

“La defensa (autodefensa, autocomposición, pacto, contrato, proceso)”

SUMARIO: I. LA NORMA, SU VIOLACION, SU DEFENSA. MEDIOS PARA ELLO.—II. LA “AUTODEFENSA” DE LA NORMA: LA SANCION: 1. IDEA, FUNCION DE LA SANCION. 2. SANCION Y COERCION. 3. EL DOBLE GRADO O NIVEL DE LAS NORMAS Y LA SANCION. 4. CARACTERES DE LA SANCION JURIDICA. LA INSTITUCIONALIZACION. 5. EL “ITER” DE INSTITUCIONALIZACION DE LA SANCION JURIDICA. 6. “LAS NORMAS SIN SANCION”. 7. Los PROBLEMAS DE “LAS NORMAS EN EL VERTICE”: 1) *En el Derecho Internacional*. 2) *En el Derecho Penal* 3) *En el Derecho Civil* 4) *En el Derecho Administrativo*. 5) *En el Derecho Parlamentario*. 6) *De nuevo en el Derecho Procesal penal: la declaracion del imputado*. 1) *En el Derecho Mercantil*. 8) *En el Derecho Registral*.—III. INSTITUCIONES EXTRAPROCESALES DE LAS NORMAS: 1. Los TRIBUNALES. EL ARTICULO 2.º DEL CODIGO PENAL. 2. EL MINISTERIO FISCAL. 3. EL “OMBUDSMAN”. 4. LA COSTUMBRE CONTRA LEY.—IV. MEDIOS EXTRAPROCESALES DE ACTUAR SANCIONES: AUTODEFENSA, AUTOCOMPOSICION: 1. LA CONCILIACION EXTRAPROCESAL. 2. AUTODEFENSA Y AUTOCOMPOSICION EN EL DERECHO LABORAL: LA HUELGA. 3. EL CONTRATO Y EL PROCESO: AUTODEFENSA, AUTOCOMPOSICION. 4. AUTODEFENSA Y HETERODEFENSA EN JUICIO. 5. PACTO, CONTRATO, CONVENCION COMO BASES DEL PROCESO. SU EVOLUCION HASTA EL PRESENTE. 6. EL RETORNO A LO PACTICIO EN LO PROCESAL PENAL: LA “CIVILIZACION” DEL PROCESO PENAL. LA NEGOCIACION DEL FISCAL CON EL IMPUTADO SOBRE LA PENA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA: EL “PLEA BARGAINING”. SU PENETRACION EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. 7. LAS CONFORMIDADES DEL ACUSADO DE LOS ARTICULOS 655 Y 688 Y SIGUIENTES DE LA **LECRIM**. 8. EL “DESISTIMIENTO” DE LA QUERRELLA. 9. EL PERDON JUDICIAL. 10. LAS REMISIONES TOTALES DE PENA DEL ARTICULO 57 BIS, B), DEL CODIGO PENAL. 11. EL DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA CIVIL. 12. EL ALLANAMIENTO CIVIL. 13. LA TRANSACCION. 14. De nuevo sobre LA CONCILIACION. 15. ALUSION AL ARBITRAJE.

CCom = Código de Comercio.

CCiv = Código Civil.

CP = Código Penal.

CPP = Code de Procédure Pénale o Codice di Procedura Penale.

DS = Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente.

Est.MF = Estatuto del Ministerio Fiscal (30 diciembre 1981).

- FGE = Fiscal General del Estado.
 LBPL = Ley de Bases de Procedimiento Laboral (12 abril 1989).
 LPL = Ley de Procedimiento Laboral.
 LEC = Ley de Enjuiciamiento Civil.
 LECRIM = Ley de Enjuiciamiento Criminal.
 LOTC = Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
 LOPC = Ley Orgánica del Poder Judicial.
 NEJES = Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX (Barcelona).
 NSSDI = Novissimo Digesto Italiano.
 Riv.Dir.Proc. = Rivista di Diritto Processale.
 TC = Tribunal Constitucional.
 TEDH = Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
 TS = Tribunal Supremo.
 ZSSR (RA) = *Zietschrift der Savigny-Stifung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*.

I. La idea de "defensa" jurídica o fáctica referida a derechos, arranca de ser "una reacción frente a las pretensiones de otros sobre un bien discutido" (1). De la que se supone inicial reacción directa y aun posiblemente brutal, a la "jefatura del grupo" que resuelve; ya en este estadio de heterodefensa, el *audiatur el altera pars*, con esta intervención de un tercero, abre el arbitraje, y el sistema arbitral se transforma en nuestro proceso (2).

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

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

1. El concepto de "sanción" en sí, ha dado lugar a una abundante literatura procesal, y su pluralidad, a debates que no han terminado (5).

(1) Cfr. DE BLASI, "Difesa (in generale)", en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1958, págs. 530 y sigs.

(2) Cfr. FAIREN GUILLEN, *Doctrina general del Derecho Procesal*. Barcelona, Libr. Bosch, 1990, § I. 1. sigs., págs. 19 y sigs.

(3) Cfr. mi trabajo *Ensayo sobre procesos complejos*. Madrid, Tecnos (en prensa).

(4) Cfr. BOBBIO, "Sanzione", en *Novissimo Digesto Italiano*. Turín, UTET, 530 y sigs.; arg. en "Comandi e consigli", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile* (XV), 1961, págs. 360 y sigs.

(5) Me refiero a la polémica entre ALLORIO, en *L'Ordinamento giuridico nel prisma del accertamento giudiziale*. Milán, 1957, págs. 24 y sigs., y CARNELUTTI: "Il valore del-

Mas si acudimos a su función, se aclara el panorama. Pensemos en que, si se desea que un ordenamiento jurídico subsista, sea *efectivo*, debemos defenderlo. Y para comenzar, que las normas que creamos, puedan —y excúseseme este uso de la expresión— *autodefenderse*.

Sea de manera con "función" preventiva de la infracción de la norma, sea con la "represiva", sea de tipo "premio" —y aquí ya comienza a aludirse al Derecho Penal—, sea "penal", sea por una influencia de su intimidación, de desalentar al infractor, sea de animar a acudir a ella, sea de manera positiva (exigiendo un "actuar"), sea de manera negativa (exigiendo un "omitir"), la sanción garantiza la norma.

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

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

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

la sanzione del diritto", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1955, I, 237 y sigs.; BENVENUTI ("Sul concetto di Sanzione", en *Jus*, Milán, 1955, 233 y sigs.), y MANDRIOLI ("Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale", en *Jus* citada, 1956, 86 y sigs.); de nuevo ALLORIO, en "Osservazioni critiche sulla sanzione", en *Rivista di Diritto Civile*, 1956, II, 901 y sigs., y en *L'Ordinamento*, I, 135 y sigs.

No era ajeno a la polémica el punto de vista estructural de la sanción, sin valor para ALLORIO (BOBBIO, "Sanzione", 53, nota 1).

(6) Cfr. BOBBIO, "Sanzione", § 15, 538.

(7) Cfr. BOBBIO, arg. "Comandi e consigli" cit.; "Sanzione", § 15, 538.

Recordemos que una doctrina —la del "juicio sumario indeterminado"—, protagonizada por CARPZOVIUS: el terrible autor y defensor del sistema inquisitivo en el Imperio Germánico, siglo XVII— que aspiraba a crear prácticamente "un proceso sin procedimiento". La vía era la de sustituir los *substantialia processus positivi* —los trámites de derecho positivo; los que conformaban el procedimiento— por los *substantialia processus naturalia*, a *jure naturali seu divino* inducía. (CARPZOVIUS: *Jurisprudentia forensis*, 1660). El resultado fue un terrible "monstruo" que se expuso en las Univer-

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

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

Se trataría aquí de un remedio —esta es la expresión de BOBBIO (9)— de la inconsistencia de la "sanción difusa". Serían los primeros pasos en la creación de las normas, una por una o en conjunto.

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

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

Se trataría aquí de un remedio (sigo utilizando la expresión de BOBBIO, aunque la ejemplificación es mía) a la indeterminación ("inexistencia" se podría mejor decir) de la medida sancionatoria. A su tipo, de imponer un hacer o un abstenerse; de la manera de conminar a hacer o no hacer (intimidación, conminación, obligación inmediata); con la coerción o su amenaza más o menos cerca; se trataría también de evitar una posible desproporción entre el delito y la pena; o a una actuación reducida a un mínimo espacio de terreno, o al contrario, extendida sobre las fronteras del Estado.

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

Se trataría aquí de la imparcialidad de las personas que enjuiciasen, y

sidades alemanas, produciendo un retraso de más de un siglo en el avance de la técnica procesal (Cfr. BRIEGLER, *Einleitung in die Theorie des Summarischen Processes*, ed. Tauchnitz, Leipzig, 1859, esp. 36 y sigs. *passim*; mi libro: *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, Bosch, 1954, I parte, *passim*; "El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje. Sus posibilidades", en mis *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Edersa, I, 1983, 193 y sigs. y esp. 219 y sigs.).

Esto es: la "forma" debe significar "garantía". Y el "aformalismo" es falta de garantías, incompatible con la idea del "proceso".

(9) BOBBIO, discretamente, se eliminó del terreno de la importante controversia entre autores italianos citados, centrando su atención en el problema de la función de la sanción, y no en el de su concepto. Y para este punto, cfr. "Sanzione", § 15, pág. 539.

de los medios puestos a su disposición para elaborar tales juicios (Derecho Orgánico de la judicatura y procesal).

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

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

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

Ahora demos un paso más hacia adelante.

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

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

"La sanción ¿es el carácter diferencial específico del Derecho?"

Mas habida cuenta de la gran cantidad de tipos diversos de sanción extra y metajurídicas —incluso filosóficas, morales, económicas, puramente físicas, políticas, etc.—, a juicio de nuestro autor (11), la pregunta debe formularse así:

"¿Es jurídica una norma no provista de aquella particular sanción que es característica de un ordenamiento jurídico?" O mejor, ¿son jurídicas tan sólo las normas garantizadas por una sanción institucionalizada?"

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

7. Pero la solución, elegante y bastante convincente de BOBBIO, se halla en su clasificación de las normas en "de primer y segundo orden o grado".

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

(10) Cfr. BOBBIO, "Sanzione", § 15, pág. 539.

(11) Cfr. BOBBIO, "Sanzione", § 16, pág. 539 y sigs.

Y en las normas del segundo grado —las que garantizan a las primeras—, en ellas, la sanción, a lo sumo, está en el objeto de sus regulaciones (12).

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

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

1) Me parece que entre los internacionalistas, y entre quienes no lo son, se hace notoria la existencia de "normas sin sanción". En esta parcela del campo del Derecho se ven hermosas Declaraciones, Programas, Planes: se lucha contra la guerra, contra las plagas, contra la ignorancia universales, etc. Pero estas normas ¿son *efectivas*, de tal manera que su vulneración tenga una respuesta que las reponga en su observancia? En Estado que comete una agresión bélica contra otro, ¿sufre de una sanción adecuada, *proporcionada*?

Todos, desgraciadamente, sabemos que no. Que la *ultima ratio regis* de la ONU son los llamados popularmente "Casos Azules", con un armamento simbólico. Incapaces de rechazar a los ejércitos o bandas victoriosos en la agresión ilegítima. ¿Sanciones económicas? La historia de sus aplicaciones, por la sociedad de las Naciones y por la ONU, ha demostrado su inanidad. ¿Morales? Si tenemos todos los maquiavelos que queremos...

2) Pero también hay normas sin sanción en otros dominios en los que, no siendo tan coriacea la base de trabajo como en el Derecho Internacional, habría menos obstáculo a la existencia de sanciones adecuadas. Y a la inversa, hay normas que, expresamente, quitan la sanción al acto vulnerador en principio, y que consagran la autodefensa, no de la norma, sino del "individuo frente a la norma" —lo que será también estudiado: otra óptica de la defensa.

Así, en lo penal frente a la norma provista *de autodefensa*, con sanción que castiga el delito, por ejemplo, contra la persona, aparece como excepción la de "legítima defensa" (art. 8.º-4.º CP). Esta norma, como se acaba de decir, tiene el objetivo de privar de sanción a los casos en que se violen otras normas penales, con exposición a esa garantía, a esa "respuesta". Pero también puede interpretarse esta "exención de sanción" como una sanción a su vez: la consistente en un "no actuar" de la norma general sancionatoria. Se impuso por ella el "no matar, etc.", por su excepción se *impone* el no castigar al que mató, etc., en circunstancias de legítima

(12) Cfr. BOBBIO, "Sanzione", § 16, pág. 539 y sigs.

defensa. Pero a mi entender, no hay duda que la segunda norma, la que prevé la exención de la pena, en vista de la actividad que hubiese sido delictiva, constituye un caso de autodefensa. Y de autodefensa total, ya que la sanción de la norma sobre el resarcimiento —sanción civil— también queda afectada.

Cosa análoga sucede en los casos de las eximentes de estado de necesidad (art. 8.º-7.º) (art. 8.º-12). Mas en el del número 7.º —estado de necesidad— la sanción civil se desvía —no se extingue; la autodefensa no la recoge— y se dirige a "las personas en cuyo favor se haya precavido el mal" (art. 20-2.ª) (13). Cfr. *infra*.

3) En el Derecho Civil, recordamos los casos del enjambre de abejas (art. 612 CCiv) y de los "animales amansados" (ídem); en el artículo 223 —facultades de los padres, testamentarias, sobre la tutela de los hijos menores o incapacitados— veo también una autotutela relativa, por razón de las personas y de las garantías que ofrece el testamento; y para eliminarla, los Jueces deben dictar una resolución fundamentada (art. 224).

En Derecho Mercantil, el fenómeno de la echazón y no pocas de las facultades que se atribuyen al capitán del buque, también pueden constituir casos de autodefensa.

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

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

Así, debemos recordar toda la alusión a "las normas en el vértice" que hace BOBBIO, como desprovistas de sanción (14). Y es lógico. No hay quien lleve la cuestión al terreno extremo de la amenaza de coacción o de coacción misma —ejecución forzosa— si la persona o entidad que ha de

(13) Como estudio básico para la autocomposición y la autodefensa, cfr. el de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2.ª ed., México, UNAM, *passim*.

Gran desveladora de ideas y con abundante bibliografía, es obra a la que sigo fundamentalmente.

En el terreno de lo penal se recoge actualmente con gran profundidad —la debida a la trascendencia del fenómeno— el debate entre "autodefensa en juicio" y "heterodefensa en juicio", por Abogado. Cfr. uno de sus más brillantes expedientes en la obra colectiva dirigida por GREVI, *Il problema dell'autodifesa nel processopenale*, Zanichelli, Bolonia, 6.ª ed., 1982, *passim*.

(14) Cfr. ALLORIO, "Osservazioni critiche sulla sanzione", cit., 33 y sigs.

ser conminada por el efecto sancionatorio, se halla en plano jurídicamente —y socialmente— superior. A ese superior habría que oponerse otro; a éste, a su vez, otro. La acumulación de tales garantías ahogaría toda posibilidad de vida y de prosperidad. La mística leyenda de la Torre de Babel se haría cierta con todas sus catástrofes. Es el fenómeno del *hyper-garantismo*, una verdadera enfermedad (como lo es el *hyper-victimismo*).

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

Así, la Administración (mejor dicho, las Administraciones) se autodefien para examinar su propia actividad. Frente a los demás poderes del Estado y especialmente frente al judicial, esto es una autodefensa. Y en muchas ocasiones, la Administración crea órgano y mecanismos de vigilancia interna, que asemejan a los Tribunales de justicia, si bien les diferencia fundamentalmente de ellos la no independencia de sus miembros y el actuar por los administrativos móviles de oportunidad y no por los de justicia (que pueden no coincidir y no coinciden de hecho en muchas ocasiones). Los llamados "Tribunales Económico-Administrativos" son entidades administrativas de autodefensa. La heterodefensa contra la Administración se efectúa ya por medio del proceso llamado en España contencioso-administrativo. Y la Ley de Procedimientos Administrativos regula una especie de para-proceso.

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

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

En España, el Reglamento del Congreso de 5 de marzo de 1982 (si no totalmente, interpolo yo aquí) tiene carácter normativo, y está sujeto a la posibilidad del recurso de inconstitucionalidad del artículo 27-1 de la LOTC. Y, efectivamente, en él hallamos normas "sancionadoras" claramente: los Diputados pueden ser privados, *por acuerdo de la Mesa*, (art. 99-1) de alguno o de todos los derechos "parlamentarios" que el mismo Reglamento les concede o regula (arts. 6.º al 9.º); la sanción "normal" consiste, además, en la privación temporal del derecho (y obligación) de "asistir a una o dos sesiones" (art. 100 Regl.), así como la de "expulsión

inmediata" del Diputado; en el cual caso, y agotada la amenaza, la conmiación del Presidente sin efecto, éste "adoptará las medidas pertinentes para hacer efectiva la expulsión" (art. 104-2 Regl.). Se trata de normas "completas" (?), con la correspondiente sanción, y ésta, especificada, "institucionalizada".

Además de ello, naturalmente, el Diputado puede incurrir en responsabilidad penal (art. 101-3 Regl.). Aunque tiene notables especialidades de "aforación" procesal, privilegios (15), como otras personalidades políticas (16). Y civil, que no puede quedar borrada por la inviolabilidad (17). Pero no es éste el tema que me ocupa aquí.

La actuación autodefensiva de las Cámaras españolas es muy frecuente y de enorme importancia; por ejemplo, su intervención en las concesiones o denegaciones de suplicatorio para procesar a sus miembros (arts. 750 y sigs. LECRIM) (18) —lo que hace surgir a la superficie un conflicto más promovido por la desafortunada novela de 28 de diciembre de 1988, de Reforma Procesal, de la *que se dice* ha suprimido el auto de procesamien-

(15) Cfr. ALLORIO, "Osservazioni".

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

Se trata de "presupuesto procesales privilegiados". Cfr. sobre ellos SAINZ DE ROBLES, "Los presupuestos procesales privilegiados", en *Tapia* (Madrid), diciembre 1989, 4 y sigs.

(16) La "inmunidad" se extiende también al "procesamiento" —sin permiso de la Cámara—, art. 71-2 CE. Esto se recoge en todos los Estatutos de Autonomía. Frente a cualquier desaparición del auto de procesamiento —garantía de la defensa— quedan más protegidos los cargos que el resto de los ciudadanos; para quienes se pretende que en el proceso por delitos no graves de la Ley de 28 de diciembre de 1988, no hay auto de procesamiento. Cfr. esta toma de posiciones entre los profesores GIMENO y ALMAGRO, y del Fiscal General del Estado, en contra el auto de procesamiento en tal Ley, y yo mismo, en su favor; que no está suprimido, y una tal garantía no se puede admitir que lo haya sido "tácitamente". Cfr. mi trabajo "¿Supresión o sustitución del auto de procesamiento? Viejos problemas en nuevas leyes: la de 28 de diciembre de 1988", en *Tapia*, Madrid, mayo-junio 1989, 57 y sigs.

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

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

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

Cfr. mi trabajo cit. en nota núm. 16 y bibl. allí cit.

to (19) (20)—. Mas tampoco esta importantísima materia —que puede dar lugar, mal administrada, a impunidades— es la examinada aquí.

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

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

Mas hay que considerar que "el vértice" de la pirámide normativa se hallará en dicho alto organismo meta-jurisdiccional —o en otro—. "Más arriba" de lo cual las normas carecerán de sanción, ya que ésta no podrá

(19) Lo afirman autores como los Prof. ALMAGRO y GIMENO. Y el FGE, en su Circular núm. 1/89, de 8 de marzo, sobre el "Procedimiento abreviado introducido por Ley Orgánica —que no es Orgánica para su parte procesal, cfr. la Disp. adicional segunda de la citada Ley— de 28 de diciembre de 1988", en "Memoria" publ. en 1989, esp. II, B), págs. 407 y sigs.

Estimo modestamente que el FGE se cura del "privilegio de los aforados" de ser procesados por la Audiencia Provincial y de ser irrazonable de que el legislador derogase tal privilegio tácita y no expresamente. Pero queda el resto del pueblo español...

Y aún otros aforados —los cargos políticos determinados en los Estatutos de Autonomía— continúan forzosamente *amparados por los autos de procesamiento que todos los Estatutos fijan* para ello, ya que una Ley ordinaria, como la de 28 de diciembre de 1988 —ordinaria en lo procesal, Disp. Adic. segunda—, no puede derogar a 17 Leyes Orgánicas, como lo son los Estatutos de Autonomía.

Lo que sufre es el principio de igualdad de los *ciudadanos* ante la Ley procesal.

Cfr. sobre estos puntos mi trabajo "Supresión..." cit., págs. 61 y sigs..

(20) Sobre estos autos de procesamiento, cfr. también la Circular del FGE de 8 de marzo de 1989 (núm. 1/1989) cit., loc. cit., publ. cit., págs. 408 y sigs.

(21) Cfr. THESAURO, "Sulla natura giuridica dei regolamenti parlamentari", en *Rassegna di Diritto Pubblico*, (XIV, 2), 1959, 193 y sigs., cit. por MOHROFF, en *NssDI*, "Parlamento", §6, pág. 428.

ser puesta en práctica por nadie. Lo jurídico ha terminado (22) (23). Y la figura, de pirámide, acabará en un círculo vicioso, más o menos elegantemente trazado, con matices para evitar "autosanciones" (p. ej., el art. 57 de la LOPJ).

Si el caso citado se ha resuelto por el Tribunal Constitucional cubriendo al Presidente del Congreso —al cual, de no haberlo hecho, hubiera podido o debido poder imponer una sanción: la nulidad declarada de su acto ya la hubiese llevado implícita, y el resto se habría de transferir al campo de la ética o de la política—, aparece ahora otro incidente parlamentario, de estilo diferente, ya que, en su caso, no cabrá ya recurso de inconstitucionalidad —precluyeron los plazos y ningún legitimado lo hizo—, pero sí una cuestión de inconstitucionalidad. Y recuérdese que ése fue el vehículo para que el Tribunal Constitucional, mediante su Sentencia número 145/1988, de 12 de julio, arruinase la Ley de 11 de noviembre de 1980, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, de cuyos defectos la doctrina había advertido pública y reiteradamente (24).

Se trataba —el día 1 de diciembre de 1988— de posibles irregularidades —así las debo tratar, según mi modesto entender y meditación— que se produjeron en la tramitación de lo que sería la Ley de Reforma procesal de 28 de diciembre de 1988. Se había llegado, tras las necesarias votaciones en el *Pleno* del Congreso, a la votación "final sobre el conjunto del proyecto", para una Ley con parte orgánica y, en parte, de "carácter de ley ordinaria" (Disp. Adic. segunda de la citada Ley de 28 diciembre 1988) en lo procedimental; votación para obtener la "mayoría absoluta" necesaria (art. 81-2 CE).

El Diputado señor Calero Rodríguez protestó al Presidente en ejercicio, señor Torres Boursault, por las irregularidades que se advertían "dados los manifiestos defectos del sistema de votación, en cuanto se aprecia que se vota en escaños que en este momento están vacíos; es una simple comparación. Por ejemplo, los escaños que están situados entre las columnas votan cuatro, cuando solamente hay tres Diputados" (*Diario de Sesiones* núm. 156, 1 diciembre 1988, pág. 9419, col. 1.^a), y solicitó, a tenor del artículo 82 del Reglamento y sobre la base del 85 (por si hubiera otros Grupos Parlamentarios que lo apoyasen), que la votación fuese pública y por llamamiento.

(22) Mediante esta diligencia, BOBBIO se inhibe de entrar en las controversias sobre la naturaleza de la sanción.

(23) Cfr. la controversia cit. entre ALLORIO, de un lado, y CARNELUTTI, BENVENUTI y MANFREDI, de otro.

(24) Cfr., p. ej., mi advertencia en mis *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Madrid, Edersa, 1986, 95 y sigs. y bibl. allí citada.

Accedió el Presidente en funciones, señor Torres Boursault, y se celebró tal votación (DS cit., pág. 9419, 2.^a col. a 9422, 2.^a col.).

Y dijo a seguida el citado señor Presidente en funciones: "*Existiendo discordancia entre los diversos cómputos efectuados, la votación se repetirá en el curso de la próxima sesión plenaria, que tendrá lugar el próximo día 13 de diciembre a las cuatro de la tarde... Se levanta la sesión.*" "Fuertes rumores y protestas" (DS cit., pág. 9422, col. 2.^a).

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

Y en el *Diario de Sesiones* correspondiente a la del día 13 de diciembre de 1988 se puede leer, a seguido de "Sumario", lo que a la letra se copia:

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

"Como cuestión previa al orden del día, el señor Vicepresidente (Torres Boursault) participa a la Cámara que la Junta de Portavoces, reunida el pasado 1 de diciembre en relación con el Proyecto de Ley Orgánica por el que se crean los Juzgados de lo penal, una vez oídos los soportes de la cinta magnetofónica y verificadas las actas mecanográficas de la votación, acordó que la Presidencia proclamase el siguiente resultado, *aceptado por unanimidad*, votos emitidos, 241; a favor, 173; en contra, 62; abstenciones, "En consecuencia, alcanzado el número de votos exigidos por el artículo 81-2 de la Constitución, queda aprobado en votación final y de conjunto el mencionado Proyecto de Ley, que continuará su tramitación en la Cámara Alta conforme a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución." (DS núm. 158, 13 diciembre 1988, pág. 9428, col. 1.^a). (Ver la nota 27.)

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

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

Y en este caso concreto vemos, a tenor del Reglamento, que se trataba del Pleno de la Cámara; que "los Diputados tomarán asiento en el salón de sesiones" (art. 55-1). La votación comenzó en el salón de sesiones, efectivamente, pero... se interrumpió por las irregularidades que el Presidente observó, "discordancia entre los diversos cómputos efectuados" (DS 1 diciembre, pág. 9422, 2.^a col. cit).

Había comenzado: No terminó válidamente. Luego "se interrumpió". En el artículo 80 del Reglamento, a este respecto, dice que: "Las votaciones no podrán interrumpirse por causa ninguna. Durante el desarrollo de la votación, la Presidencia no concederá el uso de la palabra y ningún Diputado podrá entrar en el salón ni abandonarlo".

El Reglamento da soluciones asimismo al caso de que "Si llegado el momento de la votación, o celebrada ésta, resultase que no existe el quórum a que se refiere el apartado anterior (la mayoría de los miembros de la Cámara), se pospondrá la votación por el plazo máximo de dos horas. Si transcurrido este plazo tampoco pudiera celebrarse válidamente aquélla, el asunto será sometido a decisión del órgano correspondiente en la siguiente sesión" (art. 78-2).

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

El caso es que esa decisión, esa "votación válida" a la que el artículo 78-2 del Reglamento alude, debería haberse celebrado "en la siguiente sesión", como muy correctamente dijo el Presidente al terminar la votación defectuosa e invalidada por él por serlo. Siguiendo sesión "del Pleno", único competente para votar las leyes. Mas en la "siguiente sesión" —y fuera del orden del día, sin que se haya documentado en el acto de la sesión alguna de las precauciones de los artículos 67 y 68 del Reglamento—, *no se celebra ninguna votación del Proyecto de Ley, pese a que allí se diga. La mención textual "queda aprobado en votación final y de conjunto el mencionado Proyecto de Ley"*, no sabemos en qué votación se apoya. Sí, hay un "recuento" más en la reunión del Presidente con los Portavoces, los cuales "aceptan por unanimidad" que la "Presidencia proclame el resultado". El resultado de una serie de operaciones "de repaso de cuentas" de las votaciones, que no pueden ni convalidar siquiera a una votación ya declarada por el Presidente como viciada por "discordancias de cómputos"; votación no celebrada por el Pleno, y ni siquiera en público, en el salón de sesiones, "reglamentariamente" (arts. 78, 80, arg. en el art. 88; 62 del Regl.). Y los votos de los Diputados son indelegables (art. 81 CE).

El artículo 32-2, rep. supra —"resolución de carácter general (del Presidente) con el parecer favorable de la Mesa y de la Junta de Portavoces"— no da demasiada luz sobre el extremo que aquí interesa, ya que nos dice del "procedimiento", mas no del fondo; ni tampoco el 39-4, que nos dice del quórum de la citada Junta (en ese caso hubo "unanimidad", mas con una redacción confusa en el comunicado del Vicepresidente, señor Torres, en la sesión del día 13 de diciembre). Lo que sí sabemos es que el Presidente y Portavoces *trabajaron* ("oídos los soportes y verificadas las actas") fuera de la sesión del Pleno. Y que llegaron a un "acuerdo" leído el día 13 de diciembre. Y que en él consta que "queda aprobado en votación final y de conjunto el mencionado Proyecto de Ley". Pues bien, yo no veo la votación final del Pleno por ninguna parte. Sólo veo la última de la sesión del

día 1 de diciembre en la que, según el mismo Presidente de la Cámara, "existía discordancia entre los diversos cómputos efectuados", a la vez que ordenaba la repetición de tal votación —así pues, írrita— en la próxima sesión...

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

Siempre si la reserva —no soy temerario y reconozco un posible error— de someter cuanto digo al parecer de mis lectores rogándoles me rectifiquen si lo hay, entiendo qué, de estar en lo cierto, no se trata de "formalismos" nimios —alguno pensará que caigo en esa manía, y aun quizás de manera interesada aquí—. La "forma" —de la cual se abusa desde siglos ha, y ello ha dado en llamarse formalismo, cuando debe denominarse "hiperformalismo"—es una garantía. Todo proceso es "forma" —el procedimiento—. No cabe un proceso sin procedimiento, aunque ello se ha intentado hacer en la Historia con resultados lamentables (25). Y el *iter* de elaboración de las leyes está rodeado de una serie de garantías —cuyos principios se hallan en la Constitución y su desarrollo en el Reglamento—; de garantías de que es la mayoría de los representantes del pueblo la que está de acuerdo con el texto que se le somete. Y el voto de los Diputados y Senadores es indelegable (art. 80-3 CE). La Junta de Portavoces no puede suplir al Pleno.

Para este caso —que debe ser confirmado en su caso, con falta de error por mi parte; naturalmente; si lo hubo, lo reconoceré— y para otros que se puedan producir —nadie está exento de errar— es muy útil la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de julio de 1988, número 139/1988; esto es, tal resolución, que debe encuadrarse —pese a los errores de redacción del comunicado leído al Pleno en la sesión de 13 de diciembre— en el artículo 32-2 del Reglamento de la Cámara y hubiera sido susceptible de recurso de inconstitucionalidad. Ya no lo es, por preclusión de los plazos. Pero sí cabría la cuestión de inconstitucionalidad. Y

(25) Recuerdo de la doctrina del "juicio sumario indeterminado" cit. en nota núm. 7; mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, parte I; *El Cansulado* cit., parte I; BRIEGLER, ob. cit., *passim*.

el problema lo merece. En otro lugar he hecho una cita de MALMGREM: "... se ha estimado ~~que~~ dice— que si en el *processus* parlamentario se produce una falta de formalidades como método de promulgación (el resultado) no puede ser considerado como ley" (26) (27).

Aunque el Tribunal Constitucional es, naturalmente, muy severo para admitir estas cuestiones, éstas, promoverse, serían gravísimas. Y recuérdese lo ocurrido con la Ley del 1 de noviembre de 1980. Se dejó que los Juzgados españoles la aplicasen durante ocho años, sin hacer caso de las observaciones de la doctrina *española* que indicaban su carácter inquisitivo; y fue preciso que el TEDH juzgase dos casos —PIERSACK, Sentencia de 1 de octubre de 1982, y DE CUBBER, de 26 de octubre de 1984— y que sus resoluciones llegasen a conocimiento de los dos Jueces que formularon las cuestiones, para que el Tribunal Constitucional interviniera con una Sentencia que *forzosamente* —*ope legis*, artículo 40 LOTC; tan discutible en el terreno de la justicia— dejó sin tocar una probablemente larguísima serie de casos y a juzgados, con condenados en virtud de normas que luego se declaran nulas.

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

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

Atraigamos ahora el resultado de esta excursión por el campo o parcela del Derecho Parlamentario español a nuestro tema. ¿Qué se deduce de ellos (han sido dos casos los examinados)? Que para ellos, las normas del

(26) Cfr. MALMGREM, *Sveriges Grundlagar*, 7.^a ed., Fahlbeck & Sundberg, 1957, 54-55, citado por BÄDER GINSBURG-BRUZELIUS, *Civil Procedure in Sweden* (Columbia University School of Law, Project on International Procedure, dir. por Hans Smit, ed. Martinus Nijhoff, La Haya, 1956), pág. 131, nota núm. 34.

(27) Recuérdase el incidente parlamentario con motivo de la votación final en el Congreso de la Ley en tramitación de Reforma Procesal. Sesiones del Pleno del Congreso de 1 y 13 de diciembre de 1988. *Diario de Sesiones* núm. 156 (III Legislatura, 1988, págs. 9419 a 9422, y núm. 158, ídem, págs. 9428 y 9433. Cfr. *infra*). Y mi trabajo "Acción del Fiscal y acción popular. El refuerzo de esta última", en *Tapia*, oct. 1989, págs. 68 y sigs.

Reglamento de la Cámara —*vexata quaestio*— no están ayunas de sanción; que son "normativas"; que no les afecta el gravísimo problema del que tanto eco se han hecho los autores (28).

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

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

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

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

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

6. Sí, deberemos poner aquí otro importante ejemplo de "normas sin sanción", al menos, muy aparentemente.

Recordemos que la LECRIM de 1882 introdujo definitivamente en España el "sistema procesal penal mixto", integrado por una instrucción en la que aparecen aún caracteres inquisitivos y un juicio oral, de tipo acusatorio. Entre las actuaciones del llamado "sumario" de preparación del juicio oral —que el sumario no puede sustituirlo, art. 299, pese a las

Supra, en el texto, se ha copiado la intervención del Vicepresidente en funciones del Presidente, Sr. Torres Boursault, al comienzo de la sesión del Pleno del Congreso del 13 de diciembre de 1988. Es tal y como consta en el acta taquigráfica, al parecer; en la pág. 9433 del mismo *DS* (núm. 158 de 1988, pág. 9433), obra la referida intervención en lo que debe ser el soporte de la cinta magnetofónica, que dice así:

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

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

Como cuestión previa al orden del día, y en relación con el Proyecto de Ley Orgánica por el que se crean los Juzgados de lo Penal y se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Enjuiciamiento Criminal, participo a la Cámara que la Junta de Portavoces, reunida el pasado día 1 de diciembre, oídos los soportes de la cinta magnetofónica y verificadas las actas taquigráficas de la votación, acordó que la Presidencia proclamase el siguiente resultado, aceptado por unanimidad: votos emitidos, 241; favorables, 173; contrarios, 62; abstenciones, 6.

En consecuencia, y con rectificación de la decisión adoptada anteriormente al respecto, alcanzado el número de votos exigido por el artículo 81-2 de la Constitución, queda aprobado, en votación final y de conjunto, el Proyecto de Ley Orgánica por el que se crean los Juzgados de lo Penal y se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Enjuiciamiento Criminal, que continuará su tramitación en la Alta Cámara, conforme a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución."

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

Y cuando la Ley "vuelve" del Senado al Congreso (art. 81-2 CE), no se trata del incidente en el *DS*.

(28) Recuérdese lo dicho en la nota núm. 5, *supra*.

graves corruptelas que afligen a aquél, y que se hace necesario cortar enérgicamente (29)— se halla la del "procesamiento", acto que tiene como finalidades —es un auto de inculpación provisional— de determinar si existen motivos para celebrar un juicio oral decisorio, sobre un determinado delito y contra un sujeto concreto; si hay fundamentos para "acusar" formalmente; de evitar un juicio oral depresivo e inmotivado contra una persona; de proscribir la posibilidad de que un ciudadano, desde la Comisaría de Policía —o, incluso, desde su casa— y con desconocimiento de la inculpación que se le hace, sea sentado en el banquillo de acusado (30). Es una actuación que, con uno u otro nombre y estructura, aparece en todos los ordenamientos jurídicos de países civilizados, y favorece a los sujetos pasivos, facilitando su defensa.

Su clave se halla en el artículo 384 de la LECRIM. Y una de sus consecuencias es la de que el Juez de Instrucción haya de recibir al sujeto una declaración formal (arts. 386 y sigs.). *Hic latet lepus*.

La Ley, con graves razones, y a fin de evitar cualquier reminiscencia de aparición de la tortura como medio procesal de confirmar declaraciones, y en especial, como es lógico, las prestadas bajo juramento (31), suprimió el juramento, así:

"No se exigirá juramento a los procesados, exhortándoles (el Juez) solamente a decir verdad y advirtiéndoles el Juez de Instrucción que deben

(29) Cfr., p. ej., SERRA DOMÍNGUEZ, en su *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, pág. 722; "Balance positivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Para un proceso civil eficaz*, Univ. Aut. de Barcelona, Bellaterra, 1982 —ed. de Ramos Méndez—, págs. 24 y sigs.

(30) Cfr., p. ej., PASTOR LÓPEZ, "El proceso penal especial de la Ley del Automóvil: examen crítico", en *RDPr.*, 1966, II, 108 y sigs.; "El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal", Valencia, Secr. de Publ. de la Univ., 1979, págs. 118 y sigs.; mis trabajos: "Procesamiento, sobreseimiento, acusación", en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, II, 1269 y sigs.; "Algunas notas sobre modernización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *RDPrIber.*, 1976, IV, esp. §8, págs. 791 y sigs., y notas. Diversas opiniones sobre el procesamiento en PASTOR LÓPEZ, *ob. cit.* Y mi trabajo cit. "¿Supresión, etc.?", *passim*, y bibl. cit.

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

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

responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad a las preguntas que les fueren hechas" (art. 387).

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

¿Cuál es la sanción de este "deber"? *Jurídicamente, ninguna.* la Ley deja que el imputado mienta. Así de claro. Se consagra el derecho a no decir verdad, sobre la base del interés de salvación del sujeto pasivo (32).

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

"La confesión del procesado (33) no dispensará al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito" (art. 406 LECRIM).

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

El examen de la norma "derecho a mentir, sin sanción jurídica" —y ahora se quiere dar rango constitucional, indirectamente, a ese derecho a mentir (34)—, ha de examinarse, no en cuanto a la norma aislada, sino

(32) Cfr. mi trabajo "La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español", en *Temas cit.*, 1969, II esp. § 6, págs. 1218 y sigs.

(33) Errores terminológicos. No habiendo juramento, no hay "confesión". Y no solamente se interroga a los procesados.

(34) Sobre ese "derecho a mentir", al que ahora se quiere dar incluso rango constitucional —sí así fuese; ya *veríamos*, p. ej., a dónde iba a parar la Hacienda Pública—, cfr. también VÁQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, ed. Bosch, 1984, esp. 419 y sigs.

Se puede admitir ese "derecho a mentir" de parte de un imputado, basándolo en su "interés de salvación". Pero si se le da carácter constitucional, el proceso en su totalidad queda barrido y a merced de la delincuencia que nunca se podría demostrar. Y aun el propio "interés de salvación" del imputado le impondría su *renuncia* a ese privilegiado derecho a mentir... si como en EE.UU. se permite la renuncia a los derechos constitucionales. La solución al problema la ha adoptado —probablemente influido por la doctrina citada— el art. 167 del Código Procesal Militar de 13 de abril de 1989; acertada

"según se desvía la teoría del derecho, de la consideración de las normas en particular, a su consideración en el sistema" (BOBBIO) (35).

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

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

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

Pero tal transferencia deja asentada la inexistencia de sanción de garantía del "no decir la verdad".

Se dice que ese "deber de decir la verdad" y esas "explicaciones sobre claridad, precisión y conformidad con la verdad" de sus respuestas, son inconstitucionales, por producirse contra los principios del "derecho al silencio" (arts. 17-3 y 24-2 CE) y al de "no declarar contra sí mismos" (art. 24-2). Esto es debatible, en cuanto a si tales derechos son o no renunciabiles —en EE.UU., de donde esta rigidez proviene posiblemente, tras haber viajado hacia allí (36), este "privilegio" es limitado y se puede renunciar a él en un *bargain*, eso es claro (37), cosa en lo que frecuentemente no se cae—; por ese camino, el *mal menor* correctísimo a mi entender, que es el de *plea guilty* de los artículos 655 y 689 y siguientes de la LECRIM también lo será; y llegaría a serlo el auto de sobreseimiento definitivo porque no permitiría que el acusado más tarde desplegase todo su "derecho a la defensa" en el juicio oral y público, esto es, otro derecho constitucional. Estimo que la salida a tal riesgo —aumentado por algunos autores (38)— se corrige, como ellos lo han hecho, mediante la introducción, en la norma sobre esas "exhortaciones a decir verdad" del artículo

frente a los escrúpulos provocados por el art. 387 de la LECRIM. Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, *ob. cit.*

Además, y sin salir del contexto de la LECRIM, su equilibrado art. 118 quedaría vacío.

(35) Cfr. BOBBIO, "Sanzione", a.f., 540.

(36) Con procedencia del Derecho inglés, eso es claro. Y en Inglaterra, no todo *bargain* es admitido por los Jueces. Cfr. HAMPTON, *ob. cit.*, ejemplos en 284 y sigs..

(37) Sobre el *plea bargain* en EE.UU., cfr. *infra*.

(38) Por ejemplo, el mismo VÁZQUEZ SOTELO, *ob. cit.*, 22.

387 de la LECRIM, de unas "advertencias" (39). Lo que ya se ha hecho en el artículo 169 de la Ley Orgánica Procesal Militar (2/1980) (40). Y aun entiendo holgaba tal "advertencia" si al interrogado se le "habían leído *bien* sus derechos"; como dice el artículo 520-2 de la LECRIM. Pero más vale tal precaución.

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

En todo caso, he aquí una norma más "sin sanción" jurídica.

7. En Derecho Mercantil Marítimo basta pensar en las facultades —y aun potestades— del capitán del buque, para ver como posibles figuras de autodefensa.

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

De manera análoga la "arribada forzosa", que desvía el buque con respecto al puerto de destino, se resuelve por votación (¿consultiva?) (art. 819). "Se otorgará la arribada al puerto más próximo." El capitán tiene voto de calidad. Luego vendrá la declaración de "ilegitimidad" de la arribada judicialmente, pero *in actu*, hay autodefensa.

Y nótese que el capitán interviene en defensa de intereses ajenos. Pero opera como la legítima defensa de terceros del artículo 8.º-4 del CP. Esto se considera como gran aproximación al proceso. "No sólo es altruista (justa), sino que se realiza por un sujeto imparcial o irrecusable, hasta el

(39) VÁZQUEZ SOTELO, pág. 220.

(40) El art. 167 de la Ley Orgánica Procesal Militar —no se sabe por qué no se la denomina "Código"—, que muestra una fortísima influencia de la LECRIM, lo que nos parece muy bien, dice así:

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

extremo de que, abstracción hecha del aspecto formal, casi se podría decir que aquél se conduce como juzgador, si bien instantáneo o circunstancial y no permanente". (ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, ref. a la "legítima defensa").

8. Se puede también considerar que el Derecho Registral tiene, entre sus objetivos, el de disuadir, desanimar de emprender "acciones" jurisdiccionales —ese "desánimo" es un medio de actuar la sanción, mas también un medio de evitar el acudir a un campo pleno de normas sancionatorias como es el del proceso.

Son muy gráficas las palabras de los Reyes de Castilla, Don Carlos y Doña Juana, en las Cortes de Toledo, que se reprodujeron en la "Exposición de Motivos" de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861. "Nos es fecha relación —decían los Reyes— que se escusarían muchos pleitos, sabiendo los que compran los censos y tributos que tienen las heredades, lo cual encubren y callan los vendedores." Se intenta evitar —y se evita en no pocas ocasiones— que se defiera el asunto al proceso —campo de las sanciones— reduciéndolo al de la "comunicación de situaciones" a supuestos terceros. Autodefensa juridificada extensamente, en cuanto a la intervención de las autoridades jurisdiccionales. Y en no pocos artículos de la vigente Ley Hipotecaria, se hallan los preparativos de este objetivo —entre otros—. Artículos 6.º, c); artículo 26-3.ª; artículo 42-9.º —esa cautela, como tantas otras, supone autodefensa juridificada—, etc.

Exclusión intentada, y probablemente conseguida merced a la tonalidad intimatoria de los asientos registrales, del proceso. Es suficiente ese medio. El Registro se defiende a sí mismo.

III. Y ahora fijemos la atención en el que, si se ha hablado de la "autodefensa de la norma", ello no se puede tomar en sentido propio. Precisa de personas que pongan en acción esos medios de defensa, entre los que se halla o se busca la sanción. Son *los problemas de quien debe defender a una norma sin sanción cuando sea atacada*.

Sí es posible, y no se trata de una "norma de vértice", hallar la entidad y persona sancionadoras. Si no es factible, examinar si es asequible en justicia una transferencia de la sanción. O, al menos, la declaración de la esfera a la que corresponde imponerla, fijando así su tipo. Política, moral, económica, social. Y recordemos que la apariencia de "actividades sin sanción" —como pueden parecer las del *Ombudsman*, mundo en el que ahora no puedo volver a entrar (41)— no supone que realmente falten.

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

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

Débase excluir también la jurisdicción voluntaria; la hay ficticia, y puede devenir rápidamente contenciosa (art. 1.817 LEC).

1. Tan sólo en el caso de laguna en la ley penal, descubierta por un Tribunal (art. 2 CP), éste debe, incluso *ex officio* — y de manera evidentemente extra-jurisdiccional— "exponer al Gobierno las razones que le asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal". Con lo cual, una situación jurídica estática —la supuestamente delictiva aún no tipificada— quizá incluso sujeta a normas, pero sin sanción, devendría norma (en caso favorable, y de que el Gobierno le diera el curso debido); y es de esperar que, con sanción adecuada. Se trataría de actividades regladas "ocultas" —cabe la posibilidad—, aunque provocaran en personas o en bienes, los efectos de un delito, con detrimento de aquéllas; que serían las que destaparían tal "norma" o serie de hechos al ponerla en conocimiento de un Tribunal. La actuación moderna de bandas de delincuentes casi perfectamente organizadas, y que lleguen a utilizar mecanismos legítimos como instrumentos para su actividad, hace posible la existencia de tales fenómenos.

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

3. Tampoco ve obstáculo decisivo frente a que fuera el *Ombudsman* —llamado aquí, sugestiva y engañosamente, Defensor del Pueblo— el que "sugiriese" al Gobierno alguna "modificación de criterios" (art. 28-2 Ley 6 abril 1981) consistente en el reconocimiento de alguna norma sin sanción que hallare en el curso de sus investigaciones. La relativa falta de forma de tales investigaciones, podría favorecer tales hallazgos y defensa mediante sus sugerencias.

4. Y el campo del Derecho Administrativo debe ocultar usos y *costumbres* poco conocidos de quienes no son titulares, que, por hallarse *ocultos* a lo largo y ancho de la geografía de España, o bien por ser

"contra ley", contra norma inadecuada (42), carecen de sanción (y por ello se ocultan, pese a ser dignísimos). La costumbre contra ley, es difícil de investigar por los no afectados o interesados en ella.

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

IV. Y el vehículo de defensa de las "normas sin sanción", o bien resulta ser político —culminando posiblemente en proyectos de Ley o proposiciones de Ley o no de Ley, o en leyes de destinatario unipersonal— o jurídico, el del proceso y a través del medio más adecuado, que parece sea el de las acciones y pretensiones constitutivas, cuyo carácter cuasijudicial se ha puesto de manifiesto por sus efectos —los de las sentencias— *erga omnes*. Tales pretensiones pueden producirse como consecuencia de una insatisfacción jurídico-material (42a) surgida a lo largo de una relación jurídica —o simplemente fáctica— de tal tipo. Mas la insatisfacción jurídica (en materias no penales y *por ahora*) no lleva directamente al proceso. Se puede acudir si la autododefensa, salvo las excepciones que examinamos, está prohibida, a la autocomposición y al arbitraje.

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

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

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

(42) Cfr. sobre la costumbre —incluso contra ley— en Aragón, mis trabajos: "La Alera foral", Zaragoza, Inst. Fernando el Católico, 1951, 137; "Para la investigación del Derecho Procesal vigente en Aragón", Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1946, *passim*; "Normas procedimentales para un futuro Cuerpo de Derecho Foral aragonés", en *RDPr.*, Madrid, 1953, *passim*; "Facerías internacionales pirenaicas", Inst. Est. Pol. Madrid, 1956, 25 y sigs.

(42a) Cfr. mi concepto de "satisfacción jurídica" como función del proceso en mis trabajos "El proceso como función de satisfacción jurídica", *Temas I*, págs. 353 y sigs.; "El proceso como satisfacción jurídica", *La Ley*, Buenos Aires, 5 de agosto de 1968; "Doctrina General de Derecho Procesal", cit., I (III), *passim*.

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

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

Omitiendo entrar aquí —y de nuevo lo dicho— en el examen del "contrato" como fuente de noticias para nosotros, la fuerza de los contratos con respecto a terceros (43), debe conseguirse por medio de su aproximación al proceso —la homologación judicial de la conciliación— o su penetración en él como un tipo —el proceso de conciliación (44)—. Y en estas condiciones la "conciliación" pasa a constituir un medio de descongestionar al proceso jurisdiccional (45). Si deja de constituir una auténtica autocomposición pasa a tener gran interés, en cuanto que los Jueces dotan de perennidad (o pueden hacerlo) a la satisfacción contenida en su sentencia. Aunque así, la primitiva "norma para dos" ganará en consistencia, con respecto a los terceros, fallará, si nos basamos en su naturaleza contractual y aún habrá muchas dificultades si la admitimos como sentencia. Esto es, un Juez o Tribunal, por intervenir y dirigir un proceso de conciliación —así se les llama (46)— no elabora sanciones. Y aún menos, si su intervención es la de simple homologador de la conciliación. Este doble papel es el que reconoce a los Jueces españoles, según el marco de su competencia y el ámbito de la conciliación ante él obtenida, el nuevo artículo 476 de la LEC.

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

[En materia administrativa —ya dije, y ahora repito—, desde el punto de vista, no de las "normas sin sanción", sino desde el de la autodefensa, que ésta constituye un mecanismo básico de la misma o de las mismas.

(43) Que no es lo mismo que los contratos de prestación a terceros. Cfr. la obra señera de HELLWIG *Verträge auf Leistung an Dritte*, Deichert, Leipzig, 1899, *passim*.

(44) Cfr. arg. en ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Proceso, autocomposición y autodefensa" cit. (de aquí en adelante "Proceso"), §49, pág. 82.

(45) Cfr. CAPPELLETI-GARTHY, "Access to Justice: The worldwide Movement to make rights effective: General Report", en *Access to Justice*, I (Programa de Florencia), 1978, Giuffrè, Milán y Sijthoff, Alphen an den Rijn, 61 y sigs. Y una no escasa parte del contenido de la obra, debida a grupos de juristas (El Programa dejó aparte al proceso penal).

Cfr. también DENT y VIGORITI, "Le rôle de la conciliation comme moyen d'éviter le procès et de résoudre le conflit", Ponencia General al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Würzburg, 1983 ("Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung") ed. por HABSCHEID; Giesecking, Bielefeld, 1983, 345 y sigs.

(46) Cfr. CAPPELLETI-GARTHY, *ob. cit.*, pág. 61.

Los reglamentos internos llevan disposiciones que se ejecutan sin más coerción que la que emana de ellas. Sólo más tarde, en España, aparece la heterodefensa, bajo la forma del recurso contencioso-administrativo. Una manifestación de las más potentes de la autodefensa (naturalmente, en beneficio del interés público) de la Administración, es su poder de expropiación forzosa, previsto incluso en la Constitución (art. 33-3).]

2. A) En el campo de lo laboral hay manifestaciones incluso multitudinarias, colectivas de la autodefensa. Se trata de la huelga, reconocida en el artículo 37-2 de la Constitución Española. Autodefensa limitada —por la prestación de servicios mínimos— también previstos en la CE— pero no regulada por una Ley de Huelgas, tarea de lo más difícil que pueda existir (47). El estudio de la huelga como manifestación de la autodefensa y de su alcance, que puede ser enorme, debe hacerse en profundidad.

En la Ley de Procedimiento Laboral española, que había adquirido estado como "ley buena" —se hallaba en vigor, básicamente, desde 1908, Ley de Tribunales Industriales, y funciona bastante bien, incluso en este tiempo de crisis procesal (48)—, también se hallan manifestaciones de autocomposición pero procesalizada, como se verá. Y alguna norma sin sanción (las de la defensa técnica).

B) Y para completar esta superficial ojeada, también en el Derecho procesal penal hallamos manifestaciones de la autodefensa, al menos en apariencia. Por ejemplo, las de la detención por particulares (arts. 490 y sigs. LECRIM). (Se trataría en realidad de la asunción privada de una función pública, como la de la "acción popular") (49). Pero "salgamos del proceso" de nuevo.

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

En efecto, es normal en nuestras sociedades actuales que las personas

(47) Cfr. sobre la huelga, CALAMANDREI, "Significato costituzionale del diritto di sciopero", en *Scritti giuridici in onore de la CEDAM nel cinquantenario della sua fondazione*, CEDAM, Padua, 1953, II, 52 y sigs.; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, §21, págs. 42 y sigs.

Cfr. el RD-ley de 4 de marzo de 1977.

(48) Este juicio procede del juicio verbal civil —que se sigue hallando en las Leyes procesales actuales—, de tipo oral y concentrado, el cual descende a su vez del tipo de "juicio verbal, para litigios de escasa entidad" que con tanta abundancia aparece en los Reinos españoles durante la Edad Media. Cfr. mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit. parte I, IV, 71 y sigs.

(49) Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *Satisfacción*, cit., § 12, págs. 403 y sigs.; *Doctrina general*, I (II), 4 págs. 62 y sigs.

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

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

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

Decía CALAMANDREI: "La prohibición de la autodefensa, tal como existe en los ordenamientos modernos, es el resultado de una larga y trabajosa evolución. En una asociación primitiva, en la que no existía, por encima de los individuos, más autoridad superior capaz de decidir y de imponer su decisión, no se puede pensar, para resolver los conflictos de intereses entre coasociados, más que en dos medios: o en el acuerdo voluntario entre dos interesados, en el *contrato*, dirigido a establecer amistosamente cuál de los intereses opuestos debería prevalecer, o cuando no se llegase a un acuerdo, en el choque violento entre los interesados (50) —autodefensa—".

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

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, en un hipotético plano de evolución de la autodefensa ilimitada hacia la razonada, dice que la autodefensa en juicio actual "no pasa de ser una reminiscencia de la primitiva autodefensa, en que la fuerza física es reemplazada por la fuerza de los razonamientos" ("jurídicos") (50a).

La aparición del patrocinio jurídico por Abogados, y su situación

(50) Cfr. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal civil*, Buenos Aires, EJE, 1962, pág. 147.

(50a) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Proceso", § 98, pág. 176.

actual con respecto a esa "autodefensa", es tema de enorme importancia.

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

El estudio de este binomio necesariamente se deja para otro lugar. No se puede despachar semejante tema con ligereza. El solo llenaría cursos y cursos completos (50b).

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

Y sin olvidar tampoco lo complejo del panorama actual. En tanto que, en materia civil, hay acuerdo universal en cuanto a favorecer la heterodefensa —en este sentido, la defensa técnica—, incrementando los medios de ayuda a los económicamente insuficientes —para qué efugios y circumloquios: mientras el terrible y vergonzoso azote persista, hay que llamarlo por su nombre, que a nadie deshonra: a los pobres—, en lo penal se ha producido un retroceso y una tendencia incluso a renegar, a prescindir del Abogado defensor, en cuanto a determinados delitos —los que corresponden a las llamadas "bandas terroristas"—, en beneficio de la exclusividad de la autodefensa. Indudablemente, la motivación es de tipo político y no se oculta (50c).

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

Y ha creado normas de autocomposición para proteger el principio *pacta sunt servanda*. Así, en muchos contratos que afectan a verdaderas masas humanas, aparecen cláusulas de fianza por su cumplimiento. La cláusula penal (arts. 1.152 y sigs. CCiv) se muestra como un medio autocompositivo, y el papel secundario del proceso aparece con claridad en el 1.154.

5. El pacto y el contrato, relevándose, aparecen como una de las

(50b) Sobre las actuales direcciones de la organización de la defensa en juicio cfr. p. ej. —con reservas; no se tienen en cuenta muchas consideraciones de países no representados directamente—, ZEMANS, "Recent trends in the Organization of Legal Services", en *Effektiver Rechtsschutz* (Würzburg, 1983), 373 y sigs.

(50c) Cfr. p. ej., la obra colectiva dirigida por GREVI, cit. en nota núm. 13, *supra*. El fenómeno, de raíz política en gran parte, se produce también en España, con unos caracteres muy semejantes a los GREVI y los autores de la citada obra describen. Y aquí, se veía venir el fenómeno por los que no somos triunfalistas o inconscientes. Cfr., p. ej., mi trabajo "Algunas notas sobre la problemática de la expulsión del acusado de las sesiones del juicio oral", en mis *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, EderSa, II (1984), 377 y sigs. No se me hizo el menor caso.

claves de la civilización de las relaciones entre litigantes —en sentido lato—, al ir sustituyendo paulatinamente a la autodefensa, y en su lugar hacer aparecer un tipo de heterodefensa, de manera no individual, sino de toda una Ciudad.

Me refiero a la aparición de un tipo de "proceso", del que aún se discute si estaba o no fundado en un primitivo arbitraje —en el pacto *receptum arbitratis* (50d)—. Lo que nos trae de nuevo al "pacto" como fenómeno de sustitución de dicha autodefensa.

En Roma, ésta fue admitida muy ampliamente "como reacción contra las aplicaciones ilegales de poder" (50e).

Y a través de la evolución de Roma, parece claro que el Estado, en su desarrollo progresivo, "se apropiase de la función arbitral privada", articulando la autodefensa mediante un rito obligatorio para las partes (50f).

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

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

El pacto (50g), como el *pacere*, se remiten a un acuerdo, el cual se refiere siempre, en sus muy variadas acepciones, a una *conventio* o acuerdo (cfr. *infra*); mas la *conventio* gana terreno, y el *pactum*, si no se estrecha, sí que ha de coexistir con otras figuras (50h).

El *pactum* ocupó una posición contrapuesta al *contractus* desde el punto de vista de su defensa procesal. En tanto que la vulneración del *contractus* originaba una *actio*, la del *pactum*, en su caso, tan sólo la de una *extentio*, la *exceptio pacti conventi* (50ha).

Los pactos adquirieron valor jurídico muy considerable. En el Edicto

(50d) Cfr. LA PIRA, "Compromissum e litis contestado", en *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, Palermo, 1936, II, 189 y sigs.; BONIFACIO: "Patti (Storia)", en *NssDI*, §4, 485.

(50e) Cfr. LUZZATTO, "Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess", en *ZSSR (RA)*, Weimar, 1956, LXXIII, 35.

(50f) Cfr. LUZZATTO, *ob. cit.*, 47.

(50g) La voz *pactum*, como el verbo *pacere*, como la voz de origen indoeuropeo *pak*, en origen, indicaban más que la cesación de una situación de hostilidad, la actividad de quien, por vía convencional, determinaba una no-beligerencia. *Pactum* no pierde el sentido de "límite (modo) de impostación de una relación", acentuando el momento "activo" de la constitución de equilibrios. Cfr. G. MELILLO, "Patti (Storia)", *Enciclopedia del Diritto (Enc. Dir.)*, § 2, 480.

(50h) Cfr. BURDESE, "Patto (Diritto Romano)", en *NssDI*, § 1, 708.

(50ha) Cfr. MELILLO, *ob. cit.*, §2; JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, trad. esp. Prieto Castro, Labor, Barcelona, 1936, § 117, 2 y 3, págs. 268 y sigs.

(7,7, D., *de pactis*, 2; 14) "*pacta conventa... servaba*" se admiten todos ellos salvo que contengan *dolo malo*, sean *adversas leges plebis scita*, *senatus consulta edicta decreta principum* o *fraus*. El Pretor los protegerá.

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

Se trataba de las consecuencias del muy vasto y aún confuso delito de *iniuria* (50i). Una de sus manifestaciones, la de la ruptura de un miembro, admitía un cambio de la pena taliónica por una composición pacticia. (*Si membrum rupsit nisi cum eo pacit, talio esto*, VIII, 2). El acuerdo entre la parte lesionada y el ofensor, por medio de un *pactum*, evitaba o ponía fin a un procedimiento (50j).

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

La venganza privada originaria —autodefensa bruta— se sustituía así por una compensación de tipo pecuniario; de aquí nacían las obligaciones *ex delicto* (50k), a conservar *iure civile*, por lo menos en los casos de *iniuria* y *furto* (fr. cit.).

Nos aproxima al terreno del proceso, la extensión de los *pacta praetoria*, si no a éste (50l), al menos al paraproceso que es el arbitraje, por medio del *receptus arbitrum* y del *compromissum* (50m).

Sí parece claro que la *exceptio pacti conventi* ya relacionaba con el proceso propiamente dicho, puesto que podría ser opuesta y constar en la fórmula sobre la que se produciría la *litis contestatio*, pudiéndose llegar a una sentencia absolutoria (50n), la aparición de *pacta adjecta* a los contratos, llevaba consigo *actiones stricti iuris*: expresamente contenidos en el título contractual, eran tutelados por las *actiones* que amparaban al mismo *contractus* (50p). Entre los *pacta praetoria*, se hallaban los ya citados y claves del arbitraje, de *compromissum* y *receptum*; en las *conventiones legitimas*, aparecían las *actiones* (50q), y entre ellas, el *compromissum* en el Derecho justiniáneo, con figura de perseguibilidad con una *condictio*

(50i) Cfr. FUENTESECA, *Historia del Derecho Romano*, Madrid, Europa Artes Gráficas, 1987, 98 y sigs.

(50j) Cfr. FUENTESECA, *ob. cit.*, 99; MELILLO, *Patti*, §2, 481; BURDESE, *Patto*, §708.

(50k) Cfr. FUENTESECA, *ob. cit.*, 99.

(50l) Como lo pretende LA PIRA, *ob. cit.*, en nota núm. 50d.

(50m) Cfr. MELILLO, *ob. cit.*, §4, 482 sigs.

(50n) Cfr. BURDESE, *Patto*, §5, 709.

(50p) Cfr. MELILLO, §7, 490; JÖRS-KUNKEL, §117, 3, pág. 271.

(50q) D.2, 14, 6 (Paul.), 3 ad.ed.: "Legitima conventio est qua lege aliqua confirmatur, ei deo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur". El nombre de *pacta legitima* "no era muy propio" (JÖRS-KUNKEL, *ob. cit.*, §117, 3, pág. 271).

ex lege, a quien no hubiese tenido ni hecho honor al *pactum de non petendo*, yendo así al arbitraje en lugar de ir al proceso (50r).

Punto central dialéctico entre *pactum* y *contractus* lo ocupan las *conventiones* (siglos II y III, def. de Ulpiano, D, 2, 14, I, 3, 4 ad. Ed.) como elementos de fondo de cualquier figura negocial, sea pacto o contrato, ya que sin *consensus* no hay obligación. El *convenire*, por el que los pactos tendentes a una justa *causa*, asumen, si no el nombre, sí la regulación del contrato (50s) (50t).

Se tiende a una homogeneización de *pactum* y *contractus*: éstos proliferan, pero los primeros conservan en enorme ámbito del Edicto "*pacta conventa servato*", y en el siglo III se comprueban remedios pretorios que afirman varias *actiones* nacidas de tal Edicto (50v) {*recepta*, etc.).

Recordemos aquí, aun en Roma, los *nuda pacta*, negocios que ni con contratos, por falta de *causa*, ni *pacta adjecta* o *conventiones legitimas*; esto es, no producen *actiones*, y sí sólo la *exceptio* derivada de Edicto *pacta conventa servato* (50x).

Recordemos el valor del *pacta sunt servanda* de la Iglesia medieval "en los límites de la ética y de la jurisdicción eclesiástica" (50z) (51). Los glosadores comenzaron por respetar la distinción entre contrato y pacto. Mas AZON ve al *pactum* (*conventio*) como un *genus*, del cual el contrato es una especie, con capacidad para crear *actiones* (el *pactum vestitum*). Con esa doctrina del "vestido de los pactos" se pasa fácilmente a los

(50r) Cfr. MELILLO, § 5, 488 y sigs.

(50s) Cfr. MELILLO, § 10, 493; JÖRS-KUNKEL, § 117, 3, a.f., 271.

(50t) La amplitud de lo pactado en el Reino de Aragón del siglo XVI, hace pensar en que se recibió esta influencia romanística sobre la amplitud de los *pacta* (recuérdese el principio *pretoriopacta conventa...servabó*). Decía DEL MOLINO:

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

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

(50v) Cfr. MELILLO, § 9, 492; BURDESE, sobre los términos *conventio* y *contractus*, fr. 7 pr.-4, D, *de pactis*, 214, en *Patio*, § 7, 710.

(50x) Cfr. MELILLO, § 7, 491; JÖRS-KUNKEL, § 117, 3, 271 a.f.

(50z) Cfr. MELILLO, § 11, 493.

(51) En el Reino de Aragón, el principio *pacta sunt servanda* era (y sigue siendo, en lo que resta) uno de los pilares básicos del ordenamiento jurídico. Cfr. la obs. *De equo vulnerato*, primera del Libro I de la recopil. de 1437 y la doctrina elaborada sobre el principio *standum est chartae*.

Y para Castilla, cfr., p. ej., la Glosa a la Ley XXIII, título X, Partida III.

contratos. El *nudum pactum*, *vestitum* deviene *contractus*. Este *iter* se percibe muy claramente en DEL MOLINO:

"Ex pacto nudo, seo promissione nuda non oritur actio de foro, nisi tale pactum fuerit vestitum in coherencia contractus, vel causa aliqua iusta, vel propter servitium aliquod fuisset facia talis promissio" (51a).

En materia de Derecho de Gentes, el *pactum* y la *conventio* —al menos, en cuanto terminología— deshancan al *contractus*. Así lo vemos en el iusnaturalista VATTEL: "pacto" se utiliza como sinónimo de "tratado", pero también con mucha mayor amplitud, de consensualismo social (51b), la expresión *contrato* aparece como multívoca, pero no muy utilizada (51c).

Esta excursión por los *pacta* debe devolvernos a su punto de partida, a Roma, ya que allí hallamos un tipo de proceso, predominantemente, el de la República, en el que su clave —*lapis angularis* se la ha llamado durante siglos— era la *litis contestatio*, que toda una tendencia de entre los romanistas califica de contrato (51d) formal. Esta tesis ha sido muy discutida (51e). Pero, no obstante, siempre queda un sentido de "acuerdo" en dicho acto o actos; de consenso de las partes, aunque se hallen ya ante el Pretor (51f).

Lo que sí ocurrió en Roma, con su evolución, fue un cambio de

(51a) Cfr. DEL MOLINO, "Repertorium...", cit, voz. *Pactum*, fol. 248, 1.^a col., sobre los *pacta adjecta* (mejor, la doctrina de la "vestimenta de los pactos").

(51b) Cfr. VATTEL, *El Derecho de Gentes o Principios de la Ley Natural, aplicados a la conducta, y a los negocios de las naciones y de los soberanos*, trad. española de don Lucas Miguel Otarena, Madrid, Ibarra, 1822.

[Entre otras cuestiones de extremado interés, trata VATTEL de la autodefensa en estado de necesidad (el caso del capitán Bontekoe, t. II, libro II, cap. IX, CXIX, págs. 110 y sigs.).]

(51c) Habla de "pactos", "ajustes", "convenios", "tratados", y en menos ocasiones de "contratos" (p. ej.: *De los contratos privados del soberano*, libro II, cap. XIV, CCXIII, págs. 217 y sigs.). De la *juxtacausa* de los tratados, habla en muchas ocasiones.

(51d) Cfr. WLASSAK, "Die Litiskontentation im Formularprozess", en la *Festschrift zum Doktor-Jubiläum des Prof. Windscheids*, Leipzig, 1889, 55 y sigs.; "Praescriptio und bedingter Prozess", en ZSSR (RA), XXXIII, 92 y sigs.; WENGER, *Compendio de Derecho Procesal civil romano*, 2.^a ed., apéndice al *Derecho Privado Romano*, de JÖRS-KUNKEL, trad. esp. cit., § 13, pág. 529; *Istituzioni di Diritto Processuale civile romano* (realmente, 2.^a ed.), trad. it. Orestano, Milán, 1838, 170 y sigs.

(51e) Por ejemplo, BISCARDI, "Lezioni sul processo romano antico e moderno", Giappichelli, Turín, 1967, cap. II, *La tesi del Wlassak sulla 'litis contestatio' è la reazione critiche della dottrina*, 26 y sigs.; BONIFACIO, "Studi sul processo formulare romano. I translatii iudicii", Nápoles, Jovene, 1956, cap. II, 26 y sigs.; el mismo "Litis contestatio", *NssDI*, § 1, 973 y sigs.

(51f) Cfr. MAZZACANE, "La *litis contestatio* nel processo civile canonico", Nápoles, Jovene, 1954, caps. I y II, y bibl. allí cit.

circunstancias en el que la voluntad del *princeps* era lo fundamental para justificar el proceso. El proceso imperial —la *cognitio extra ordinem*— ya no tenía efectivamente su base en esa *litis contestatio*, cuyos anteriores efectos se habían diseminado por otros "momentos" del trámite (51g). Su empeño en buscar "un momento ideal" en donde introducir esa *litis contestatio* ya sin función, fue incluso calificado de "romántico" (51h).

Pero un defectuoso estudio de las fuentes romanas, a lo largo de la Edad Media —y durante el Renacimiento jurídico—, hizo que la *litis contestatio*; como contrato, deviniera un verdadero mito, un mito jurídico (51 i). La Constitución *Tanta de Justiniano* pudo tener que ver con el error en la visión de los Glosadores, ya que siguieron a la letra dicha regla (52) (53); esto es, en una interpretación *Plana* del Corpus, en el que había materiales de diversas épocas. Ello hizo que la *litis contestatio*, considerada como la *lapis angularis totius iudicii* (BALDO) (glosa 1.^a a la

(51g) Cfr. sobre estos cambios de impostación del proceso romano en relación con caracteres políticos o de repercusión política en la evolución de la urbe, arg. RICCOBONO, "Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del ius novum", en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* (Mélanges Fernand VISSCHER), Bruselas, 1949 (II), T. III, 281 y sigs.; ORESTANO, "Augusto e la cognitio extra ordinem", sep. de los *Studi Economico-Giuridici della Reale Università di Cagliari*, XXVI, 1938 (Milán), 31 y sigs.; ÁLVAREZ SUÁREZ, "La jurisprudencia romana en la hora presente", discurso de ingreso en la Real Academia Española, Madrid, 1966, 119 y sigs.; FUENTESECA, *ob. cit.*, cap. XIII y sigs., págs. 229 y sigs. En cuanto a la "difusión" de los efectos de la l.c. a través del procedimiento, cfr. por todos, BONIFACIO, resumen en "Litis contestatio" cit., *NssDI*, a.f., y mi monografía "El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (contra la doctrina de la *litis contestatio*)", Barcelona, ed. Bosch, 1950, cap. II y sigs., págs. 43 y sigs.; también la voz "desistimiento", en la NEJES.

(51h) Cfr. PRINGSHEIM, "Die archaistische Tendenz Justinians", en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, Milán, Giuffrè, 1930, I, 551 y sigs.; D'ORS PÉREZ, "La actitud legislativa del Emperador Justiniano", en *Orientalia Christiana Periodica*, XIII, Roma (1-2), 1947, 199 y sigs., y esp. 122 y sigs.

(51i) Sobre este punto cfr. mis trabajos "Una perspectiva histórica del proceso: la *litis contestatio* y sus consecuencias", comunicación al I Congreso Internazionale di Diritto Processuale Civile (Floencia, 1950), CEDAM, Padua, 1953, y "Proceso, procedimiento y mito jurídico", en Vol. Homenaje al Prof. J. Goldschmidt, de la *Revista de Derecho Procesal Argentina*, Buenos Aires, 1951. Y, naturalmente, SANTI ROMANO, "Mitología Giuridica", en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milán, Giuffrè, 1.^a ed., 1947, 126 y sigs.

(52) Cfr. ALBERTARIO, "Lis contestata, controversia mota", en *Studi di Diritto Romano*, Milán, Giuffrè, 1946, IV, 269; arg. PEROZZI, "Dell'antica e dell'odierna maniera di considerare e di studiare il Corpus Juris nei riguardi dogmatici", en sus *Scritti Giuridici*, Milán, 1948, III, 598 y sigs.

(53) Cfr. mi libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (los defectos en la recepción del Derecho Procesal común; son causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*, Barcelona, ed. Bosch, 1953; esp. 31 y sigs. y *bibl. cit.*; y "El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje: sus posibilidades", en mis *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Edersa, I (1983), 193 y sigs., 1.^a parte.

Ley III, tit. X, partida III; glosa 4.^a, a la Ley VIII, ídem) (54); triunfase sobre el proceso civil de toda Europa (54a). De ahí ese pretendido carácter "contractual" del mismo, cuando atenta mirada al panorama político medieval o de la Edad Moderna —por ejemplo, del absolutismo estatal— podían haber indicado que no se trataba de un contrato, sino que era ya la soberanía estatal la que *imponía* el proceso (55).

La doctrina contractual del proceso debía ser aherrojada a la historia por los mismos romanistas: por los de la Escuela de SAVIGNY, más o menos directamente (55a), salvo para algunas Sentencias del Tribunal Supremo español, de que se hablará.

Pero ya había aparecido la doctrina del proceso como "cuasicontrato" —otra nueva derivación de concepciones ya muy erróneas de la l.c.—, arrastrada por autores de gran recepción —p. ej., HEINECCIO (55b), más tarde, en España, VICENTE Y CARAVANTES (55c)—, y ya sobre la Ley de

(54) Cfr. estas Glosas, en la Ed. Oficial de *Las Partidas* imp. de Juan Hafrey, Madrid, 1611.

En Aragón, sobre la l.c. —concertada por la demanda y contestación del reo, del conventus—, cfr. el Fuero (I) "De litis contestatione", Monzón, 1390, libro III de la Recop. de 1552.

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

(54a) Cfr. mi *Juicio ordinario y los plenarios rápidos*, 1 parte, *passim*.

(55) Cfr. la crítica ya clásica frente a la doctrina del proceso como contrato en GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, Aguilar, 1943, 17 y sigs.; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2.^a ex., UNAM, México, 1970, §70 y sigs., págs. 121 y sigs.

(55a) Recuérdese a autores como BÜLOW, KOHLER, DEGENKOLB, STEIN, HELLWIG, etcétera.

(55b) "Porque con la contestación del pleito se verifica un Cuasicontrato y se hace novación; de suerte que se da contra los herederos la acción del juicio, el cual dimana de cuasicontrato. En el día se hace la contestación del pleito por la petición del actor y la contradicción del reo; antiguamente donde se señalaba Juez y asistían los testigos se decía que había contestación del juicio. V. a Heineccio, *Pand. tit. de iudic.* §5, 41 y sigs."

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

Cfr. José VICENTE, *Elementos de Derecho Romano según el orden de las Instituciones*. Por J. HEINECCIO, trad. esp. del cit. VICENTE, Madrid, imp. de Sans y Sanz, 1842, págs. 310 y sigs., nota al § 1038 del texto.

(55c) Cfr. también ASSO y MANUEL, "Instituciones del Derecho Civil de Castilla que escribieron los Doctores... enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la Real Orden de 5 de octubre de 1802 —uno de los tirocinios más sensatos de la época—, por el doctor don Joaquín María Palacios, etc.", 7.^a ed., t. II, Madrid, Imp. de don Tomás Alban, 1806, pág. 141.

Pero débese citar también a VICENTE Y CARAVANTES, autor muy celebrado en España e Iberoamérica en su *Tratado histórico, crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imp. Gaspar y Roig, t. II, 1956, 149: "Porque la contestación produce un cuasicontrato mutuo entre los litigantes" (con cita de la Ley II, tit. X, Partida III, exponente de la l.c. en Castilla).

Enjuiciamiento Civil de 1881 —aún vigente—, REUS (55d) (55e).

Esta concepción es tan errónea como su parienta. Los vínculos procesales no derivan de la simple voluntad presunta de una de las partes; si falta en el proceso moderno un acuerdo de voluntades como fuente de las posibilidades y cargas que allí aparecen, aun más falta con base de una sola voluntad "presunta o tácita" (56) (57). No obstante, esta doctrina fue largamente acogida por el Tribunal Supremo español de manera un tanto incomprensible. Pero en la larga serie de Sentencias que consideran al proceso civil como un cuasicontrato (58) se unen otras que vuelven a la tesis contractual. Así, la Sentencia (Sala Primera) de 10 de diciembre de 1979 dice que:

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

Bien es verdad que este Alto Tribunal ha pasado por otras doctrinas sobre la naturaleza del proceso y de las vinculaciones de las partes a él como la de la "difamación judicial", de mi modesta autoría (59), aunque

(55d) Cfr. REUS, "Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881", Madrid, t. I, Imp. de la *Revista de Legislación*, pág. 420:

"Interpretaron bien el alcance de la contestación BALDO y Gregorio LÓPEZ al llamarla *lapis angularis et fundamentum iudici*. Los efectos que la contestación produce son los siguientes:

1.º Fija los términos del litigio, estableciendo entre actor y demandado una especie de cuasicontrato, cuyas cláusulas obligan a ambos. La fuerza de este cuasicontrato alcanza hasta impedir que los litigantes varíen o muden, si sobre ello no hay acuerdo, la base sobre qué discuten y ventilan sus respectivos derechos."

De nuevo "el cuasicontrato" de *litis contestatio*.

(55e) Cfr. más sobre españoles que admiten la doctrina del proceso basado en la *litis contestatio* en mi *Desistimiento y su bilateralidad en primera instancia*, págs. 29 y sigs.

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

(57) Y aún más lejos estaremos si mantenemos que la *Dinlassung* no es por motivo de una "obligación procesal", sino de una carga, según la doctrina de J. GOLDSCHMIDT.

(58) Sentencias sobre el "cuasicontrato" procesal del TS de 11 de julio de 1890, 17 de octubre de 1893, 13 de noviembre de 1907, 5 de diciembre de 1891, 18 de marzo de 1916, 17 de enero y 10 de marzo de 1920, 3 de marzo de 1931, 9 de abril de 1932, 13 de febrero de 1933, 20 de enero de 1934, etc. Cfr. comentarios en mi *Desistimiento...*, cit. págs. 30 y sigs.

(59) En 1947 elaboré una juvenil teoría sobre la "difamación judicial", como clave

de manera un tanto desordenada, admite otras concepciones (la "vinculación", la misma "relación jurídica procesal", la "difamación extrajudicial") (60).

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

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

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

Desde la época de la Revolución francesa, en nuestro campo, se marcan dos grandes corrientes mundiales: la de la *civilización del proceso penal* y la de la *penalización del proceso civil* (61). Se trata de las dos trayectorias

de la bilateralidad del desistimiento, cuyo original presenté a las oposiciones a las cátedras de Derecho Procesal de Santiago y La Laguna. Aún inédita la monografía, fue citada *in extenso* por el jurista que se encargaba de comentar las Sentencias del TS en la *Revista de Derecho Privado*, que resultó ser el Magistrado de dicho Alto Tribunal don Manuel de la Plaza, a propósito de la Sentencia de 4 de noviembre de 1948 (ver esta *Revista*, núm. de febrero de 1949, págs. 127 y sigs.).

Se publicó mi monografía cit. y mi voz "Desistimiento" en *Nejes* —y algún trabajo más.

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

(60) Cfr. la nota anterior y mi libro *El desistimiento*, esp. caps. VI y VII, págs. 103 y sigs.

(61) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Liberalismo y autoritarismo en el proceso", en sus *Estudios de Teoría General e Historia del proceso (1945-1972)*, UNAM, México, 1974, II, 245 y sigs. y esp. 282 y sigs.

clásicas de la oscilación entre el "proceso isonómico ó simétrico" y el "proceso asimétrico o lógico" (62).

Esto es: en el proceso civil se dibuja un movimiento legislativo desde el sistema y principio dispositivos (63) hacia el oficial —o inquisitivo, o autoritario (64)—. Y en el proceso penal, y a partir de la Revolución francesa (65), se marca un claro retroceso del sistema inquisitivo y avance del acusatorio. Aparece el "sistema mixto", y el acusatorio, aunque con impurezas —una de ellas, la acusación por el Ministerio Fiscal o Público— y en pocos países por los ciudadanos: solamente en España y en Inglaterra, gana terreno. La investigación, la inquisición, siempre necesaria en un proceso penal —y dejemos de pensar en la merecida mala fama de la expresión "inquisición", más debida a los procesos inquisitorios españoles que a los franceses o alemanes (66)—, se extrae del mismo, y se coloca bajo la simple autoridad de la Policía y del mismo Fiscal. Y aquí se dice que "ha triunfado el sistema acusatorio", lo que no es cierto. Tan poco cierto como que quepa un proceso penal "sin instrucción", esto es, sin juicios valorativos previos derivados de una investigación sobre los hechos (66a). Otra cosa es que tales actividades se entreguen a otra persona,

(62) Cfr. GIULIANI, "L'Ordo Judiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)", en *Riv. Dir. Proc.*, 1988, 3, 598 y sigs.

(63) Cfr. mi concepción de ambos en mi *Doctrina General del Derecho Procesal*, XII (III), 1, págs. 388 y sigs. Se hace eco de la de CARNACINI, "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo", en *Studi in onore di Enrico Redenti*, CEDAM, Padua, 1951, II, 693 y sigs. y ahora NICOLETTI, "Tutela giurisdizionale e tecnica del processo: permanenza e attualità di una dottrina", en *Studi in onore di Tito Carnacini*, Giuffrè, Milán, 1984, II-1.º

(64) Estas distinciones nada tienen que ver con las ideas políticas sobre los Estados totalitarios o liberales.

(65) En el Reino de Aragón, el sistema acusatorio predomina hasta el tercer tercio del siglo XVI. Es la revuelta en torno a Antonio PÉREZ lo que hace triunfar el sistema inquisitivo de Felipe II. Cfr. mis trabajos sobre el tema, esp. "Habeas corpus" y "Manifestación", en *Estudios*, cit., I (1983), 313 y sigs.; y *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, UNAM, México, 1971. Obra que se publicó sin haber corregido la pruebas yo mismo y con numerosas faltas.

(66) Recuérdese a CARPZOVIVUS, Benedikt y su obra *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium* (Wittengerg, 1635) —el Juez inquisitorial de las 20.000 Sentencias de muerte— y también autor de una *Jurisprudentia forensis* (sobre 1660, cfr. *supra* sobre el "juicio sumario indeterminado"), del escabinado de Leipzig y Profesor de su Universidad. El modelo procesal que describió alcanzó tal "popularidad" (?), que el tipo de proceso inquisitivo sajón se llamó "Proceso de Carpzovivus". Proceso muy severo y cruel. Cfr., p. ej., August VON KRIES, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Freiburg i.Br., 1892, Mohr, págs. 37 y sigs.; BIENER, "Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte", reimp. en Scientia Verlag, Aalen, 1965.

(66a) Esto significaría algo así como admitir "el proceso sin pensar" irracional. Algunos juristas de los U.S. A. lo acogen (el *hunch*).

Juez de Instrucción, Fiscal, Policía, etc., que no debe participar en la elaboración inmediata de la Sentencia (67).

6. Pues bien, en esta situación, nos hacemos cargo, en Europa, de un sistema "procesal" —entre "comillas"— procedente de EE.UU. de Norteamérica, llamado el del *plea bargaining*, el del "negociar".

"Negociar" sobre la entidad de la pena a imponerse, entre el Ministerio Público y el sujeto pasivo, prescindiendo del juicio por Jurados, que es el previsto en la Constitución (art. 3.º, Sec. 2, § 3; enmiendas V y VI).

Tan grave renuncia comenzó a producirse de un modo casi "oculto" (68) (69), "bajo la mesa" y hasta 1968 no se "hizo pública". Hoy día, sobre el 90 por 100 de los casos, no llegan al Jurado (70).

Se trata de una renuncia a una serie de "privilegios constitucionales" (71). Y consiste en lo que RICHARD M. DALEY describe así:

"Si bien la Constitución garantiza al imputado el derecho a ser juzgado por un Jurado, competente para declarar la culpabilidad o la inocencia, y lo protege contra el peligro de la autoincriminación, el que es acusado de un grave delito (*felony*), prefiere usualmente declararse culpable del delito prevenido o de una imputación menos grave, mejor que reclamar el debate

(67) Se ha denunciado desde hace muchísimos años la incompatibilidad entre las funciones de "investigar, instruir" y la de "juzgar" (pese a que esa investigación esté llena de juicios parciales, de evolución de la misma). Decía CARNELUTTI sobre "la investigación" que "es un trabajo psíquico y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una superválora de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el éxito de aquélla; pero tal disposición de ánimo si bien favorece a la investigación, perjudica a la valoración; mejor que los resultados de la propia investigación se valoran los resultados de la investigación de otro. Todo juicio, realmente, implica tanto la investigación como la valoración; también juzga el acusador después de haber investigado; indaga el Juez también antes de valorar los indicios, las investigaciones, los interrogatorios practicados incluso por él mismo..., pero, sin embargo, prevalece en la actividad del uno el momento de la investigación y, en la del otro, el momento de la valoración...". Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1949, II, 180 y sigs.

Y cfr. mi trabajo "La imparcialidad o parcialidad del Juez de Instrucción penal" (sobre la reforma procesal de 1988 y sigs.), en *Tapia*, dic. 1988, 5 y sigs. y *bibl.* allí cit.

(68) En Inglaterra hay *bargaining* no admitidos por los Jueces. Cfr., p.ej., en HAMPTON, *ob. cit.*, 184 y sigs.

(69) Cfr. Jeff BROWN, "Meriti e limiti del patteggiamento", 131 y sigs., en la obra colectiva dir. por AMODIO y CHERIF BASSIOUNI, *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milán, Giuffrè, 1988.

(70) Cfr. estadísticas de EE.UU. en Richard M. DALEY, "Il *plea bargaining*: uno strumento di giustizia senza dibattimento", en AMODIO y CHERIF BASSIOUNI, 157 y sigs.

(71) Muchos de los de las Enmiendas V y VI a la Constitución. Cfr. BROWN, DALEY, *ob. cit.*, *passim*; Michael DE FEO, "La fase *dibattimentale*", en AMODIO y CHERIF BASSIOUNI, 181 y sigs.; Milton HEUMANN, *Plea bargaining. The experiences of Prosecutors, Judges and Defense Attorneys*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1978, 13 y sigs.

ante el Jurado (lo que sucede en una relación del 10 al 1) (72). El hecho de que la mayor parte de las penas sea infligida como consecuencia de un *plea guilty*, en lugar de serlo en virtud de veredicto o de una condena a seguida del debate, ha suscitado en el país en los últimos veinte años un encendido debate sobre la naturaleza y la oportunidad de mantener el mecanismo procesal sobre la declaración de culpabilidad, haciendo foco de la discusión, sobre todo, sobre las modalidades de acuerdo con las cuales, tal culpabilidad se declara durante el procedimiento del negociar, (*Plea bargaining*)" (72a).

Se trata de un convenio muy claro. El imputado renuncia a la garantía del juicio ante el Jurado, con defensa formal y las de la VI Enmienda ("derecho a un juicio rápido y público, por un Jurado imparcial..., a que se la caree con los testigos que declaren en contra suya; a que se obligue a declarar a los testigos que cite en su favor y a tener un Abogado que le defienda; pero sobre todo a los inmediatamente relacionados con el 'juicio ante el Jurado'"). Y el Fiscal, el *prosecutor*, le promete un particular trato de favor (73). El Juez debe aceptar ese pacto, escrito, constituido por un *agreement* (74).

Y esto, este *negociar*, admite y se practica incluso en los casos de delitos gravísimos, que se penarían con la muerte (75).

El *plea bargaining* —como "negociar", progresivo hasta llegar al acuerdo, al *plea guilty* (76) —se concierta durante la fase llamada *pre-trial*, anterior al "debate oral"; puede ser su contenido, la conformidad con la pena pedida que se acuerda, previa autodeclaración de culpabilidad del imputado —*sentence bargaining*— o el de hallarse el imputado de acuerdo con la pena a imponer por una o varias infracciones imputadas, a cambio de la promesa del acusador de que no le acusará de las demás ya pendien-

(72) DALEY, *ob. cit.*, 157 y sigs.

(72a) DALEY, *ob. cit.*, 151 y sigs.

(73) Nótese la trascendencia de renunciar a todo el *adversary system*, el que tan justamente orgullosos se mostraban los norteamericanos. La sobrecarga de trabajo (Cfr. BROWN, DALEY, DE FEO, HEUMANN) es lo que ha traído las dilaciones irregulares y la decadencia de tal sistema.

(74) Cfr. J. BROWN, 131. Cfr. *in extenso* ALBERT W. ALSCHULER, "The Trial Judges Role in Plea Bargaining", I parte, *Columbia Law Review*, Vol. 76. Nov. 1976 (7), pp. 1059 ss.

(75) Cfr. RICHARD UVILLER, "Pleading Guilty: A Critique of Four Models", en *Law and Contemporary Problems*, Duke University of Law, Durham. N. Car. Vol. 41 (1977) (invierno), 102 y ss., esp. 118 ss. y ahí el caso *North Carolina v. Alford*, famoso.

(76) El *plea guilty* español —las conformidades de los arts. 655 y 680 y siguientes. LECRIM—no se basa en promesas, sino en acusaciones concretas. No hay negociaciones —*bargaining*— y sí declaración única, dispositiva del proceso y del Derecho Penal hasta ciertos límites. Lo que diputo inadmisibile es la *negociación*, que lleva al mayor extremo la disponibilidad de la pena. No es de extrañar que se la considere ya como un asunto del *market system*. Cfr. *infra*.

tes —*charge bargaining*— (77). Se ha impuesto la forma escrita —*agreement*—: el Juez puede fijar una *probation* sobre la personalidad del delincuente o sobre circunstancias del delito (pero no ordenar pruebas sobre el asunto en cuestión) (78), y aprueba el negocio, el *agreement*. "En pocos casos rehúsan los Jueces la aprobación al acuerdo alcanzado por las partes. Esto sucede cuando se estima que comporta la aplicación de una pena demasiado leve para satisfacer las exigencias de la defensa social. Y cuando el acuerdo es rechazado por el Juez se ofrecen al imputado dos posibles salidas: puede revocar su declaración de culpabilidad y el *plea guilty* no puede ser usado contra él como confesión o admisión de responsabilidad, o bien puede decidir el arriesgarse, presentándose al Juez sin retractarse de su citada declaración de culpabilidad" (79).

La revocación del convenio sólo se admite en principio por la concurrencia de vicios en la voluntad del imputado (80), lo cual se interpreta restrictivamente (81).

El origen del *plea bargaining* —interesante para los españoles, ya nuestra LECRIM admite el *plea guilty* limitado y éste constituye el final del *to bargain*, del negociar— parece hallarse en el tipo de "procedimiento sumario" (*sic*) aún no marcado por el sistema acusatorio, de principios del siglo XVIII, el cual permitía, en un solo día, despachar de doce a veinte juicios. Fue, paradójicamente, la introducción del sistema *adversary* —del moderno sistema acusatorio, y, en particular, el derecho probatorio, así como la creación del cargo de acusador y de defensor—, lo que hizo más largos los procedimientos; lo que provocaron fue una complicación que hizo a tal serie de garantías, inidónea para tratar los delitos más graves (82).

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

En efecto, supone la renuncia a los llamados "privilegios constitucionales" que conllevan la presencia del Jurado, la defensa contra la autoinculpación, el silencio, etc. Y todo esto se efectúa y tiene un éxito (¿momentáneo?) con su motivo fundamental en el tremendo trabajo que agobia a los Jueces norteamericanos, y en lo enojoso de la preparación del juicio

(77) Cfr. BROWN, 132 y sigs.; HEUMANN, 42.

(78) Cfr. BROWN, 134.

(79) Cfr. BROWN, 134 y sigs.

(80) Cfr. el caso Brady (Brady V. United State), 1970, en Brown, 137 y sigs.

(81) Cfr. la Suprema Corte en el caso *North Carolina v. ALFORD* (1970), en FANCHIOTTI, 287 y sigs.

(82) Cfr. alguna nota sobre la historia del *plea bargain* en ALSCHULER, "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", *University of Chicago Law Review*, 36 (1868), 52; FIERMANN, "Plea Bargaining in Historical Perspectives", en *Law and Society Review*, 13 (1979), 2, *passim*; HEUMANN, *ob. cit.* 157.

por Jurados (83). He aquí, pues, un abandono del sistema acusatorio, una degeneración del mismo (84); "una institución capaz de hacer degenerar el proceso expropiando al imputado de sus garantías y privando a la sociedad de su tutela" (85).

Se ha llegado en EE.UU. al "mito de la inevitabilidad del *plea bargaining*", creado sobre la base del exceso de trabajo de los Tribunales (86), y aparece la reacción. Por ejemplo, en ciudades grandes como Baltimore y Filadelfia "se ha reducido considerablemente el número de *plea bargaining*, sustituyendo el juicio por Jurados con el de Magistrados (*bench trial*), esto es, con un debate sin Jurado, de cadencias temporales incomparablemente más ágiles, el cual permite unir la ventaja de hacer posible el tratamiento de gran número de casos sin renunciar a la fase del juicio oral ni prescindir de las garantías constitucionales previstas para el proceso penal" (87).

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

La más extremista —viene resumida por FANCHIOTTI con referencia a EASTERBROOK— se deshace de la idea del *bargaining* como *mal necesario* —que está muy generalizada— para basarlo en su *desiderabilidad*. Tal tesis "ha nacido en el ámbito cultural de los econometristas; que recientemente han atracado en las riberas del proceso penal. Partiendo del presupuesto de que tal proceso penal no es sino un *market system*, un método de "atribuir recursos escasos"; se da por sentada la imposibilidad de los operadores judiciales de alterar el *quantum* de recursos disponibles. Y los "econometristas" afirman —en línea con la concepción del libre mercado propugnada a nivel económico— que la intervención reguladora (*regulatory*), la aprobación del *agreement* por los Jueces de la autoridad pública, identificado, en el caso del proceso, con la decisión del Juez sobre la pena), puede dar buenos resultados, solamente si el "precio" fijado autoritariamente por él coincide con el convenido por las partes en su contrato" (88).

En cuanto a la pena, su finalidad, según los "econometristas", es la

(83) Cfr. CHERIF BASSIOUNI, "Lineamenti del processo penale", en AMODIO, etc., §8,73 y sigs.; BROWN, §5, 145 y sigs.; DALEY, § 1, 152 y sigs.

(84) Cfr. AMODIO, *Il modello*, cit., XL y sigs.

(85) DALEY, § 5, 174.

(86) SCHULHOFER, "Is Plea Bargaining Inevitable?", en *Harvard Law Review* (97), 1984 (7), 1037 y sigs.

(87) SCHULHOFER, cit. por FANCHIOTTI, 291 y sigs.

(88) Cfr. EASTERBROOK, "Criminal Procedure as a market System", en *12 Journal of Legal Studies*, 1982, págs. 297 y sigs. Cit por FANCHIOTTI, en AMODIO y CHERIF BASSIOUNI, 290 y sigs.

"disuasión" o "amenaza" (*deterrence*), según dicen, porque es el único factor que puede ser estudiado con instrumentos de econometría, y, por lo tanto, es la única a ser tomada en cuenta. Y siendo la disuasión o amenaza la única finalidad del sistema penal, por ese camino llegan a la conclusión de que la disuasión o la amenaza es el único objetivo del Derecho Penal" (89).

Se acabó el sistema de normas de la Constitución, el de las Declaraciones de Derechos Humanos. Se acabó la plenitud y finura del espíritu humano dedicado a investigar, a trabajar en un "caso", en unos hombres. El objetivo de la justicia es sólo el de "procesar" casos que produzcan disuasión. Y en cuanto al *plea bargaining*, lo contemplan como modelo ideal de expresión del libre mercado, exactamente porque tiende a eliminar el papel regulador, *regulatory*, del Juez: "*Regulatory systems are Known for arbitrariness*". Ello, basándose en las analogías con sectores económicos en los que la intervención de la autoridad estatal habría producido resultados desastrosos (90).

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

Tal es la autocomposición llamada *plea bargaining*, el "negociar".

Ha arrastrado ya algún otro país, éste, europeo. Así, Italia.

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

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

El *Codice di Procedura Penale* de 22 de septiembre de 1988, en sus artículos 444 al 448 y 563, regula y amplía el *patteggiamento* como "sanción sustitutiva o pecuniaria", pedida al Juez por el *Ministerio Público* —que en Italia, y desde el mismo día 22 de septiembre de 1988 devino autónomo en el proceso penal, artículo 53 CPP y 70 del *Ordenamento Giudiziario* de 1921, reformado en el mismo sentido y el mismo día (91)—

(89) Cfr. EASTERBROOK, cit. por FANCHIOTTI, 293.

(90) Este es el resumen de EASTERBROOK, traído por FRANCHIOTTI, *loc. cit.*,

(91) Esto es: en Italia se preparó un nuevo Ministerio Público para desempeñar el papel de instructor en el nuevo CPP, haciendo autónomos e inamovibles a sus miembros ocupados en cada caso. Cfr. el art. 53 del Nuevo Código y el 70 del *Ordenamento*

y el imputado—*hic latet lepus*— disminuía hasta en un tercio, de penas no superiores a dos años de privación de libertad.

Animados por la información de otros países europeos, de admitirse de nuevo —y por ejemplo, ya viejo, en Alemania (92)— el principio de oportunidad en el proceso penal (93), se debió pensar (94), que era el momento oportuno —el de la caída de la Ley inquisitiva de 11 de noviembre de 1980 por obra del Tribunal Constitucional, Sentencia de 13 de julio de 1988— para introducir dicho principio, si no directamente, sí a través del *plea bargain*. Mas éste se halla oculto en los repliegues de una normativa de redacción ya oscura y defectuosa. Parece el *pleabargaining* norteamericano inicial, el de "debajo de la mesa".

A mi juicio, la Ley de 28 de diciembre de 1988 no ha derogado los artículos 655 y 688 de la LECRIM, sobre las conformidades del acusado. No van precedidas de "negociar", de "tratar" entre el Ministerio Fiscal y el sujeto pasivo. Son derechos procesales, *chances* para el citado sujeto, que no se deben considerar extinguidas. Y el artículo 779 y en el 780, nuevos de la LECRIM —los procedentes de dicha Ley de 28 de diciembre de 1988—, declaran palmariamente que "el enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior se acomodará a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente título". Y nada se consigna contra las posibilidades de conformidad simple, de la derivada del *plea guilty*, y no del *bargain*. El Fiscal General del Estado, en su Circular 1/1989, a este respecto, genéricamente, dice que "esta llamada a las normas generales y básicas de la Ley se hace más expresamente en la fase de instrucción o de investigación judicial..., pero es implícita en todo el procedimiento. Sin embargo, deberán los señores Fiscales analizar atentamente, antes de extender al procedimiento abreviado alguna norma del

Giudiciario, reformado también en este punto por Decreto de 22 de septiembre de 1988. Esto es, el mismo día de la promulgación del CPP.

¿Se hizo algo de esto en España con nuestro Ministerio Fiscal? No.

(92) Cfr. el § 154 y sigs. de la Ley de 19 de diciembre de 1964.

(93) Cfr. los textos de los actuales § 153a, 153b, 153c, 153d de la StPO. Y su com. por SCHOREIT, en los *Karlsruher Kommentar. Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz* (dirigidos por el Dr. Gerd PFEIFFER), Beck, Munich, 1982, 485 y sigs. También com. al § 146 de la GVG, por SCHOREIT, "Kommentar" cit., 1492 y sigs., esp. núm. 8 y sigs.

(94) No tengo más datos y acorto para evitar juicios temerarios de atribución. Cfr. B. J. MAIER, "La Ordenanza Procesal Penal alemana: su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos", Buenos Aires, ed. Depalma, 1982, co. al § 153 StPO, págs. 126 y sigs; GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, ed. Bosch, 1985, 47 y sigs.

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

proceso ordinario ¿por delitos graves, si tal norma es compatible no sólo con las reglas específicas del primero, sino también con sus principios y su finalidad de enjuiciamiento rápido" (95). Y por una cuestión de "economía procesal" (?) no vamos a eliminar más posibilidades —y más ajustadas a Derecho— del acusado, más claramente concebidas y mejor expresadas, que un *negociar* del Ministerio Fiscal con el sujeto pasivo, que solamente se intuye del texto de la Ley *pero que no se ve*. Se tratará de garantías frente a redacciones oscuras y, por tanto, avocadas a confusiones (96).

Estas negociaciones no se hallan explícitamente en la Ley. "Hay que buscarlas" a través de un lenguaje nada claro y aun técnicamente incorrecto (97) y proclive a los errores (98).

1.^a La primera oportunidad que la Ley ofrece al Fiscal y al "imputado que, asistido de su Abogado, haya reconocido los hechos que se le imputan". [¿Y dónde estaría esa imputación formalmente hecha para que basase nada menos que una negociación? Según algunos autores, el auto de procesamiento ha sido suprimido, lo que yo no estimo así... (99); razón de más para considerarlo, como garantía fundamental a favor del sujeto pasivo del proceso que es, no tenerlo como "tácitamente derogado" (100) —para buscarlo a toda prisa un sustitutivo, los que ya hacen algunos—]. Esta primera oportunidad —decía— es la del artículo 789-5, quinta, de la LECRIM, aun antes de comenzar "la preparación del juicio oral", con lo que se sigue tanto la inclinación de algunos juristas de adelantar el momento de "las conformidades", pero por razones de economía procesal —y ello aunque la instrucción no esté terminada, argumentación artícu-

(95) Cfr. FGE, Circular 1/1989, de 8 de marzo, I (en "Memoria" del FGE de 1988, publ. en 1989), págs. 398 y sigs.

(96) Cfr. sobre las "Conformidades" y el *plea bargain* de los nuevos arts. 789, 791 y 793 LECRIM, introducido por la Novela de 28 de diciembre de 1988, mi trabajo "Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la Ley de 28 de diciembre de 1988", en *Justicia 1989*, Barcelona, 1, págs. 7 y sigs.

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

(97) Véase, p. ej., la confusa concordancia en el art. 790-1...

El mismo FGE reconoce, en su Circular 1/1989 cit., los defectos de esta Ley, en § II, B), págs. 407 y sigs., § VI, C), págs. 507 y sigs.

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

(99) Cfr. mi trabajo "¿Supresión o substitución del auto de procesamiento? Viejos problemas en nuevas leyes", cit. en *Tapia*, mayo-junio de 1989, 57 y sigs. a.p.

(100) Este grave problema también lo aborda el FGE en su Circular 1/1989 cit., II, B), págs. 407 y sigs., en relación con las gravísimas "derogaciones tácitas". Se preocupa de los "aforados", pero no considera el problema de la posible derogación por la tácita del auto de procesamiento, para los demás ciudadanos. Páginas 408 y sigs.

lo 790—, como su modelo norteamericano, de difusión del momento procesal del *plea bargaining*.

2.^a La segunda oportunidad se halla "en el escrito de defensa contra la acusación" o en otro anexo o conjunto con el de acusación (?), artículo 791-3. También puede promover la conformidad —y con ello abrir la negociación (101)— el Ministerio Fiscal.

3.^a La tercera oportunidad de abre ya en el juicio oral (art. 793-3): "Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar Sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que presentarán en ese acto (102), que no podrá referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación. Si la pena no excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictará Sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes".

El límite *ad quem* de estas negociaciones en cuanto a la pena de privación de libertad es discutido. El Fiscal General del Estado opina que se puede extender hasta el límite máximo de apertura de este tipo de procedimiento —doce años, art. 779 [Circular 1/1989, de 8 marzo, III, C), c)]—. La Ley sigue oscura. Otros se inclinan por el tope —ya previsto por las más correctas conformidades de los arts. 655 y 581 y sigs. LECRIM, las clásicas, que no van precedidas de *bargaining*, de negociación— de seis años, al final de tal negociación, en el equivalente momento procesal del *agreement*. Y estimo, modestamente, que —a salvo complicaciones competenciales, que las puede haber, e impeditivas— una negociación puede comenzar a partir de una pena, y llegar a otra muy inferior (si no ¿para qué negociar?). Esto es, el punto *a quo* de la negociación podría estar hasta en los doce años, y el punto *ad quem* en los seis o menos (102a). Pero sigo con dudas, y graves, que procuraré dar a conocer en otro momento y no aquí.

Sean cuales fueran los límites de esta nueva y flamante figura admitida en nuestro Derecho *por influencia básica norteamericana* del *plea bargaining* —las continuas alusiones al *patteggiamento* italiano son producto de falta de conocimiento completo de los movimientos político-procesales que se producen: el *patteggiamento* proviene de EE.UU. de Norteaméri-

(101) Cfr. la Circular del FGE núm. 1/1989, de 8 de marzo cit. III, C), págs. 413 y sigs. (Introducción del principio del "consenso"), con el cual nombre oculta piadosamente el *negociar* la pena. Por lo que dice en la pág. 414, se ha adaptado perfectamente a ese ya presente *plea bargaining*.

(102) *Hic latet lepus*. Ahí está el *bargain*, la discusión sobre la pena. Cfr. mi trabajo "Las conformidades", cit. 18 y sigs. y 28 y sigs.

(102a) Cfr. "Las conformidades", 28 y sigs.

ca (102b)—, se trata, en los tres casos, de manifestaciones de autocomposición procesalizada parcial; parcial, ya que el Juez, o Tribunal —entiendo—, debe ser algo más que un simple homologador del acuerdo, aunque a algunos no parezca así.

Actos de autocomposición, sobre cuya naturaleza cabe opinar lo mismo que sobre las conformidades de los artículos 655 y 681 y siguientes de la LECRIM: que se trata de actos dispositivos del Derecho procesal y del Derecho penal. De gran envergadura, pues (103).

La introducción del *plea bargaining* en España, como "mal inevitable", dada la congestión de asuntos en los Juzgados y Tribunales españoles en la actualidad, plaga que no lleva trazas de cesar (fenómeno paralelo al que ocurre en EE.UU. igualmente), no puede basarse sino en un desvío del sistema "acusatorio" que, al parecer, quiere imponerse. Y ello sin reconocer que lo inquisitivo, en la instrucción, subsistirá, aunque será de tipo administrativo: lo cual parece tranquilizar muchas conciencias, pero no la mía. Desvío combinado o mezclado con la apertura del proceso penal al principio de oportunidad, ya consagrado —y muy antiguo—. Pero, al amparo de esas *negociaciones* pueden ocultarse incluso *negocios* ilícitos —sobre todo en materia de exigencias de modificación de acusaciones y de indemnizaciones—. Ciertamente es que la intervención del Ministerio Fiscal puede garantizar la honestidad de las negociaciones, dadas las calidades que concurren en sus miembros. Ello no empece a que el Fiscal depende del Poder Ejecutivo —el español, no preparado para el *plea bargaining*; que el italiano, a la vez que tal fenómeno se admitía en el nuevo CPP, devino autónomo e inamovible (104) (art. 53 CPP y 70 del Ord. Giud. modificado por Decreto de 22 de septiembre de 1988 (105)—; lo cual, quierase o no, hará que consideraciones de tipo político, variables según las oscilaciones lógicas en toda política estatal, se puedan introducir en el proceso penal. A lo que soy opuesto.

Y nótese las enormes distancias que nos separan al PM norteamericano

(102b) Cfr. AMODIO, *ob. cit.*, *passim*. Ninguno de los autores italianos recientes lo niega.

(103) ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *El allanamiento en el proceso penal*, Buenos Aires, EJE, 1962, *passim*; mi trabajo "La disponibilidad del derecho a la defensa" cit., *passim*.

(104) Esta reforma era desconocida por alguien que sobre el tema hablaba en el Congreso o "Jornadas sobre la Reforma Urgente del Proceso Penal", organizadas por el Consell de Col·legis de Procuradors de Catalunya, en Barcelona, durante los días 25 y 26 de noviembre de 1988, y que debería haberse enterado mejor antes de aludir al tema.

Y es de suponer que no conocía tampoco el art. 127 y sigs de la nueva Constitución brasileña de 5 de octubre de 1988, sobre el *Ministerio Público*.

(105) El Ministerio Público en EE.UU. —*Public Prosecutor*— es diferente. Y la comunidad social lo ha admitido como tal.

—país de la discrecionalidad más dilatada—, de la representación por el MP de la sociedad, del pueblo; y de ahí el nombramiento de sus agentes, típico, por elección popular.

Se ha dicho, en España, sobre el *plea bargaining*, lo que sigue: "La introducción por importación de un modelo procesal de estas características basado en un utilitarismo feroz a costa de una distorsión hipócrita entre principios ético-jurídicos y praxis, debe —a mi entender— rechazarse de plano. Pero no basta con ello, si no se advierte sobre los peligros de una introducción sinuosa y clandestina que minara los cimientos de una manera de entender el Derecho ajeno a concepciones culturales en las que prima un trasfondo puramente econocimista" (106).

De "desvío del sistema acusatorio" he calificado al *plea bargaining*, que está acabando con un sistema acusatorio devenido inaplicable en la práctica (el del Jurado de EE.UU.). De "degeneración del sistema acusatorio" se le moteja (107). Y su "importación" de "irracional" en Italia (108). Y hacer depender lo que sea "el interés general", de oportunidades políticas, no satisface al principio de seguridad jurídica. Ese *plea bargaining* puede ser, incluso, el comienzo de un *iter* del abandono de las víctimas de los delitos por el Estado, contrariamente a aquello a que exhorta incluso el Comité de Ministros europeo [cfr. Recomendación número R (83), 7].

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

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

Esta figura, florón hoy día del sistema "acusatorio", procede inmediatamente, sin embargo, del inquisitivo. Y no es la única (109). También la

(106) Cfr. ÁLMAGRO, en "El nuevo proceso penal", *Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988, de 1988* (con GIMENO, MORENO y CORTÉS), Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, 155.

(107) Cfr. AMODIO, *ob. cit.*, XL y sigs.; DALEY, 174.

(108) Para Italia. Cfr. FANCHIOTTI, en AMODIO-BASSIOUNI 272.

(109) Cfr. mi trabajo "Disponibilidad", cit. nota núm. 30.

base del sobreseimiento puede estar en unas actuaciones —las únicas— inquisitivas, las de la instrucción.

En efecto; las "conformidades" proceden de la fuerza de la confesión del reo como *regina probatorum*. Prueba plena. Naturalmente, tal confesión prestada ante un Tribunal competente, sin tortura ni amenaza ni ningún otro vicio de la voluntad del confesante, vincula al Tribunal. Y si es de "no culpabilidad" (*not guilty*), el Tribunal no puede sino absolver. He ahí la naturaleza de las modernas conformidades (110).

Su entronque con el *plea bargaining* se ve en la figura británica del *plea guilty*, ya que es muy posible llegar a él con negociaciones previas (111). Debé reconocerse que el exceso de trabajo de los Tribunales ingleses también actúa como concausa del aumento de este *plea* (112).

Las conformidades españolas constituyen, a semejanza del nuevamente admitido *plea bargain*, una disposición, por la parte, del Derecho procesal aplicable —constituyen una renuncia al juicio oral, nada menos— y aun el material, ya que el Tribunal queda vinculado a no imponer una pena superior a la conformada —lo cual podría haberse producido en virtud de nuevas calificaciones— (113).

Autocomposición con su base actual en "conformarse con el mal menor", sin exponerse al riesgo de todo un juicio oral. Con renuncia a la prueba. A los que los anglosajones llaman "privilegios". Y autocomposición parcial, incompleta, por doble motivo: Primero, por la intervención causal del Tribunal y, segundo, por su limitación a las penas no superiores a los seis años de privación de libertad.

Lo que me molestaba del *plea bargaining* es "la negociación"; era y es la posible ocultación —benévola o malévola— de "interioridades" que afectan a toda la sociedad, víctima del delito; su admisión al aire libre, como derogación de todo un sistema diputado excelente... y que no lo es ya. Esto, en gran parte, no sucede con las "conformidades" de los artículos 655 y 681 y siguientes de la LECRIM, claras en la Ley y no ocultas de infructuosidades de su redacción. La maniobra, el contubernio, de ser muy deseado, es imposible de evitar totalmente. Pero, al menos, el sistema de las conformidades, al ser aceptadas, no deja a todo un sistema procesal en ridículo por "economía procesal". Amplíese más, si se estima bajo, su

(110) Cfr. HAMPTON, *ob. cit.*, 184 y sigs.

(111) Cfr. HAMPTON, *ob. cit.*, 184 y sigs.; HEUMANN, 102 y sigs.; BROWN, 135 y sigs.; DALEY, 151 y sigs.

(112) Cfr. LIDSTONE "Human Rights in the english criminal Trial", en la obra colectiva dir. por John A. ANDREWS, *Human Rights in Criminal procedure (A comparative Study)*, Martinus Hijhoff, La Haya, Boston, Londres, 1982, 83 y sigs.

(113) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "El allanamiento", cit.; FAIRÉN GUILLÉN, "La disponibilidad", cit.

tope *ad quem*, aunque dada la mentalidad de nuestros legisladores, que se plasma en las actuales leyes penales, admitirlas para casos con penas superiores a los seis años, significará un golpe más para el principio de la seguridad jurídica del pueblo no delincuente.

Anótese que las conformidades del acusado no existen como tales, más que en los sistemas anglosajones y en España. Ahora penetran laboriosamente por otros caminos; por ejemplo: el de la libertad condicional, el de la suspensión de la causa, el del principio de oportunidad, etc. (cfr. p. ej., los § 153 y sigs. StPO de la RFA).

Débase añadir aquí lo quizá palmario. Esto es, que en las conformidades no se obra sobre promesas de nadie —lo que en la "negociación" pondría o pondrá al Ministerio Fiscal en trances un tanto molestos, por no decir más, y en dependencia de sus superiores cada vez más pronunciada (114)—, sino sobre actos procesales, no privados, ocultos, o de otro pelaje.

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

Y debo advertir que, habida cuenta de la necesidad de que estos medios de autocomposición, para surtir pleno efecto —el deseado por los intervinientes—, sean como tales medios "parciales", incompletos en sí, se les debe incluir como actividades procesales de "obtención" (*Erwirkungshandlungen*) de una resolución judicial, y no como plenos "actos dispositivos" o "de causación", o sea, con producción de plenos efectos por sí mismos (114a). Dadas las directrices modernas de los sistemas procesales, el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes cada vez se restringe más. Aunque resurja "como mal menor", tal y como se justifica al *plea bargain*, al "negocio de la pena" (115).

8. Otra actividad de autocomposición procesalizada y parcial es la del desistimiento de la querella por el particular que la presentó. En sí parece un acto de autocomposición. Mas la calidad de los intereses que con su querella ha podido lesionar, hace que su "apartamiento" le deje

(114) Por ejemplo, con respecto a los condicionamientos de las retiradas de la acusación. Cfr. la Instrucción del FGE núm. 1/1987, de 3 de enero, en "Memoria" de FGE de 1987, publ. en 1988, págs. 459 y sigs.

(114a) Cfr. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Kritik eines prozessualen Denkens*, Springer, Berlin, 1925, reimpr. Scienza Verlag, Aalen, 1962, 2.ª parte, IV, A, a), págs. 364 y sigs., y 4, A, b), págs. 456 y sigs.

(115) De "bochornoso chalaneo, con apariencia de desistimiento y realidad de transacción procesal" —recordando el del caso de Ed. KENNEDY— lo califica ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Proceso", adición al §51, pág. 89.

"sujeto a las responsabilidades que pudieren resultarle por sus actos anteriores" (art. 274 LECRIM). Esto es, el posible acto de autocomposición deviene complicado y procesalmente limitado.

9. Y como actos de resignación altruista (?), también pueden comprenderse los del perdón judicial (arts. 25, 443, 467, 487 CP). Nótese, si se produce pensando o sintiendo —*hic sunt leones*— beneficio para la persona perdonada. Pero si el que perdona lo hace por un pensamiento o sentimiento —*móvil*— egoísta, entonces debe incluirse en la autodefensa (116), y no como acto de autocomposición.

10. El artículo 26-2 de la Constitución Española fija como "orientación" de las penas privativas de libertad la de "reeducación y reinserción social". Al abrirse así a la subjetividad del penado, poniendo a contribución su voluntad de "reeducarse", se abre a la autocomposición, aunque sea postdeclarativa y parcial. Se trata de la "remisión incluso total de la pena" por "el Tribunal" —esto es, aún quedaba por delante la ejecución forzosa, que sigue teniendo carácter jurisdiccional ("y hacer ejecutar lo juzgado", art. 117-3 CE) aunque muy desvaído. Se halla en el artículo 57 bis, b), del Código Penal —introducido por la Ley de 25 de mayo de 1988.

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

Y también participa de los caracteres de la autocomposición "el desistimiento espontáneo —propio y voluntario, art. 3.º, III, CP— de la tentativa" (117).

Y no olvidemos añadir: se trata de una manifestación de Derecho premial y no penal, como la de los *pentiti* italianos (118); ello se deduce con gran claridad, sobre todo, del párrafo b) del artículo citado, 57, bis, b), del Código Penal.

11. En materia civil —con notables remisiones de la laboral—, como fenómenos de autocomposición —parciales, procesalizadas, unilaterales—, aparecen el desistimiento de la demanda antes de un determinado momen-

(116) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Proceso", arg. §45, pág. 77.

(117) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Proceso", § 54, págs. 94 y sigs.

(118) Cfr. GREVI, "Riflessi e suggestioni in margine all'esperienza nordamericana del *plea bargaining*", en AMODIO-BASSIOUNI, 304 y sigs.; PALAZZO, ídem, págs. 324 y sigs.

to de la instancia, la renuncia al derecho y el allanamiento del demandado. Como bilaterales, el desistimiento desde determinado momento de la primera instancia (119), y la transacción, de entidad necesariamente bilateral.

El desistimiento de la demanda consiste en la retirada de la misma —conteniendo la pretensión (120)—, pero sin que se renuncie más que al proceso incoado, y no al derecho que, según el actor-desistente lo respalda —derecho sustancial—, de manera que el desistido actor puede, en cualquier momento posterior, volver a presentar su demanda con la misma pretensión (121).

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

Incluso, históricamente, la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo español sobre su bilateralidad, sobre la audiencia al demandado antes de que el Juez lo conceda o no —y con ello se ve que ya no se trata de un acto de autocomposición pura—, nos muestra su carácter anticontractual.

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

A partir de este año, el Tribunal Supremo cambió de orientación. Aceptó la doctrina de la relación jurídica procesal y la de la "difamación judicial", de mi autoría (Sentencias de 8 enero 1958, 25 enero 1963 y 6 noviembre 1986). Mas ha retornado a la doctrina de la *litis contestatio* en las de 10 de diciembre de 1979 y de 9 de junio de 1986 (122).

(119) También existe la figura de la *Erledigung der Hauptsache*, propia del Derecho alemán, de dudosa utilidad aquí. Cfr. mi trabajo "Comentario y propuesta sobre el artículo 199 del Código Procesal civil-modelo para Iberoamérica", en *Justicia*, Barcelona, 1989, IV, 791 y s.

Y cfr. mi monografía "El desistimiento", cit., y la voz "Desistimiento" de la NEJES.

(120) Cfr., últimamente, CALVO SÁNCHEZ, "El Tribunal Supremo y su postura ante la bilateralidad del desistimiento", cit. en *La Ley. Repertorio*, 1987-1, 1049 y sigs.

Y mi "Desistimiento" cit.

Sobre el concepto de derecho de pretender y acto de pretender, cfr. mi *Doctrina general del Derecho Procesal*, III (I), 6, págs. 85 y sigs.

(121) Cfr. nota anterior, a f.

(122) Rep. Ar. 3:301. Cfr. la nota núm. 119. Y mi trabajo "Sugerencias sobre la renuncia a la pretensión, el desistimiento de la demanda, de otros actos del juicio y de los recursos, para el Proyecto de Código de Proceso civil. Modelo para los países

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

En semejante medida debe ser tenido como acto de autocomposición, el de "renuncia de una de las partes en juicio civil, a una actividad del mismo" —figura semejante en ciertos aspectos a la *Erledigung der Hauptsache* alemana—; su bilateralidad no empece ese carácter, pero queda en parcial, dada la intervención del Juez (123).

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

12. El allanamiento también es un ejemplo de acto dispositivo procesalizado, parcial (de manera que algún autor, como ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO estima análoga a la de las "conformidades" en lo penal, de los arts. 655 y 681 y sigs. LECRIM) (124).

Consiste en la situación adoptada por el demandado civil —que se plasma en su situación jurídica correspondiente— ante la demanda y pretensión contra él formuladas, de no resistirlas (125).

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

Un sistema procesal en el que dominase muy ampliamente el sistema dispositivo intraprocesal (126) nos llevaría a admitir un allanamiento en el que la intervención del Juez fuera la de constatar, actuando como un Notario, la cesación de la litis pendiente. Pero esta tendencia que se reducía a que, ante el acto del allanamiento, el Juez reaccionase con una simple

iberoamericanos", Comunicación a las XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Mérida, mayo 1990), *RDPr.*, 1990, 2, 199 ss.

(123) Cfr. también sobre la *Erledigung der Hauptsache*, p. ej., GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2.^a ed., Gisseking, Bielefeld, 1974, 103 y sigs.; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 12, ed. Beck, Munich, 1977, § 133, págs. 733 y sigs.; STEIN-JONAS-POHLE, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 19, ed. Mohr, Tübingen, 1965, § 91 a, págs. 489 y sigs.

(124) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "El allanamiento" cit., *passim*.

(125) Es la situación jurídica que adopta la parte demandada, contraria a la de resistir a la demanda. Cfr. mi *Doctrina general del Proceso Penal*, I (II), 3, b), 23 y sigs.

(126) Cfr. esta noción en mi *Doctrina general del Derecho Procesal*, cit., XII (III), 1 y 5, págs. 388 y 391 y sigs.

providencial: "Por allanado el actor, con las costas", suponía abrir amplias posibilidades a la mala fe y aún al fraude procesales.

De ahí que la tendencia actual, ante el allanamiento *total* del actor, sea la de dar mayor intervención al Juez, para que lo valore y se oponga a él de observar impedimento de los que he aludido (127). Esto es: se tiende a imponer que los Jueces dicten Sentencias sobre el allanamiento (lo acojan o lo rechacen) (128).

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

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

13. La transacción, es otro medio de *autocomposición*. "Es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito —*hic latet lepus*— o poner término al que había comenzado" (art. 1.809 CCiv).

Inútil explicar más aquí.

Pero la transacción, desarrollada en un proceso, sin dejar de tener aquellas características fundamentales, se procesaliza a su vez. Y la "judicial" puede llevar, nada menos, que a la ejecución forzosa por vía jurisdiccional —"vía de apremio"— 1.817).

Y en todo caso, para las partes, "tiene autoridad de cosa juzgada" (art. últ. cit.). Ahora bien, hay que tener en cuenta que el mismo Código Civil, en su artículo 1.252, se atiene a concebir la cosa juzgada como una presunción de verdad, concepción material y no procesal.

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

La adopción del "contrato", para explicarlo, tiene diferente significación en cada una de las figuras. En el desistimiento —su *bilateralidad*— el acudir a él —mejor dicho, al cuasicontrato de *litis contestatio*, como lo hizo el Tribunal Supremo hasta su Sentencia de 6 de noviembre de 1956 (Ar. 3807), en que varió de orientación— afirmaríala lo que no es la naturaleza jurídica del proceso actual, sustituyendo a la *bilateralidad* del proceso; esto es, la del contrato o del cuasicontrato de l.c.

(127) Sustituyendo la antigua fórmula "por allanado con las costas", por una Sentencia completa. Así se viene manteniendo, p.ej., por PRIETO CASTRO, desde las primeras ediciones de su *Derecho Procesal civil* hasta el *Tratado de Derecho Procesal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 19...

(128) Cfr. la nota anterior.

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

14. La figura de la "conciliación" extraprocesal pertenece sin duda a la autocomposición, máxime si se prescinde de los "hombres buenos", como se ha hecho desde la Ley de Reforma Procesal Civil de 6 de agosto de 1984. La conciliación intraprocesal, si se verificare ante un Juez inerte, que para nada interviniera sino formalmente en ella, se podría considerar también como autocomposición casi total, salvo su homologación por el Juez —"homologación", noción de fe y no "creación de la Sentencia" (129)—; se trataría de una transacción.

Pero si en la conciliación, la intervención del Juez —sobre todo por ser interprocesal, el caso del art. 84 LPL, y su práctica— se produce con mayor intensidad, queda poco margen para la autocomposición: el que se entienda que por lo convenido "existe lesión grave para algunas de las partes" (art. cit. I) la limita en mucho.

Y la conciliación, del tipo intervencionista del Juez, que se preveía, por ejemplo, en el *Modelo de Stuttgart* (130), intraprocesal, mas mostrándose por el Juez una gran actividad, aunque fuere conciliadora, no nos parece que deje resquicios grandes a la autocomposición inicial de la figura. Se podrá decir que se trata de un nuevo camino emprendido por la jurisdicción —de manera parecida a la del proceso laboral—, pero no de autocomposición.

La conciliación preprocesal en materia de trabajo ha devenido un instituto altamente apreciado. Pero nótese las graves limitaciones —normales, dado el carácter del mundo del trabajo— a que se sujeta el principio de autonomía de la voluntad —materias y procesos que la exceptúan, art. 64 LPL y base XIV de la LBPL de 12 abril 1989—: la autoridad administrativa que la preside y el curioso hecho de que en el artículo 66 de la LPL y en la base XIV de la LBPL no se hace constar que "se intentará la conciliación" por aquélla, y sí en el artículo 84 de la LPL, y con mayor énfasis en la base XVIII de la LBPL para la conciliación intraprocesal ("el órgano jurisdiccional las exhortará para que lleguen a un acuerdo"). De lo que se deduce el escaso margen autocompositivo que queda a tales "conciliaciones".

(129) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Proceso", §49, págs. 82 y sigs.

(130) Cfr. p. ej., BENDER, "The Stuttgart Model", en *Access to Justice*, II ("Promising institutions"), ed. CAPPELLETI-WEISNER, Giuffrè, Nijhoff, Milan-Alphen aan den Rijn, 1978, 431 y sigs.; BENDER y STRECKER, "Access to Justice in the Federal Republic of Germany", en *Access to Justice*, I ("A World Survey"), CAPPELLETI-WEISNER, Giuffrè, Nijhoff, Milan-Alphen aan den Rijn, 1978, 527 y sigs.

Pero aun dejando tan escaso margen, en el que quede, la autocomposición será perfecta: "Lo acordado en conciliación tendrá fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes sin necesidad de ratificación ante el Juez o Tribunal". No hay ni siquiera homologación, pues (base XIV LBPL).

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

15. Nos quedamos en el umbral del arbitraje moderno.

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

Y siguiendo la Ley que SATTA denominaba de "la denegeración de las instituciones", llegará un momento en que también el moderno arbitraje lo haga. ¿Tornaremos al proceso civil? ¿A otro tipo de soluciones?

Por ahora *hemos vuelto al contrato o "al pacto"*.

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN
Profesor Emérito de Derecho Procesal
de la Universidad Autónoma de Madrid