialidades estrictamente necesarias, un procedimiento único para resolver las cuestiones de competencia entre órganos del mismo orden judicial; este procedimiento debe hallarse en la Ley Procesal general.

Por lo demás, el enunciado de la posibilidad de que aparezcan conflictos de competencia entre los diversos Tribunales tiene su lugar sistemático después de exponer la competencia propia de cada uno de ellos (Cfr. la sistemática propuesta en el Cap. V, Parte I, de este Informe).

31. La Base 11 del ALOJ, que comienza a proporcionarnos los graves problemas derivados de la planta de los Tribunales; la hemos conectado con otras posteriores que aluden a la planta, composición y competencia de los mismos.

Debe suprimirse el Tribunal Central de Trabajo; y no deben crearse ni uno ni varios de este extraño tipo.

A la vista de la competencia que se le pretende atribuir por la Base 23 —y la cuestión se complica aún más si se crearen varios Tribunales Centrales— resulta ser perturbador el que conozca de la responsabilidad «civil» de los funcionarios, sustrayendo su conocimiento al orden civil; en materia contencioso-administrativa (en la que la Base 19 suprime la apelación ante el TS extralimitando el Plan de Reforma) queda ignorado, el procedimiento a seguir que corresponde regular a una ley procesal y que no está previsto como los recursos que contra sus sentencias cabrán, todo lo cual excede del Plan de Reforma, tal y como se fijó.

Si se pretende facilitar el trabajo del TS en materia administrativa, la solución no se halla en incrustar un nuevo Tribunal en la jerarquía, sino en extender el sistema de la doble instancia, de modo que aparezca la primera a nivel provincial —posiblemente confiada a Jueces contencioso-ad-

ministrativos individuales—, y la segunda a nivel territorial, ampliándose, si fuere necesario, el número de Secciones en el TS.

No se debe conceder a ningún Ministerio un Tribunal especial, como se pretendería por la Base 23-2.

En cuanto a las «crisis de trabajo», como los conflictos colectivos, sólo deben ser confiados a los Tribunales cuando sean jurídicos, pero nunca si son políticos o económicos, y no se ve la razón por la que deban ser sustraídos en aquel caso al conocimiento de los Tribunales ordinarios de Trabajo: Jueces o Magistrados de Trabajo, Salas de lo Laboral de las Audiencias Territoriales y Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo.

Por último, es inadmisibles que a ese (o a esos) proyectado Tribunal Central se le atribuya por la Base 23-3 competencia en lo penal o en cualquier otro orden judicial, pasando así, por medio de una peligrosísima cláusula general, a constituir el posible núcleo de una nueva jurisdicción especial totalmente en contradicción con el espíritu y tenor del ALOJ.

En resumen: el proyectado Tribunal Central (o Tribunales Centrales) aparecerá sin procedimientos previstos, dotado de competencia indeterminada, sin fijarse su lugar en el sistema de las instancias ni medios de impugnación. Si a ello se une el antecedente del actual Tribunal Central de Trabajo, de constitución originaria politificada, todo nos induce a pedir que sea retirado cuanto en la Base 11, 14, 23 y otras del ALOJ se refiera al Tribunal Central (y con más motivo a Tribunales Centrales), suprimiéndose, como se pidió en el Capítulo I, Parte I, de este Informe, el Tribunal Central de Trabajo y dejándose de pensar en iniciativas que conducirían al bicefalismo de la organización jurisdiccional.

32. No deben crearse «Juzgados de Distrito» como sucesores de los actuales Municipales y Comarcales.

En materia civil procede confiar la labor de los proyectados «Juzgados de Distrito» a Jueces civiles de Primera Instancia, descargados de todo trabajo en lo penal o de seguridad, incrementando su número si fuere necesario, y procediendo a su racional distribución geográfica, sin otras consideraciones que las impuestas por su propio trabajo jurisdiccional y dificultades inherentes al mismo.

En materia penal (faltas) su proyectada competencia debe ser confiada a Jueces Penales, proveyéndose a la creación, si estadísticamente fueren necesarios, de Jueces Penales de circuito, itinerantes, que podrían delegar específicamente facultades instructorias en los Jueces de Paz.

Los Jueces Penales se constituirán al nivel administrativo y jerárquico de los civiles de primera instancia.

El problema de la Justicia de Paz, limitado siempre al conocimiento de cuestiones civiles de escasa cuantía, debe ser resuelto en la misma LO.

Solicitamos desaparezcan de la Base 11 y concordantes los Juzgados de Distrito; y aparezca explícitamente en el ALOJ, sin delegación alguna, la organización y sistema competencial de los Jueces de Paz, rechazando las «Bases» que en nota se exponen.

33. En cuanto a la composición y funciones jurisdiccionales del TS, si se quiere mantener —y lo consideramos necesario— la idea de la «doctrina legal» a través de la cual se provee, entre otros objetivos, a unificar la jurisprudencia, precisa crear un organismo, una Sala especial de dicho Alto Tribunal, integrada por Magistrados de todas ellas, para resolver casos que, sin provocar exteriormente un conflicto entre dos o más órdenes judiciales, les afecten; o bien que se trate por una Sala de dictar una sentencia divergente del criterio mantenido por otra, cuando los asuntos, pese a corresponder a distinto orden judicial, tengan fondo jurídico idéntico.

34. En cuanto a la composición de las Audiencias Territoriales, rechazamos la idea, plasmada en nota en el ALOJ, según la cual se conservaría el actual Tribunal Central de Trabajo. A nuestro juicio, debe desaparecer, y su labor, que es de simple Tribunal de una apelación muy restringida, debe ser suplida con ventaja por Salas de lo Laboral de las Audiencias Territoriales.

Precisa aclarar aquí, una vez más, el problema de la adscripción de personal a las diversas Salas; y lo mismo en cuanto a las Audiencias Provinciales (Bases 15-2 y 16-2).

35. Con referencia a la Base 17, debe conectársela con la supresión de los proyectados Juzgados de Distrito; y con la creación de Jueces Penales y de Seguridad, así como con la posibilidad de dar planta individual a Juzgados provinciales contencioso-administrativos.

36. Con respecto a la Base 19, la «revisión» no es un recurso, sino una demanda impugnatoria autónoma.

La Base 26 se refiere a los procesos de «superior entidad»; y en la 19 no se dice si todos ellos —cuyos límites se fijarán por Decreto, según aquélla— darán lugar a la posibilidad de la casación.

Siempre en la Base 19 no se hace distinción entre «homologación» y «exequatur» de sentencias extranjeras.

37. Con respecto a la competencia penal del TS (Sala II del ALOJ, Base 20), queda la duda de si *todas* las sentencias dictadas por los Tribu-

nales inferiores, incluso en casos de «delitos menos graves», serán susceptibles de ser atacadas en casación. La exclusión de éstas fue formulada por la Ley de 8 de abril de 1968.

De acuerdo con la doctrina y el foro, estimamos que esta desacertada ley debe ser superada, y solicitamos que en el ALOJ quede muy claro que el recurso de casación se abre contra *todas* las sentencias dictadas sobre delitos, sean «graves» o «menos graves».

Debe comprenderse en la enumeración de las atribuciones competenciales de esta Sala del TS, la de resolver procesos de manifestación, en su caso.

38. Con referencia a la competencia del TS (Sala III del ALOJ) en lo contencioso-administrativo, se desprende del juego de remisiones de la Base 21 a la 19, que va a desaparecer el recurso de apelación de la vigente Ley, con todas las más vastas garantías que con ventaja sobre la casación supone. Este recurso ante el TS debe subsistir y ser reformada la Base 21.

En cuanto al número 2 de esta Base, recuérdese que hemos propuesto y mantenemos la eliminación del Tribunal Central previsto por el ALOJ.

La Sala de lo contencioso-administrativo del TS deberá funcionar en varias Secciones.

Es un acierto incluir a todos los Tribunales de lo contencioso-administrativo en el ALOJ.

39. En cuanto a la Base 22 y Sala de lo Social del TS, su número 2 parece conceder al Ministerio de Trabajo el privilegio de que sólo cuando una *Ley* lo establezca conocerá dicha Sala de los recursos contra sus disposiciones generales y actos. Esta excepción a la regla debe suprimirse.

40. Base 23. Debe desaparecer todo lo referente al Tribunal Central de Trabajo y no crearse uno o varios, naturalmente. Un ALOJ en que éste o estos nuevos Tribunales aparezcan no podemos aceptarlo, por las razones expuestas.

41. En la Base 24, al tratar de la competencia de las Salas de lo civil de las Audiencias Territoriales en apelación, y en relación con la Base 26, se registra un viraje terminológico de importancia («procesos de superior entidad») en divergencia con el APC en su Base 57. Precisa una revisión total de esta cuestión, y de la muy semejante, planteada por el núm. 2 de dicha Base («procesos de inferior cuantía») en relación con la Base 27.

42. Con respecto a la competencia de las Bases de lo Criminal de las Audiencias Territoriales (núm. 3, Base 24) la distinción entre «delitos gra-

ves» y «delitos menos graves» (Base 25, Audiencias Provinciales) es defectuosa, ya que según las Bases 43 y 44 del APP son los primeros aquellos a los que corresponde pena *superior* a prisión o presidio menor, y los segundos cuando correspondiere pena *inferior* a las citadas, quedando por saber qué procedimiento regirá para conocer de los delitos castigados *precisamente* con la pena de presidio o prisión menor.

Esta gravísima laguna del APP ha sido recogida por el ALOJ, por lo que procede rechazar esta Base.

43. No podemos admitir que se implante un sistema penal inquisitivo, en el que, a semejanza de la Ley de 8 de abril de 1967, se confíen la dirección activa de la instrucción y la vista y fallo de asuntos penales al mismo Juez. Pedimos la retirada de cuanto en el ALOJ pueda dar entrada a esta solución, y sólo podremos admitir que un Juez único sentencie, cuando la instrucción sea confiada a otra autoridad (el MF).

44. Con respecto a la «única instancia» penal para procesos por «delitos graves» a que se refieren los números 3-1.º de la Base 24 y 2-1.º de la Base 25 del ALOJ, estimamos que debe crearse una segunda instancia ante la Sala Penal de la Audiencia Territorial, y si ésta actuare sustituyendo a la Provincial, ante otra Sala de aquélla, habilitada para conocer de dichas apelaciones.

45. Debe mantenerse la apelación contra resoluciones de los jueces instructores-sentenciadores (con la salvedad que sobre la dirección de la instrucción hicimos) dictadas durante el curso del proceso ante ellos.

46. Nueva intromisión del ALOJ en materia procesal en el núm. 4 de la Base 24-3.º y 4.º de la 25-2.º (Audiencias Provinciales): se trata de la «queja», ya inexplicablemente suprimida por el APP y que aquí reaparece mutilada, limitada a atacar la «inadmisión de la apelación», suprimiéndose así, sin explicación alguna, el más interesante recurso penal de queja, esto es, el que no tiene sujeción a plazo, de los artículos 213 y 235 Lecrim.

Se rechazan estos números, como la omisión de la queja en el APP (nueva muestra de fundamental falta de coordinación entre los A) y se pide la conservación de los recursos de queja en su totalidad, debidamente ordenados, lo cual no supone ninguna dificultad.

47. Al tratar de la competencia de Audiencias Territoriales (Sala Penal) y Provinciales (ídem) debe contarse con la referente al proceso de manifestación en sus casos correspondientes.

48. En el núm. 7 de la Base 24-3 hay una antinomia con la Base 34 del APP, que encomienda las «diligencias previas» al MF.

49. Estamos conformes con la Base 24-4.º, sobre la creación de Salas de lo Contencioso-administrativo en las Audiencias Territoriales, como habíamos propugnado.

Mas debe considerarse la oportunidad de crear Jueces provinciales de esta orden, a quienes confiar la primera instancia de los recursos dirigidos contra acuerdos o normas dictadas por los Municipios, con una segunda instancia ante las Salas contencioso-administrativas de las Audiencias Territoriales y, según una determinada «summa gravaminis», una casación ante el TS, que entonces sí que actuará según lo previsto en la Base 21 del ALOJ.

El núm. 3 de la Base 34-4.º debe suprimirse, por referirse al Tribunal Central.

50. Estamos de acuerdo con la creación de Salas de lo Laboral en las Audiencias Territoriales (Base 24-5.º) y en total desacuerdo con la «variante» propuesta, de conservar el Tribunal Central de Trabajo, que debe desaparecer.

51. Estamos de acuerdo con la creación de Salas de lo Civil en las Audiencias Provinciales; mas debe contarse con que opinamos contra la creación de «Juzgados de Distrito», de modo que las apelaciones civiles podrían distribuirse entre las Audiencias Territoriales y Provinciales, siguiendo criterios de cuantía y de especialidad del objeto.

52. Advertimos en la Base 26 que no se cita a los Juzgados Penales de que ya hablaba el APP; dentro de ellos deberá existir especialización para dirigir el proceso por peligrosidad, casi totalmente olvidado en el APP y en el ALOJ, y al cual ya opinamos que debe consagrarse totalmente una de las tres partes de que conste el Código o Ley procesal especial penal y de seguridad (Parte general, proceso represivo y proceso preventivo).

Anotemos una vez más la laguna del ALOJ sobre la especialización de los Jueces.

53. Las Bases 26 y 27 hacen aparecer a los procesos civiles de «superior entidad» y de «inferior cuantía», a fijar por Decreto, confiando los primeros a los Jueces de Primera Instancia y los segundos a los Jueces de Distrito.

Ya opinamos sobre la no creación de éstos en la Base 11.

La terminología del ALOJ es diferente de la del APC (juicios declarativo ordinario, acelerado y urgente).

Ya opinamos sobre la necesidad de reformar totalmente el Libro II del APC (o de retirarlo).

El ALOJ, por su parte, deja en blanco el problema de la amplitud del recurso de casación con respecto a los juicios civiles (Base 19-2); y no sabemos si los juicios de «superior entidad» y de «inferior cuantía» del mismo se identifican o no con los tipos propuestos en el APC.

Por esta serie de circunstancias la Base 26 del ALOJ debe ser retirada.

54. Se habla en la Base 26 de la «apelación de los juicios verbales competencia de los Jueces de Distrito»; la Base 27 (que debe ser totalmente retirada, ya que postulamos la no creación de los Juzgados de Distrito) no hace referencia a tales «juicios verbales».

55. Con respecto a la competencia penal de los Juzgados de primera instancia, aparte la grave omisión de los Juzgados Penales y de seguridad, a los cuales deben atribuirse *todas* las correspondientes materias (otro motivo más para pedir que esta Base sea retirada), sólo podremos estar de acuerdo con un sistema de instancia desarrollada ante un único Juez, en la que éste ceda el papel activo de la instrucción a otra autoridad —el MF— para no transformarse en Juez-inquisidor.

De no aceptarse esta idea, nuestra alternativa es la de tornar al sistema de bipartición de la primera instancia, entre un Juez instructor y un Tribunal para la vista y fallo de los asuntos.

Entre los Jueces penales y de seguridad, a su vez debe haberlos especializados para la dirección de la ejecución de penas y medidas de seguridad.

Todo ello queda confusamente expuesto en la Base 26 del ALOJ, en el que no aparece tan claramente como debiera, un orden judicial de Jueces Penales; recordemos también nuestra propuesta (Base 11) sobre posibles Jueces itinerantes, de circuito.

56. Estamos conformes con la reaparición de las Magistraturas de Trabajo en primera instancia (aunque deben denominarse, más solemne y castizamente, «Juzgados de Trabajo»); pero, como se dijo, *supra*, deberán estar integradas administrativamente en el Ministerio de Justicia, como orden especializado, pero no constituyendo una «jurisdicción especial».

57. A efectos de la distribución del trabajo entre Jueces civiles, de trabajo, etc., el criterio de la Sala de Gobierno del TS debe ser el decisivo.

58. La «Junta de Jueces» puede ser un organismo muy útil, pero sus atribuciones en cuanto a la fundamental «distribución de los asuntos» que puede ser decisiva para la «adscripción a un orden judicial» determinado, que a su vez puede llevar hasta el Tribunal Supremo, están deficientemente expuestas. El núm. 4 de la Base 26 debe ser por ello retirado y reformado.

59. Debe atribuirse concretamente a los Jueces encargados del orden penal y de seguridad el dirigir el proceso cautelar de manifestación; han de ser los órganos por excelencia a los que se les confía.

60. La Base 27, referente a los Juzgados de Distrito, debe ser suprimida; cfr. las razones en el comentario a la Base 11.

61. En la Base 28 («Ordenación Territorial») deben retirarse los números 2 y 7, que se refieren al Tribunal Central y a los Juzgados de Distrito, respectivamente.

62. En la Base 29 («Demarcación judicial») se ha olvidado que en España hay regiones forales con las que se debe contar en primer lugar a tales efectos.

63. El epígrafe del Título III del ALOJ hace resaltar, por su equívoca redacción (aunque por su contenido debe hallarse en otro lugar, cfr. nuestra «sistemática» en la I Parte de este Informe), lo incorrecto del uso de la expresión «Justicia» en otros casos; por ello mismo provoca confusión (Cfr., supra, el texto).

Este Título, refiriéndose a las funciones (y constitución) no jurisdiccionales de los Tribunales, debe hallarse al final del ALOJ.

64. La Base 32-2 debe ser aclarada en cuanto al extremo de la «autorización legal».

65. En la Base 33 se hace notar de nuevo el irrespetuoso uso de la palabra «Justicia»; a la Justicia no se la gobierna.

Debe suprimirse toda alusión al Tribunal Central y a su Junta de Gobierno, ya que ni uno ni otra deben aparecer.

En el núm. 5 de la Base precisa incluir a los Jueces penales y de seguridad; y a los de lo contencioso-administrativo, si se les creare.

Debe suprimirse la alusión a los Jueces d Distrito.

66. La única alusión a la Inspección de Tribunales la hallamos en la Base 34 («Del Tribunal Supremo»). Debe desarrollársela en el último Tí-

tulo del ALOJ (cfr. nuestra sistemática), de modo unitario (y no escindida, como pretende el Ministerio de Trabajo), integrada en el Ministerio de Justicia y reguladas sus funciones de tal modo que no toquen, ni positiva ni negativamente, la independencia judicial.

67. El Consejo Judicial (Base 35) debe ser un organismo decisivo en cuanto al nombramiento, ascensos, destinos, traslados, excedencias, etc., de los Jueces y Magistrados; en cuanto a la selección de miembros del TS y su propio Presidente, aunque las resoluciones las refrende una autoridad política o administrativa.

Debe constituirse de modo que sea representativo de toda la Carrera judicial, con nombramientos por tiempo limitado, elegidos sus miembros por cooptación entre los diversos estratos de la Magistratura.

68. La Base 36, que se refiere al Tribunal Central, debe desaparecer.

69. En la Base 39-1 falta aludir a los Jueces penales y de seguridad (y a los contencioso-administrativos, si se les creara) y huelga la alusión a los de Distrito.

En cuanto a las Juntas de Jueces (Base 39-2), dadas sus atribuciones (Base 26) ligadas con la especialización de los Jueces, su regulación es insuficiente y debe ser reestructurada a fondo.

70. El régimen legal del personal al servicio de la Justicia (Base 41-2) debe contenerse en la Ley Orgánica, pero no en otro tipo de disposiciones, como se anuncia en la Base 82, con la que estamos en pleno desacuerdo.

En la Base 41-3 el prohibir al personal judicial elevar directamente al Ministerio de Justicia solicitudes referentes a su cargo y oficio, etc., supone un grave cercenamiento del derecho de petición. Debe ser retirado o reformado, ya que llegaría incluso a impedir la reposición previa al recurso contencioso-administrativo.

O bien deja de intervenir el Ministerio de Justicia en cuanto a los medios de adquirir y perder la calidad de Juez, lo que vemos imposible.

71. La Base 42 es insuficiente y peligrosa al remitirse a la copiosa legislación sobre funcionarios civiles del Estado, sin contemplar la independencia judicial. Debe ser reformada.

72. De acuerdo con el sistema de la oposición, como mal menor, para ingresar en las Carreras Judicial y Fiscal.

73. La Base 43-2, sobre provisión de vacantes «con carácter eventual por otros funcionarios... que se hallen en activo», abre el paso a la discrecionalidad de la Administración en la composición de los Tribunales. Debe ser retirada en su núm. 2.

74. Debe ser reelaborada la Base 44 sobre plantillas y provisión de vacantes, por introducir la discrecionalidad de la Administración. La «entidad» de cada orden judicial, las consecuentes «adscripciones», la especialización, en fin, quedan entregadas a dicha potestad, lo que no puede admitirse.

75. Como derecho de los funcionarios al servicio «de la Justicia», debe hacerse constar (Bases 45 y 62) que tendrán el de pedir su propia manifestación, en su caso.

La Base 62 debe ser completada ordenadamente en relación con la 2.^a del ALOJ.

La remuneración de Jueces y Magistrados debe ser (Base 62-4) al menos igual a la más amplia de *todos* los funcionarios del Estado, incluidos los militares, naturalmente.

Todo lo que pueda entrañar «destitución» de Jueces y Magistrados debe ser resuelto por el Consejo Judicial, aunque sea refrendado por el Ministro de Justicia.

76. El Presidente del TS debe ser designado por el Jefe del Estado a propuesta en terna por una entidad de especialistas en Derecho y no políticos; esto es, de personas capacitadas científicamente para emitir juicios de valor sobre las calidades de los candidatos, también juristas. Quienes mejor pueden «reconocer el prestigio» de un jurista son los propios juristas.

Una Junta integrada por representantes de las entidades jurídicas de mayor altura en la comunidad nacional —Tribunal Supremo, Consejo Judicial, Facultades de Derecho, Consejo General de la Abogacía, etc.— sería la que, por la propia personalidad destacada de sus componentes, podría formar y proponer la terna (Cfr. el texto, supra).

El Presidente del TS debe gozar de la independencia judicial y de todas sus garantías, comenzando por la inamovilidad.

77. En la Base 51 debe añadirse lo referente a los Juzgados penales en sus órdenes y a los contencioso-administrativos, si se crearen; y suprimirse lo referente a los Juzgados de Distrito.

78. En cuanto a la Base 52, debe reformarse en sentido de que sea el Consejo Judicial quien elabore las propuestas para cubrir las Presidencias

de Sala del TS, aunque sea formalmente el Ministro de Justicia quien las presente.

Con respecto al núm. 2 de la Base 52, vemos que vuelven a funcionar las «adscripciones» a los distintos órdenes judiciales. Recordemos el comentario a esta laguna hecho en el Capítulo II, Parte I, de este Informe.

No se expresa quién ha de resolver sobre las propuestas.

Con referencia al 7.º turno, no se dice cómo elaborará la terna el Ministerio de Justicia; en relación con la «enseñanza» debe fijarse que *sólo* quienes posean el Título de Profesor, expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, podrán ser comprendidos en las ternas.

Sobre el núm. 3 de esta Base entendemos que la Carrera Fiscal debe estar totalmente separada de la Judicial, por lo que no se puede admitir esta confusión de sus miembros con los de la judicatura al ascender. A los miembros del MF se les debe equiparar a los candidatos del turno 7.º y no a los de los Magistrados; y a la recíproca a los Magistrados para pasar a cargo del MF.

Sí que debe pensarse en que, de los siete turnos previstos, dos al menos sean provistos por personas de relevantes méritos y de procedencias extra-jurisdiccionales, y otro por los procedentes del MF.

Y recuérdese, en cuanto a toda la Base 52, lo dicho sobre una Junta o Comisión que examine y critique los méritos de los candidatos para elaborar las ternas, en lugar de hacerlo el Consejo Judicial, que también estaría representado en la misma.

79. La Base 54 la referimos a la 35 en cuanto a la composición y atribuciones del Consejo Judicial.

No debe existir diferencia dentro del sistema de provisión de vacantes en virtud de consideraciones de capitalidad.

80. La Base 55, por razón de sus imprecisiones sobre la fundamental «adscripción», debe ser totalmente reformado. Sin ello el ALOJ nace muerto (Cfr. Capítulo II, Parte I, de este Informe).

81. En las Bases 57 y ss. debe hablarse de «incompatibilidades absolutas» y «relativas».

82. En cuanto a la Base 58 (el desempeño de la función jurisdiccional) debe establecerse la prohibición absoluta de desempeñar cargos públicos a los jueces y magistrados.

Su posibilidad de «investigar, elaborar y enseñar el Derecho» debe contar con el control del Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de su total independencia como Jueces y Magistrados.

La Base 58 debe ser completada con la inclusión como Bases de los artículos 3, 4 y 113 de la vigente LO.

83. La Base 59 (recusación) corresponde en cuanto al procedimiento a una Ley Procesal general y no al ALOJ ni al APC.

84. La Base 61-1 no señala «deberes», sino obligaciones de los Jueces, correlativas al derecho de acción.

85. Las Bases 63 y 47 (responsabilidad) hacen desaparecer la responsabilidad disciplinaria jurisdiccional, a exigir aprovechándose la vía de los recursos.

Corresponde a la LO regular los motivos y el procedimiento para exigir la responsabilidad disciplinaria profesional; en cuanto a la disciplinaria jurisdiccional, sus principios deben hallarse en la Ley Procesal general y el desarrollo procedimental —las ocasiones de su exacción— en cada uno de los Códigos o leyes procesales especiales. La norma general sobre responsabilidad civil debe hallarse en la citada (y no prevista) Ley Procesal general y sus manifestaciones en las especiales. El principio de la responsabilidad penal, igualmente en la Ley Procesal general; su motivación, en el Código Penal, y el procedimiento para su exacción, en la Ley Procesal penal.

Es necesario sistematizar esta materia y crear la Ley Procesal general.

La especialidad del cargo judicial exige que las faltas muy graves, al menos, sean tipificadas, sin acudir a cláusulas generales.

86. La Base 64, como referente al Cuerpo de Jueces de Distrito, debe ser suprimida; y lo mismo la 65-2, referente a los Secretarios de tales Juzgados.

87. La Base 66 debe prever no «Cuerpos únicos» de Oficiales, Auxiliares y Agentes, sino varios Cuerpos especializados según la necesaria «adscripción» a los Tribunales de los diversos órdenes judiciales.

88. Procede organizar de modo claro a la Policía Judicial, no limitándose a «adscribir» «miembros» de un «servicio» cuando los Jueces y el MF «requieran» su cooperación; debe tratarse de todo un Cuerpo de funcionarios siempre a sus órdenes, sin timideces como los de la Base 67 del ALOJ ni equívocos como los lamentables de la Lecrim. vigente.

A los miembros de la Policía Judicial, naturalmente, se les aplicará el proceso de manifestación, frente a sus posibles arbitrariedades, sin perjuicio de su responsabilidad penal.

89. El inadecuado nombre de «Ministerio Fiscal» debe ser cambiado por el de «Promotor de la Justicia».

90. Vistas las diferentes tentativas modernas sobre la organización y atribuciones del Ministerio Fiscal, los argumentos en favor de que en España dependa del Ejecutivo, vinculado a él, deben ser desechados. Las órdenes del Ejecutivo pueden estar impregnadas de sentido político de oportunidad y no de legalidad. La única solución sería la de hacer funcionar al Ejecutivo, *siempre* sujetándose al criterio de legalidad, lo cual es imposible. Por lo tanto, debe reformarse el actual artículo 43 del Estatuto del MF español.

91. La expresión «comunicación» empleada para fijar la posición del MF, con respecto al Gobierno y a la Administración de Justicia, es gramaticalmente equívoca, con múltiples acepciones, que la hacen inadecuada en sí misma, si no se explica su sentido concreto, lo que el ALOJ no hace en su Base 68.

92. Por cierta doctrina se declara el carácter político del MF en razón a ser un «órgano de comunicación» entre el Ejecutivo y lo jurisdiccional, sin perjuicio de aseverar que el MF es una institución de la misma naturaleza que los Tribunales; esto es, se hace del MF una institución ambivalente, colocada en terreno movedizo, que se debe evitar.

Frente a esta posición clásica, derivada del derecho francés, hoy también en revisión crítica, se postula que en el futuro la «comunicación» del Ejecutivo con los Tribunales la efectúe el propio Ministerio de Justicia, medio más rápido, sin merma alguna de la independencia judicial, pues el MF o bien es un agente del Ejecutivo o bien forma parte de la Magistratura —en sentido amplio—, pero ambas cosas a la vez no puede serlo, so pena de producir peligrosísimos e innecesarios desdoblamientos de personalidad, cuando la separación de ambas funciones supone ventajas indudables.

Por ello, si no tenemos una clara explicación de lo que la «comunicación» significa, postulamos la retirada de la Base 68 del ALOJ.

93. La «unidad y dependencia jerárquica» del MF dejan de ser indiscutibles si deja de subsistir la supeditación de éste al Ejecutivo; se trata de una concepción político-administrativa del MF.

La dependencia jerárquica debe conservarse al Fiscal del TS por razones científicas.

94. Desde la implantación en España del modelo francés de MF —ahora objeto de fundamental crítica en su propio país— se comprendió en nuestra Patria que suponía, en realidad, dos figuras diferentes. Ello se plasmó clara, pero tímidamente, en la creación del Cuerpo de Abogados del Estado, que éstos sí deben estar sujetos por los principios de dependencia jerárquica del Ejecutivo; siendo el único remedio para conservar estos principios en cuanto al MF, que el Fiscal del TS sea totalmente independiente de aquél o que el Ejecutivo se ajuste *siempre* a criterios de legalidad, lo cual se opone a su carácter político.

95. Consideramos que la Base 68 del ALOJ no resuelve el problema de la doble personalidad del MF, que la oscura expresión «comunicación» no puede aclarar.

La solución estimamos que se halla en proceder a:

A) Una reorganización a fondo del Cuerpo de Abogados del Estado, bajo los principios franceses de unidad e indivisibilidad, encomendándoles la total defensa y representación de lo administrativo (órgano jerarquizado dentro de la Administración estatal), atrayendo a él una serie de las labores que ahora se atribuyen al MF.

B) Organizar otro Cuerpo —con su base en el actual MF— basado en el estricto principio de legalidad, independencia personal y jerarquía solamente bajo el Fiscal del TS (independiente este último del Ejecutivo), mas limitada tal jerarquía a dar directrices científicas y técnicas no vinculantes de un lado, y a regir el gobierno del MF del otro.

Este Cuerpo estaría más cerca de la Judicatura, aunque nunca sería un organismo jurisdiccional, por faltarle en su actuación las notas propias de ésta.

C) Deben diferenciarse las calidades del MF como parte y como simple asesor de los Tribunales, de modo claro y exhaustivo.

D) La comunicación del Gobierno con los Tribunales correspondería al Ministerio de Justicia, directamente o a través de la presencia de los nuevos Abogados del Estado.

96. A este Cuerpo de Promotores de la Justicia le correspondería la legitimación para promover el proceso de manifestación, sin perjuicio de la de todos los ciudadanos para ello.

97. Dentro de este Cuerpo de Promotores de la Justicia deberían diferenciarse, a su vez, Secciones; a unos funcionarios se les encomendaría la

instrucción penal —siempre sujetos a supervisión del Juez— y a otros diferentes la acusación.

No cabrá que un mismo Juez, vinculado además a las peticiones del MF, sea director de la instrucción y vea y sentencie en juicio penal, por constituir ello una regresión hacia el sistema inquisitivo.

98. No deben ampliarse de ninguna forma las atribuciones del MF sin proceder previamente a la racional reorganización del mismo y sin pasar por sucumbir a cláusulas generales y conceptos sugestivos abstractos («interés general»; «interés social», etc.), sino actuando caso por caso previa consideración de los intereses de cada ciudadano afectado en particular; sin olvidar que los Jueces y Magistrados, por su oficio, son los primariamente interesados en velar por la legalidad y por la pureza del proceso, así como que también las demás partes deben poder hacerlo; y respetándose el campo de los derechos subjetivos de los particulares contra afanes de estatalización de los mismos que no tienen clara justificación.

99. El MF debe jugar un gran papel como elemento a través del que se desarrolla el sistema procesal penal (y de seguridad) acusatorio, sin que su actividad vincule a los Jueces y Tribunales más que en los límites en los que, a falta de acusación, aquéllos no puedan condenar.

La acusación popular derivada del artículo 101 de la Lecrim. debe subsistir, con independencia de la posición del MF.

El MF nunca debe ser considerado como una pieza administrativa ajena y superior al proceso, sino que, en cuanto que proceso haya, el MF debe integrarse en él.

Si al MF se le defiere la dirección de la instrucción penal o de seguridad, la parte pasiva debe ser amparada frente a su actuación, si fuere del caso, por medio del proceso cautelar de manifestación. Otra garantía de la buena actuación del MF como instructor se hallará en su independencia total con respecto al Ejecutivo; sin perjuicio de que un Abogado del Estado, sometido jerárquicamente a aquél, pueda actuar como parte.

100. Cualesquiera atribuciones de naturaleza administrativa deben ser confiadas al nuevo Cuerpo de Abogados del Estado o a otras autoridades, mas no al nuevo Promotor de la Justicia.

ULTIMA CONCLUSION GENERAL

Conclusión final.—Parece ser que con el ALOJ termina la fase correspondiente del Plan de Reforma, expuestos ya a informe los APC y APP.

A) Este Plan tuvo el error básico de proceder, si no a la elaboración —lo que ignoramos—, sí a la publicación del ALOJ en último lugar, cuando debería haber sido el primero en aparecer.

B) Otro error fundamental, éste correspondiente a su propio contenido, fué el no comprender, al frente de los A. procesales dedicados a cada orden, uno de Ley Procesal (o Código Procesal) general, que contuviera todas las normas de aplicación en los diversos órdenes; dejando para las Leyes o Códigos correspondientes a éstos, las normas específicas correspondientes a cada orden procesal.

C) A tal errónea concepción obedeció el APC. Denunciamos esta grave falta y además los defectos inherentes a su propia sistemática y contenido, en tal forma que ello equivalía a pedir su total reforma o su retirada.

D) En la elaboración (o al menos en el texto publicado) del APP sus autores, haciéndose eco de nuestra posición, reclamando un A. de Código o Ley Procesal general, cambiaron ya de Plan, remitiéndose en parte a una «Ley general». Mostramos nuestra alarma ante la posibilidad de que esa «Ley procesal general» fuera confundida o mezclada con la Ley Orgánica, como así ha sucedido.

E) En la elaboración del APP fué ignorado casi totalmente el proceso por peligrosidad. Propusimos que se integrase como Parte especial aparte de una general y de otra reservada al proceso penal propiamente dicho.

F) Quedó en laguna no poca parte del propio proceso penal (el procedimiento); la instrucción se hallaba tan confusamente desarrollada que solicitamos su reelaboración. La posición del MF, posiblemente en continuidad de la línea seguida por la Ley de 8 de abril de 1967, era desequilibrada; se corría el riesgo de hallarnos ante un proceso inquisitivo inaceptable. No se reintroducía el necesario proceso cautelar de manifestación. Esto, entre otros graves defectos, ya señalados en nuestro informe, que sugería la retirada de toda una serie de Bases o su radical reforma.

C) Ambos A. carecían de un sistema expuesto de sus propios principios; no se veía ni siquiera un esbozo de sistematización unitaria en los mismos (a nuestro entender, el APC en cuatro Libros: Disposiciones generales, Proceso declarativo, Proceso ejecutivo y Proceso cautelar; el APP en tres partes: una Parte general, una Especial dedicada al proceso por peligrosidad, dividida en cuatro Libros, de enunciado igual al de los del APC; y otra Parte, también Especial, e igualmente dividida en los cuatro citados Libros, tratando del proceso por delitos y faltas).

H) En el ALOJ, y ante todo el Ministerio de Trabajo, propone, en forma de Base, una auténtica enmienda a la totalidad, pretendiendo la subsistencia de una Jurisdicción especial de trabajo, sujeta administrativamente a él mismo, lo cual debe ser rechazado, por atomizar el concepto único de jurisdicción que corresponde a una forma unitaria de Estado y por las razones que en este informe (Cap. I, Parte I) se han expuesto.

Lo que sí debe completarse en el ALOJ es lo referente a la adscripción especial del personal a cada uno de los órdenes judiciales, fundamental materia en la que se hallan lagunas de gran trascendencia.

I) En el ALOJ, arrastrando al final del Plan de Reforma el error cometido al no prever una Ley o Código Procesal general, hay un Título (el VII «de la actividad jurisdiccional»), en el que se integran disposiciones procesales que hubieran debido camppear en la citada Ley o Código; intromisión abusiva de lo orgánico en lo procesal que no agota el posible contenido de dicha Ley general y no llega ni siquiera a evitar repeticiones de normas.

Ello es consecuencia de no haber adoptado desde el principio un Plan de Reforma que correspondiera a dicha Ley o Código. Procesal general al frente de los especiales procesal civil, contencioso-administrativo, laboral y penal y de peligrosidad.

J) Defectos sistemáticos y de contenido del ALOJ han sido puestos de manifiesto en las anteriores Conclusiones.

K) La solución correcta del problema se halla, a nuestro entender, en tornar atrás, procediendo en primer lugar a la confección de un ALOJ bien sistematizado, en el que se distingan claramente las organizaciones y funciones jurisdiccionales y simplemente gubernativas de los Tribunales, huyendo de cláusulas generales y de la utilización de conceptos abstractos que queden sin desarrollo concreto; después, a la del Código o Ley Procesal general; y tras ello, obedeciendo a concepciones sistemáticas unitarias, proceder a construir tantos A. de Códigos procesales especiales cuantos son los órdenes judiciales previstos; aprovechando el valiosísimo material histórico y legislativo existente en la actualidad (en especial la Ley Orgánica del Poder Judicial, Lecrim. anteriormente a la reforma de 8 de abril de 1967, la Ley de lo Contencioso-administrativo y el Decreto de Procedimiento laboral de 21 de abril de 1966; el contenido en los A. procesales que quede subsistente tras la depuración crítica efectuada por las entidades jurídicas que sobre ellos informaron, y la experiencia del Derecho comparado).

Tras ello, proceder a someter a información el A. de la Ley Concursal ya existente desde hace años, conectándola debidamente con el APC; e igualmente con sendos A. de Leyes o Códigos sobre arbitrajes y Jurisdicción voluntaria.

Sobre la base de que en todo caso se tratara de A. de *Leyes* y no de disposiciones de rango inferior.

Este es el informe que, cumpliendo el encargo recibido, elevo a la Junta de la Facultad de Derecho de Valencia y que a otro mejor someto.

Donibane-Lohitzun, 5 de enero de 1969.

VÍCTOR FAIRÉN GULLÉN
Catedrático de Derecho Procesal
en la Universidad de Valencia.