

# anales de la universidad de alicante. facultad de derecho

CABANILLAS SANCHEZ, A.

La Separación de hecho de los cónyuges y el Régimen económico matrimonial.

CARDONA LLORENS, J.

La Fiscalización Internacional del Tráfico de Drogas.

GARRIDO GUZMAN, L.

Modelos de Organización en los Centros Penitenciarios. La participación del interno.

GUTIERREZ CARBONELL, M.

El Jurado Español: Histórica cenicienta.

LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, F.

La venta judicial como supuesto específico de sucesión de empresa.

MIRA, J. J.

Psicólogos del Testimonio: ¿un peritaje de lujo?

MORENO MARTINEZ, J. A.

Modificación Judicial de la Pena convencional. Artículo 1.154 del Código Civil.

ROCA GUILLAMON, J.

Sobre el concepto del Legado.

SAURA MARTINEZ, L. F.

Disgresiones en torno a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio.

SOLER ROCH, M<sup>a</sup> T.

La relación entre tributos cedidos y no cedidos en el modelo de financiación de las Comunidades Autónomas.





**ANALES DE LA  
UNIVERSIDAD DE ALICANTE  
FACULTAD DE DERECHO**

# ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE. FACULTAD DE DERECHO.

Números 3 y 4

Años 1984 - 1985

## CONSEJO DE REDACCION:

Director . . . Prof. Dr. D. JOSE LUIS IGLESIAS BUHIGUES

Secretario . Prof. Dr. D. LUIS GARRIDO GUZMAN

### Consejo de redacción:

Prof. Dr. D. CARLOS DE CABO MARTIN

Prof. Dr. D. VICENTE GIMENO SENDRA

Prof. Dr. D. TOMAS S. VIVES ANTON

Prof. Dr. D. PEDRO FERRER SANCHIS

Prof. Dr. D. JOAQUIN MARTINEZ VALLS

Prof. Dr. D. JOSE ASENSI SABATER

SECRETARIADO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

Depósito Legal: A-697 - 1982

---

Edita: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Alicante

Imprime: Imprenta de la Universidad de Alicante

**anales  
de la universidad  
de alicante.  
facultad de derecho**

**ALICANTE**



## SUMARIO

<b>CABANILLAS SANCHEZ, Antonio</b> La Separación de hecho de los cónyuges y el Régimen económico matrimonial .....	9
<b>CARDONA LLORENS, Jorge</b> La Fiscalización Internacional del Tráfico de Drogas .....	25
<b>GARRIDO GUZMAN, Luis</b> Modelos de Organización en los Centros Penitenciarios. La participación del interno .....	53
<b>GUTIERREZ CARBONELL, Miguel</b> El Jurado Español: Histórica cenicienta .....	83
<b>LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, Francisco</b> La venta judicial como supuesto específico de sucesión de empresa .....	99
<b>MIRA, José Joaquín</b> Psicólogos del Testimonio: ¿un peritaje de lujo? .....	113
<b>MORENO MARTINEZ, Juan Antonio</b> Modificación Judicial de la Pena convencional. Artículo 1.154 del Código Civil .....	133
<b>ROCA GUILLAMON, Juan</b> Sobre el concepto del Legado .....	145
<b>SAURA MARTINEZ, Luis Fernando</b> Disgresiones en torno a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio .....	167
<b>SOLER ROCH, María Teresa</b> La relación entre tributos cedidos y no cedidos en el modelo de financiación de las Comunidades Autónomas .....	177





# **LA SEPARACION DE HECHO DE LOS CONYUGES Y EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL**

**Antonio CABANILLAS SANCHEZ**  
**Profesor Titular de Derecho Civil**



1. Los datos estadísticos que aparecen en los Anuarios de la Dirección General de los Registros y del Notariado, donde se da noticia del número de instrumentos autorizados en los distintos Colegios notariales de España, evidencian que, a partir de 1975, cada vez con mayor intensidad, ha aumentado el número de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en los territorios que tradicionalmente han sido de Derecho común. En los Colegios notariales de Albacete, Burgos, Cáceres, Granada, Las Palmas, Madrid, Oviedo, Sevilla, Valencia y Valladolid se otorgaron en el año 1981 nada menos que 9.886 capitulaciones matrimoniales, frente a las 542 que se otorgaron en el 1974. En cambio, observamos que en los territorios de Derecho foral el número de capitulaciones matrimoniales otorgadas en el año 1981 es sensiblemente inferior. En los Colegios notariales de Baleares, Barcelona, La Coruña, Bilbao, Pamplona y Zaragoza se otorgaron en dicho año 3.678 capitulaciones matrimoniales<sup>1</sup>. La razón del extraordinario aumento de las capitulaciones matrimoniales se encuentra en la supresión del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial por la ley de 2 de mayo de 1975. De una encuesta efectuada por CERDA GIMENO<sup>2</sup> entre un grupo seleccionado de notarios de Madrid y Valencia se deduce que el ciento por ciento de los otorgamientos consiste en el pacto de separación absoluta de bienes, que sustituye al régimen legal de la sociedad de gananciales. En la mayoría de los casos las capitulaciones matrimoniales son otorgadas por cónyuges que están separados de hecho, por lo que ALBALADEJO<sup>3</sup> ha llegado a decir que la revitalización de las capitulaciones postnupciales se debe, más que al deseo de cambiar de régimen económico matrimonial los ya casados que viven un matrimonio normal, a que están viniendo a ser usadas como medio de separar sus bienes e intereses los casados que estando mal avenidos no desean, sin embargo, o al menos no desean todavía (o todavía no pueden), llegar a romper legalmente su unión, divorciándose, ni acudir a los Tribunales para obtener la separación personal.

Algunos autores<sup>4</sup> consideran que la ley de 7 de julio de 1981, al introducir la posibilidad del divorcio y dar solución a las separaciones de hecho, quizá sea determinante de una disminución también espectacular del número de capítulos postnupciales. Sin embargo, no parece que vaya a decrecer, al menos de forma notable, por tal motivo el número de las capitulaciones matrimoniales, ya que la separación de hecho no tiene por que avocar necesariamente en el divorcio o la separación judicial, y en el caso de que tenga lugar uno u otra, es factible que en el período precedente, que puede ser bastante largo, a la demanda de separación o divorcio los cónyuges traten de solucionar amistosamente determinados pro-

blemas a través de capitulaciones matrimoniales, que, como ha señalado FOSAR <sup>5</sup>, pueden contener incluso pactos que contemplen una determinada manera de liquidar sus consecuencias patrimoniales, incidiendo de esta forma en la futura configuración del contenido del convenio regulador previsto en el artículo 90.

2. Con anterioridad a la reforma del Código Civil por la ley de 2 de mayo de 1975, que autorizó el otorgamiento de capitulaciones durante el matrimonio (artículo 1320), se destacó <sup>6</sup> la inadecuación de la sociedad de gananciales cuando los cónyuges están separados de hecho y que la transformación de la sociedad de gananciales en régimen de separación de bienes facilitaría la solución extrajudicial de la problemática surgida cuando los cónyuges están separados de hecho. Indudablemente lo mejor que se puede hacer con la sociedad de gananciales, cuando la vida matrimonial ha fracasado y los esposos deciden separarse, sin acudir a los Tribunales, es disolverla. Para comprender esto basta con destacar que con anterioridad a la citada ley el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado se mostraron totalmente contrarios en una primera etapa a la licitud de los pactos de separación declarando su nulidad absoluta por ser contrarios al orden público y la moral (Sentencias de 19 de diciembre de 1932, 17 de junio de 1949, 30 de septiembre de 1959 y 20 de febrero de 1960 y Resoluciones de 1 de julio de 1943 y 30 de noviembre de 1917); tener causa ilícita (Sentencia de 30 de septiembre de 1959); constituir una transacción prohibida (Sentencia de 19 de diciembre de 1932) e ir en contra del principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial (Sentencia de 19 de diciembre de 1932). Todo esto motivaba que subsistiese la sociedad de gananciales, que era un régimen inadecuado a la situación en que estaban los esposos. En efecto, al separarse de hecho falta el presupuesto fundamental en que se basa la sociedad de gananciales: la comunidad de vida. Sucede entonces que, pese a la separación de hecho, perdura este régimen económico matrimonial, lo cual determina unas consecuencias totalmente insatisfactorias: 1.ª) Se mantiene el régimen de la comunidad de ganancias, aunque al faltar la colaboración entre los cónyuges no se comprende su justificación; 2.ª) Se complica enormemente la administración y disposición de los bienes comunes; 3.ª) Se ve muy comprometida la situación de la mujer, pues el régimen de la sociedad de gananciales le es muy desfavorable en todas las hipótesis en que fracasa la vida conyugal.

Ante este panorama la doctrina trató de remediar en lo posible estas insatisfactorias consecuencias, a pesar de que los cónyuges separados no podían en territorios de Derecho común otorgar capitulaciones matrimo-

niales durante el matrimonio (antiguos artículos 1315 y siguientes) y de esta manera adoptar el régimen de separación de bienes. DE LA CAMARA <sup>7</sup> llegó a la conclusión de que la separación de hecho, aunque sin fuerza bastante para provocar la disolución de la sociedad de gananciales, tenía empero virtualidad suficiente para justificar la modificación en algún aspecto de sus efectos y consecuencias. Para este autor, una serie de pactos con los cónyuges durante el matrimonio (pactos de separación) no eran necesariamente obstaculizados por el mencionado principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial, el orden público, las buenas costumbres, ni su causa era ilícita. Se refirió a los pactos siguientes: a) La concesión de la licencia marital concebida en términos generales e incluso con carácter irrevocable; b) La recuperación de los parafernales entregados <sup>9</sup>; c) Delegación total o parcial a la mujer de las facultades de administración o de disposición que corresponden al marido <sup>10</sup>; d) El otorgamiento del consentimiento uxorio del artículo 1413 en términos generales, pero no en forma irrevocable porque el especial fundamento de este precepto, proteger a la mujer, adquiere aún mayor significación en la situación de separación <sup>11</sup>.

3. La publicación de la ley de 2 de mayo de 1975 tuvo una extraordinaria trascendencia para los cónyuges separados de hecho, ya que a través de capitulaciones otorgadas durante el matrimonio (artículo 1320) podían establecer el régimen más adecuado a su situación. En la Exposición de Motivos del Proyecto sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, que se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes de 30 de octubre de 1974, se justificó la conveniencia de los pactos postnupciales en el hecho de que en grandes zonas de nuestro país (en casi todos los territorios forales) han servido de cauce para resolver pacíficamente graves problemas. A nivel doctrinal la reforma no mereció más que alabanzas, ya que, como dijo GULLON <sup>12</sup>, vino a reconocer la razón que asistía a la doctrina que había propugnado el abandono del sistema de inmutabilidad por ser contrario en su inflexibilidad a que los matrimonios pudieran adaptar su régimen a las diversas contingencias por las que la relación conyugal puede pasar. Es claro el cauce que se brinda ahora a las separaciones matrimoniales de hecho que viven una situación claudicante. En el Código Civil se estableció una libertad casi absoluta (los únicos límites estaban determinados en el artículo 1316), pudiendo los cónyuges optar entre introducir algunas innovaciones al régimen económico matrimonial vigente, o proceder a su sustitución por otro, sin que la expresión «modificar el régimen económico patrimonial»,

que figuraba en el artículo 1320, constituyese un serio obstáculo para que los cónyuges separados de hecho pudiesen acoger el régimen de separación de bienes, pues la finalidad de la reforma de 2 de mayo de 1975, claramente inspirada en los Derechos forales, como se deduce de la referida Exposición de Motivos, exigía la interpretación amplia de dicha expresión<sup>13</sup>. De esta manera dejaba de regir la sociedad de gananciales, inadecuada por las razones expuestas cuando los cónyuges están separados de hecho. Sin embargo, no se reformó la normativa del Código civil sobre la sociedad de gananciales, lo que determinó que se cuestionase si era posible operar la disolución de la misma en virtud de capitulaciones postnupciales, ya que los artículos 1417 y 1433 no habían sido reformados y por ello, lógicamente, no contemplaban este supuesto. La cuestión tenía una gran trascendencia en nuestro tema, ya que se limitaba mucho la solución adecuada de los problemas derivados de la separación de hecho si no podía producirse la disolución de la sociedad de gananciales, a pesar de acogerse el régimen de separación de bienes. Por razones de indudable coherencia había que entender que era también causa que pone fin y determina la disolución de la sociedad de gananciales el acuerdo de los cónyuges plasmado en capitulaciones postnupciales. No tendría ningún sentido entender que por virtud del artículo 1320 los cónyuges podían estatuir para el futuro un régimen económico distinto de la sociedad de gananciales, pero sin que ésta pudiera quedar disuelta. Aunque el legislador de 2 de mayo de 1975 no reformó el texto del artículo 1417, había que entenderlo implícitamente modificado en virtud del principio «lex posterior»<sup>14</sup>. Tampoco se solucionó adecuadamente el problema de la subsistencia de la sociedad de gananciales estando los cónyuges separados de hecho, pues es indudable que la adopción del régimen de separación de bienes en capitulaciones matrimoniales exige el acuerdo de ambos cónyuges, y éste podía no producirse. Precisamente en las Cortes, algunos procuradores presentaron una enmienda al texto del artículo 1320, que fue rechazada, en la que proponían la siguiente: «Si después de pactado un régimen éste se volviese excesivamente gravoso para la familia o para uno de los cónyuges, y no pudiese obtener el consentimiento del otro para modificarlo, el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada del perjudicado, y oyendo al otro consorte, previa información sumaria, podrá anular las capitulaciones, quedando los esposos sometidos al régimen legal de gananciales». Se justificó esta enmienda en que no era justo que un cambio de circunstancias u otra anomalía obligara a uno de los cónyuges a soportar indefinidamente un sistema matrimonial que sea extremadamente perjudicial para él o para la familia. Ante esta situación legal es lógico

que, poco tiempo después de publicarse la ley de 2 de mayo de 1975, se planteara la reforma de la sociedad de gananciales y, en general, del régimen económico matrimonial, teniendo en cuenta directrices que ya aparecían en la citada ley (vg., la igualdad jurídica de los cónyuges). Los profesores DIEZ-PICAZO<sup>15</sup> y LACRUZ<sup>16</sup> examinaron con detenimiento este tema. Una de las principales propuestas de reforma que formuló DIEZ-PICAZO fue precisamente la ampliación del repertorio o elenco de causas que permitiesen la disolución de la sociedad de gananciales, teniendo en cuenta la inidoneidad de la misma en las situaciones de crisis matrimonial. La comunidad de gananciales tiene sentido ligada con la comunidad de vida. Se ha dicho con razón que el «durante el matrimonio» del artículo 1395 no es mientras subsiste jurídicamente el vínculo, sino mientras exista vida común o, mejor, trabajo común.

4. El panorama ha variado sustancialmente con la promulgación de la ley de 13 de mayo de 1981, ya que no puede decirse ahora que la separación de hecho sea una situación desconocida para el Código civil. Por el contrario, la reconoce expresamente en su articulado para darle unos determinados efectos jurídicos, y no la tacha en ningún momento de situación ilícita y antijurídica en sí misma<sup>17</sup>. Es muy significativo que en la Exposición de Motivos del Proyecto sobre modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio de 14 de septiembre de 1979 se afirme que la circunstancia de ser la sociedad de gananciales el régimen de los matrimonios que conviven en armonía ha conducido a articular un flexible elenco de causas de disolución de la sociedad de gananciales. Estas, junto con la libertad de otorgar capítulos después de la boda, han de obviar muchos de los inconvenientes que la comunidad presentaba en situaciones anormales del matrimonio. En el ámbito de las relaciones patrimoniales de los esposos, los problemas que derivan de la situación de separación de hecho se solucionan de la mejor manera posible a través de las capitulaciones matrimoniales, adoptando el régimen de separación de bienes y estableciendo, en definitiva, la más absoluta separación de los patrimonios de uno y otro cónyuge. Esto es perfectamente válido, pues en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (artículo 1325) y las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio (artículo 1326). La adopción del régimen de separación de bienes, que además ha sido ampliamente regulado en el Código civil (artículos 1435 a 1444), va a determinar la disolución de pleno derecho de la sociedad de gananciales o del régimen de participa-

que figuraba en el artículo 1320, constituyese un serio obstáculo para que los cónyuges separados de hecho pudiesen acoger el régimen de separación de bienes, pues la finalidad de la reforma de 2 de mayo de 1975, claramente inspirada en los Derechos forales, como se deduce de la referida Exposición de Motivos, exigía la interpretación amplia de dicha expresión<sup>13</sup>. De esta manera dejaba de regir la sociedad de gananciales, inadecuada por las razones expuestas cuando los cónyuges están separados de hecho. Sin embargo, no se reformó la normativa del Código civil sobre la sociedad de gananciales, lo que determinó que se cuestionase si era posible operar la disolución de la misma en virtud de capitulaciones postnupciales, ya que los artículos 1417 y 1433 no habían sido reformados y por ello, lógicamente, no contemplaban este supuesto. La cuestión tenía una gran trascendencia en nuestro tema, ya que se limitaba mucho la solución adecuada de los problemas derivados de la separación de hecho si no podía producirse la disolución de la sociedad de gananciales, a pesar de acogerse el régimen de separación de bienes. Por razones de indudable coherencia había que entender que era también causa que pone fin y determina la disolución de la sociedad de gananciales el acuerdo de los cónyuges plasmado en capitulaciones postnupciales. No tendría ningún sentido entender que por virtud del artículo 1320 los cónyuges podían estatuir para el futuro un régimen económico distinto de la sociedad de gananciales, pero sin que ésta pudiera quedar disuelta. Aunque el legislador de 2 de mayo de 1975 no reformó el texto del artículo 1417, había que entenderlo implícitamente modificado en virtud del principio «lex posterior»<sup>14</sup>. Tampoco se solucionó adecuadamente el problema de la subsistencia de la sociedad de gananciales estando los cónyuges separados de hecho, pues es indudable que la adopción del régimen de separación de bienes en capitulaciones matrimoniales exige el acuerdo de ambos cónyuges, y éste podía no producirse. Precisamente en las Cortes, algunos procuradores presentaron una enmienda al texto del artículo 1320, que fue rechazada, en la que proponían la siguiente: «Si después de pactado un régimen éste se volviese excesivamente gravoso para la familia o para uno de los cónyuges, y no pudiese obtener el consentimiento del otro para modificarlo, el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada del perjudicado, y oyendo al otro consorte, previa información sumaria, podrá anular las capitulaciones, quedando los esposos sometidos al régimen legal de gananciales». Se justificó esta enmienda en que no era justo que un cambio de circunstancias u otra anomalía obligara a uno de los cónyuges a soportar indefinidamente un sistema matrimonial que sea extremadamente perjudicial para él o para la familia. Ante esta situación legal es lógico



razón de la paralización de la vida matrimonial a un momento anterior a aquél en que se acuerde (artículo 1394). De ahí que haya podido afirmarse que la comunidad subsiste a pesar de la vida separada de los cónyuges mientras no se pronuncie su disolución <sup>21</sup>. Sin embargo, no deja de ser chocante que, por esta vía, un cónyuge que lleva separado largo tiempo del otro, al amparo de la subsistencia (formal) de la sociedad de gananciales, pueda tener derecho a los bienes ganados por su consorte en ese período de separación, en el que no ha existido la comunidad de vida en que se justifica este régimen. Y lo mismo vale para el régimen de participación. Y más chocante aún, si esa separación de hecho no es simplemente un inciso o paréntesis (más o menos dilatado) en la vida de un matrimonio, que concluye con una reconciliación, sino una situación irreversible que perdura hasta la disolución del matrimonio o, al menos, hasta la del régimen. Ante este problema, MORALES MORENO <sup>22</sup>, después de exponer las raíces históricas en que se funda la base de la comunicación de ganancias propia de ciertos regímenes como el ganancial o el de participación (la vida en común de los cónyuges), pone acertadamente de relieve que la justificación para suspender la comunicación de ventajas durante la separación de hecho podría encontrarse, para el régimen de gananciales, en la quiebra de los presupuestos o razones en que el mismo se basa; razones que presentes en nuestros textos históricos <sup>23</sup> fueron tomadas en cuenta por nuestros autores en el momento inicial del matrimonio, y que, en relación con los momentos posteriores del mismo, no deben encontrar hoy, tras la reforma, los obstáculos que en otro tiempo pudieran existir. Para el régimen de participación valen esas mismas razones, y quizá aun puedan verse reforzadas si tomamos en consideración la propia causa de la estipulación capitular que lo ha establecido.

Se aprecia claramente que sólo cuando ha transcurrido un año desde que comenzó la separación de hecho <sup>24</sup> puede solicitarse al Juez la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación. Esto determina que, al menos durante este plazo, a pesar de existir separación de hecho tenga que regir necesariamente uno u otro régimen, a no ser que en capitulaciones matrimoniales los cónyuges acuerden otro régimen (normalmente, el de separación de bienes, que parece el más adecuado en las situaciones de crisis matrimonial). No obstante, el hecho de que la ley de 13 de mayo de 1981 haya establecido un sistema de administración conjunta de la sociedad de gananciales (artículos 1375 y siguientes), comprendiendo dentro de él las facultades de administración en sentido estricto y de disposición, evita en buena medida el grave problema que existiendo separación de hecho planteaba el anterior sistema, ya que la res-

pectiva posición de marido y mujer en la administración y disposición de los gananciales se encontraba desequilibrada en favor del marido (los antiguos artículos 1412 y 1413). La reforma, se dice en la Exposición de Motivos del Proyecto de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio de 14 de septiembre de 1979, al atribuir la gestión a ambos cónyuges, sin distinción ni ventaja para ninguno, ha tenido muy en cuenta la necesidad de agilizar los negocios y operaciones de cada uno de ellos; de impedir el bloqueo de los del uno por el otro, y de salvaguardar el interés y las legítimas expectativas de los terceros que contratan exclusivamente con el marido o la mujer, mediante la previsión de una serie de supuestos en los cuales la legitimación para administrar, disponer y obligarse puede ser indistinta o individual. Las formas de legitimación indistinta o individual, a que se alude en esta Exposición de Motivos, para los actos de administración y disposición, contempladas en la normativa del Código civil (artículos 1375 a 1391)<sup>25</sup>, son fundamentales para crear una situación patrimonial de cierta flexibilidad, que facilita las actuaciones de los cónyuges separados, y, en cuanto a las obligaciones contraídas para atender las cargas conyugales, rige la regla del artículo 1368, según el cual responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales. Con esta norma se trata de afirmar categóricamente que de las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges para atender las necesidades de los hijos, responderán los bienes gananciales, aunque los cónyuges estuvieren separados de hecho. Por lo tanto, el precepto lo único que persigue es afirmar una regla, lo cual no significa que trate de dejar sin efecto las demás existentes en los artículos 1362 y 1365<sup>26</sup>.

El artículo 1388 permite a los Tribunales conferir la administración de los gananciales a uno solo de los cónyuges cuando hubiese abandono de familia o existiese separación de hecho. No hay, desde luego, un destino prefijado de los poderes de administración y en su decisión los Tribunales podrán moverse con flexibilidad, valorando las circunstancias generales y el interés de la familia para decidir a quién se hace la transferencia. En el concepto de administración han de comprenderse, de conformidad con lo que dijimos anteriormente, los actos de disposición, como se desprende además del propio apartado segundo de este precepto, que somete a autorización judicial determinadas disposiciones del cónyuge administrador, luego no las restantes<sup>27</sup>. El cónyuge a quien el Juez haya atribuido la administración tendrán para ello plenas facultades, salvo que el Juez,

cuando lo considere de interés de la familia y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones. En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial (artículo 1389). De acuerdo con la necesidad de intervención judicial para el traspaso de la administración de los bienes del matrimonio se produzca, parece que también será necesaria esa misma intervención para poner fin a la misma, previa comprobación de que la situación determinante de aquel traspaso ha desaparecido <sup>28</sup>.

El deseo de prevenirse del riesgo de los actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad de gananciales, muy a tener en cuenta cuando existe separación de hecho, ha sido acogido en la ley de 13 de mayo de 1981. Según los artículos 1390 y 1391, si como consecuencia de un acto de administración o disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiese éste obtenido un beneficio o un lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto, y cuando el cónyuge hubiese realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente hubiese procedido de mala fe, el acto será rescindible. Estos artículos se completan con el 1393, 2.º, por cuya virtud se puede pedir al Juez la disolución de la sociedad de gananciales cuando un cónyuge venga realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

La facultad unilateral de solicitar al Juez la disolución de la sociedad de gananciales o, en su caso, del régimen de participación (artículo 1415), cuando uno de los cónyuges lleva a cabo por sí solo actos fraudulentos o dañosos, es una medida de preservación de los intereses del cónyuge lesionado o que se encuentra en serio trance de serlo, que cobra un especial relieve cuando existe separación de hecho, pues es precisamente en esta situación cuando en una mayor medida puede producirse dicho tipo de actos. Es importante destacar que la puesta en marcha de esta causa de disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación puede producirse, no sólo cuando ha tenido lugar el daño o se ha realizado el acto fraudulento, sino también cuando existe una situación de peligro, que ha de ser cierto y de alguna consideración <sup>29</sup>.

El establecimiento del deber de información es una medida prudente del legislador, ya que la separación de hecho implica una grave crisis matrimonial, que puede motivar que uno de los cónyuges lleve a cabo actividades económicas sin dar noticia de ellas al otro. Tampoco puede desconocerse, como apuntan DIEZ-PICAZO y GULLON<sup>30</sup> para fundamentar el deber legal de información, que es frecuente que uno de los cónyuges viva durante largos años en la mayor confianza —y, por tanto, en la mayor ignorancia— y cuando tiene que poner remedio a la situación que ello le crea, porque el matrimonio ha entrado en crisis, ya es imposible por desconocimiento de lo pasado. Para evitar estos problemas, que adquieren notable importancia en el marco de la sociedad de gananciales al admitirse la posibilidad de actuaciones independientes de los cónyuges<sup>31</sup>, en el artículo 1393, 4.º, en clara conexión con el artículo 1383, se dispone que concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales a petición de uno de los cónyuges cuando el otro incumpla grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas. Ya sabemos que esta causa de extinción es también aplicable cuando existe régimen de participación (artículo 1415).

5. Los cauces establecidos por la ley de 13 de mayo de 1981, que hemos tratado de exponer sucintamente, para solucionar los problemas relativos al régimen económico matrimonial que plantea la situación de separación de hecho de los cónyuges, parecen suficientes<sup>32</sup>, aunque los cónyuges no lleguen a un acuerdo para adoptar el régimen de separación de bienes mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, que es, sin duda, el régimen más adecuado en las situaciones de crisis matrimonial. Ciertamente la separación de hecho no tiene virtualidad suficiente para determinar la disolución automática de la sociedad de gananciales o del régimen de participación. Pero es indudable que si se entendiera que la separación de hecho extingue, por sí sola, el régimen económico matrimonial, podría quedar, como ha señalado MORALES MORENO<sup>33</sup>, en manos de un cónyuge alterar, abandonando al otro, el sistema de cobertura de las cargas familiares: restringir los poderes concedidos al otro, en interés de los hijos (artículo 1368), en relación con los bienes ganados por él durante el tiempo de separación. De otro lado, con respecto a los terceros, se crearía una situación de gran incertidumbre si el régimen del matrimonio dependiera de un hecho (la separación) difícil de constatar, y perdiera fuerza la apariencia formal. A nuestro juicio, las condiciones establecidas en el artículo 1393, 3.º parecen plenamente fundadas, dado el carácter excepcional que ha de tener la extinción de la socie-

dad de gananciales o del régimen de participación por voluntad de uno solo de los cónyuges.

#### NOTAS:

1 Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ministerio de Justicia. Año 1980, pp. 936 y ss.; año 1981, pp. 1.010 y ss.

2 CERDA GIMENO, *Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981*, en Documentación Jurídica, 1982, vol. 1.º, núms. 33 a 36, p. 236.

3 ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1982, p. 140.

4 CERDA GIMENO, *Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981*, cit. p. 237; ROCA TRIAS, Ponencia oficial a las II Jornadas de Dret Catalá a Tossa (29 septiembre - 2 octubre 1982) titulada *Constitució i família*, p. 25 (referencia en CERDA GIMENO, *loc cit ant*).

5 FOSAR, *Estudios de Derecho de Familia*, tomo 2.º, volumen 1.º, *La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, Barcelona, 1982, pp. 322 y ss.

6 DE LA CAMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, en Anuario de Derecho Civil, fasc. 1.º, 1969, pp. 13 y ss.; GULLON, *Lecciones de Derecho Civil. Familia*, Granada, 1972, pp. 311 y ss.; ZANON, *La separación matrimonial de hecho*, Barcelona, 1974, pp. 131 y ss.; VARELA DE LIMIA, *La separación convencional de los cónyuges y el Derecho español*, Pamplona, 1972, pp. 68 y ss.; OGAYAR, *Separación de hecho de los cónyuges. Efectos que produce*, Madrid, 1971, pp. 99 y ss.; GIMENEZ ARNAU, *Escrituras de divorcio*, en Revista de Derecho Notarial, jul.-dic. 1961, pp. 429 y ss.; SANTAMARIA ROJAS, *La autoridad marital en la vida*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1950, pp. 76 y ss.

7 DE LA CAMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 26 y ss.

8 DE LA CAMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 33 y ss.

9 DE LA CAMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 34 y ss.

10 DE LA CAMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 96 y ss.

11 DE LA CAMARA, *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 124 y ss.

12 GULLON, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 1.068; también, *Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1977, enero, p. 83.

13 En este sentido se pronunció nuestra doctrina: TORRALBA, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. 2.º, ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 1.098; GULLON, *Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, cit., p. 90; GOMEZ-FERRER, *Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1978, mayo-junio, pp. 502-503.

14 En este sentido se pronunció la mayor parte de la doctrina: GULLON, *Observaciones sobre la reforma del régimen de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975*, cit., pp. 91 y ss.; DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, 1.ª ed., Madrid, 1978, p. 219; CAMPO VILLEGAS, *En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes*, en Revista Jurídica de Cataluña, abril-junio 1977, pp. 278 y ss.; GOMEZ-FERRER, *Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código Civil*, cit., pp. 512 y ss.; TORRES ESCAMEZ, *Algunos*

*problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1978, pp. 969 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *Las capitulaciones matrimoniales y su modificación*, en Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades, Madrid, 1980, pp. 279 y ss.

15 DIEZ-PICAZO, *Capacidad de la mujer casada y economía conyugal (Ideas para una reforma del régimen de bienes del matrimonio)*, en Anuario de Derecho Civil, 1975, fasc. 4.º, pp. 859 y ss. También en *Estudios de Derecho Civil*, I, Madrid, 1980, pp. 56 y ss.

16 LACRUZ, *La reforma del régimen económico del matrimonio*, 1979, fascs. 2.º y 3.º, pp. 343 y ss.

17 Esto ha sido destacado por nuestra doctrina. Como dice VALPUESTA (*Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Sevilla, 1982, pp. 229 y ss.) la separación de hecho sufre una profunda remodelación en orden a su trascendencia jurídica, a causa de las dos leyes recientemente publicadas en materia de Derecho de familia, cuyos puntos de incidencia lo constituyen, de un lado, las reiteradas alusiones legales a la mencionada separación de hecho y, de otro, la concepción de la familia y el matrimonio que se perfila en la nueva legislación.

18 La solución que propugnamos no impide que destaquemos la conveniencia de liquidar la sociedad de gananciales o del régimen de participación para evitar las confusiones que podrían derivarse de la falta de liquidación.

19 Con razón entiende LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1982, p. 479) que en los casos en que la separación se deba al abandono del hogar, sólo puede postular la extinción del régimen el cónyuge abandonado.

20 En posteriores estudios DIEZ-PICAZO mantiene esta idea para explicar el fundamento del artículo 1393, 3.º: En la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 1.785; *Sistema de Derecho Civil*, IV, 3.ª ed., Madrid, 1983, p. 256 (en colaboración con GULLON). También tiene en cuenta esta argumentación MORALES MORENO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1.825.

21 LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit., p. 479.

22 MORALES MORENO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., pp. 1.825-1.827.

23 Véase la exposición de MORALES MORENO de estos antecedentes históricos, *loc cit ant.*

24 Surge el problema de determinar el momento a partir del cual se ha producido la separación de hecho, para tener en cuenta el plazo del año que exige como mínimo el artículo 1393, 3.º. Según HERNANDEZ IBAÑEZ (*La separación de hecho matrimonial*, Madrid, 1982, p. 144) se puede deducir de la fecha del convenio de separación que hayan pactado los cónyuges, aunque puede suceder que éstos no hayan estipulado ningún acuerdo. En este último habrá que tener en cuenta cuándo los esposos dejaron de convivir, esto es, de tener el mismo domicilio, y desde entonces contar un año.

A nuestro juicio, el momento en que ha comenzado la separación de hecho puede ser probado por cualquiera de los medios admitidos en Derecho y, en todo caso, hay que tener en cuenta que puede existir aunque los cónyuges habiten en el mismo domicilio (cfr., artículo 87).

25 Sobre las formas de legitimación indistinta y el fundamento de las mismas, que no es otro que hacer factible tanto la seguridad y la agilidad de las transacciones como la gobernabilidad del consorcio y la conservación de una suficiente área de autonomía para cada esposo, que es fundamental cuando existe separación de hecho, véase DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., pp. 465 y ss.; DIEZ-PICAZO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º cit., pp. 1.760 y ss.; CASTAN-GARCIA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, vol. V-1.º, *Derecho de familia. Relaciones conyugales*, 10 ed.,

Madrid, 1983, pp. 432 y ss.; ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV, cit., pp. 176 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit. pp. 465 y ss., y *El régimen económico matrimonial*, en la obra colectiva *Las reformas del Código civil por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Madrid, 1983, pp. 78 y ss.

26 TORRALBA, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1.711.

27 LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit., p. 474.

28 LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit., p. 475.

29 DIEZ-PICAZO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1.785; CASTAN-GARCIA CANTÉRO, *Derecho civil español, común y foral*, V-1.º, cit., p. 462; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, cit., p. 479.

30 DIEZ-PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., p. 249.

31 Como precisa DIEZ-PICAZO (en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1.770), al explicar el fundamento del deber legal de información, el artículo 1384 es consecuencia del carácter asociativo del régimen económico regulado por el Código Civil en los preceptos que estudiamos (relativos a la sociedad de gananciales) y consecuencia igualmente de la posibilidad de actuación independiente de los cónyuges asociados.

32 Sin embargo, HERNANDEZ IBAÑEZ (*La separación de hecho matrimonial*, cit. pp. 229 y ss.) cree que el ordenamiento jurídico se debe ocupar de la separación de hecho y concederle la importancia que tiene, como ha sucedido en las legislaciones de otros países.

33 MORALES MORENO, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 2.º, cit., p. 1.825.





# **LA FISCALIZACION INTERNACIONAL DEL TRAFICO DE DROGAS**

Jorge CARDONA LLORENS  
Prof. Titular contratado de  
Derecho Internacional Público

## **S U M A R I O :**

### **INTRODUCCION.**

- I. *El marco jurídico de la la fiscalización.*
  1. La normativa internacional.
  2. Medidas que deben adoptar los Estados en el ámbito de su jurisdicción.
  3. Los órganos internacionales de fiscalización.
- II. *El ejercicio de la fiscalización internacional.*
  1. Las garantías para asegurar la independencia de la JIFE.
  2. Los medios para el ejercicio de la fiscalización.
  3. La actuación de los órganos de fiscalización.
  4. La fiscalización sobre Estados no parte en los convenios.
- III. *Conclusiones.*



## INTRODUCCION

Todos los medios de comunicación de masas destacan desde hace tiempo un problema grave de nuestros días: el tráfico de drogas. Es mucho lo que se ha dicho y se sigue diciendo respecto al mismo, y, aunque no es este el lugar de realizar un análisis de toda la problemática que este tema encierra, sí conviene destacar algunos aspectos que ayuden a centrar la óptica del análisis del tema objeto de estudio.

El primer aspecto problemático, que se plantea necesariamente antes que cualquier otro, es el mismo concepto de droga. En efecto, los intentos doctrinales de determinación de este concepto se multiplican; así, para LAURIE <sup>1</sup> se entiende por droga «cualquier sustancia química que altere el estado de ánimo, la percepción o el conocimiento, y de la que se abusa con un aparente perjuicio para la sociedad»; entre la doctrina española, RAMOS <sup>2</sup> considera droga «cualquier sustancia que satisface algunas exigencias físicas hasta el punto de inducir a los individuos que la toman a repetir su autoadministración, o, lo que es lo mismo, que puede producir una dependencia psíquica, física, o ambas a la vez». La OMS entiende por droga «cualquier sustancia que introducida en el organismo vivo, puede modificar una o más funciones de éste» <sup>3</sup>. Todas estas definiciones, basadas en criterios médicos y sociológicos, incluyen en su seno sustancias no sometidas a ningún tipo de fiscalización.

Para realizar una aproximación jurídica al concepto de droga, a efectos de la fiscalización internacional, deberemos fijarnos en los textos jurídicos internacionales hoy en vigor. Entre éstos destacan, por su carácter universal, el Convenio Unico sobre Estupefacientes de 30 de marzo de 1961, modificado por el Protocolo de 25 de marzo de 1972, y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 21 de febrero de 1971. En el primero de ellos se dice que «por estupefaciente se entiende cualquiera de las sustancias de las Listas I y II (anejas al Convenio), naturales o sintéticas» <sup>4</sup>, mientras que en el segundo se indica que «la expresión sustancia sicotrópica designa cualquier sustancia de origen natural o sintético, o cualquier producto natural incluido en las Listas I, II, III y IV» anejas al Convenio <sup>5</sup>.

La primera conclusión a extraer es que las sustancias jurídicamente relevantes para el ordenamiento internacional son los estupefacientes y sustancias sicotrópicas, términos que en castellano y francés sustituyen al de droga <sup>6</sup>. Por otra parte, se habla de sustancias «naturales o sintéticas»; como indica el comentario al Convenio Unico, esta frase significa que «una droga natural no deja de ser una droga si es manufacturada sintéticamente. Lo que importa es la estructura química de la sustancia y no el modo en que es obtenido» <sup>7</sup>.



la demanda y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas amenaza seriamente el desarrollo y la seguridad de numerosos países, especialmente de países en desarrollo»<sup>12</sup>, constituyendo, pues, la asistencia en materia de lucha contra el tráfico ilegal una «expresión concreta de la voluntad de la comunidad internacional de cumplir el compromiso adquirido, según los términos de la Carta de N.U., de promover el progreso económico y social de todos los pueblos»<sup>13</sup>.

Son muy numerosos los recursos humanos, financieros y de todo tipo que muchos Estados, tanto desarrollados como en desarrollo, tanto productores como consumidores, emplean para intentar controlar el tráfico internacional de drogas. Pero son también inmensos los beneficios que los traficantes organizados a nivel internacional, muchas veces con la connivencia de algunos gobiernos, obtienen de este tráfico, lo que les incita a continuar con él a pesar del endurecimiento de los sistemas de control.

En una situación especialmente problemática se encuentran los Estados de tránsito, quienes, no teniendo ningún control sobre la producción ni la demanda de estupefacientes ilícitos, son sin embargo afectados gravemente, tanto a nivel nacional como internacional, por el movimiento ilícito de drogas<sup>14</sup>.

Expuestos algunos de los aspectos principales del problema, es comprensible el convencimiento manifestado por los Estados en los Convenios sobre esta materia de que «para ser eficaces las medidas contra el uso indebido de tales sustancias se hace necesaria una acción concertada y universal»<sup>15</sup>.

Para conseguir esa «acción concertada y universal», han sido muy diversas las medidas adoptadas en la práctica por los Estados y las Organizaciones Internacionales con competencia en esta materia. Así, hoy puede hablarse de que existe un cuerpo de normas jurídicas, que obligan a una mayoría de los Estados, cuyo contenido abarca desde disposiciones penales por las que determinadas conductas son consideradas delito en todos ellos, hasta la inclusión de estos delitos en aquéllos que dan lugar a la extradición, pasando por mayores facilidades en el aspecto procesal o policial, etc.

Todas estas medidas se encaminan a la supresión del tráfico y consumo ilícitos de drogas. Pero, junto a ese tráfico ilícito, existe un tráfico lícito cuya finalidad es cubrir las necesidades médicas y científicas de todos los Estados. Tráfico lícito que es necesario «controlar» para evitar que las sustancias que discurren por el mismo puedan desviarse hacia el tráfico ilícito. Es este el motivo de la introducción, dentro de las medidas encaminadas a la solución de este problema, de la fiscalización del tráfico de drogas.

Aunque han sido muchos los intentos doctrinales de elaboración del concepto de «fiscalización internacional» o «control internacional»<sup>16</sup>, en la medida en que, como ha señalado el profesor GARZON, el control o fiscalización internacional «no ampara al conjunto de la normativa internacional, puesto que su introducción depende de reglas especiales, donde está previsto en relación a reglas o regímenes jurídicos concretos»<sup>17</sup>, todo intento de conceptualización global está abocado a la generalidad e inconcreción, y deberemos estar a cada régimen especial de fiscalización para saber en qué consiste. En efecto, a pesar de poder deducirse, tal vez, una serie de rasgos comunes, no es lo mismo la fiscalización llevada a cabo por la Comisión de expertos para la aplicación de los convenios y las recomendaciones de la OIT, que la realizada, en virtud de los artículos 87 y 88 de la Carta de Naciones Unidas, por el Consejo de Administración Fiduciaria.

Por este motivo, deberemos fijarnos en el régimen de fiscalización internacional impuesto por los tratados referentes al tráfico de drogas, así como en su aplicación práctica, para intentar comprender, en todo su alcance y contenido, en qué consiste la fiscalización del tráfico de drogas.

Sin embargo, y como primera aproximación, podemos utilizar la definición dada por el Comité Central Permanente de Estupeficientes en su informe final, en el que se puede leer: «la expresión *fiscalización internacional* el Comité la entiende en el sentido de que las disposiciones del tratado imponen a los gobiernos la obligación de informar a los órganos internacionales acerca de su actuación, y que autorizan a estos órganos a examinar la situación en los diversos países, a recomendar medidas susceptibles de remediarla, a formular observaciones críticas y a imponer sanciones en caso de infracciones al tratado»<sup>18</sup>.

## I. EL MARCO JURIDICO DE LA FISCALIZACION

### 1. *La normativa internacional*

Como se afirma en la definición citada del Comité Central Permanente de Estupeficientes, la normativa básica de la fiscalización se contiene en los tratados internacionales que la crean, con carácter tendente a la universalidad, y en los que se describen las obligaciones de los Estados, así como los órganos internacionales encargados de llevar a cabo la fiscalización y el funcionamiento de la misma.

La historia de la regulación internacional del tráfico de drogas se remonta a la Conferencia de La Haya de 1912, de la que surgiría el Convenio Internacional del Opio de 23 de enero del mismo año. Este Convenio con-

tenía una serie de obligaciones para los Estados parte en relación a la producción, fabricación, distribución, comercio y uso del opio.

Sin embargo, será con la entrada en vigor del Pacto de la Sociedad de Naciones, cuyo art. 23-c encarga a esta Organización «la inspección general de la ejecución de los acuerdos relativos... al tráfico del opio y demás drogas perjudiciales», cuando se inicie el camino de la fiscalización de este tráfico. En efecto, en 1921 es creada la Comisión Consultiva del Tráfico del Opio por la Sociedad de Naciones y, bajo sus auspicios, se producirá el desarrollo posterior.

El primer paso en este sentido se dará con la Convención Internacional del Opio de 19 de febrero de 1925 en la que se crea el Comité Central Permanente de Estupefacientes como órgano encargado de vigilar el curso del comercio internacional y de recomendar las sanciones oportunas si consideraba que un país se convertía o corría el peligro de convertirse en un centro de tráfico ilícito, estando autorizado a investigar cualquier cuestión relacionada con los estupefacientes que señalara a su atención cualquier Estado parte en el tratado.

Más tarde, por medio del Convenio para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes a las cantidades necesarias para fines médicos y científicos, firmado en Ginebra el 13 de julio de 1931, se creó el Órgano de Fiscalización de Estupefacientes, encargado de examinar las previsiones de los gobiernos y, cuando algún gobierno no las hubiere formulado, establecer previsiones con efecto legal obligatorio. De esta forma, este órgano se convierte en una nueva instancia de fiscalización junto al Comité Central Permanente de Estupefacientes que queda encargado de supervisar la aplicación del sistema de limitaciones <sup>19</sup>.

Tras la segunda guerra mundial, la Organización de las Naciones Unidas, de acuerdo con el art. 1 apartados 3 y 4 de su Carta constitutiva <sup>20</sup>, asumió las funciones de la Sociedad de Naciones en esta materia, y, ya en sus inicios, auspició la conclusión del Protocolo de Lake Success de 11 de diciembre de 1946 modificador de los acuerdos anteriores <sup>21</sup>, y en el que se mantiene como órganos encargados de la fiscalización al Comité Central Permanente y al Órgano de Fiscalización de Estupefacientes con las mismas competencias que ya tenían, vinculándolos ahora al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas como órgano con competencia, en virtud del art. 62 de la Carta, en esta materia.

Más tarde se firmaron, el 19 de noviembre de 1948, el Protocolo de París que somete a fiscalización internacional ciertas drogas no comprendidas en el Convenio de 13 de julio de 1931 para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes, y, en 1953, el Protocolo

para limitar y reglamentar el cultivo de la adormidera, y la producción, el comercio internacional, el comercio al por mayor y el uso del opio. Ambos Protocolos encargaban a los órganos de fiscalización la vigilancia y control de las obligaciones de los Estados en ellos contenidas.

El panorama descrito de disposiciones convencionales creadas desde 1912 hasta 1953, convertía al derecho internacional de los estupefacientes en una maraña legislativa que, como ha sido señalado, le daba «un aspecto de capa de arlequín»<sup>22</sup>. Sus disposiciones eran a veces contradictorias, ambiguas y oscuras, y, en muchas ocasiones, se encontraban alejadas de la realidad<sup>23</sup>. Se imponía pues una actualización, sistematización y racionalización de las disposiciones internacionales sobre la materia, que dejara claro y preciso el marco jurídico, a nivel universal, del derecho internacional de los estupefacientes.

Esta tarea fue emprendida en la Conferencia de Naciones Unidas para la adopción de una convención única sobre estupefacientes, celebrada en Nueva York del 14 de enero al 25 de marzo de 1961, y de la que surgiría el Convenio Unico sobre Estupefacientes de 30 de marzo de 1961<sup>24</sup>.

El Convenio Unico (C.U.) abarca la mayor parte de las disposiciones de los tratados anteriores y las amplía. De acuerdo con el art. 44 C.U., a la entrada en vigor del mismo «sus disposiciones abrogarán y sustituirán entre las Partes las disposiciones» de todos los instrumentos internacionales anteriores, a excepción del Convenio para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas de 1936, del que sólo es sustituido un artículo<sup>25</sup>.

En cuanto a los órganos encargados de la fiscalización, el C.U. crea la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes que asume, entre otras, las funciones antes encomendadas al Comité Central Permanente de Estupefacientes y al Organismo de Fiscalización de Estupefacientes, que desaparecen.

A los ocho años de su entrada en vigor<sup>26</sup>, la experiencia práctica del sistema de fiscalización creado por el Convenio, y el intento de mejora del mismo, hizo que se convocara una nueva conferencia para su modificación, de la que surgiría el Protocolo de 25 de marzo de 1972<sup>27</sup> modificador del Convenio Unico.

A estos instrumentos internacionales hay que añadir el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (C.S.S.) de 21 de febrero de 1971<sup>28</sup>, que tiene la finalidad de someter a fiscalización estas sustancias, cuyo volumen de tráfico y uso indebido es considerable, y que no estaban comprendidas en el Convenio Unico.

Así pues, el marco jurídico actual, a nivel universal, del derecho internacional sobre fiscalización del tráfico de drogas lo constituyen el Conve-



nio Unico de 1961 con el Protocolo modificador de algunas disposiciones del mismo de 1972 <sup>29</sup> y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

El sistema de fiscalización creado por estos instrumentos internacionales se basa en la consideración del Estado como único sujeto del mercado de drogas y en el control de su actuación a través de la información que el mismo Estado debe suministrar a los órganos encargados de la fiscalización. A la vista de esa información, los órganos internacionales deben velar por que ningún Estado se convierta o corra el peligro de convertirse en un centro de tráfico ilícito, pudiendo adoptar una serie de medidas para ello.

Para que el Estado sea efectivamente el único sujeto que actúa en el mercado de drogas, los tratados imponen a las Partes unas obligaciones de control interno de la actividad que se realice en este sentido en el ámbito de su jurisdicción, así como la obligación de informar sobre ese efectivo control.

## *2. Medidas que deben adoptar los Estados en el ámbito de su jurisdicción*

Tanto el Convenio Unico como el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, a la hora de describir las medidas de control que deben adoptar los Estados, realizan una serie de distinciones según la lista aneja en la que se encuentre la sustancia objeto de tráfico. Así, por ejemplo, de las cuatro listas anejas que contiene el Convenio Unico, las Listas I y II contienen, propiamente, las sustancias estupefacientes; la Lista III hace una descripción de preparados que contienen algún estupefaciente, contemplados en la lista I ó II, pero mezclados con otras sustancias de forma que presente poco peligro de abuso; por último, la Lista IV enumera unas sustancias que, por su mayor peligrosidad en el uso indebido, son sometidas a unas medidas de fiscalización especiales. Las sustancias de la Lista IV <sup>30</sup> están también incluidas en la Lista I.

De esta forma, las obligaciones de los Estados en relación a una determinada sustancia variarán según esté incluida en una u otra lista. Mientras que las sustancias de la Lista IV están sujetas a todas las medidas de fiscalización previstas en el Convenio, las incluidas en otras listas hay alguna medida a la que no están sujetas <sup>31</sup>.

Respecto a las medidas de control, el principio general se encuentra en el art. 4-c C.U., según el cual, «las Partes adoptarán todas las medidas legislativas y administrativas que puedan ser necesarias, sin perjuicio de las disposiciones de la presente Convención, para limitar exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución,

el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes a los fines médicos y científicos»<sup>32</sup>.

Junto a este principio, a lo largo de los convenios se van desgranando una serie de obligaciones concretas para los Estados en cada una de las materias a las que hace referencia el art. 4 transcrito; obligaciones cuya aplicación estará a cargo de una administración especial que cada Estado parte se compromete a mantener<sup>33</sup>.

Así, si un Estado permite el cultivo de adormidera para la producción de opio, deberá establecer y mantener uno o más organismos oficiales que desempeñen las funciones previstas en el art. 23 C.U. (derecho exclusivo de importar, exportar, etc.). Igualmente se establece una serie de obligaciones para el caso de cultivo de adormidera con fines que no sean la producción de opio, o del cultivo de arbusto de coca o de cannabis<sup>34</sup>.

En relación a la fabricación, los convenios imponen que ésta se realice bajo un régimen de licencias, salvo que esté ya a cargo de empresas estatales, y obliga a los Estados a ejercer un control riguroso sobre todas las personas, empresas, establecimientos y locales, sean o no estatales, que participen en la fabricación<sup>35</sup>.

Respecto al comercio y distribución en el interior de un Estado, se estipulan obligaciones análogas a las expuestas para la fabricación y, además, se obliga a exigir recetas médicas para el suministro o despacho de estas sustancias a particulares, así como determinados requisitos que deberán llevar las envolturas y etiquetas de los mismos<sup>36</sup>.

Por otra parte, se obliga a los Estados a tomar una serie de medidas de control tendentes a asegurarse por todos los medios que todo el tráfico pertenece al mercado lícito y ninguna cantidad de estas sustancias es desviada al tráfico ilícito<sup>37</sup>, incluida la adopción de determinadas precauciones a tomar en relación al transporte de drogas en botiquines de primeros auxilios de buques o aeronaves de líneas internacionales<sup>38</sup>.

Todas estas medidas, contenidas tanto en el Convenio Unico como en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, son completadas y desarrolladas por las legislaciones internas de cada Estado. Así, en derecho español, puede consultarse la Ley 17/1967, de 8 de abril, que adaptó el ordenamiento español al Convenio Unico y en la que se crea el Servicio de Control de Estupefacientes. Las obligaciones referentes al control interno contenidas en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 fueron desarrolladas por el R.D. 2829/1977 de 6 de octubre, que, a su vez, ha sido desarrollado por la Orden de 14 de enero de 1981.

Junto a la obligación de adoptar estas medidas, los Estados vienen obligados, tanto en virtud del Convenio de 1962 como del de 1971, a sumi-

nistrar al Secretario General de Naciones Unidas un informe anual sobre la aplicación de los convenios en cada uno de sus territorios, el texto de todas las leyes y reglamentos promulgados periódicamente para poner en práctica los convenios, los nombres y direcciones de las autoridades facultadas para expedir permisos o certificados de exportación y de importación, así como la información relativa a toda actividad ilícita dentro de sus fronteras, incluida la referencia al cultivo, producción, fabricación, tráfico y uso ilícito de drogas<sup>39</sup>.

### 3. *Los órganos internacionales de la fiscalización*

La función específica de control del mercado internacional de drogas está encomendada, principalmente, a un órgano internacional formado por personas a título individual: la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. Este órgano fue creado por el Convenio Unico de 1961 en sustitución de los dos órganos que funcionaban con anterioridad —el Comité Central Permanente y el Organismo de Fiscalización de Estupefacientes— y ha sido recogido también en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971. Pero, como suele ocurrir en los casos de intervención en el control de órganos de esta naturaleza<sup>40</sup>, existen otros órganos de distinto carácter que también participan en la fiscalización.

Así, hoy, entre los órganos internacionales de fiscalización, puede distinguirse, por un lado, el órgano independiente creado por el Convenio Unico —la Junta Internacional de Fiscalización—, que tiene la responsabilidad principal del control, y, por otro lado, otros órganos creados por Naciones Unidas que intervienen, de distinta manera según los casos, en esta tarea. Entre estos últimos debe destacarse la Comisión de Estupefacientes y el Fondo de Naciones Unidas para la Fiscalización del Uso Indebido de Drogas (FNUFUID).

#### a) La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes:

Órgano principal de la fiscalización internacional del tráfico de drogas, entró en funciones el 2 de marzo de 1968<sup>41</sup>.

Su composición es de trece miembros independientes que el ECOSOC designa de la forma siguiente:

- Tres miembros que posean experiencia médica, farmacológica o farmacéutica, elegidos de una lista de cinco personas, por lo menos, propuesta por la OMS.

- Diez miembros elegidos de una lista de personas propuestas por los Estados miembros de Naciones Unidas y por las Partes en el Convenio que no sean miembros de Naciones Unidas.

De acuerdo con los apartados 2 y 3 del art. 9 C.U., los miembros de la Junta habrán de ser personas que por su competencia, imparcialidad y desinterés, inspiren confianza general, y, teniendo en cuenta el principio de la distribución geográfica equitativa, el ECOSOC debe estudiar la conveniencia de que formen parte de la Junta personas que conozcan la situación en materia de estupefacientes en los países productores, fabricantes y consumidores y que estén vinculados con esos países. La duración del mandato es de cinco años y pueden ser reelegidos.

Las funciones atribuidas a la Junta por los Convenios son muy amplias, y entre ellas destacan el asegurarse que las finalidades de los Convenios no sean gravemente comprometidas por el incumplimiento de las disposiciones de los tratados en un país o territorio; limitar a las cantidades necesarias para fines médicos y científicos el cultivo, la producción, la fabricación, el comercio internacional y el uso de drogas; asegurarse de que se dispone de las drogas necesarias para fines médicos y científicos; impedir el cultivo, la producción, la fabricación y el consumo ilícitos de drogas; estimular la cooperación internacional en el campo de la fiscalización de drogas; supervisar y coordinar la aplicación de las disposiciones de los tratados por las administraciones nacionales; y determinar si un país corre riesgo de convertirse en un centro importante de tráfico ilícito <sup>42</sup>.

Así pues, en cuanto la Junta es el órgano de fiscalización por excelencia, son éstas las funciones que constituyen el contenido esencial de esa fiscalización; funciones que abarcan todos los aspectos del mercado de drogas y de su tráfico ilícito.

Si en sus funciones de inspección y control la Junta «tiene razones para creer que las finalidades de la presente Convención corren un grave peligro porque una Parte, un país o un territorio no ha cumplido las disposiciones de la presente Convención» <sup>43</sup>, o, «aun cuando no hayan dejado de cumplirse las disposiciones de la Convención, una Parte, un país o un territorio se ha convertido en un centro importante de cultivo, producción, fabricación, tráfico o uso ilícitos de estupefacientes, o hay pruebas de que existe un riesgo grave de que llegue a serlo» <sup>44</sup>, podrá tomar una serie de medidas previstas en los artículos 14 del Convenio Unico y 19 del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, para las que se exige una mayoría de dos tercios de la Junta <sup>45</sup>.

b) La Comisión de Estupefacientes:

Fue creada en 1946 por el ECOSOC<sup>46</sup>, y está compuesta por treinta miembros elegidos por tres años entre los Estados miembros de Naciones Unidas, de las Instituciones Especializadas y los Estados parte en el Convenio Unico<sup>47</sup>.

En la elección de los miembros debe tenerse en cuenta la justa representación de los países que se encuentran entre los principales productores de opio y de coca, así como de los países más importantes desde el punto de vista de la fabricación de estupefacientes y de aquéllos en que la toxicomanía o el tráfico ilícito constituyen graves problemas.

Es de destacar la originalidad de que pueda ser llamado a participar en un órgano de la ONU un Estado no miembro de la Organización<sup>48</sup>.

Entre las funciones que tiene atribuidas este órgano se encuentran, por un lado, aquéllas que se derivan de su naturaleza de órgano subsidiario del ECOSOC, y que son, principalmente, estudiar las modificaciones que pudieran ser necesarias a la estructura de la fiscalización, y hacer recomendaciones para perfeccionar la fiscalización del mercado lícito o reforzar la represión del tráfico ilícito. Por otro lado, la Comisión de Estupefacientes tiene las funciones que directamente le encomiendan el Convenio Unico y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas. Entre éstas últimas se encuentra la de modificar las listas anejas a ambos convenios, y, por tanto, su ámbito de aplicación material, a través de los procedimientos previstos en el art. 3 C.U. y en el art. 2 C.S.S. Asimismo, tiene autoridad para estudiar todas las cuestiones relacionadas con los objetivos de ambos convenios y con la aplicación de sus disposiciones, pudiendo hacer recomendaciones al efecto, en particular, recomendaciones sobre programas de investigación científica e intercambio de información de carácter científico y técnico. Por su especial importancia, destaca, en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, la función encomendada a la Comisión de poner fin a una o a todas las medidas de exención al régimen de fiscalización puestas por un Estado para un preparado sicotrópico<sup>49</sup>. También tiene encomendado la Comisión de Estupefacientes el señalar a la atención de los Estados no partes en los Convenios las decisiones o recomendaciones que adopte en cumplimiento de los mismos, a fin de que dichos Estados examinen la posibilidad de tomar medidas de acuerdo con tales decisiones y recomendaciones.

Respecto a estas decisiones y recomendaciones, puede distinguirse, en primer lugar, las decisiones relativas a poner fin a una o todas las medidas de exención que pudiera tener un preparado sicotrópico, que son

obligatorias e inapelables <sup>50</sup>; en segundo lugar, las decisiones relativas a la modificación de las listas de ambos convenios, que son obligatorias, para las Partes, si bien éstas pueden pedir una revisión por el Consejo Económico y Social durante un plazo de 90 días (C.U.) o de 180 días (C.S.S.) <sup>51</sup>; y, en tercer lugar, todas las demás decisiones o recomendaciones de la Comisión que están subordinadas a la aprobación o modificación del Consejo o de la Asamblea General <sup>52</sup>.

Las únicas decisiones para las que se exige una mayoría especial de dos tercios de la Comisión son las referentes a la modificación de las Listas del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas y a la finalización de una o todas las medidas de exención del art. 3 del mismo Convenio <sup>53</sup>. En cambio, nada se dice en relación a las decisiones adoptadas en virtud del Convenio Unico.

Junto a la Comisión de Estupefacientes debe nombrarse a la *División de Estupefacientes*, creada en 1946 dentro del marco de la Secretaría General de Naciones Unidas, y que constituye un centro de conocimientos profesionales y técnicos que tiene como misión principal asesorar al secretariado de la Comisión.

Dentro de la División se integra el Laboratorio de Estupefacientes <sup>54</sup>, creado también en 1946 con el fin de indentificar los estupefacientes confiscados, y que juega un papel importante en materia de formación de técnicos y químicos expertos en estupefacientes.

c) El Fondo de Naciones Unidas para la Fiscalización del Uso Indebido de Drogas (FNUFUID):

El FNUFUID fue creado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1971 por la Resolución 2719 (XXV) para poner en práctica el Plan de Acción Concertada elaborado por el Secretario General, U Thant, con una triple finalidad: disminuir la demanda de drogas que son objeto de uso indebido; reducir y eventualmente eliminar la producción ilícita y no controlada de materias primas para la producción de estupefacientes; y suprimir el tráfico ilícito <sup>55</sup>.

Conforme al Plan de Acción Concertada, el Fondo se ocupa, principalmente, de limitar la oferta de droga, por todos los medios, incluida la sustitución de cultivos; de mejorar las posibilidades de acción de los órganos encargados de la lucha contra el tráfico ilícito; de establecer los programas educativos o de propaganda destinados a prevenir el abuso de las drogas; y de facilitar los medios para la puesta a punto de los métodos para el tratamiento y readaptación de los toxicómanos.

En el ámbito de la ayuda para la fiscalización del tráfico de drogas, las realizaciones más destacadas del Fondo consisten en la ayuda a los gobiernos para la sustitución de cultivos, la búsqueda de fuentes de ingresos distintas del cultivo de adormidera, la formación de personal de represión y laboratorio, la investigación científica, el fomento de la cooperación regional y la asistencia directa para mejorar el funcionamiento de los organismos nacionales de fiscalización.

Así pues, el FNUFUID tiene principalmente una función de ayuda para las tareas de fiscalización. Su actuación se ve determinada, en gran parte, por las disponibilidades de fondos y de servicios técnicos, conseguidas mediante contribuciones voluntarias de gobiernos, instituciones e individuos. Este es el motivo por el que la Asamblea General de Naciones Unidas, año tras año, junto a recomendar nuevas tareas al Fondo, anima a los Estados miembros a contribuir, o continuar contribuyendo, al FNUFUID <sup>56</sup>.

## II. EL EJERCICIO DE LA FISCALIZACION INTERNACIONAL

### 1. *Las garantías para asegurar la independencia de la JIFE*

De la descripción realizada por las funciones de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacentes se deduce que varias de entre ellas pueden ser consideradas como de carácter cuasi-judicial. Es indudable que los miembros de la Junta actúan en cierto modo como jueces cuando tienen que determinar si un país quebranta seriamente los fines de un Convenio, o cuando se ven en la situación de tener que recomendar a las Partes que cesen la importación o la exportación —o ambas cosas— de estupefacentes procedentes de un país infractor o destinados al mismo <sup>57</sup>.

El Convenio de 1961 contiene, por este motivo, tres reglas cuyo objetivo es asegurar la plena independencia técnica de la Junta <sup>58</sup>. Según la primera de estas reglas, los miembros de la Junta deben ser personas competentes, imparciales y desinteresadas; la segunda trata de la incompatibilidad de miembro con toda otra actividad que pueda afectar a la imparcialidad exigida a los miembros; finalmente, la tercera estipula que el ECOSOC tomará, en consulta con la Junta, todas las disposiciones necesarias para asegurar la plena independencia técnica de esta última en el ejercicio de sus funciones.

Para garantizar esta independencia, el ECOSOC adoptó, en 1967, por su Resolución 1196 (XLII), disposiciones administrativas destinadas a asegurar esta independencia técnica <sup>59</sup>. Estas disposiciones, análogas a las que

adoptó el Consejo en 1949 para el Comité Central Permanente, habían sido elaboradas por el Secretario general en consulta con el predecesor de la Junta, y permiten a ésta disponer de su propia secretaría, aunque en el terreno administrativo dependa del Secretario general y forme parte integrante de la Secretaría de las Naciones Unidas. El Jefe de esta secretaría es nombrado por el Secretario general en consulta con la Junta <sup>60</sup>. Las disposiciones en cuestión le confieren asimismo el derecho a guardar sus propios archivos y a mantener directamente la correspondencia con los gobiernos con el fin de asegurar el carácter confidencial previsto por los tratados. En 1973, el Consejo, por su Resolución 1775 (LIV) decidió mantener estas disposiciones administrativas, cumpliendo de esta forma la Resolución I aneja al Acta Final de la Conferencia que adoptó el Protocolo de 1972, donde se recomendaba, por los mismos motivos, mantener estos arreglos administrativos. Todas estas decisiones y resoluciones se adoptaron sin que ningún Estado votara en contra.

La acción de la Junta debe estar inspirada únicamente en sus responsabilidades como órgano apolítico y cuasi judicial independiente, creado por los tratados. Como generalmente no se reúne más que dos veces al año, la Junta tiene que poder contar con su secretaría no solamente para preparar con imparcialidad los asuntos que está llamada a examinar durante los períodos de sesiones, sino también para proseguir la aplicación de las medidas que caen dentro de su competencia. Se comprende que una de las disposiciones administrativas fundamentales que permiten a la Junta ejercer sus funciones de una manera independiente sea la de tener a su disposición una secretaría a la vez que competente, exclusivamente a su servicio, tan independiente como la misma Junta, de la cual es el agente de ejecución.

El Protocolo de 1972, modificador del Convenio Unico, al ampliar las responsabilidades de la Junta y al insistir sobre el carácter confidencial de sus funciones más importantes, confirmó la necesidad de mantener la práctica seguida desde su origen, a saber, el mantenimiento de una secretaría propia de la Junta y únicamente a su servicio, y éste es el sentido del art. 8 del Protocolo, que modificó el art. 15 del Convenio Unico.

Finalmente, conviene señalar que el Repertorio de la Práctica seguida por los órganos de las Naciones Unidas <sup>61</sup> indicaba claramente que, si bien el Comité Central Permanente y el Organismo de Fiscalización, antecesores de la Junta, habían seguido en general las normas administrativas de las Naciones Unidas, diferían de otros órganos en que, habiendo sido creados por un tratado, sus atribuciones no podían ser modificadas por un órgano principal de las N.U. Esta conclusión se aplica por analogía a la Junta.



## 2. Los medios para el ejercicio de la fiscalización

Para que la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes pueda realizar su tarea, el medio fundamental con el que debe contar es una información lo más amplia y detallada posible de todas aquellas circunstancias que se sucedan dentro de la actividad sometida a fiscalización. Este es el motivo de que los Convenios recojan la obligación, por parte de los Estados, de suministrar toda información relativa a su actuación en el mercado.

Así, junto a la información relativa al control de la actividad que se realiza en el ámbito de su jurisdicción, y que ya analizamos en su momento, los Estados deben suministrar también la información referente a su actuación en el mercado. Sin embargo, debe señalarse que estas obligaciones varían según se trate de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, pues el régimen previsto en los Convenios de 1961 y 1971 no coincide totalmente.

En efecto, el Convenio Unico recoge la obligación de presentar, por parte de los Estados, un informe anual sobre las previsiones de las necesidades de estupefacientes para el año siguiente. Junto a estas previsiones, deberán también comunicar el método empleado para determinar las cantidades que figuren en las previsiones y cualquier modificación introducida en dicho método<sup>62</sup>. Igualmente, están obligados a suministrar a la Junta una serie de datos estadísticos sobre la actividad del Estado en el mercado, recogidos en el art. 20 del Convenio Unico, con una periodicidad trimestral o anual según los casos.

Es de destacar que, de acuerdo con el art. 12-2 C.U., «la Junta pedirá a los gobiernos de los países y territorios a los que no se aplica la presente Convención, que faciliten sus previsiones de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención», y, según el art. 12-3, «si un Estado (sin distinguir entre Partes o no) no suministra las previsiones respecto de alguno de sus territorios en la fecha fijada, la Junta las establecerá en la medida de lo posible». Las previsiones así establecidas son en todos sentidos obligatorias y surten los mismos efectos jurídicos y administrativos que surtirían si las hubiesen presentado los gobiernos interesados<sup>63</sup>, asegurándose de esta forma la Junta una visión universal de la situación del mercado de drogas.

El Convenio sobre Sustancia Sicotrópicas, por el contrario, no recoge más que la obligación de los gobiernos de realizar un informe anual, en el que se contienen muchos menos datos que para los estupefacientes, y no establece un sistema de previsiones de las necesidades médicas y científicas para el año siguiente. De esta forma, el Convenio de 1971 priva a la

Junta Internacional de una información necesaria para su labor. Es cierto que, como ha afirmado la JIFE, este Convenio «proporciona una orientación general que puede servir de guía a los gobiernos para adoptar medidas apropiadas en cooperación con la comunidad internacional y los órganos internacionales competentes» <sup>64</sup>, pero, frente al Convenio de 1961 que proporciona unos medios para el ejercicio de la fiscalización mucho más completos, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas deja sólo a la buena voluntad de los Estados el funcionamiento del sistema.

Además de la información presentada por los gobiernos, la Junta puede recibir información de otros órganos u organismos especializados de Naciones Unidas, de otras organizaciones intergubernamentales (siempre que sean aprobadas por la Comisión de Estupefacientes, previa recomendación de la Junta), o de organizaciones no gubernamentales internacionales que posean competencia directa en el asunto de que se trate y estén reconocidas como entidades consultivas del ECOSOC o gocen de condición análoga por acuerdo especial del mismo <sup>65</sup>. Por último, siempre que la Junta lo estime conveniente, podrá enviar, previo acuerdo con el gobierno interesado, misiones especiales para su información *in situ*.

La Junta examinará la información que reciba «para determinar si las Partes o cualquier otro Estado ha cumplido las disposiciones de la Presente Convención» <sup>66</sup>, pudiendo pedir los demás datos que estime necesarios <sup>67</sup>.

### 3. La actuación de los órganos de fiscalización

De los artículos 14 C.U. y 19 C.S.S. se desprende claramente que la finalidad última de la fiscalización es el evitar que el logro de las finalidades de los convenios corra un grave peligro. Esto puede ocurrir por dos motivos: en primer lugar, porque un Estado parte, un país o un territorio no haya cumplido las obligaciones contenidas en los tratados; en segundo lugar, porque, aun cumpliendo dichas obligaciones, una Parte, un país o un territorio se haya convertido en un centro importante de cultivo, producción, fabricación, tráfico o uso ilícitos de drogas, o haya pruebas de que existe un riesgo grave de que llegue a serlo.

Para comprobar si algún Estado incurre en una de estas circunstancias, la Junta dispone de la información descrita en el punto anterior. A través del sistema de previsiones, mediante un análisis de las necesidades futuras, puede verificar *ex-ante* si estas necesidades son razonables; por otro lado, a través de los informes y datos estadísticos ejerce un control *ex-post*.

Si en el ejercicio de esa fiscalización la Junta cree que algún Estado pone en peligro las finalidades de los Convenios por los motivos citados, podrá tomar una serie de medidas previstas en los arts. 14 C.U. y 19 C.S.S. que, esquemáticamente, son:

- 1) Tendrá derecho a pedir aclaraciones al país o territorio.
- 2) Podrá pedir al Gobierno que adopte las medidas correctivas que las circunstancias aconsejen.
- 3) Podrá proponer al Gobierno la realización de un estudio en su territorio.
- 4) Podrá señalar el asunto a la atención de las Partes, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas y de la Comisión de Estupefacientes. El Consejo podrá señalar el asunto a la atención de la Asamblea General.
- 5) Podrá recomendar a las Partes que cesen de importar drogas del país interesado, de exportarlas a él, o de hacer ambas cosas, durante un período determinado o hasta que la Junta quede satisfecha con la situación existente.
- 6) Tendrá derecho a publicar un informe sobre cualquiera de estas cuestiones y comunicarlo al Consejo Económico y Social, el cual lo remitirá a todas las Partes.

Ahora bien, si estas son las medidas que está autorizada a tomar la Junta, debe tenerse en cuenta que con el Protocolo de 1972 se consagra un principio que ya había sido parte fundamental de la política de la Junta con anterioridad, y es que las sanciones sólo tienen sentido cuando se aplican contra un gobierno que se ha mostrado sistemáticamente negligente y que la asistencia es tan importante como las sanciones, si no lo es más.

Así, en el Protocolo se autoriza a la Junta para que recomiende la prestación de asistencia técnica o financiera a determinados países, cuando tal asistencia sea necesaria para mejorar la eficacia general del sistema internacional de fiscalización. Como práctica normal, al hacer tales recomendaciones la Junta debe tener en cuenta las circunstancias del país de que se trata, los recursos con que cuenta y la disposición general del gobierno a cumplir las estipulaciones de los tratados. En interpretación de este precepto, la Junta ha considerado que «su función consiste esencialmente en indicar el tipo de asistencia que la situación exija y no evaluar la cuantía de la ayuda que ha de darse, ni sugerir la fuente precisa en que debe obtenerse»<sup>68</sup>. En el Protocolo se prevé que la concesión de asistencia debe basarse, en principio, en las recomendaciones de la Junta. La

ejecución cotidiana de los proyectos de asistencia estará a cargo de los organismos a quienes se confíe tal tarea. Corresponderá a la Junta, sin embargo, revisar la situación cuando ello proceda y recomendar las nuevas medidas que, en su caso, estime necesarias.

En cuanto al embargo a un determinado país <sup>69</sup>, debe señalarse, en primer lugar, que la Junta no tiene más que un poder de recomendación. Por otra parte, esta recomendación no ha sido jamás hecha hasta la fecha. Así, y como ha indicado la propia Junta, «cada vez que a su juicio (de la Junta) un gobierno ha incurrido en falta, ha creído conveniente ofrecer primero su colaboración a las autoridades competentes para tratar de eliminar las deficiencias, y sólo en los casos en que el país, después de ser notificado, ha seguido sin remediar la situación, ha mencionado el hecho en su informe anual, a fin de señalarlo a la atención del Consejo Económico y Social. De este modo se han puesto también en conocimiento del público en general las violaciones de las disposiciones de los tratados, lo que ha servido para hacer ver a los gobiernos interesados la necesidad de mejorar su administración. Sólo en muy contados casos de especial gravedad se ha visto obligada a invocar el procedimiento previsto en los tratados, que implica, en último término, la imposición de sanciones internacionales, aunque la simple puesta en marcha de dicho procedimiento ha bastado, tarde o temprano, para inducir a las autoridades competentes a tomar las medidas apropiadas» <sup>70</sup>.

La explicación de esta discreción para recomendar el embargo la proporciona un miembro de la Junta, el profesor REUTER, que señalaba que esto es así porque la Junta no se ha enfrentado nunca con un Estado que actuase de mala fe. Según REUTER, «un Estado actúa de mala fe cuando, perfectamente informado, rechaza en un asunto grave tomar medidas para cuya aplicación dispone de medios» <sup>71</sup>. Lógicamente, la dificultad está en saber si un Estado dispone de los medios para tomar las medidas necesarias. «No se puede demandar a un Estado que, por su estadio de desarrollo económico, es incapaz de poner en pie una administración moderna completa, de tomar de hoy para mañana determinadas medidas que no presentan dificultad para otro Estado. No puede decirse que un Estado actúa de mala fe, si la situación que causa las inquietudes procede del hecho de que no pueda asegurar completamente la seguridad interior sobre su territorio. Cuando un Estado que ha dado pruebas de su voluntad de progresar toma las medidas que está en su poder tomar, la Junta no ha de aplicar el procedimiento de sanción» <sup>72</sup>.

Así, cuando la Junta advierte, en el ejercicio de su supervisión general, que un país determinado no cumple las disposiciones de un tratado, tiene el deber de examinar las circunstancias a que se debe esa situación; si concluye

que el gobierno hace todo lo que está a su alcance y que las fallas obedecen a factores que podrían remediarse gracias a una financiación exterior o con ayuda técnica, debe asegurarse de que existen las condiciones necesarias para un empleo provechoso de la ayuda que ha de concederse. Se trata de algo mucho más difícil de determinar que la simple comprobación del incumplimiento de algún tratado y, según la opinión general <sup>73</sup>, la Junta está capacitada para formular un juicio de esta índole.

Como hemos indicado antes, una vez hecha una recomendación de esta clase, los organismos internacionales competentes, en consulta con las autoridades nacionales, son los llamados a evaluar la naturaleza y alcance de la ayuda requerida, y a fijar las condiciones en que ésta habrá de presentarse.

Será en una etapa ulterior cuando la Junta deberá estudiar nuevamente la situación a fin de precisar la medida en que fueron realmente alcanzados los objetivos de la ayuda.

Todo este proceso permite a la Junta ampliar y reforzar su función central de lograr una aplicación más cabal de lo dispuesto en los tratados.

#### 4. *La fiscalización sobre Estados no parte en los Convenios*

Una última cuestión que debe ser destacada es la referida a la competencia atribuida a la Junta, tanto por el Convenio Unico como por el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, sobre Estados no parte en los Convenios. En efecto, la referencia, repetida en diversas ocasiones tanto en el art. 14 C.U. como en el 19 C.S.S., a «Estados parte, países o territorios» (C.U.) y a «Estados parte, países o regiones» (C.S.S.) no deja duda al respecto, pues si bien no se da un concepto de «país», al contrario de lo que ocurre con el término «territorio» o «región» definidos en el art. 1-1-y) C.U. y art. 1-k) C.S.S., tanto del texto de ambos Convenios como de los trabajos preparatorios, queda claro que el término «país» se refiere a los Estados tanto sean partes como no del Convenio <sup>74</sup>. Esta situación es mucho más explícita en el art. 13-2 del Convenio Unico según el cual «la Junta examinará la información que reciba, para determinar si las Partes o cualquier otro Estado ha cumplido las disposiciones de la presente Convención». Consecuencia de este artículo son los arts. 14 del C.U. y 19 del C.S.S., ya citados, que autorizan a la Junta a tomar medidas para asegurar el logro de las finalidades de los Convenios por las Partes o cualquier otro «país».

Aunque, en principio, pudiera pensarse que este hecho choca frontalmente con los arts. 34 y 35 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, que recogen el principio de que los tratados sólo producen

efectos entre las Partes y no sobre terceros, pensamos que, en la medida en que ambos convenios intentan salvaguardar un bien jurídico perteneciente a la comunidad internacional, como se desprende de su preámbulo <sup>75</sup>, y que, además, la única forma de conseguir la finalidad de proteger dicho bien jurídico es una acción concertada y universal, pueden encuadrarse en ese grupo de tratados internacionales que, encabezados por la misma Carta de las Naciones Unidas (art. 2-6), constituyen precisamente la excepción a la regla universalmente aceptada de los arts. 34 y 35 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, y que se integran en el concepto genérico de «interés común de la Humanidad» <sup>76</sup>.

De hecho, la práctica demuestra la ausencia de contestación de estos preceptos e, incluso, la aplicación espontánea por los Estados no parte en los tratados <sup>77</sup>, a instancias de la JIFE <sup>78</sup>.

## CONCLUSIONES

Si bien la finalidad perseguida en el estudio es fundamentalmente descriptiva, ello no obsta para que puedan extraerse una serie de conclusiones generales sobre el sistema de fiscalización internacional del tráfico de drogas. Así, en una primera aproximación, del análisis realizado se deduce:

1) Aunque tanto el Convenio Unico de 1961, modificado por el Protocolo de 1972, como el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 prevén un sistema de fiscalización y lo encomiendan a los mismos órganos, el régimen varía en diversas circunstancias. En efecto, el Protocolo de 1972 refuerza las funciones y poderes de la Junta, pero sólo un cincuenta por cien, aproximadamente, de los Estados que forman parte del Convenio Unico de 1961 en su forma original, lo son también en su forma enmendada. Por otra parte, las obligaciones de los Estados contenidas en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas son sensiblemente inferiores a las contenidas en el Convenio Unico. Así, siendo la finalidad a conseguir la misma por ambos textos, así como, en principio, los medios para conseguirla, se impone una unificación del régimen de fiscalización internacional que evite que sustancias que plantean los mismos problemas estén sometidas a regímenes distintos.

2) Si bien el sistema de fiscalización internacional parece bien estructurado, su eficacia quiebra por faltarle la base esencial para su funcionamiento: el control efectivo interno del Estado sobre la actividad que se realiza en el ámbito de su jurisdicción. No parece que la solución al problema que plantea el control del tráfico de drogas deba basarse en un reforzamiento del

sistema de fiscalización internacional, sino en una mayor cooperación entre los Estados para que cada uno de ellos pueda ejercer efectivamente un control sobre su actividad interna. La base de esta cooperación no debe ser judicial o policial, exclusivamente, sino que debe tener como finalidad primordial el desarrollo del Estado tanto en el campo político, como económico, social y cultural, de forma que se pueda producir un aprovechamiento óptimo de los medios para ejercer la fiscalización.

3) El ejercicio de la fiscalización internacional por parte de los órganos encargados de la misma, al menos en el estado actual de la Comunidad internacional, se distingue claramente de la función judicial. En efecto, no es la aplicación del derecho lo que deben controlar estos órganos, sino la voluntad política de aplicarlo para cumplir las finalidades de los convenios —tanto haya como no un «cumplimiento» de las normas jurídicas—, así como el que los gobiernos que lo necesiten dispongan de la ayuda necesaria para hacerlo.

4) Por cuanto el problema del tráfico de drogas y la lucha contra la toxicomanía se enmarca en el cuadro genérico del «interés común de la Humanidad», exige una pronta revisión del sistema de fiscalización que subsane las graves quiebras hoy existentes.

#### NOTAS:

1 LAURIE: *Las Drogas. Aspectos médicos, psicológicos y sociales*, (trad. ALVAREZ DE LORENZANA), Madrid, 1969, p. 10.

2 RAMOS, J. M.: *Droga Historiografía, farmacia y legislación*, C.O.F.M., Madrid, 1981, p. 7.

3 Citada por RAMOS: *op. cit.*, p. 7.

4 Art. 1-1-j) C.U.

5 Art. 1-e) C.S.S.

6 En los textos ingleses de los tratados anteriores al C.U. se usaba el término «drug», correspondiente al término castellano «droga». En el texto inglés del C.U., el término equivalente al castellano «estupefaciente» es el de «narcotic drug». El texto ruso, al igual que el inglés, utiliza el término «narkoticheskoe sredstvo».

7 *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs 1961*, United Nations, New York, 1973, p. 10.

8 Así ha sido reconocido por más de cien Estados en el Preámbulo del Convenio Unico sobre Estupefacientes de 1961.

9 Doc. E/INCB/56, párrafo 7.

10 Las principales fuentes del opio se sitúan en el Próximo y Medio Oriente, en el Sureste Asiático y en América Central. La hoja de coca se cultiva esencialmente en Hispanoamérica. La cannabis proviene de las regiones precedentes y de Marruecos, Jamaica y Nepal, principalmente.

11 En países como Afganistán, Colombia, Nepal, Perú, Tailandia, Turquía y Venezuela constituye este mercado una de las dos principales fuentes de ingresos.

12 Resolución 38/122 de 29 de febrero de 1984.

13 Resolución 3012 (XXVII) de 18 de diciembre de 1972.

14 A la cabeza de estos países se encuentra España, considerada como el país de mayor tráfico de cannabis, coca y LSD.

15 Preámbulo del Convenio Unico sobre Estupefacientes de 1961 y del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

16 Véase, entre otros, AGUILAR, M.: «Aspectos generales del control internacional», *REP*, n.º 101, 1958, pp. 77 y ss.; ID: «El principio del control en las Organizaciones Internacionales» *Rev. de la Fac. de Derecho de Oviedo*, n.º 88, 1959-60, pp. 5 y ss.; FISCHER y VIGNES, D.: *L'inspection internationale*, Bruselas, 1976; GARZON, G.: «El control internacional. Contribución al estudio de los controles jurídicos» *REDI*, vol. XXXV, n.º 1, 1983, pp. 9 y ss.; KOPELMANAS, L.: «Le contrôle international» *R des C*, 1950-II, pp. 59 y ss.; ZANGHI, C.: *La funzione di controlo negli enti internazionali*, Milan, 1966.

17 GARZON, G.: art. cit. en *REDI*, 1983, p. 25.

18 *Informe final del Comité Central Permanente de Estupefacientes y del Organó de Fiscalización de Estupefacientes*. Doc. E/OB/23 E/DSB/25, noviembre, 1967, párr. 120.

19 Junto a estos Convenios debe señalarse, en el período entre las dos guerras mundiales, otra serie de tratados que contienen obligaciones para los Estados en materia de tráfico de drogas y que, en diversas ocasiones, hacen referencia a los órganos citados que se encargan de la fiscalización de su aplicación. Así están el Acuerdo concerniente a la fabricación, el comercio interior y el uso del opio preparado, firmado en Ginebra el 11 de febrero de 1925, y el Convenio para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas, firmado en Ginebra el 26 de junio de 1936. Este último no hace referencia expresa a la fiscalización, estando sus disposiciones encaminadas a la cooperación penal y judicial para la supresión del tráfico ilícito. Sin embargo, es tenido en cuenta por los órganos internacionales de fiscalización en la medida en que su no aplicación correcta puede convertir a un Estado en un centro de tráfico ilícito.

20 En virtud de este artículo, es propósito de las Naciones Unidas «realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social o humanitario...» y «servir de centro que armonice los esfuerzos de las Naciones para alcanzar estos propósitos comunes».

21 Protocolo de Lake Success de 11 de diciembre de 1946 modificador de los acuerdos, convenios y protocolos sobre estupefacientes concertados en La Haya el 23 de enero de 1912, en Ginebra el 11 de febrero de 1925, el 19 de febrero de 1925 y el 13 de julio de 1931, en Bangkok el 27 de noviembre de 1931 y en Ginebra el 26 de junio de 1936.

22 BETTATI, M.: «Le contrôle international du stupéfiants», *RGDIP*, 1974, n.º 1, p. 180.

23 Como señala BETTATI (*art. ult. cit.*) sus disposiciones «no tenían en cuenta la evolución económica, social, científica y técnica. En numerosos países, la mayor parte de las industrias de estupefacientes habían sido nacionalizadas y habían aparecido los estupefacientes sintéticos. En fin, los tratados antiguos no contenían disposiciones relativas a la fase «agrícola» de la producción y especialmente del cultivo de coca y de cannabis...»

24 *Conference des Nations Unies pour l'adoption d'une convention unique sur les stupéfiants*, Nueva York, 14 de enero-25 de marzo de 1961, Doc. oficiales E/CONF.34/24 y E/CONF.34/24 Add. 1 Nueva York, 1964. Sobre los trabajos preparatorios y el Convenio: BETTATI, M.: art. cit. en *RGDIP*, 1974, pp. 181-225; LINARES, A.: «Los esfuerzos internacionales para la fiscalización de estupefacientes» *AHLADI*, 1959, pp. 159 y ss.; MARTI DE VESES, C.: «El l. Público y el consumo y tráfico de drogas y estupefacientes en *Delitos contra la salud pública*, Valencia 1977, pp. 271 ss. MAY, H. L.: «La convention unique sur les stupéfiants: commentaires et possibilités» *B.S.*, vol. VII, n.º 1 1965, pp. 1 a 15; Idem: «Vingt ans de contrôle des stupéfiants sous l'égide des Nations Unies» *B.S.*, vol. XVIII, n.º 1, 1966, pp. 43-66; LANDE, A.: «La codification du droit international des stupéfiants» *AFDI*, 1956, pp. 557-571; Idem.: «The single convention on narcotic drugs 1961» *IO*, 1962, pp. 776-797.

25 De acuerdo con el art. 44-2 C.U.: «Al entrar en vigor la presente Convención, el apartado b)



del inciso 2 del art. 36 abrogará y sustituirá entre las Partes que lo sean también en la Convención para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas firmada en Ginebra el 26 de junio de 1936, las disposiciones del art. 9 de esta última Convención. Pero estas Partes podrán mantener en vigor dicho art. 9 previa notificación al Secretario General». Dicha notificación ha sido realizada por Francia, Liechtenstein y Suiza exclusivamente.

26 Su entrada en vigor, de acuerdo con lo establecido en el art. 41, se produjo el 13 de diciembre de 1964.

27 El texto y algunos comentarios al mismo figuran en *B.S.*, vol. XXIV, n.º 3, p. 1. Los comentarios y observaciones realizados por la Comisión de Estupefacientes pueden verse en *E/CONF. 63/2*, y los documentos oficiales, así como las tres resoluciones anejas al acta final en *E/CONF. 63/7*. Entre la doctrina VIGNES, C. H.: «Les modifications apportées à l'organe international de contrôle par les amendements à la convention unique sur les stupéfiants» *AFDI*, 1972, pp. 629 y ss.

28 Ver: «Protocolo relativo a las sustancias sicotrópicas: la Comisión de Estupefacientes prepara un proyecto revisado» *B.E.*, vol. XXII, n.º 3, 1970, pp. 1-8; «Convención sobre las sustancias sicotrópicas, examen de algunas modificaciones que esta Convención aporta al proyecto revisado de Protocolo» *B.E.*, vol. XXIII, n.º 3, 1971; VIGNES, C. H.: «La convention sur les substances psychotropes» *AFDI*, 1971, pp. 640-656.

29 Como hemos señalado antes, el art. 44 C.U. declara la «abrogación y sustitución» de todos los tratados anteriores entre los Estados parte del mismo. Teniendo en cuenta que en 1983 eran 115 los Estados que formaban parte del C.U., puede afirmarse que todos los anteriores han sido ya derogados.

30 Estas sustancias son: Cannabis y su resina, Cetobemidona (4-meta-hidroxiifenil-1-metil-4-propionilpiperidina), Desomorfina (dihidrodeoximorfina) y Heroína (diacetilmorfina), así como las sales de estos estupefacientes, siempre que sea posible formar esas sales.

31 Las medidas en concreto a que están sujetas las sustancias de cada una de las listas del C.U. se encuentran en su art. 2.

32 En el mismo sentido se encuentra el art. 5 C.S.S.

33 Art. 17 C.U. y art. 6 C.S.S. En este último no es una obligación, sino un «deseo», la existencia de esa administración especial.

34 Arts. 25, 26 y 28 del C.U. respectivamente.

35 Arts. 29 y 34 C.U. y arts. 7, 8 y 15 C.S.S.

36 Art. 30 C.U. y arts. 9 y 10 C.S.S.

37 Art. 31 ap. 2 a 13 C.U. y arts. 11 y 12 C.S.S.

38 Art. 32 C.U. y art. 14 C.S.S.

39 Arts. 18 y 35 ap. f) y g) C.U. y art. 16 C.S.S.

40 Ver: GARZON, G.: art. cit. en *REDI*, 1983, p. 19.

41 El Convenio Unico entró en vigor el 13 de diciembre de 1964. En virtud del art. 45 del Convenio, el ECOSOC decidió que la Junta entraría en funciones el 2 de marzo de 1968. Mientras tanto, el Comité Central Permanente y el Organo de Fiscalización de Estupefacientes asumieron y desempeñaron provisionalmente las funciones de la Junta.

42 Ver, sobre estas finalidades, los informes de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondientes a 1968 párrafo 13; 1972 párr. 9 y ss.; 1974, párr. 8; y 1975 párr. 1 y ss.

43 Art. 14-1-a Convenio Unico y art. 19-1-a Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas.

44 Art. 14-1-a Convenio Unico.

45 Art. 14-6 Convenio Unico y art. 19-6 Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas.

46 Resolución 1/9 de 16 de febrero de 1946.

47 Esta composición viene determinada por la Res. 1663 (LII) de 1972 que modifica la Res. 1147 (XLI) que había fijado el número de miembros en 24.

- 48 Ver las observaciones a este respecto de BETTATI, M.: art. cit. en *R.G.D.I.P.*, 1972, p. 184.
- 49 Art. 3 C.S.S.
- 50 Art. 3 par. 4 C.S.S.
- 51 Art. 3-8-a C.U. y art. 2-8 C.S.S. El Consejo podrá confirmar, modificar o revocar la decisión de la Comisión, y la decisión del Consejo será definitiva (art. 3-8-c C.U. y art. 2-8-c C.S.S.). Mientras se tramite la revisión seguirá vigente la decisión original de la Comisión (arts. 3-8-d C.U. y 2-8-d C.S.S.).
- 52 Art. 7 C.U.
- 53 Art. 17-2 C.S.S.
- 54 Cfr.: «Le laboratoire des stupéfiants d l'ONU», *B.S.*, vol. XIX, n.º 3, 1967, pp. 9-17.
- 55 Ver, a este respecto, el informe de la Junta Internacional de Fiscalización de estupefacientes correspondiente a 1971 (Doc. E/INCB/13), pp. 25 y ss. El Plan prevé la participación de las organizaciones siguientes: ONU, PNUD, FAO, OIT, OMS, UNESCO, PAM e Interpol, para la realización de 147 proyectos. Estos proyectos constituyen más unas directrices generales que proposiciones concretas. Evidentemente, se prevé que no se llevará a cabo ninguna acción sobre el territorio de un país sin el consentimiento y cooperación de su gobierno.
- 56 Ver, en el último período de sesiones, la Res. 38/93 de 23 de febrero de 1984 y la Res. 38/122 de 29 de febrero de 1984. En el mismo sentido, la Res. 37/198 de 10 de febrero de 1983.
- 57 Sobre este carácter, ver: Documento de la Sociedad de Naciones O.C. 669 (1927); *Informe de la Comisión de Estupefacientes* sobre su 21.º período de sesiones (E/4294) párr. 108; Consejo Económico y Social, *Documentos Oficiales*, 2.ª sesión, vol. 2, p. 108; *Comentarios a la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes* preparados por el Secretario general de las N.U., publicación de las N.U., n.º de venta F. 73. XI.I, p. 129.
- 58 *Comentarios a la Convención Unica de 1961...*, op. cit., p. 130.
- 59 El texto de esta Resolución puede consultarse en el *Informe final del Comité Central Permanente de Estupefacientes y del Organismo de Fiscalización de Estupefacientes*, E/OB/23-E/DSB/25, noviembre, 1967, anexo final.
- 60 Esta última disposición fue ratificada por el Protocolo de 1972 en su art. 8 (art. 16 modificado del Convenio de 1961).
- 61 Vol. I, p. 239.
- 62 Art. 19 C.U.
- 63 Cf. *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes* correspondiente a 1968, párr. 35.
- 64 *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes*, correspondiente a 1976, párr. 30.
- 65 Art. 14-1-a C.U. y art. 19-1-a C.S.S.
- 66 Art. 13-2 C.U.
- 67 Art. 13-3 C.U.
- 68 *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes* correspondiente a 1972, párr. 124.
- 69 Art. 14-2 C.U. y art. 19-2 C.S.S.
- 70 Informe correspondiente a 1967, párrafo 51.
- 71 E/CN.7/SR ó Min. 704 a 721, vol. II, del 20 de diciembre de 1971, p. 68.
- 72 *Ibidem*.
- 73 Ver el Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1973, párr. 141 y ss.
- 74 Cf. a este respecto las observaciones de VIGNES, C.H.: art. cit. en *AFDI*, 1971, p. 654; y BETTATI, M.: art. cit. en *RGDIP*, 1974, n.º 1, p. 192.
- 75 En el Preámbulo se indica que «Las Partes, preocupadas por la salud física y moral de la

Humanidad... Reconociendo que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la Humanidad... Considerando que para ser eficaces las medidas contra el uso indebido de estupefacientes se hace necesaria una acción concertada y universal...».

77 Así lo ha venido manifestando, años tras año, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes en sus informes anuales. A modo de ejemplo, si bien en 1981 sólo formaban parte del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas 74 Estados, fueron 120 los que suministraron los datos exigidos.

78 Lo que sí ha sido contestado por parte, principalmente, de los países del área socialista es que estas disposiciones pueden obligar a Estados que no puedan llegar a ser partes en los Convenios. Sobre la inconsistencia de esta contestación, vide: VIGNES, art. cit. en *AFDI*, 1971, p. 647.



**«MODELOS DE ORGANIZACION EN LOS CENTROS  
PENITENCIARIOS.  
LA PARTICIPACION DEL INTERNO»\***

Luis GARRIDO GUZMAN  
Profesor Titular de Derecho penal

\* Ponencia presentada a las II Jornadas Penitenciarias Andaluzas celebradas en la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera (diciembre, 1983)



## CONSIDERACIONES PREVIAS

Durante los últimos años hemos asistido en nuestro país a una oleada de incendios, motines, plantes y revueltas en los establecimientos penitenciarios, motivados por una serie de reivindicaciones que se centraron, en un primer momento, en la demanda de amnistía para todos los que, por una u otra causa, se encontraban internados en centros penitenciarios. El movimiento reivindicativo de los presos comunes adquirió proporciones y cotas dramáticas con la muerte violenta del recluso Agustín Rueda en Carabanchel, el 14 de marzo de 1978, y con el asesinato del Director General de Instituciones Penitenciarias, Jesús Haddad, el 22 del mismo mes y año. Desde aquellas fechas, y cada vez con menos frecuencia se sucedieron algunas revueltas en diversos centros carcelarios hasta llegar a una fase de *sosiego externo aparente* durante el año 1979, dadas las expectativas puestas en la reforma penitenciaria, cuyo primer eslabón estuvo representado por la promulgación de la L.O.G.P. en dicho año.

Las causas determinantes de la conflictividad penitenciaria a que me he referido anteriormente son, fundamentalmente dos. La *primera causa* es *específica* de nuestro país, originada, de un lado, por la discriminación llevada a cabo con los presos comunes al ser excluidos de las amnistías subsiguientes a la muerte de Franco, hecho que necesariamente tenía que producir unos efectos frustrantes en la población reclusa; de otro lado, por el desfase de nuestras leyes penales, a lo que había que añadir la ausencia en nuestro Ordenamiento jurídico de una Ley Penitenciaria, donde estuviesen asentados los principios informadores de la política penitenciaria. Trasfondo de esta situación era la *crisis*, latente desde hacía varios años, de todo el sistema penitenciario español, basado en una absurda *disciplina paramilitar*, que ya había sido denunciada en su tiempo por Salillas con las siguientes palabras: «La aplicación de la disciplina militar a los establecimientos penitenciarios es un desdoro militar y un engendro penitenciario». El *paternalismo* en el que se basaban, en general, las relaciones recluso - funcionario, y en definitiva, el mantenimiento del *principio de autoridad* a toda costa, constituían algunos de los ingredientes en el que se afincaba el viejo sistema penitenciario. Disciplina paramilitar, paternalismo y principio de autoridad que naufragan con el cambio político acaecido en España sin que fueran sustituidos por otros principios más acordes con la época presente. A ello hay que añadir que el sistema penitenciario venía siendo dirigido y ejecutado durante los últimos treinta años por funcionarios reclutados entre los *ex-combatientes* de la guerra civil («alféreces provisionales»), *guardias de seguridad interior* de las prisiones, procedentes del

período republicano («porristas»), cuya única misión cuando se les incorporó al Cuerpo, era mantener el orden interno, de ahí que el criterio más importante de selección fuese la talla y la envergadura de los mismos, y finalmente, «jubilados» de las Fuerzas Armadas. Estos funcionarios constituían el núcleo principal de la Administración Penitenciaria, eran los más influyentes y dominaban de forma exclusiva y excluyente el Centro Directivo y la mayoría de las direcciones de los centros penitenciarios del país. Hasta finales de los años cincuenta no comienzan a incorporarse, de forma muy lenta, funcionarios ingresados por oposición, con la exigencia de una titulación, diversa, según la escala a la que accedían. Este grupo de funcionarios fue minoritario hasta los años setenta. En consecuencia, el colectivo del funcionariado penitenciario, en general, y con excepciones honrosas, no era el idóneo para aplicar ninguna clase de técnicas criminológicas ni misiones reeducadoras. Su cometido principal había sido hasta el momento el de la mera vigilancia.

La *segunda causa* fundamental del problema penitenciario, que yo llamo *genérica*, tiene su raíz en la *crisis* por la que actualmente atraviesa la pena privativa de libertad en todo el mundo civilizado. Si bien comparto la idea de Muñoz Conde de que la crisis de la pena privativa de libertad es más bien la crisis de su ejecución. Hay que reconocer que las ideas acerca de la readaptación social no han prosperado en el marco penitenciario. La prisión es más un factor criminógeno que un medio de tratamiento del delincuente. Los motines, incendios, suicidios, autolesiones, agresiones y otros procesos análogos, constituyen hoy fenómenos habituales en progresión creciente y alarmante en el medio penitenciario de nuestros días.

No obstante, y a pesar del pesimismo que parece deducirse de las anteriores reflexiones, derivado de la preocupante realidad penitenciaria de nuestro país, es posible, a medio plazo, una salida airosa a la situación actual con una serie de reformas y medidas socialmente adecuadas al momento político español. Para ello debemos de partir de un presupuesto realista: las penas privativas de libertad, pese a la crisis en que se encuentran, son en la actualidad insustituibles para la denominada *gran criminalidad*. Las penas de prisión representan en la actualidad en el mundo el 50% de las penas impuestas, por lo que todavía constituyen la fuente esencial de la justicia penal. Estas afirmaciones no deben de interpretarse en el sentido de que no soy partidario de los *sustitutivos penales* a la pena privativa de libertad, por el contrario, estimo que, a corto plazo, la tarea de la Política Criminal ha de ser la búsqueda de otras medidas más eficaces y acordes con los tiempos presentes, que sustituyan a la pena prisional. Los destinatarios de estos sustitutivos deben ser los componentes de la lla-



mada *pequeña criminalidad*. Creo que en la época en que vivimos, dejando al margen veleidades demagógicas, hay que plantearse de forma decidida la reforma de la actual ejecución de la pena de prisión para que cumpla su finalidad de reeducación y reinserción social. Y aunque haya que reconocer una vez más que la L.O.G.P. de 1979 ha constituido para España un importante avance del moderno penitenciarismo, dada su calidad técnica y jurídica, sin embargo, hay que poner de relieve que la *reforma penal* no se llevó a cabo de forma total en nuestro país. Ni el Código penal ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal respondieron al cambio político que representaba la Constitución de 1978. Los resultados a los que condujo esa desacertada política penal se pusieron de relieve a lo largo de 1981 y 1982, años en los que los establecimientos penitenciarios españoles llegaron a albergar a 23.500 internos, de los cuales más del 50 por ciento eran reclusos en situación de prisión preventiva. La falta de agilidad procesal originó en fechas recientes, de forma generalizada en los establecimientos penitenciarios, una huelga de hambre de los internos en demanda de una reforma penal profunda y rápida. De otro lado, la escasez de funcionarios y de establecimientos carcelarios hace que el problema anterior se agudice, reproduciéndose el *proceso de caotización* en las prisiones españolas durante 1982 y primeros meses de 1983. Las noticias frecuentes de asesinatos en el interior de las prisiones, la pugna entre bandas mafiosas que operan descaradamente dentro de los recintos carcelarios, el tráfico abundante de toda clase de drogas, los abusos deshonestos de carácter homosexual y el significativo aumento del número de suicidios en el medio penitenciario, son motivos más que suficientes para la reflexión. Y de esta reflexión hay que deducir que se han estado incumpliendo de manera flagrante y sistemática en los establecimientos carcelarios los preceptos constitucionales, sobre todo el artículo 25.2, y de la Ley General Penitenciaria, artículo 1, entre otros, que disponen de manera concluyente que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados. La situación penitenciaria actual exige medidas urgentes y soluciones a los muchos problemas que se han venido acumulando a lo largo de estos dos últimos años, y sobre todo una *aplicación real* de la normativa penitenciaria, para lo que es necesario una mejor infraestructura arquitectónico - penitenciaria, una valiente ampliación de centros penitenciarios de régimen abierto y un incremento considerable de personal penitenciario especializado. Los últimos meses, no obstante, son esperanzadores: la deseada reforma del Código penal de 25 de junio de 1983 y la no menos esperada reforma de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 23 de abril de

este año, han aligerado notablemente la cifra de internos recluidos en los centros penitenciarios, disminuyendo, sobre todo, el número de presos preventivos. Las líneas de una política penitenciaria en el futuro deben además pasar necesariamente por una apertura del mundo penitenciario. Los problemas prisionales deben salir de los recintos prisionales. La actitud, muy frecuente por cierto, de considerar al mundo carcelario como algo cerrado, tenebroso y aparte es equivocada y contribuye de manera decisiva al fracaso penitenciario. Al ser el mundo penitenciario una parte de la estructura social, la sociedad en su totalidad debe conocer, compartir y buscar las soluciones a los problemas penitenciarios planteados en nuestros días.

En otro orden de cosas, como reconoce con acertadas palabras López-Rey, el mundo penitenciario es mucho más complicado, resentido y frustrado que el mundo de clínicas, hospitales y laboratorios, y no menos que el mundo libre en donde la libertad de que se disfruta compensa no poco de lo que se carece, se sufre y lucha en el mundo penitenciario. En este medio hostil, lleno de dificultades y riesgos tiene el funcionario penitenciario que ejercer la misión social que le atribuyen las modernas leyes penitenciarias. La Administración tiene el deber de procurar por todos los medios informar a la opinión pública acerca de la utilidad social, sacrificio y vocación profesional que la profesión penitenciaria lleva consigo. El funcionario penitenciario no es un vengador de la sociedad bajo cuya férula sufre el delincuente, es un agente de resocialización, imprescindible para el logro de la reincorporación de los internos a la libertad en las mejores condiciones posibles.

## **ORGANOS PENITENCIARIOS COLEGIADOS Y UNIPERSONALES**

El R.P. de 1981 dedica su Título IX, con la rúbrica «De los órganos penitenciarios colegiados y unipersonales», distribuido en dos capítulos, a regular, el I, la composición y funciones de los órganos penitenciarios colegiados, y el II, a los órganos unipersonales. Veamos, en primer lugar, los órganos colegiados:

### **1. Juntas de Régimen y Administración**

Las Juntas de Régimen y Administración constituyen un órgano colegiado *decisorio* de notoria importancia en la marcha de los establecimientos penitenciarios. Son el órgano de gobierno principal de cada centro penitenciario, dadas las competencias, que en una serie de materias fun-

damentales, tienen asignadas. Igualmente es de resaltar la labor de coordinación que deben llevar a cabo entre los diversos sectores del establecimiento, unificando, en suma, la aplicación del régimen penitenciario.

En cada centro penitenciario existirá una Junta de Régimen y Administración que tiene como misiones fundamentales: la *uniforme aplicación del régimen penitenciario*, el *buen gobierno de los establecimientos* y la *recta gestión económica* de los mismos.

*Composición:* Director, que actúa de presidente al ser el representante del poder público en el establecimiento penitenciario, de acuerdo con el artículo 276.1 del R.P., integrándose como vocales, él, o los *Subdirectores*, de entre los que actuará como Secretario el Subdirector Jefe de la Oficina de Régimen; el *Administrador*, el *Jefe de Servicios* más antiguo en el puesto, y *dos funcionarios elegidos* por la plantilla cada año (art. 262.1). Esta composición, que podemos llamar ordinaria, de la Junta de Régimen y Administración se puede excepcionalmente complementar, «cuando resulte aconsejable oír la opinión de algún otro funcionario de la plantilla en un asunto concreto sobre el que deba deliberar la Junta», en cuyo supuesto, «podrá ser convocado por el Director a la reunión correspondiente». De igual forma, «cuando se pase al estudio de los temas correspondientes al Economato del establecimiento, será llamado el funcionario encargado del mismo, que participará con voz, pero sin voto» (art. 262.2).

*Funciones:* Vienen señaladas en el artículo 262, pudiéndose agrupar en los siguientes apartados:

*Relacionadas con el régimen penitenciario:*

«a) Establecer las *normas de régimen interior* para la regulación y consecución de una convivencia ordenada que permita el cumplimiento de los fines del establecimiento respecto a cada clase de internos».

«b) Organizar la ejecución de las *prestaciones* que hacen referencia a los aspectos *médico-sanitario, religioso, cultural, de relaciones con el mundo exterior, de alimentación y equipo*, y en general de las *asistenciales y tutelares* que los internos precisen en asuntos propios o de sus familias».

«c) Adoptar las medidas que se juzguen necesarias en los casos de *alteración del orden* en el establecimiento, dando cuenta a la Inspección General».

«d) Oír las *peticiones y quejas* que formulen los internos, examinarlas y adoptar los acuerdos que se estimen convenientes».

«e) Acordar la concesión de *recompensas* a los internos, la imposi-

ción de *correcciones disciplinarias* a los que cometieren faltas reglamentarias, la invalidación de notas en sus expedientes y las propuestas de rehabilitación».

*Relacionadas con el tratamiento penitenciario:*

«f) *Fomentar y controlar las actividades laborales* de los internos, cuidando que las mismas se desarrollen de conformidad con las normas vigentes».

«g) *Determinar los puestos auxiliares* que requieren las necesidades del establecimiento y *designar* los internos que hayan de desempeñarlos, eligiéndose preferentemente para auxiliares de departamento exteriores o fuera de rastrillo, en primer lugar, a *penados clasificados en tercer grado*, en su defecto a *clasificados en segundo*, y sólo excepcionalmente a internos en situación preventiva, extremándose en estos dos últimos casos las medidas de seguridad que se estimen pertinentes».

«h) *Elevar las propuestas* que, con respecto a los *beneficios penitenciarios*, le están atribuidas».

«i) *Acordar motivadamente la aplicación* del régimen de *departamentos especiales* a los internos en quienes concurren los supuestos o requisitos del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, así como el *alta* en dicho régimen, y proponer el *traslado* del número de ellos que resulte necesario en caso de obras, motín o inhabilitación total o parcial del establecimiento».

«j) *Acordar la concesión de permisos de salida* a los internos, solicitando la autorización correspondiente al Juez de Vigilancia o al Centro Directivo, según los casos».

*Relativas a la participación de los reclusos en la vida prisional:*

«k) *Organizar, por unidades de clasificación, los procedimientos de designación* de internos que hayan de *participar* en actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo».

*Relacionadas con la recta gestión económica de los centros:*

«*Intervenir, fiscalizar* y, en su caso, aprobar la marcha de los *servicios administrativos* del establecimiento, la *contabilidad general*, la *formulación*

*de presupuestos y la rendición de cuentas».*

El artículo 263 concluye con una fórmula analógica, ya que la Junta de Régimen y Administración también decidirá, «en todos los demás asuntos no comprendidos en la enumeración anterior y que afecten al régimen del establecimiento».

*Sesiones:* Serán *ordinarias* los días 1, 10 y 20 de cada mes, y *extraordinarias*, cuantas veces lo considere necesario el Director-Presidente (art. 265).

De las funciones que tienen asignadas las Juntas de Régimen y Administración de los establecimientos penitenciarios se desprende la *fundamental importancia* que tienen estos órganos colegiados en la vida prisional, y ello a pesar de haber perdido competencias si se comparan con las que poseían en el anterior Reglamento de 1956, por haberse transferido a otros órganos penitenciarios colegiados que son los Equipos de Observación y de Tratamiento.

Precisamente en razón a la trascendencia que tienen estos órganos colegiados para la acertada gestión del centro penitenciario, expresábamos hace años (1976), que en la práctica, la autoridad del Director solía protagonizar y encauzar la mayoría, por no decir todas, las decisiones de la Junta, con lo que de hecho las competencias de la misma revertían en la persona del Director, aumentando su *autoridad*. Las Juntas de Régimen y Administración a consecuencia del *dirigismo* del Director quedaban reducidas a cumplir una misión meramente representativa. De ahí que resultase necesario y urgente *democratizar* el órgano colegiado, exigencia que en mi opinión queda acertadamente conseguida en el R.P. de 1981, al incluir, de un lado, a un Jefe de Servicios que puede servir de portavoz y representante de los servicios interiores del establecimiento, y de otro lado, al insertar a dos funcionarios elegidos democráticamente cada año por la plantilla. Es de esperar que con este importante paso dado en la composición de la Junta de Régimen no se produzcan aquellas situaciones a que antes aludíamos. Sin embargo, y desde otro punto de vista, se observa en la composición de la Junta una omisión, que a mi juicio, considero importante. Se trata de la ausencia del médico y del profesor de enseñanza general básica, piezas esenciales de la vida sanitaria y educativo-cultural, respectivamente, del establecimiento penitenciario.

Conviene precisar, por último, que dada la capacidad técnica de los componentes de los Equipos de Observación y de Tratamiento, en materia de observación, clasificación y tratamiento, los dictámenes, estudios e informes emitidos por éstos deben ser asumidos sin ninguna reserva por la

Junta de Régimen y Administración. Los Equipos de Observación y de Tratamiento son, y así deben de actuar, auténticos asesores científicos de las Juntas de Régimen y Administración en materias de su especialidad. Abundando en esta idea, tanto la L.O.G.P. don el R.P. (arts. 71 y 249, respectivamente), al elevar el tratamiento a la categoría de principio fundamental, que se dirige a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, proclama el *principio de subordinación* del régimen de los establecimientos al tratamiento penitenciario, lo que de ningún modo puede interpretarse como un abandono del orden y la disciplina en los centros penitenciarios. De ahí que ambos textos legales encomienden al Director del establecimiento, sentado aquel principio, la debida *coordinación* entre las actividades regimentales y de tratamiento.

## 2. *Organos de tratamiento*

La clasificación de los condenados a penas privativas de libertad constituye una de las finalidades más perseguidas por los modernos sistemas penitenciarios. Una adecuada clasificación de los internos es condición *sine qua non* de la individualización penal. Clasificación e individualización que no es posible conseguir sin la observación científica del interno. La observación, en definitiva, es el punto de arranque del tratamiento penitenciario.

En nuestro país podemos citar como antecedentes de la observación científico, en *primer lugar*, el *gabinete psicológico* creado en 1965 en la Prisión Provisional de hombres de Madrid, dedicado básicamente a la orientación profesional y adaptación laboral de los jóvenes con edades comprendidas entre 16 y 21 años. La dirección del centro recayó en Alarcón, funcionario del cuerpo especial y Psicólogo, a quien esencialmente se debía la creación del gabinete. Este organismo contribuyó de forma decisiva a que penetrasen en nuestro país las modernas técnicas de investigación criminológica que en toda Europa se venían practicando desde los años cincuenta. Con ello, el anquilosado sistema penitenciario español iba a comenzar un lento proceso de apertura y revitalización. El *segundo antecedente* se produce en España con motivo de la importante reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, realizada en virtud del Decreto de 25 de enero de 1968. Es el momento en el que hacen su aparición unos equipos de especialistas que tendrían como misión fundamental la observación de la personalidad de los internos, la clasificación, de acuerdo con criterios criminológicos y penitenciarios y la propuesta de destino al centro correspondiente. No obstante, la labor de estos equipos,

durante los primeros años fue muy irregular, y en general empírica, ya que al no existir los técnicos suficientes se recurrió a una composición provisional, hasta que fue creado el Cuerpo Técnico en 1970.

En la actualidad podemos decir que tanto la L.O.G.P. como el R.P. *reafirman y potencian* la observación científica en los centros penitenciarios a través de los equipos de especialistas. Ambos textos legales disponen que, «la tareas de observación, clasificación y tratamiento las realizarán los equipos cualificados de especialistas...», contando para tal misión, «con la colaboración del número de educadores necesarios, dadas las peculiaridades de los grupos de internos tratados» (arts. 69.1 de la L.O.G.P. y 247.1 del R.P.). Los equipos a que se alude, órganos colegiados penitenciarios, de acuerdo con el R.P., son los de *observación*, para los centros de preventivos, y de *tratamiento*, para los establecimientos de cumplimiento y especiales, cuyo estudio haremos diferenciadamente.

#### A) *Equipos de Observación*

a) *Composición*. Los equipos de Observación tienen su campo de actuación en los establecimientos de preventivos, estando integrados, de acuerdo con el artículo 266/1 del R.P., por un Jurista-Criminólogo y un Psicólogo, funcionarios del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias, y por un Asistente Social, pudiéndose ampliar la composición del mismo con un Psiquiatra, en aquellos centros en los que el contingente de internos lo aconseje. El Equipo de Observación contará también con el auxilio de uno o varios Educadores.

El Subdirector-Jefe del Equipo, que será preferentemente uno de los funcionarios del Cuerpo Técnico integrantes del mismo será quien lo presida, actuando bajo la supervisión y dependencia inmediata del Director del centro penitenciario, quien presidirá las sesiones del Equipo cuando asista a ellas siendo en todo caso preceptiva dicha asistencia siempre que hayan de tomarse acuerdos sobre propuestas razonadas de clasificación o libertad condicional (artículo 266/3, R.P.).

Aunque la observación científica es misión esencial de los miembros del Equipo, sin embargo, los demás funcionarios del centro penitenciario, sobre todo, los que diariamente conviven con los internos, están en condiciones de aportar cuantos datos e informes tengan de los internos observados, por ello, «el Subdirector Jefe del Equipo recabará de los funcionarios de la plantilla, y éstos aportarán cuantos conocimientos o datos obtengan sobre los internos observados». Siendo, en todo caso, preceptivos,

«los informes del médico, de los Jefes de Servicios, de los Jefes de Departamento al que esté asignado el interno, así como del profesor de Educación General Básica si el observado asiste a la Escuela, y del Maestro de Taller en que aquél trabaje o del Jefe de Dependencia en que realice alguna actividad laboral» (artículo 266/4, R.P.).

b) *Funciones.* Los Equipos de Observación realizarán las siguientes funciones, de acuerdo con el artículo 267 del R.P.:

1.<sup>a</sup>) *Clasificación.* Habida cuenta del principio de presunción de inocencia que debe presidir el régimen penitenciario de los internos preventivos (arts. 5 y 64/1 de la L.O.G.P.), la observación científica de estos internos se limitará a «recoger la mayor información posible sobre cada interno a través de datos documentales, de entrevistas con el observado, con sus familiares y otras personas que le conozcan, y mediante la observación del comportamiento», todo ello con el objeto de establecer sobre dicha base, «la separación o clasificación interior en los grupos a que hace referencia el artículo 33» (artículo 267/1.<sup>a</sup>, R.P.). El artículo 33 del R.P. establece los criterios de clasificación de los detenidos y presos, en el interior de los Establecimientos: sexo, personalidad, edad, antecedentes y estado físico y mental.

En este punto es necesario poner de relieve que el artículo 16 de la L.O.G.P. prevé la posibilidad de que los hombres y las mujeres, en supuestos excepcionales, puedan compartir el mismo establecimiento penitenciario, colocándose en una posición avanzada al admitir las modernas experiencias efectuadas en otros países de las denominadas *prisiones mixtas*. El R.P. que tendría que haber desarrollado tal disposición legal, ha hecho caso omiso de la misma, impidiendo en el artículo 33 toda posibilidad práctica de ensayar en nuestro país la prisión mixta. Su implantación, siquiera experimental, en algunos centros de cumplimiento de régimen abierto, donde las instalaciones fuesen adecuadas, hubiese sido, en mi opinión, un acierto. Nos encontramos ante uno de los supuestos en donde claramente se percibe que el R.P. ha recortado sensiblemente los efectos positivos del articulado de la L.O.G.P.

2.<sup>a</sup>) *Estudio científico de la personalidad.* Una vez recaída sentencia condenatoria se completa la información anterior con un estudio científico de la personalidad del observado, formulando, en base a dichos estudios e informaciones, «una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social, y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de Establecimiento que corresponda, que remitirán al Centro Directivo» (artículo 267/2.<sup>a</sup>, R.P.). En



general, el esquema de la personalidad criminal de Pinatel es el sistema de trabajo que siguen los Equipos de Observación españoles, siendo el jurista-criminólogo el que realiza la tarea final de síntesis sobre los resultados que cada especialista proporciona de su examen previo del interno. De esta reunión final se concluye un pronóstico acerca del comportamiento del sujeto, y se esbozan las líneas que deberá seguir el tratamiento para evitar en el futuro comportamientos antisociales.

3.<sup>a</sup>) *Informar los casos de aplicación de régimen cerrado y los permisos de salida.* En concordancia con los artículos 10 de la L.O.G.P., 34 y 43 del R.P. los Equipos de Observación informarán «los casos de aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria...». Igualmente realizarán el informe de «los permisos de salida cuya concesión pueda acordar la Junta de Régimen y Administración del Establecimiento» (artículo 267/3.<sup>a</sup>, R.P.).

4.<sup>a</sup>) *Suministrar estudios de personalidad a Jueces y Tribunales.* Estamos ante una de las más importantes novedades de la legislación penitenciaria, ya que el «atender los requerimientos de los Tribunales, Jueces y miembros del Ministerio Fiscal, en orden a los exámenes de personalidad de los acusados, previos a la sentencia», puede significar la entrada de los estudios criminológicos de personalidad en el proceso penal con toda la carga positiva que ello puede representar a fin de que el juzgador tenga un mayor conocimiento de la personalidad del inculcado, dictando una sentencia más justa. No obstante, la medida legislativa penitenciaria resulta incompleta y no puede surtir todos sus efectos hasta tanto se introduzca en el proceso penal una fase de estudio criminológico del imputado, como anunciaba la *exposición de motivos* del Proyecto de Ley General Penitenciaria, al objeto de «...facilitar el juicio de culpabilidad y la determinación de la pena por el juzgador...». Del mismo modo los Equipos de Observación realizarán, «los estudios que hayan de remitirse al Juez de Vigilancia» (artículo 267/4.<sup>a</sup>, R.P.). Dadas las facultades que el artículo 76/2 de la L.O.G.P. concede al Juez de Vigilancia en el campo de la ejecución penal los informes de los equipos técnicos penitenciarios pueden ser decisivos para que el Juez de Vigilancia pueda pronunciarse con un mayor conocimiento de la realidad penitenciaria, y por ende, de los internos reclusos en los centros penitenciarios.

5.<sup>a</sup>) En el supuesto de que en el centro de preventivos donde actúe el Equipo de Observación haya penados, bien porque de acuerdo con el artículo 23 del R.P. les queden menos de seis meses de internamiento efectivo, o por otras razones, «los Equipos de Observación realizarán las funciones propias de los Equipos de Tratamiento...» (artículo 267/5.<sup>a</sup>, R.P.).

## B) *Equipos de Tratamiento*

a) *Composición.* Los Equipos de Tratamiento ejercerán sus funciones en los centros de cumplimiento de penas y en los especiales, estando compuestos por un Jurista-Criminólogo, un Psicólogo y un Asistente Social. A estos miembros se unirá un Pedagogo en los centros de jóvenes y en los de régimen ordinario. También se adscribirán al Equipo los Educadores que sean necesarios, agrupándose los internos para recibir el tratamiento en grupos de veinte a cuarenta, según las características de los internos, en torno a un Educador (artículo 269/1, R.P.). En los centros especiales de Psicópatas y Sanatorio Psiquiátrico, se ampliará el Equipo con el número de Psiquiatras que se considere necesario. En los de Deficientes mentales se integrarán en el Equipo los Psiquiatras y Pedagogos que se juzgue necesario (artículo 269/3, R.P.).

Al igual que los Equipos de Observación, los de Tratamiento estarán presididos por el Subdirector-Jefe del Equipo, que será preferentemente uno de los funcionarios del Cuerpo Técnico integrantes del mismo, actuando bajo la supervisión y dependencia inmediata del Director del centro penitenciario, que presidirá las reuniones del Equipo cuando asista a las mismas, siendo preceptiva esta asistencia siempre que hayan de tomarse acuerdos sobre programación de cada tratamiento individual, asignación inicial, progresión o regresión de grado e iniciaciones o elevaciones de libertad condicional (artículo 269/4, R.P.).

También aquí son importantes los informes y la colaboración de todos los funcionarios del establecimiento penitenciario en la ejecución de las tareas de tratamiento, siendo en todo caso preceptivos los informes del Médico, de los Jefes de Servicios, de los Jefes del Departamento a que esté asignado el interno, así como del Profesor de Enseñanza General Básica si aquél asiste a la Escuela, y del Maestro de Taller en que aquél trabaje o del Jefe de la dependencia en que realice alguna actividad laboral (artículo 269/5/6, R.P.).

1.ª) *Estudio del Protocolo.* El Protocolo del interno, confeccionado por el Equipo de Observación, es remitido al centro de cumplimiento donde el penado es destinado para extinguir condena, debiendo ser estudiado detenidamente por los miembros del Equipo de Tratamiento, «... y, tras las entrevistas, pruebas e informaciones complementarias que juzgue

b) *Funciones.* Los Equipos de Tratamiento tendrán las funciones siguientes, de acuerdo con el artículo 270 del R.P.:

necesarias, confirmar o modificar el diagnóstico de personalidad criminal y emitir un pronóstico inicial» (art. 270/1.<sup>a</sup>).

2.<sup>a</sup>) *Decidir el programa global de tratamiento.* Una vez realizado el estudio del Protocolo, el Equipo de Tratamiento decide, «el programa global de tratamiento de cada interno, especificando los métodos o técnicas a emplear, atendiendo no sólo a las peculiaridades de su personalidad, sino también al tiempo aproximado de duración de sus condenas» (art. 270/2.<sup>a</sup>), remitiéndose a la Sección de Tratamiento del Centro Directivo, «copia de los programas individuales de tratamiento de cada interno... de los establecimientos de cumplimiento. En los establecimientos especiales se remitirá copia del estudio de personalidad inicial y del programa individual de tratamiento» (art. 271).

3.<sup>a</sup>) *Controlar la evolución del tratamiento.* Una vez iniciada la ejecución de los métodos de tratamiento y distribuidos entre los miembros del Equipo, de acuerdo con las técnicas propias de su especialidad, deberán, «controlar la evolución de los mismos con la frecuencia que cada caso requiera» (art. 270/3.<sup>a</sup>). «Los Equipos de todos los establecimientos remitirán también cada seis meses informe de la evolución del tratamiento y de lo realmente realizado del programa antedicho; cuando el período de cumplimiento de condena sea superior a seis años de prisión efectiva, el informe anterior será anual» (art. 271).

4.<sup>a</sup>) *Asignar a cada interno, grupo, subgrupo y Educador.* De acuerdo con las características de la personalidad de cada interno y del programa de tratamiento señalado se asigna al interno a un grupo, dentro de él a un subgrupo, «quedando aquél bajo el control de su Educador, que irá reuniendo el mayor número de datos posibles sobre el mismo por observación directa de su comportamiento y colaborará en la realización de los métodos correspondientes, bajo la dirección y orientación de los miembros del Equipo» (art. 270/4.<sup>a</sup>).

5.<sup>a</sup>) *Acordar la progresión o regresión de los grados de tratamiento.* Una de las funciones de los Equipos de Tratamiento que se pueden considerar más importantes es la progresión o regresión del grado de tratamiento de los penados, «así como las calificaciones de conducta global, proponiendo al Centro Directivo, en su caso, el traslado al establecimiento que corresponda». Igualmente podrá proponer, con el oportuno informe, el traslado de los penados, «sin cambio de grado por necesidades o conveniencias del tratamiento...» (art. 270/5.<sup>a</sup>).

6.<sup>a</sup>) *Informar los expedientes de libertad condicional.* La misión más trascendental que cumplen los Equipos de Tratamiento es, sin ninguna

duda, «realizar los informes necesarios para el otorgamiento de la libertad condicional...». Según afirma Middendorff, la investigación norteamericana sobre la prognosis se ha desarrollado partiendo del instituto jurídico de la libertad condicional (*parole*). La especial estructura del sistema jurídico penal norteamericano, donde desempeña un gran papel la pena indeterminada en la que se fijan tan sólo el mínimo y el máximo, incitó a esta clase de investigaciones, porque el centro de gravedad del proceso penal en conjunto radica en si un penado podría ser puesto en libertad en un determinado momento, supuesto que pudiera establecerse una prognosis de su conducta posterior.

7.<sup>a</sup>) *Informar los casos de aplicación de régimen cerrado y los permisos de salida.* Esta función de «informar los casos de aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y los permisos de salida...» (art. 270/7.<sup>a</sup>), es coincidente con la asignada a los Equipos de Observación en los centros de preventivos, estando en estrecha relación con la evolución del tratamiento.

8.<sup>a</sup>) *Proporcionar estudios de personalidad a Jueces y Tribunales.* También los Equipos de Tratamiento pueden realizar una labor de colaboración con las autoridades judiciales, «en orden a los exámenes de personalidad de los acusados, previos a la sentencia, y realizar los estudios que hayan de remitirse al Juez de Vigilancia» (art. 270/8.<sup>a</sup>).

9.<sup>a</sup>) Finalmente, el Equipo de Tratamiento actuará como Equipo de Observación, «respecto a la internos preventivos que, en departamentos independientes, pudiera haber en algún centro de cumplimiento». Y en el supuesto, que entendemos debe ser excepcional, de establecimientos penitenciarios que carezcan de Equipos de Observación y de Tratamiento, «las funciones asignadas a los mismos corresponderán a las Juntas de Régimen y Administración» (art. 272).

### 3. *Normas comunes a los Equipos de Observación y de Tratamiento*

Dispone el R.P. en el artículo 273 que los Equipos de Observación y de Tratamiento realizarán, además de las enumeradas en los apartados anteriores, las funciones siguientes:

1.<sup>a</sup>) *Facilitar ayuda moral y protección tutelar.* «Facilitar a los reclusos, por medio de los Asistentes Sociales integrantes del Equipo, la ayuda moral y tutela que precisen en asuntos propios o referentes a su familia».

2.<sup>a</sup>) *Oír las peticiones y quejas.* «Oír las peticiones y quejas que formulen los internos respecto a su clasificación y tratamiento y adoptar los

acuerdos que estimen pertinentes sobre las mismas, sin perjuicio de las funciones del Juez de Vigilancia».

3.<sup>a</sup>) *Informar los recursos.* «Informar los recursos que se presenten contra los acuerdos del Equipo, así como las instancias y solicitudes que los internos, en uso del derecho que se les reconoce en el artículo 134, dirijan a las autoridades, siendo preceptivo en estos casos el informe del Jurista-Criminólogo».

4.<sup>a</sup>) *Suspender o aplazar las sanciones disciplinarias.* «Sugerir a la Junta de Régimen y Administración la suspensión o aplazamiento de las correcciones disciplinarias que puedan perturbar el tratamiento o el estudio de la personalidad, así como la reducción de los plazos de invalidación de las faltas cuando existan fundados motivos para pensar que esta medida puede influir favorablemente en el tratamiento».

5.<sup>a</sup>) *Proporcionar información a los Jefes de Servicios sobre los exámenes de Personalidad.* «Proporcionar a los Jefes de Servicios, a través de la Dirección del Centro, cuantos resultados del examen de personalidad de los internos pueden ser orientadores o de interés para el trato de cada uno de éstos y, en general, para el mantenimiento del orden y la disciplina».

6.<sup>a</sup>) *Facilitar a los maestros del establecimiento las valoraciones de aptitudes mentales.* «Comunicar, a solicitud de los Profesores de Educación General Básica, las valoraciones de aptitudes mentales de los internos que realicen cursos en la Escuela, así como otras informaciones contenidas en el Protocolo que puedan serles útiles en la programación y ejecución de las tareas escolares».

7.<sup>a</sup>) *Realizar tareas de orientación y selección profesional.* «Si existen en el Centro Talleres o Escuelas de Formación Profesional, realizar las tareas de orientación y selección profesional, el asesoramiento pedagógico o psicológico de la formación profesional, así como intentar, mediante las técnicas adecuadas, la integración personal y colectiva de los internos en el trabajo y en la organización laboral».

8.<sup>a</sup>) *Elaborar el Protocolo del interno.* «Formar el protocolo correspondiente a cada interno, incorporando al mismo las informaciones y documentos a que se refieren los diversos apartados de este artículo».

9.<sup>a</sup>) «Decidir en todos los asuntos, no comprendidos en la enumeración anterior y en los artículos 267 y 270, que les competan reglamentariamente y afecten a la observación, clasificación y tratamiento de los internos».

Los equipos de Observación y de Tratamiento deberán celebrar «una sesión semanal ordinaria, presidida por el Director del Establecimiento», así como las extraordinarias, «que considere necesario el Director-Presidente», «además de cuantas reuniones informales de trabajo juzguen procedentes». En el transcurso de estas reuniones en las que «cada miembro del Equipo aportará los informes y propuestas de su especialidad respecto a los internos considerados en cada sesión», se tomarán los siguientes acuerdos: «de clasificación inicial, progresión y regresión de grado y los de programas individuales de tratamiento, así como los informes de evolución semestral o anual de tratamiento, los de aplicación del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y los relativos a beneficios penitenciarios y permisos de salida» (art. 274).

En cuanto al resto de normas comunes de actuación de estos órganos colegiados vienen recogidas en el artículo 275 del R.P. que sintetizamos: Los avisos de convocatoria de las sesiones *ordinarias* se consignarán con dos días de antelación y los de las *extraordinarias* se convocarán con la antelación debida, haciendo constancia en unas y otras convocatorias los asuntos a tratar, siendo la asistencia de los miembros a las sesiones obligatoria. Los vocales de los Equipos podrán hacer sus propuestas de palabra o por escrito, siendo los acuerdos tomados por mayoría absoluta de asistentes, dirimiendo los empates el voto del Presidente. De todas las sesiones se levantará la correspondiente *acta*, firmada por los asistentes, haciendo constar los acuerdos adoptados y los votos particulares emitidos. Serán de aplicación supletoria los artículos 9 a 14 de la Ley de Procedimiento Administrativo sobre actuación de órganos colegiados.

La implantación en España de los Equipos de Observación y de Tratamiento, pese a no estar definitivamente establecidos en todos los centros penitenciarios, ha supuesto un avance técnico acorde con el momento criminológico mundial, del que sólo consecuencias positivas pueden derivarse. Y aunque actualmente el fruto del trabajo de estos Equipos tenga una *limitación penitenciaria*, esperemos no tarde mucho en reconocerse su utilidad, para el momento del juicio oral, con lo que se aportarían datos tal vez trascendentes para el juzgador a la hora dictar sentencia, y naturalmente, para una genérica y eficaz política criminal y criminológica. En este sentido, debe propugnarse la colaboración, sin merma de su distinta e independiente función, con los Institutos universitarios de Criminología. Como afirma Seelig, con un examen biológico-criminal del inculcado, se consiguen la mayoría de las veces, las bases más importantes para una adecuada determinación de la pena.

### C) *La Central Penitenciaria de Observación*

Aunque el R.P. regule esta materia en el título IV, relativa al tratamiento, sin embargo, la naturaleza de este organismo, en mi opinión, es clara, se trata de un órgano colegiado penitenciario, más cualificado y con competencias más amplias y generales, pero en definitiva, un órgano colegiado más, que deservuelve su actividad en el ámbito penitenciario nacional.

El artículo 70 de la L.O.G.P., con idéntico texto que el artículo 248 del R.P., establece los objetivos y finalidad de la Central Penitenciaria de Observación en los siguientes términos:

- «1. Para el debido asesoramiento en materia de observación, clasificación y tratamiento de los internos, existirá una Central Penitenciaria de Observación, donde actuará un equipo técnico de especialistas con los fines siguientes:
  - a) Completar la labor de los Equipos de Observación y de Tratamiento en sus tareas específicas.
  - b) Resolver las dudas y consultas de carácter técnico que se formulen por el Centro Directivo.
  - c) Realizar una labor de investigación criminológica.
  - d) Participar en las tareas docentes de la Escuela de Estudios Penitenciarios.
2. Por dicha central pasarán los internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los establecimientos o de los grupos o tipos de aquéllos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del Centro Directivo».

La Central Penitenciaria de Observación había sido creada mediante una Orden del Ministerio de Justicia de 22 de septiembre de 1967, «ante la importancia de la observación como base para la separación de los internos dentro del propio establecimiento y a los fines ulteriores de su clasificación y destino al establecimiento de cumplimiento que resulte más idóneo en orden a su tratamiento, una vez que recaiga sentencia firme», para lo cual se iría proveyendo a los establecimientos de unos equipos técnicos que realizarían tal función observadora, creando «un órgano central para completar la labor en materia de observación respecto a aquellos internos en que dicha observación y clasificación entrañe dificultades para los equipos, y al propio tiempo coordine, oriente e impulse el funcionamiento de éstos».

La reforma de 25 de enero de 1968 incorporó al Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 un nuevo artículo, el 52, donde quedaban establecidas las funciones que tenía asignada la Central de Observación. Inaugurada el 8 de noviembre de 1967 dentro del complejo penitenciario de Carabanchel, está situada en una de las alas del edificio del establecimiento de preventivos de hombres de Madrid, pero con autonomía completa en sus servicios. Las instalaciones son modernas y funcionales, y su puesta en funcionamiento representó para nuestro país la adopción en el campo penitenciario de los métodos de la Clínica Criminológica ya en marcha hace años en otros centros similares europeos: Fresnes (Francia), Rebibbia (Italia) y Saint Guilles (Bélgica).

La Central Penitenciaria de Observación, órgano central asesor de la observación científica en nuestro país, está compuesta del siguiente equipo de especialistas, pertenecientes al Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias: Jurista-Criminólogo, Psicólogo, Psiquiatra, Endocrinólogo, Sociólogo y Pedagogo, contando además con la colaboración de Asistentes Sociales y Educadores, en número suficiente para desarrollar las misiones que se les encomienden.

La legislación penitenciaria actual ha ampliado considerablemente, afirmamos con García Valdés, la importante labor desarrollada por la actual Central de Observación, ya que además, el apartado 2 permite realizar en ella un tratamiento de los reclusos cuyas peculiaridades lo pueden hacer aconsejable; no finalizando, pues, su tarea científica en la adecuada observación y correcta clasificación de los que por ella pasen, sino que puede abarcar ahora el tratamiento de cualquier penado que se juzgue conveniente. También se puede reputar como una novedad en la nueva legislación penitenciaria el que además de las funciones específicas que tiene encomendadas la Central de Observación se le asigne en el artículo 65/4 de la L.O.G.P. la función de *reclasificación* cuando un interno que haya sido por segunda vez clasificado en primer grado por el Equipo correspondiente, lo solicite.

Acerca del esquema de trabajo que en ella se lleva a cabo, la propia Central publicó en 1970, después de los tres primeros años de funcionamiento, un volumen colectivo de gran interés y permanente actualidad.

Del máximo interés, subrayamos una vez más, sería la colaboración, en este caso indudablemente muy fructífera, entre la Central Penitenciaria de Observación y los Institutos universitarios de Criminología. Sus funciones son indudablemente *complementarias*. Sólo en la medida que dicha colaboración se consolide y coordine, podrá empezar una nueva etapa o, al



menos, se habrán fijado los cimientos, para una actividad *penitenciaria* y *criminológica*, cabal y completa, en España. Según tengo entendido, el Instituto universitario de Criminología de Madrid, ha dado pasos encaminados hacia esa mutua y necesaria colaboración. Es de esperar que la *evidencia*, al fin, se imponga.

Teniendo en cuenta la importancia que la observación científica ha ido adquiriendo en los últimos años y como medio de agilizar y distribuir razonablemente el trabajo de los equipos de especialistas, mi propuesta sería, siguiendo el modelo francés, mantener una Central de Observación, única para todo el Estado, creando *centros regionales* médico-psicológicos, en cada área territorial, coincidentes con el mapa autonómico español. Lo que sin duda daría mayor fluidez a los estudios de personalidad y agilizaría las propuestas de difícil o dudosa elaboración, al tiempo que asesoraría y supervisaría la labor de los Equipos del entorno territorial.

#### LA PARTICIPACION DEL RECLUSO EN LA VIDA PRISIONAL

Los estudios sociológicos realizados en el medio penitenciario han puesto de relieve la *artificialidad* de la vida prisional, que difiere grandemente del mundo exterior, consecuencia inmediata de la privación de libertad, del trabajo o del sistema de clasificación, que agrupa comunidades de hombres, mujeres o jóvenes, reunidos con arreglo a unos criterios que no aparecen de una manera tan acusada en la vida extramuros. Ante estas condiciones de vida y después de un período continuado de internamiento, el recluso se ve sometido a lo que algunos autores llaman *proceso de privación* o pérdida de sus defensas psicológicas, gracias a un castigo espiritual al que se ve permanentemente sometido. Una de las soluciones ideadas para mejorar ese ambiente prisional, frenando la privación, es la participación del recluso en la gestión de los centros penitenciarios.

Por medio de los cauces representativos el interno se va responsabilizando de forma progresiva de la marcha del establecimiento penitenciario, reduciéndose las diferencias que existen entre la vida en prisión y la vida libre, en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso. En definitiva, la participación voluntaria del interno en las actividades del establecimiento mejoran el proceso formativo del recluso haciendo que éste adquiera o conserve hábitos de iniciativa y responsabilidad, lo que sin duda facilitará su resocialización.

La participación de los internos en determinadas actividades de la vida prisional constituye una de las novedades más importantes introducidas en el Ordenamiento jurídico español por la Ley General Penitenciaria. El artículo 24 establece y estimula, en la forma que *reglamentariamente* se señale, «sistemas de participación de los internos en actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo». Esta participación se extiende al «desenvolvimiento de los servicios alimenticios y confección de racionados...» y al «control de calidad y precios de los productos vendidos en el centro». El artículo 31.2 de la Ley se refiere a la «participación de los internos en la organización y planificación del trabajo», y el 61.1 a la participación «en la planificación y ejecución de su tratamiento».

Estamos ante lo que algún sector doctrinal denomina *cogestión*, es decir, la participación de los internos en la gestión de los distintos servicios del establecimiento penitenciario. Este régimen de cogestión así establecido no debe entenderse en opinión de García Valdés, en ningún caso, como autogestión por parte de los reclusos que pretenden imponer su sólo deseo y criterio en el interior de los establecimientos, pues la responsabilidad de dirigir los mismos corresponde, con exclusividad, a los funcionarios de Instituciones Penitenciarias. Una cosa es participar en la gestión y otra muy diferente, y no autoriza legalmente, es tratar de cometer excesos injustificables suplantando la misión social atribuida al personal de prisiones.

La manera efectiva de participar los internos en determinados actividades o responsabilidades del establecimiento, según dispone la L.O.G.P., viene regulada en diversos preceptos del R.P., y esencialmente, en el capítulo XI, del título II, que lleva una expresiva rúbrica: *Participación de los internos en las actividades de los Establecimientos*. «La participación de los internos en las actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo tiene como finalidad inculcar en los mismos sentimientos de solidaridad que les hagan considerarse miembros activos de la sociedad, descartando toda idea de marginación» (art. 135, R.P.). La participación de los internos en las actividades antes señaladas se podrán llevar a cabo en los establecimientos de cumplimiento de régimen abierto, de régimen ordinario y en los de preventivos. Quedan, por tanto, excluidos *reglamentariamente* del régimen participativo los internos de los establecimientos de *régimen cerrado* y *especiales*. En relación a los establecimientos de régimen cerrado, estimo con Mapelli Caffarena, que precisamente en estos centros de cumplimiento es donde se hace más necesaria la participación de los internos por ser más intensa

la vida en comunidad. No obstante, teniendo en cuenta la propia naturaleza que a estos centros asigna el artículo 10.3 de la L.O.G.P. «... limitación de actividades en común de los internos...», debe admitirse un sistema de *participación limitada*, acorde con las características del centro penitenciario respectivo. Solución análoga adopta el art. 36 de la Ley Penitenciaria sueca de 1974 al permitir que el interno sometido a aislamiento, por razones de régimen interno, pueda tomar parte en las consultas y reuniones sobre la marcha y funcionamiento del centro, siempre que no se opongan a ello razones suficientes. Tampoco veo razones que justifiquen la ausencia total de participación de los internos en centros especiales. Estimo que la regla general debe ser la admisión de la participación de los internos en la vida de estos centros, si bien debiendo adaptarse los cauces participativos a las peculiaridades asistenciales de cada centro.

Las *normas generales* que regulan la participación están recogidas en los artículos 136 y 137 del R.P., y son las siguientes:

1. Se constituirán tres comisiones: *programación y desarrollo de las actividades educativas, culturales y religiosas, actividades recreativas y deportivas y actividades laborales*, estando compuesta cada una de ellas por tres internos, al menos.

2. Cada seis meses se llevará a cabo la elección de los internos que hayan de integrar las comisiones, pudiendo elegir y ser elegidos todos los internos del centro, excepto aquellos que tengan antecedentes disciplinarios sin cancelar.

3. La mesa que reciba los votos estará compuesta por el interno de más edad y el más joven, presidida por un Educador, en los centros de régimen abierto, o el funcionario de la unidad en los ordinarios y de preventivos, procediéndose una vez realizada la votación a la redacción de la oportuna acta y proclamación de candidatos.

4. La participación de los internos en las actividades de los establecimientos se puede dejar sin efecto por las Juntas de Régimen y Administración, bien por alteración del orden o por irregularidades en la elección.

5. Los internos que forman las comisiones elevarán las propuestas o sugerencias a los funcionarios encargados de las actividades mencionadas anteriormente, tomando parte en la programación y ejecución de las mismas, de acuerdo con las normas de régimen interior del establecimiento.

En otros lugares del R.P. también encontramos desarrollados algunos aspectos de la participación de los internos, como en el ámbito de la *promoción cultural*, organizando «cursillos monográficos en función de las

aficiones y preferencias de los internos, que participarán en la programación y selección de contenidos...» (art. 174), en el *campo laboral*, participando, entre otros, en «la organización y planificación del trabajo...», «en la confección de los escandallos que determinen las remuneraciones por los trabajos que se programen» o «formando parte del Consejo Rector y de la Dirección o Gerencia de las cooperativas que se constituyan...» (arts. 202 y 203); en los servicios de *alimentación*, participando, tanto en su desenvolvimiento como en la «confección de racionados...» (art. 223). Finalmente, los internos participarán «en la planificación y ejecución de su *tratamiento*...» (art. 239.1).

A la vista del texto legal conviene ahora hacer una serie de precisiones:

- *Participación en el ámbito laboral*

Los artículos 202 y 203 del R.P. desarrollan ampliamente, en mi opinión, la participación de los internos en la organización y planificación del trabajo, ya que ésta comprende, desde la información acerca de la situación económica y funcionamiento del sector laboral penitenciario, hasta el balance laboral demostrativo de los resultados económicos que se alcanzan en los talleres, pasando por la confección de escandallos que determinan las remuneraciones por los trabajos realizados. En el mismo sentido, la participación de los internos se concreta en la aportación de ideas, planes de trabajo, análisis de sistemas de producción, control y mantenimiento de sistemas de seguridad e higiene en el trabajo, etc. Del articulado anterior se desprenden unas cotas de participación de los internos en el sector laboral penitenciario que parecen suficientes y adecuadas.

- *Participación en el tratamiento*

En este ámbito de la participación, tanto la Ley como el R.P. (arts. 61.1 y 239.1, respectivamente), coinciden en proclamar la necesidad de fomentar la participación de los internos en la planificación y ejecución de su tratamiento, para conseguir, en definitiva, su colaboración. Principios que van acompañados de la garantía de que no tendrá consecuencias disciplinarias ni regimentales para el interno, el rechazo o la no colaboración a su propio tratamiento (art. 239.3). Pero el aspecto tal vez más interesante de toda esta cuestión es la *corresponsabilidad* del interno en la labor de tratamiento, así como el derecho a tener conocimiento de los resultados de la exploración de cada especialista, de acuerdo con el art. 239.4. A estos

principios, en mi opinión acertados, solamente añadiría, para el logro y afirmación de esa corresponsabilidad del interno en su tratamiento, a que antes aludíamos, el que previamente a la ejecución de las técnicas precisas, se discutiese con él la programación de su tratamiento.

- *Establecimientos de régimen abierto*

Teniendo en cuenta que descansan en la *plena confianza merecida del interno*, debe resultar *potenciada* su participación en la gestión de los centros, como así se desprende, no sólo de la naturaleza de estas instituciones, sino del propio R.P. que en su artículo 45.5.<sup>a</sup> en relación con el artículo 136.1.<sup>a</sup>, agiliza las normas de participación.

- *Establecimientos de jóvenes*

Caracterizados por una *acción educativa intensa*, las normas de participación en la organización de los centros penitenciarios debe de potenciarse, sobre todo *corresponsabilizando* a los internos en su propio tratamiento. Se trata, en definitiva, de que aprendan a ser responsables como presupuesto básico de su propio resocialización.

En conclusión, se puede afirmar que la participación de los reclusos en el Ordenamiento penitenciario español, se puede mejorar técnicamente, teniendo en cuenta, sobre todo, la ley de ejecución de penas alemana de 1976 y la ley Penitenciaria Sueca de 1974, debiendo distinguirse en nuestro país la L.O.G.P., que parece apropiada y suficiente, y el R.P. que al ser más restrictivo recorta algunos de los efectos de aquélla. Sin embargo, estimo que en este campo más que una reforma de los textos legales se hace necesario que en la práctica no resulten disminuidos o ignorados los cauces de participación en los centros penitenciarios. Una interpretación generosa y adecuada en cada centro puede contribuir a reforzar la participación efectiva del recluso, mejorando la convivencia e influyendo positivamente en el proceso formativo de su personalidad.

Dentro de la *libertad de actuación* del recluso, referida tanto a que pueda seguir las actuaciones que tuviese pendientes al ingresar, como a su participación en el medio penitenciario (arts. 3 (2) (3) y 24 de la L.O.G.P.), creo que puede hablarse de una *libertad* o *derecho* de asociación de los reclusos. Durante el debate parlamentario de la L.O.G.P. una enmienda del Grupo Parlamentario Comunista propuso que los internos pudieran asociarse para la defensa de sus derechos. La enmienda no prosperó porque se argumentó, estimo que fundadamente, que la defensa de los derechos

de los internos queda garantizada por el reconocimiento en la Ley del estatuto jurídico del interno, la participación de los mismos en la vida penitenciaria, un sistema de recursos y la introducción de una figura tuitiva cual es el Juez de Vigilancia.

No obstante, en las actuales circunstancias, de acuerdo con el principio inspirador que para el cumplimiento de las penas privativas de libertad proclama el artículo 4 del R.P.: «el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de ella», debería de admitirse un derecho de asociación del recluso para fines lícitos: deportivos, culturales, benéficos, laborales y otros. Los reclusos podrían asociarse para constituir *cooperativas de trabajo*, sobre todo en estos tiempos de crisis en el que los talleres penitenciarios son incapaces de proveer de actividad a los mismos. El desarrollo de este derecho no está exento de dificultades. Tampoco ignoro los riesgos que pueden derivarse del mismo. A pesar de ello, creo que la prisión moderna debe organizarse de tal manera que sin merma del principio de seguridad, los derechos del recluso, y entre ellos, el de asociación, puedan tener una significativa y precisa efectividad.

Quisiera, finalmente, terminar con una cita de Salillas: «En lo penitenciario nos queda todo por hacer y nada por decir». Que estas palabras pronunciadas por ese gran penitenciarista, hace noventa y cinco años, no sigan constituyendo una realidad en nuestros días.

#### **BIBLIOGRAFIA BASICA CONSULTADA**

ANIYAR DE CASTRO, Lolita, *El tratamiento de delinquentes en el mundo visto a través del VIII Congreso Internacional de Criminología*, en *Anuario*, tomo XXXII, 1979, p. 479 y ss.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *Cárceles españolas comunes y militares y sus sustitutivos*, en *Anuario*, tomo XXXII, 1979, p. 583 y ss.

BOIX REIG, Javier, *Aspectos de la Criminología en España*, en *Revista General de Derecho*, núms. 440-441, Valencia, mayo-junio, 1981, p. 16.

BUENO ARUS, Francisco, *El sistema penitenciario español*, en «Los sistemas penitenciarios contemporáneos», R.E.P., núms. 169-171, abril-diciembre, 1965, p. 208.

BUENO ARUS, Francisco, *Notas sobre la Ley General Penitenciaria*, en R.E.P., núms. 220-223, enero-diciembre, 1978, p. 20 y ss.

- CAMARA BOLIO, M.<sup>a</sup> Josefina, *Las cárceles en Méjico y su evolución*, en *Anuario*, tomo XXXII, 1979, p. 141 y ss.
- COBO DEL ROSAL y BACIGALUPO, *Desarrollo histórico de la Criminología en España*, en Cuadernos de Política Criminal, n.º 11, 1980, p. 38.
- COBO DEL ROSAL y BOIX REIG, *Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social*, en Comentarios a la legislación penal, tomo I, *Derecho penal y Constitución*, Madrid, 1982, p. 217 y ss.
- FERNANDEZ ALBOR, Agustín, *La reforma penal y penitenciaria: Proyectos y realidad*, en Cuadernos de Política Criminal, n.º 15, 1981, p. 459 y ss.
- FULLY, G., *La observación, la clasificación y la orientación de los condenados*, en R.E.P., n.º 182, julio-septiembre, 1968, p. 516 y ss.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Ley sobre la ejecución de la pena privativa de libertad y de las medidas de seguridad y corrección privativas de libertad. Ley de ejecución de penas*, en *Anuario*, tomo XXXI, 1978, pp. 395-445.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*, en *Anuario*, tomo XXXII, 1979, p. 645 y ss.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio, *La prisión*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975, p. 88 y ss.
- GARCIA VALDES, Carlos, *La Reforma Penitenciaria Española*, textos y materiales para su estudio, Madrid, 1981, p. 137 y ss.
- GARCIA VALDES, Carlos, *Comentarios a la legislación penitenciaria española*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1982, p. 83 y ss.
- GARCIA VALDES, Carlos, *Régimen penitenciario de España*, publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1975, p. 73 y ss.
- GARRIDO GUZMAN, Luis, *Manual de Ciencia Penitenciaria*, publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1983, p. 238 y ss.
- GOMEZ GRILLO, Elio, *Las prisiones en Latinoamérica*, en *Anuario*, tomo XXXIII, 1980, p. 689 y ss.
- INFORME DEL COMITE NACIONAL SUECO PARA LA PREVENCION DEL DELITO, n.º 5, Estocolmo, Suecia, julio 1978: *Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas*, Introducción de CEREZO MIR y traducción de DIEZ RIPOLLES, en *Anuario*, tomo XXXII, 1979, p. 179 y ss.

- LEY GENERAL PENITENCIARIA, *Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 86 y ss.
- LOPEZ-REY Y ARROJO, Manuel, *El tratamiento de los reclusos y los derechos humanos en Puerto Rico*, San Juan de Puerto Rico, 1970, p. 164 y ss.
- LOPEZ-REY Y ARROJO, Manuel, *Presupuestos de la orientación profesional penitenciaria*, Caracas, 1972, p. 18.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, p. 240 y ss.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *El régimen penitenciario abierto*, en Cuadernos de Política Criminal, n.º 7, 1979, p. 61 y ss.
- MARTIN GARCIA, Alicia, *Derecho penitenciario sueco: La Ley de 1974*, en Cuadernos de Política Criminal, n.º 14, 1981, p. 279 y ss.
- MIDDENDORFF, Wolf, *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, trad. castellana de Rodríguez Devesa, Madrid, 1970, p. 179 y ss.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Reformas penales de 1977*, en Cuadernos de Política Criminal, n.º 4, 1978, p. 118 y ss.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles*, en la Reforma penal, Madrid, 1982.
- ORDENAMIENTO PENITENCIARIO ESPAÑOL, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1981.
- PEREZ FERRER, Eduardo E., *Razón de ser y existir del Derecho penitenciario*, en Anuario, tomo XXX, 1977, p. 409 y ss.
- POLAINO NAVARRETE, *Algunas observaciones críticas sobre el Ordenamiento penitenciario español*, en Cuadernos de Política Criminal, n.º 16, 1982, p. 155 y ss.
- I JORNADAS PENITENCIARIAS ANDALUZAS, libro colectivo que recoge las ponencias presentadas en las Primeras Jornadas Penitenciarias Andaluzas organizadas por la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía en colaboración con el Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera, 12 y 13 de noviembre de 1982, Sevilla, 1983.
- RUIZ VADILLO, Enrique, *La ejecución de las penas privativas de libertad bajo la intervención judicial*, en Anuario, tomo XXXII, 1979, p. 15 y ss.
- SAINZ CANTERO, J. A., *La sustitución de la pena de privación de libertad*, en Estudios Penales II, La reforma penitenciaria, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, p. 215 y ss.



SAINZ CANTERO, J. A., *El futuro de la pena privativa de libertad: la vía de la sustitución*, en el libro colectivo editado con motivo de las *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1983, p. 77 y ss.

VIVES ANTON, T. S., *Régimen penitenciario y Derecho penal: reflexiones críticas*, en Cuadernos de Política Criminal, n.º 3, 1977, p. 246 y ss.



## **«EL JURADO ESPAÑOL: HISTORICA CENICIENTA»**

Miguel GUTIERREZ CARBONELL

Fiscal

Profesor del Departamento de Derecho Procesal

### **S U M A R I O :**

- I. Aproximación al tema y su tratamiento.
  - II. Los Juristas y el Jurado - La etapa del forzado silencio.
  - III. El Jurado pieza clave para una concepción democrática y progresista de la Justicia:
    - A) Los Principios: La fundamentación del Jurado como legitimación del Poder Judicial.
    - B) La Historia: Entre la frustración y la esperanza.
    - C) La Sociología empírica: El pueblo y la Justicia Técnica, como estamento social.
  - IV. ¿Jurado o Escabinado?: Participación popular en la Justicia.
- Notas bibliográficas.



## I. APROXIMACION AL TEMA Y SU TRATAMIENTO

El jurado es una institución compleja que puede ser analizada desde distintas perspectivas: ideológica, sociológica, histórica, jurídica (en Derecho Procesal, Penal, organización de tribunales...). Pero una visión totalizadora implica la utilización conjunta de todas las posibles ópticas.

El hilo conductor de nuestro discurso es el siguiente: primero, el jurado como una de las posibles modalidades de la participación popular en la Administración de Justicia; la más importante. Segundo: dicha participación no puede alcanzarse plenamente sin el reconocimiento del Jurado.

La complejidad, amplitud y hasta ambigüedad del tema, obliga en el espacio de un artículo, a la selección de los problemas objeto de exposición y a precisar la terminología utilizada.

En síntesis las dos ideas básicas que vamos a desarrollar son las siguientes: Un análisis de los prejuicios y mala imagen del Jurado y la concepción de esta institución como compromiso constitucional consolidador de la Democracia. No se trata, pues, de un estudio global, sino deliberadamente limitado.

Unas últimas precisiones, en aras de la claridad. En este trabajo nos ocupamos fundamentalmente del Jurado en materia penal; cuando utilizamos el término Jurado sin calificativos, nos estamos refiriendo a su acepción genérica, comprensiva también del Escabinado. Más adelante se explicará la diferencia entre ambas modalidades.

Hemos procurado tratar el tema a nivel de divulgación. Esta es tarea que no siempre practican los especialistas. El Jurado interesa a todos los ciudadanos, a todos los justiciables.

No menospreciamos, ni desconocemos, las fuentes bibliográficas del tema, pero hemos preferido limitar las citas.

En todo caso la histórica, y la reciente, polémica sobre el Jurado, la virulencia de los ataques y la pasión de la defensa, es el innegable síntoma de su vitalidad.

## II. LOS JURISTAS Y EL JURADO - LA ETAPA DEL FORZADO SILENCIO

Un tratadista ilustre calificó al Derecho Procesal Penal de Cenicienta de las ramas jurídicas. Las motivaciones eran, y siguen siendo, obvias. El proceso civil es el proceso de los ricos, y el penal el de los pobres, en términos generales.

Crudamente lo puso de manifiesto un pensador del siglo XIX, al estudiar otro problema, las dificultades de la «persecución de los derechos» (real posibilidad de plantear un pleito) y decía así: «A causa de su educación y de sus intereses, los juriconsultos de todos los países se sienten inclinados a considerarse exclusivamente como servidores de las clases pudientes.»<sup>1</sup>

Ahí está expuesta, de forma esquemática y lúcida, la causa de la postulación científica del Derecho Procesal Penal, su escasa rentabilidad.

Pero aun dentro de la pobreza caben gradaciones, existe, también, la indigencia. A lo largo de su historia el Jurado ha recibido en nuestro país el tratamiento de pariente pobre, de oscura Cenicienta.

La razón hay que buscarla en la médula del pensamiento de un clásico y olvidado defensor del Jurado en la Inglaterra de 1811: «Siendo instituidos los jurys para poner freno a los delegados del rey que son los jueces... es evidente que éstos no están dispuestos, ni preparados para hacer su defensa, ni para extender su autoridad y que los derechos de los jurys tan sólo pueden ser sostenidos por ellos mismos. Nuestros libros de jurisprudencia y todas aquellas obras en las que se trata de los poderes relativos a los jueces y a jurados pertenecen en general a los letrados, quienes por hábito, por interés, por orgullo, por preocupación sostienen exageradas pretensiones de su clase... El sistema de los jurados no pertenece a la profesión de juristas y es mucho más conveniente y más útil a un simple ciudadano discutirle.»<sup>2</sup> Salvando las naturales diferencias de tiempo, lugar y sistema jurídico, aunque tales palabras hoy puedan resultar excesivas, por la traslación histórica, la esencia del pensamiento mantiene su validez.

En general los juristas patrios han adoptado ante la institución del Jurado abiertas posturas de oposición, de menosprecio, o de displicente silencio; aunque en ocasiones el mutismo fue forzado (1936-1975).

Determinados partidos políticos utilizaron, a lo largo de su historia, diversos mecanismos para obstaculizar su implantación. En ocasiones, fue la postura de bloqueo; se reconocía programáticamente, pero no se promulgaba la ley para aplicarlo. Otras veces, se aceptaba el Jurado «como mal menor»; se instauraba pero no se le dotaba de los medios necesarios para su supervivencia, frente a un ambiente de hostilidad.

Tan desolador panorama no significa que el Jurado no tuviese defensores entre los propios juristas; incluso entre los mismos jueces y fiscales, aunque en estas carreras fueron más escasos.

Y entramos en la etapa (1939-1978) que puede calificarse de larga

noche de silencio. Pese a que la Ley del Jurado no estaba derogada, sino suspendida, los procesalistas en España salvo contadas excepciones, no se ocupan en sus trabajos doctrinales del tema; en las enseñanzas universitarias no se estudia, ni siquiera se menciona el Jurado, bien es verdad que es una institución a caballo entre el D. Penal y el D. Procesal.

Se inicia la fase de democratización del Estado. Y no puede causarnos extrañeza, como consecuencia de la situación heredada, la falta de información y desconocimiento que sobre el Jurado existe, incluso entre la masa media de juristas. La situación se agrava porque junto a la ignorancia se arrastra, como un peso larvado de épocas pretéritas, un clima de prejuicios y tópicos contra el Jurado. Se habla, en ocasiones sin precisión, de sus vicios irremediables, de sus errores; se cae, a veces, en la anécdota desautorizadora. Pero no se ha planteado con rigor, un tema previo, las quiebras de un modelo (Jurado) sólo pueden sostenerse válidamente cuando se estudian comparativamente con el otro sistema (Justicia técnica). De realizarse tal análisis los resultados no serían tan desalentadores.<sup>3</sup>

En esta etapa de conquista democrática se producen algunos hechos, por parte de entes colectivos que pueden ser el embrión, de un resurgimiento del Jurado. Hay al menos dos —que sepamos— significativos:

En enero de 1977, en un Congreso Nacional de Justicia Democrática, a la sazón clandestina, entre las conclusiones aprobadas se establece:

«7.<sup>a</sup>) El Poder Judicial será democráticamente controlado. Este control, sin perjuicio de otros medios que legalmente puedan establecerse, se ejercerán: a) Mediante la participación activa del pueblo en los juicios, bien a través del Jurado, Tribunales Escabinos u otros sistemas que permitan esa participación.»<sup>4</sup>

Se constituye una Asociación Pro-Jurado que viene realizando una plausible labor de difusión y divulgación de la institución, aunque se manifiesta contraria al Escabinado.<sup>5</sup>

Promulgada la Constitución en 1978, reconocida la soberanía popular, la justicia emanada del pueblo y la participación popular en su administración, se establece el Jurado que se desarrollará por Ley.

A partir de ahí, paulatinamente, se va abriendo un debate, a nivel doctrinal y de divulgación, sobre el Jurado (artículos en Revistas especializadas, en prensa y algunos libros monográficos).

En 1982, en un congreso Nacional de la Asociación de Fiscales, se adopta el acuerdo de potenciar la realización de estudios y trabajos en

defensa del Jurado para rodearlo del prestigio que su eficaz funcionamiento reclama, por entender que su instauración es constitucionalmente preceptiva. Según nuestras noticias la Asociación Profesional de Jueces y Magistrados también se ha manifestado en favor de la implantación del Jurado.

¿Han cambiado los tiempos o las mentalidades de nuestros juristas? Seamos moderadamente optimistas. Las reticencias, prejuicios y tópicos contra el Jurado están muy arraigados. Iniciamos una nueva etapa de resurgimiento, doctrinal y divulgador, del Jurado. Pero es necesaria una ley que ofrezca garantías de viabilidad, más el esfuerzo de crear un ambiente propicio de respeto a la institución, necesarios para su autoridad y prestigio.

### III. *EL JURADO, PIEZA CLAVE PARA UNA CONCEPCION DEMOCRATICA Y PROGRESISTA DE LA JUSTICIA*

¿Cabe un tratamiento asépticamente técnico del Jurado, o en su concepción influyen criterios ideológicos?

El interrogante no es original, ni específico. En todo el Derecho, y también en el Procesal, subyace la ideología; tanto en la fase de elaboración, como en su aplicación, al interpretarlo.

Pero una vez más la impureza del lenguaje y el sentido pluridimensional (descriptivo y prescriptivo) del léxico político nos fuerza a precisar el término ideología. Lo utilizaremos en su acepción genérica, equivalente a los «condicionamientos sociales y culturales que en un determinado contexto histórico están y operan en la norma y en el instituto (jurídico), en la ley y en el ordenamiento, como también en la interpretación y en general en la actividad de los Jueces y los Juristas». <sup>6</sup>

La relación Derecho-Ideología ha suscitado antagónicas posiciones. Desde la vertiente positiva se ha afirmado que «en el proceso se reflejan, como en un espejo, los grandes temas de la libertad y la justicia, y los fundamentales problemas de la convivencia social e internacional», porque «las concepciones filosóficas, políticas, culturales e ideológicas penetran, directamente o por vía del Derecho sustancial, en el proceso y en la reglamentación concreta, imprimiéndole ciertas direcciones, significados, desarrollos que la mera letra mal sabría revelar». <sup>6</sup> Y esta influencia se manifiesta con mayor rigor en el proceso penal ya que «los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de la política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso



penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución». <sup>7</sup>

Desde la posición opuesta, las teorías negativas sostienen que «las normas procesales tienen esencialmente un carácter técnico que impiden o al menos dificultan en extremo la introducción de las ideas políticas». <sup>8</sup>

Ideológicamente a cada modelo de sociedad le corresponde un tipo de sistema judicial. Un estado «social y democrático» —Art. 1-1 Const.— reclama la instauración del Jurado, como manifestación señera de la participación popular en la Administración de Justicia.

No resulta, pues, ocioso tratar de analizar la ideología que subyace en el Jurado, determinar qué concepciones alimentan, en líneas generales, a sus partidarios y a sus detractores. El análisis puede verificarse desde tres vertientes: la de los principios, la histórica y la sociológica-empírica.

#### A) *Los Principios: La fundamentación del Jurado como legitimación del Poder Judicial*

La legitimación es la justificación intrínseca del Poder. Por la legitimación, noción distinta de la legalidad, se transmuta el hecho del poder, en derecho justo; se transforma la obediencia en adhesión, con el ejercicio de la participación popular.

Pero la soberanía no es estática; no se expresa en uno o varios actos y queda agotada. La soberanía efectiva, no manipulada, requiere la posibilidad de ejercicio continuo.

«Una sociedad democrática avanzada» con voluntad de «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular» (Preámbulo de la Constitución del 78), exige la creación de mecanismos adecuados para que el ejercicio, extenso e intenso, de la participación popular en los tres poderes del Estado, sea una plena realidad y no mera retórica.

Los ciudadanos participan, por mandato constitucional, en el Poder legislativo, mediante la elección de sus representantes, Diputados y Senadores, por sufragio universal (Art. 68-1 Const.), incluso con la posibilidad de iniciativa legislativa popular (Art. 87-3).

También participan en el Poder Ejecutivo, aunque sea por vías indirectas, a través de sus representantes elegidos. Así, en la designación del Presidente de Gobierno, mediante la votación de investidura (Art. 99); en el control que el congreso de los Diputados (Art. 108) puede ejercer sobre el

Ejecutivo, con los mecanismos de la cuestión de confianza (Art. 112) y la moción de censura (Art. 113).

La conclusión es evidente: los mismos principios, idéntica filosofía constitucional, debe aplicarse al tercero de los Poderes del Estado, el Judicial. Porque si la Justicia emana del pueblo, ¿cómo es posible excluir a los ciudadanos de la participación en su administración?

#### B) *La Historia: Entre la frustración y la esperanza*

La historia real del Jurado en España comienza en el siglo XIX. «Nace al mundo legislativo en el marco liberal y revolucionario de las Cortes de Cádiz (1812)... Desde entonces sería ya inconcebible un régimen de libertades sin Jurado y un Jurado sin libertad». <sup>9</sup>

Un dato significativo: se regula el Jurado por vez primera en la Ley de Imprenta de 22 de octubre de 1820 que establece la libertad para «imprimir y publicar sin previa censura»; los delitos por abusos de dicha libertad y los electorales serán juzgados por el Jurado. Recordemos que estamos en la etapa del trienio constitucional (1820-23), iniciada con el pronunciamiento de Riego en favor de la Constitución de 1820 que se vio obligado a aceptar Fernando VII y en consecuencia nombró un gabinete liberal, autor de la Ley de Imprenta y su Jurado.

Surge la reacción, con la restauración absolutista, y entramos en el período conocido como «la década ominosa» (1823-33), iniciada con la invasión de los «Cien mil hijos de San Luis» para restablecer el poder absoluto de Fernando VII, que decreta como primeras medidas la abolición de toda la legislación del trienio constitucional, entre ellas la conquista liberal del Jurado.

Otro dato elocuente. No es casual que sea la Constitución de 1869 la que sancione el compromiso del Jurado con amplias competencias: «se establecerá para todos los delitos políticos y los comunes que determine la ley» (Art. 93-1). Dicho texto constitucional es fruto de la Revolución de 1868, «la Gloriosa»; Isabel II y su corte abandonan España y se inicia la llamada era de la «Unión liberal», con amplio reconocimiento de las libertades públicas. Se promulgan la ley Orgánica del Poder Judicial de 15-IX-1870 que establece el Jurado y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22-XII-1872 que lo regula para los delitos comunes más graves y para todos los políticos.

Nuevo golpe de la reacción; en diciembre de 1874 se pronuncia el general Martínez Campos en favor de la restauración de Alfonso XII. Entre

las primeras medidas que adopta el Ministerio-Regencia presidido por el presidente del partido Conservador-alfonsino, Cánovas del Castillo, están la suspensión del juicio oral y público y la del Jurado (Decreto de 3-1-1875).

La reivindicación del Jurado corrió a cargo de los partidos progresistas y liberales que lo proclamaron en sus programas políticos. La instauración del Jurado fue defendida por el partido en el poder, el Fusionista (formado por el Constitucional de Sagasta y el Centralista, liberal más moderado).

Previamente, la ley de Enjuiciamiento Criminal de 2-2-1882, liberal y avanzada, al restablecer el juicio oral y público, abona el campo a la implantación del Jurado, «para que muy pronto el ciudadano español pueda demostrar que es digno de gozar de las mismas ventajas que poseen los extranjeros» (se decía en su Exposición de Motivos).

Y tras esta pendular y dolorosa evolución, por ley de 20-IV-1888, siendo Ministro de Justicia Alonso Martínez, se aprueba la primera ley especial del Jurado, con amplia competencia de delitos. Por eso pudo decirse que «el establecimiento del Jurado ha sido en España un compromiso del Partido Liberal». <sup>10</sup>

Este era un paso importante para el desarrollo futuro de la institución, pese a los fallos técnicos de la ley y a la falta de previsión en dotación de medios económicos a los Jurados.

Pero, nuevamente, la deseable evolución fue truncada. En 1923, con el golpe de estado del general Primo de Rivera e instauración de la Dictadura, se suspende la actuación del Jurado en todo el territorio nacional.

En 1931 al proclamarse la II República, entre las primeras medidas (Decreto de 27-abril), se restablece el Jurado, alzando la suspensión de la Ley de 1888. La Constitución republicana de dicho año revalida, nuevamente, el Jurado (Art. 103). Aunque por Ley de 27 de julio 1933 se reduce el ámbito competencial del Jurado, excluyendo determinados delitos de su conocimiento.

Un decreto de 8 de septiembre de 1936, de la llamada zona Nacional, decretó «la suspensión del funcionamiento de los Jurados en todo el territorio nacional sometido a la Junta de Defensa».

En 1937, en la zona Republicana, se sustituyeron los Jurados por los denominados «Tribunales Populares», formados por Jueces de carrera y ocho Jurados designados por los Comités Provinciales de Partidos Políticos y Organizaciones Sindicales.

Y entramos en nuestra actual historia. En los debates parlamentarios a la Constitución se presentaron enmiendas a la admisión del Jurado por representantes de Alianza Popular y un independiente del Grupo Mixto; Unión de Centro Democrático propuso una fórmula alternativa, una nueva redacción del artículo sobre dicha institución, o la supresión del precepto; los restantes partidos se manifestaron en favor del Jurado, con matizaciones sobre su mayor o menor extensión. Por último aprobada la Constitución se restablece el «Jurado», en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determina» (Art. 125).

Esta es la situación actual: de prolongada espera, aunque esperanzada, ante el cumplimiento del compromiso constitucional.

La azarosa historia aún en apretada síntesis, es elocuente. Legislativamente el Jurado se ha establecido con el advenimiento de regímenes democráticos, al proclamarse las libertades públicas y ha sido suprimido o suspendido por los gobiernos dictatoriales (Primo de Rivera, Franco...), cuando fueron anuladas o menoscabadas dichas libertades. Ideológicamente el Jurado ha sido fruto de las concepciones liberales y progresistas.

### C) *La Sociología empírica: El pueblo y la Justicia Técnica, como estamento social*

Las instituciones jurídicas no deben analizarse exclusivamente desde una óptica normativa, empleando sólo procedimientos dogmáticos (Ciencia del Derecho); deben, también, evaluarse como fenómenos sociales y ser examinadas mediante procedimientos empíricos (Sociología Empírica). Esta moderna ciencia cumple una misión clarificadora, nos «pone de manifiesto los intereses reales a que responde una normatividad positiva y el determinado sistema de valores que orienta y trata de legitimar a aquélla». <sup>11</sup> Se construye, o esboza, así, una teoría crítica de la Sociedad, con vocación de su transformación.

Desde esta perspectiva resulta interesante determinar cuál es la opinión de nuestro pueblo sobre el Jurado. Utilizamos un resumen del informe sobre «actitudes de los españoles ante la administración de Justicia: <sup>12</sup>

«—Actitudes (del pueblo) ante el restablecimiento del jurado. Datos generales:

El 9 % en oposición.

El 48 % a favor.

El 35 % no contesta.

Esa aceptación del Jurado es más alta entre los más jóvenes y los votantes de partidos de izquierdas.

¿Qué prefiere: ser juzgado por Tribunal con Jurado, o por Tribunal compuesto exclusivamente por Jueces profesionales?

45 % por Tribunal con Jurado.

18 % por Jueces profesionales.

37 % no contesta.

Esta preferencia es más intensa entre Individuos ideológicamente más a la izquierda, Personas más jóvenes, Personas que han tenido contacto con el mundo de la Justicia".»

La conclusión es evidente. El pueblo se manifiesta mayoritariamente a favor del Jurado.

Desde otra vertiente resulta ilustrativo establecer cuáles son las:

—Actitudes de los Jueces de carrera ante el restablecimiento del Jurado:

Muy negativa .....	76 %
Negativa .....	8 %
Intermedia .....	3 %
Positiva .....	8 %
Muy positiva .....	5 %

Se trata de una encuesta verificada en 1972.<sup>3</sup> Tal vez la situación haya cambiado y posiblemente los porcentajes favorables al Jurado sean más altos en la actualidad. Indudablemente ha influido en tal determinación la consagración constitucional del Jurado.

Pero una radical falta de sincronización entre pueblo y Justicia técnica puede resultar peligrosa para la futura viabilidad del Jurado.

La experiencia histórica así lo acredita. «Buena parte de las dificultades que la institución del Jurado conoció se debieron no ya a su naturaleza o la de la sociedad española, sino a la sedicente actitud que respecto al mismo (y por razones distintas) mantuvieron sectores tan decisivos como el Gobierno Central, las clases medias y los miembros de las carreras judicial y fiscal. La hostilidad de la Judicatura se hizo patente desde los primeros intentos de introducción. Tradicionalmente, parece haber sido más acusada entre los Fiscales.»<sup>3</sup>

Cierto es que las actitudes de desconfianza ante la Justicia son una constante histórica, pero en los últimos tiempos se han agudizado.<sup>12</sup> La crisis en materia penal obedece a múltiples causas; una de ellas, y no la de menor importancia, es la disonancia entre las distintas concepciones de la

Justicia técnica sobre determinados tipos de delito y la valoración que sobre los mismos hechos realiza la Sociedad (el pueblo). Pensemos por vía de ejemplos, en hechos delictivos contra la libertad de expresión, los políticos, escándalo público aborto, contra la salud pública, drogas, ecológicos y urbanísticos, evasiones fiscales, estafa procesal (o sea procesos simulados para defraudar a terceros), delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, imprudencias laborales, delitos cometidos por funcionarios públicos..

La síntesis (Jueces técnicos y populares o legos) es necesaria para adquirir una conciencia global de la realidad social. Difícilmente la Justicia técnica por sí sola puede superar sus intrínsecas limitaciones. Sociológicamente, se han apuntado las causas, a veces inconscientes y hasta subconscientes, de este cerco limitador; la extracción social de la Judicatura, su ideología generalizada, la deformación profesional (callo de oficio), el aislamiento (enclaustramiento en su torre de marfil), la tendencia conservadora del Derecho... Atrapada por su propia contextura la Justicia técnica, como estamento, sin perjuicio de actitudes personales y aisladas, precisa del aire vivificante que pueda aportar el Jurado, como intérprete del pensamiento y sentimiento de la calle.

El Jurado cumple otra función importante. «El Derecho, el penal sobre todo, se fija en una inmovilidad perniciosa, si el buen sentido popular, más fuerte que la crítica de los juristas no impone la reforma legislativa». Se ha demostrado que la mayoría de las reformas en las leyes penales realizadas en Francia el pasado siglo tuvieron su origen en la resistencia opuesta por los Jurados» a las soluciones legales que parecían injustas o excesivas»<sup>13</sup>.

En conclusión, no debe menospreciarse el valor sociológico del Jurado. Solamente con su instauración, la autoridad del Tribunal, entendida como superioridad moral o prestigio, puede lograrse plenamente; con la participación popular se alcanzan cotas positivas para llegar, o aproximarse, al desideratum utópico del «paso de una Justicia autoritaria a otra consentida y refrendada por la sociedad entera»<sup>14</sup>.

#### IV *¿JURADO O ESCABINADO? PARTICIPACION POPULAR EN LA JUSTICIA*

Dos son, básicamente, las posturas frente a la participación ciudadana en la Administración de Justicia. Una negativa; juzgar es actividad técnica

que sólo pueden realizar los juristas. Otra, positiva, el pueblo debe participar en los tres poderes del Estado, luego también en el Judicial.

Los que rechazan de forma radical y genérica la Justicia no técnica olvidan o silencian que en nuestro país hemos tenido, y aún persisten, manifestaciones de dicha Justicia. Así, la cuestión más complicada del Derecho privado si los interesados lo acuerdan, puede ser resuelta por árbitros de equidad, personas legas en Derecho que fallan con arreglo a su saber y entender, sin aplicar normas jurídicas y su resolución vale como una sentencia judicial (Ley 22-XII-1953), arts. 2 y 4). Los Jueces de Paz, para cuestiones menores, pueden no ser Juristas; los Tribunales militares son Escabinos porque participan legos en Derecho; en los Tribunales Tutelares de Menores intervienen no juristas; otro tanto ocurre en determinados Tribunales no jurisdiccionales (Jurado de Expropiación Forzosa, en materia de riegos, agrícolas, etc.). En el orden laboral, hemos tenido los Tribunales Industriales, Comités Paritarios y Jurados Mixtos. Y contamos, como órgano jurisdiccional, con el histórico Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, formado por no juristas.

Desde la posición positiva, admisión de la participación, el problema estriba en la búsqueda de cauces adecuados para conseguir la mayor amplitud y efectividad. Nuestra Constitución reconoce, explícitamente, la acción popular, el Jurado y los Tribunales consuetudinarios y tradicionales (art. 125).

Un problema interesante, no estudiado suficientemente, estriba en resolver si la enumeración de los medios de participación que se mencionan en el artículo 125 de la Constitución tiene carácter cerrado, o es meramente indicativa. ¿Serían inconstitucionales leyes creadoras de Tribunales Mixtos —Escabinos— en otros órdenes jurisdiccionales, por ejemplo en materia laboral; o la designación de los Jueces de Paz por elección?

Resulta contradictorio admitir la participación en uno de los órdenes jurisdiccionales (el penal) y rechazarla en todos los restantes. ¿Acaso los excluidos no forman parte de la Administración de Justicia o es que son de distinta naturaleza, de una Justicia ya no emanada del pueblo?

El artículo 125 es desarrollo de otros principios generales (de la soberanía popular emanan los Poderes del Estado —art. 1-2— y la Justicia emana del pueblo —art. 117— Const.) y no puede ser interpretado en abierta contradicción con la esencia de sus principios inspiradores.

De todos los mecanismos participativos el más importante y decisivo es el Jurado; sin él no hay auténtica participación.

Pero, dada la aludida complejidad del tema, el término Jurado, en su acepción amplia, ha sido objeto de diversas clasificaciones. Ahora, nos interesa destacar la distinción entre Jurado y Escabinado.

En líneas generales la diferencia entre ambas modalidades consiste en la separación entre hechos y derechos. En el Jurado —acepción estricta— los Jueces no técnicos entienden y resuelven solamente sobre los hechos, contestando a las preguntas del veredicto que le formula el Presidente del Tribunal, después de practicadas las pruebas en el juicio oral; si el veredicto es de culpabilidad la sección o Tribunal de Derecho, dictará sentencia, aplicando el derecho e imponiendo la pena. Mientras que en el sistema de Escabinado, ambos tipos de Jueces, los de carrera y los legos o Jurados, conocen y fallan el proceso; deliberan y votan, conjuntamente, sobre todas las cuestiones (autoría, circunstancias, aplicación del derecho y determinación de la pena), informando, en su caso, los Técnicos a los Jurados sobre los aspectos jurídicos del tema.

Indudablemente el gran peligro del Escabinado estriba en que los jurados sean absorbidos o anulados por los Jueces Técnicos, dada su mayor preparación y experiencia jurídicas, lo que equivaldría a desvirtuar la participación popular.

Recientemente se ha planteado una viva e interesante polémica, en nuestro país, entre partidarios del Jurado y del Escabinado (5, 14, 15). La solución del problema comporta el estudio previo de dos cuestiones; primera, si la Constitución permite el sistema de Escabinado y segundo ventajas e inconvenientes de ambas modalidades. No vamos a desarrollarlos aquí, por razón de espacio. Nos limitaremos a indicar que en nuestra opinión la Constitución posibilita la admisión del Escabinado, (... «en la forma que la ley determine...» art. 125).

El derecho Comparado nos muestra la aplicación de ambos modelos. Mientras en el Derecho anglosajón (Inglaterra y EE.UU.) se sigue el Jurado estricto (Jueces de hecho), en el área continental europea se decantan por el Escabinado (Francia, Italia, Alemania R.F....), salvo excepciones (Suecia, Bélgica...). La evolución histórica de los países con Escabinado nos demuestra, en líneas generales, que a éste se ha llegado pasando por la experiencia del Jurado puro.

Pero no queremos soslayar el problema; es un tema vital que exige una toma de posición. Sin embargo para nosotros el meollo de la cuestión está en otro punto: el principio de participación popular.

Entre un Jurado (de Hechos) y un Escabinado, efectivo, no decorativo, las diferencias en el orden práctico son irrelevantes.



Lo que importa, partiendo del principio consagrado constitucionalmente, es hallar la fórmula que conceda el mayor margen posible de participación popular, ofrezca las mayores ventajas técnicas y plantee las menores resistencias en su aplicación. No es oportunismo, sino la utilización de criterios de política legislativa realista; tampoco se trata de un mero lavado de fachada, de un aseo terminológico, frustrador de la participación ciudadana.

Hay en Europa dos tipos de Escabinado; el reforzado, en el cual el número de Jueces no técnicos supera al de los técnicos (Francia y Portugal: 3 técnicos/8; Italia: 2/6 y el inverso, que podríamos calificar de debilitado (Alemania R.F.: 3 técnicos/2). El modelo propugnado sería el reforzado, el número de Jueces no técnicos dobla al de los profesionales, con lo que el peligro de su neutralización queda eliminado.

Las actuales características de nuestra sociedad, en relación con la del siglo XIX, tampoco nos imponen la experiencia previa del Jurado, desgraciadamente truncada por los avatares de la Historia.

Pero en cualquier caso ha de procurarse que el Jurado sea una representación pantográfica, una fotografía a escala reducida, de la sociedad. Existen fórmulas viables para conseguirlo; con tal fin las listas del censo de jurados deberán confeccionarse por grupos representativos de la estructura social de la población (atendiendo a la edad, sexo, actividad laboral, o criterios idóneos al efecto), verificándose la designación de los jurados por insaculación dentro de cada uno de los grupos establecidos. Medidas complementarias deben ser la escrupulosidad en la formación y control de las listas para el censo de jurados. Y el establecimiento de un sistema adecuado, con abono anticipado, para el resarcimiento económico de los jurados designados.

En resumen, el Escabinado reforzado, en el que está potenciada la intervención de los Jueces no técnicos, puede ser una fórmula válida para el cumplimiento del compromiso constitucional, siempre que los jurados no resulten neutralizados, convirtiéndose en figuras decorativas, no en meros instrumentos justificadores de una reforma que no sería la prometida, ni deseada.

La participación popular es un tema que debe interesar y preocupar a todos; debemos empeñarnos en vencer los prejuicios históricos contra la misma. Esta es la común tarea que también corresponde a la Justicia Técnica, porque si servir al pueblo es su deber constitucional, servirle fielmente debe ser su promesa y esfuerzo.

(ENERO-1983)

## NOTAS :

- 1 El Derecho Civil y los pobres, A. Menger, 1898.
- 2 De las facultades y obligaciones de los Jurados, R. Phillips, 1821.
- 3 El Juez español, J. J. Toharia, 1975.
- 4 Los jueces contra la dictadura, Justicia Democrática, 1978.
- 5 La Justicia penal por Jurados, G. López-Muñoz, 1980.
- 6 Proceso, ideología y sociedad, M. Cappelletti, 1974.
- 7 Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, J. Goldschmidt, 1934.
- 8 Liberalización y socialización del proceso civil, M. Serra, 1972.
- 9 La Justicia popular en España, J. A. Alejandre, 1981.
- 10 La ley del Jurado comentada, F. A. Pacheco (prólogo de Alonso Martínez), 1888.
- 11 Sociología y Filosofía del Derecho, E. Díaz, 1981.
- 12 Memorias del C.G.P.J. 1981 y 1982.
- 13 Manual del Derecho procesal penal, R. de Pina, 1934 (cita de Roux).
- 14 Fundamentos de D. Procesal y «El artículo 125 de la Constitución, los Tribunales de Jurados y de Escabinos», V. Gimeno, 1981.
- 15 La figura del Juez, 1950; y «Los Tribunales de Jurados en la Constitución española» de 1978, V. Fairén.

# **LA VENTA JUDICIAL COMO SUPUESTO ESPECIFICO DE SUCESION DE EMPRESA**

Francisco LOPEZ-TARRUELLA



## 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El cambio de titularidad de la empresa, que da lugar, a tenor de lo establecido en el art. 44 LET., a la llamada «sucesión de empresa», puede producirse a partir o por medio de cualquier modo de transmisión de los bienes<sup>1</sup>. Uno de ellos es precisamente la venta judicial, a través de la cual puede producirse el traspaso en la propiedad de ese conjunto de elementos patrimoniales, adscritos a la función productiva, que conforman y sirven de sustrato a lo que es una empresa, o bien un centro de trabajo o, como dice la ley, una unidad productiva autónoma de la misma. De aquí que el art. 51.12 LET prevea el supuesto de la venta judicial de los bienes de la empresa, sea venta total o parcial, no como una causa de extinción contractual, sino como un caso de sucesión en la empresa, con la consiguiente cesión de contratos de trabajo.

Como es sabido, dicha venta se lleva a cabo en el marco de una subasta judicial que supone la culminación de un proceso ejecutivo. Procedimiento que comienza con el embargo de bienes del empresario deudor (digamos bienes de la empresa), pasa por el trámite de avalúo de los mismos (previo a la subasta) y finaliza bien con el pago en dinero al acreedor (cuando realmente se ha realizado la venta en pública licitación), bien con **la adjudicación al acreedor de los bienes embargados del deudor, en el caso de que no se haya producido la venta inicialmente prevista**<sup>2</sup>.

## 2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

Ciñéndose estrictamente al supuesto de la venta judicial, lo cierto es que ésta no difiere sustancialmente de cualquier otra venta, de la venta común<sup>3</sup>. En ambos casos se produce el cambio de titularidad, que es la base para que se origine la subrogación empresarial prevista en el art. 44 LET. Sin embargo, no debe sorprender que en la LET se haga una referencia concreta a tal supuesto —el único al que se dedica una mención específica—, ya que la tendencia seguida por la jurisprudencia ha sido siempre la de no admitir (o la de admitir muy restrictivamente) que la venta judicial dé lugar a la sucesión de empresa —o en la empresa— por ministerio de la ley. En efecto, si se analiza la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre este tema, se comprobará que el artículo 51.12 LET no sólo supone la confirmación normativa expresa de que mediante la venta judicial se produce la «sucesión de empresa», sino que, además, implica una ampliación en la práctica de los casos en que la adquisición de bienes en subasta judicial da lugar a la subrogación empresarial, toda vez que el precepto

citado prevé expresamente la posibilidad y necesidad de sucesión empresarial aun en la venta parcial de bienes y, en cualquier caso, sin que deba haberse continuado de hecho o voluntariamente con la actividad de la empresa a la que pertenecían los bienes adquiridos (tal como venía exigiendo la jurisprudencia). Veamos.

Tras una primera posición jurisprudencial sosteniendo la imposibilidad de configurar la enajenación forzosa de los bienes de la empresa como un supuesto de transmisión de la misma a efectos de la aplicación del art. 79 LCT<sup>4</sup>, los tribunales se inclinaron a realizar una interpretación extensiva de los supuestos citados ad exemplum («traspaso, cesión, o venta de industria») en el mencionado art. 79 LCT<sup>5</sup>. La LRL, receptora de esta línea jurisprudencial, clarificó la cuestión a nivel normativo al sustituir las expresiones «cesión, traspaso o venta» por la genérica de «cambio de titularidad de la empresa» (art. 18.2). Y, resultando ya entonces ocioso plantear el tema de si para configurar una sucesión de empresa se requería o no un acto voluntario de transmisión, más lo resulta todavía tras la promulgación del Estatuto de los Trabajadores. Su art. 44 repite la fórmula amplia del art. 18.2 LRL pero, además, de modo expreso, como se ha dicho, el art. 51.12 LET considera la venta judicial como un posible supuesto de sucesión de empresa —total o parcial, según el objeto de la venta—. «En el supuesto de venta judicial», reza el precepto citado, «se estará a lo dispuesto en el art. 44 de esta ley». Con lo que, dado que los contratos de trabajo continúan con el adjudicatario, «si el nuevo empresario decide con continuar o suspender la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto»<sup>6</sup>.

Sin embargo el art. 51.12 LET ha venido a suponer, como se ha dicho, algo más que una mera clarificación. Ha supuesto la quiebra de la permanente tendencia jurisprudencial a contemplar muy restrictivamente la venta judicial como supuesto generador de la sucesión empresarial y de la consiguiente subrogación en las obligaciones laborales. Respecto a esa tendencia, por un lado, algunas sentencias entendieron que, aparte de no existir el llamado «tracto directo» del anterior empresario con el adquirente —lo que inicialmente dio lugar a la no aplicación del art. 79 LCT— en la venta judicial no existía transmisión de empresa porque normalmente no se adquiriría el conjunto de los bienes imprescindible para poder calificar la transmisión como tal, esto es, de «empresa»<sup>7</sup>. Por otro lado, aunque la adjudicación versase sobre todos los bienes de la empresa, la jurisprudencia utilizó la distinción empresa-actividad y empresa-patrimonio, que sirvió para entender la subasta judicial como modo de transmisión del patrimonio sin la actividad<sup>8</sup>. De esta forma se interpretaba, aunque no sin ciertos

titubeos y contradicciones (que han sido la tónica del juzgador en esta cuestión), que el rematante en la subasta no sucedía en la empresa, puesto que no transmitía realmente el negocio sino sólo los bienes que le servían de soporte. A la vista de todos estos inconvenientes para aplicar el art. 79 LCT a la venta judicial, la interpretación restrictiva mencionada se plasmó en la exigencia, en orden a apreciar la sucesión en la empresa, de que el adquirente en subasta judicial continuase de hecho con la actividad de la empresa, lo que ciertamente suponía que la sucesión no se producía por ministerio de la ley, sino a partir de la libre aceptación de continuar la actividad por parte del comprador. (En realidad la continuidad empresarial servía al juzgador de fundamento jurídico de la subsistencia de los contratos). En general, la doctrina también rechazó esta posición jurisprudencial<sup>9</sup>, pero hubo —y hay todavía—, quien, basándose en el principio de libertad de empresa, defendió tal postura<sup>10</sup>.

Tras la promulgación de la LRL, los tribunales han seguido exigiendo la continuidad en la actividad como requisito para apreciar la sucesión empresarial. Valga citar, por todas las sentencias del TCT de 6 de octubre de 1976 (A/4287), de 15 de abril de 1980 y de 23 de septiembre de 1981 (A/5354), en las que expresamente se dice que hay sucesión «...siempre que persista el negocio». La misma exigencia podría deducirse, aunque sólo en conexión con aquéllas, de las sentencias del TCT de 25 de septiembre de 1980 (A/4593) y 15 de abril de 1980 (A/2124), tanto en cuanto el Tribunal, al negar la calificación de sucesión de empresa, añade para mayor abundamiento: «...y sin que la adjudicataria haya continuado aquella explotación ni mantenido relación alguna con el actor».

### **3. VIRTUALIDAD DE LA PREVISION CONCRETA DEL ART. 51.12 LET**

A la vista de la tendencia jurisprudencial descrita, que desembocó de hecho en la libertad del adquirente para suceder o no en la empresa ejecutada (permítaseme esta personificación), no ha de sorprender que el legislador del ET se haya preocupado de precisar en el art. 51.12 no ya que la venta judicial de los bienes de la empresa, total o parcial, implique la sucesión en la empresa, sino fundamentalmente que se produce sin requerir la libre aceptación del adquirente (demostrada al continuar con la actividad de la empresa). Como ha admitido sin ninguna duda la doctrina más reciente que se ha ocupado del tema, los profesores CAMPS y DIEGUEZ<sup>11</sup> el precepto citado impone la sucesión automática en la empresa. Ello se desprende del tenor literal de la norma: «En cualquier caso, si el nuevo empresario decide no continuar o suspender la actividad del ante-

rior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto» (art. 51.12, párrafo 2.º).

Existen, no obstante, sentencias últimas en las que no aparece claro si el requisito mencionado es todavía realmente exigido o no. En la STCT de 7 de junio de 1983 (A5250), aún se dice que «... no es posible hablar de la existencia de los presupuestos extraídos del estudio del art. 44 del ET para hablar de sucesión de empresa, porque ni hay «cambio de empresa», y por supuesto el requerido «tracto directo» o continuidad empresarial...». Asimismo, en las sentencias del TCT de 2 de diciembre de 1983 (A/10.440) y 27 de junio de 1983, A/6.111 (esta última no referida a venta judicial) se afirma que «... a los fines laborales lo sobresaliente es la continuidad empresarial o no solución de continuidad en la actividad de la empresa, y que no exista duda de que se ha producido ese cambio en la titularidad de la empresa». Ciertamente, no queda claro si el TCT en estas sentencias está señalando un requisito —dejándose llevar por la inercia de los antecedentes—. Lo más probable (en éstas como en muchas otras sentencias anteriores al ET), es que simplemente se haya limitado a subrayar el hecho de que la continuidad en la actividad empresarial es el signo más evidente para calificar un cambio de titularidad como supuesto de sucesión en la empresa. En cualquier caso, no es discutible hoy en día que tal consecuencia jurídica se produce por ministerio de la ley al adquirirse los bienes en venta judicial.

Sin embargo, sí puede haber discusión en relación con lo acertado o no de la medida legal adoptada, e incluso con su constitucionalidad. Por lo que se refiere a lo acertado de la disposición normativa, el profesor DIEGUEZ rechaza la solución legal y aboga por la que venía aplicando la jurisprudencia comentada. Argumenta dicho autor que el interés del acreedor por ver satisfecho su crédito debe primar sobre cualquier otro, y en la medida en que la obligada sucesión empresarial puede frustrar o dificultar aquella satisfacción (dada la resistencia de los posibles compradores a licitar en esas condiciones) es rechazable la opción legal (que traduce una determinada posición política a favor de la estabilidad en el empleo frente a una exigencia concreta de justicia)<sup>12</sup>. Sin desdeñar el peso o importancia de esta argumentación, cabe plantearse, por un lado, hasta qué punto la posible subrogación empresarial supondrá una «desertización» generalizada de las subastas judiciales, y, por otro lado, cuál es la razón por la que, desde la óptica de la política jurídica, deba primarse el interés de los eventuales acreedores por cobrar sus créditos frente al de los trabajadores por seguir trabajando en una empresa o, en relación con unos bienes, continuar la actividad (en otro caso, esto es, si la actividad no puede



continuar con los bienes adquiridos, no se estará ante un supuesto subsumible en el art. 51.12 ó 44.1 LET).

En cuanto a la adecuación constitucional del precepto estudiado, hace años, el profesor MARTIN VALVERDE se manifestó en el sentido de que «los principios de libertad de trabajo y de libertad económica» exigían que la continuación en la actividad de la empresa «... ha de ser un acto voluntario, expresa o tácitamente manifestado». Esta misma posición —y con el mismo fundamento— es defendida en la actualidad por el profesor Diéguez, que encuentra en el art. 38 de la Constitución (cuando se refiere a la «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado») la base sustentadora necesaria y suficiente <sup>13</sup>. De estas afirmaciones cabría deducir la inconstitucionalidad del art. 51.12 LET. Sin embargo, en mi opinión, esa deducción sería exagerada, puesto que, en realidad, el único que está privado de libertad en la transmisión de bienes por medio de la subasta judicial es el empresario deudor cuyos bienes son objeto de ejecución. El adquirente de dichos bienes, y, por tanto, eventual «sucesor», en ningún momento es compelido a rematar la subasta, por lo que difícilmente puede considerarse que se le obliga a ser empresario. Contestando con el tenor literal de una sentencia del TCT, la de 5 de mayo de 1983 (A/3949) (aunque no se refiere a venta judicial) podría argüirse que: «Cierto es que la Constitución proclama el principio de libertad de empresa en su art. 38 y cierto también que nadie puede ser obligado a continuar una empresa contra su voluntad, pero ello es perfectamente compatible con la licitud de supuestos como el debatido, donde los compradores de la empresa eran libres para adquirirla o no, pero una vez que la adquirieron quedaron subrogados ex lege...» <sup>14</sup>.

#### 4. *¿CUANDO ES POSIBLE LA CONTINUIDAD EN LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA?*

Retomando una afirmación que acabo de realizar, si los bienes adquiridos en la subasta no permiten continuar la actividad empresarial, jurídicamente no podrá derivarse la sucesión empresarial del mero cambio de la titularidad de los mismos <sup>15</sup>. Esta opinión viene avalada por la dicción literal del art. 51.12 LET, de la que en sentido contrario puede deducirse que no se estará a lo dispuesto en el art. 44 si, en el caso de la venta parcial, los bienes no permiten continuar la actividad. De aquí que el término «en cualquier caso», utilizado en el párrafo 2.º de dicho artículo (y que ciertamente es exagerado tomado en su tenor literal), no debe interpretarse en el sentido de que hay que recurrir al expediente de regulación de empleo

—para no continuar la actividad— aun en el supuesto de haber adquirido un bien sin importancia (es decir, «en cualquier caso»), sino más bien debe entenderse en el sentido de que el expediente es necesario tanto en el caso de la venta de la «totalidad de la empresa» como en el de la venta parcial de los bienes, pero sólo cuando éstos permitan la continuidad.

Después de todo lo expuesto, cabe plantearse, como cuestión crucial, cuándo es posible afirmar, y en función de qué datos, si los bienes adquiridos permiten o no la continuidad de la actividad en la empresa. Pues bien, hay algo que cabe deducir sin ninguna duda de la simple lectura del precepto: la venta judicial de la «totalidad de la empresa» (parece que por tal hay que entender todos los bienes de la empresa) <sup>16</sup> lleva aparejada implícitamente la posibilidad de continuación de la actividad. Parece, sin embargo, que el legislador no ofrece ningún dato para decidir tal cuestión en relación con la venta parcial. ¿Cuándo, entonces, la adquisición de una parte de los bienes de la empresa permite continuar, «también parcialmente», la actividad de la empresa? <sup>17</sup>

## 5. LA VENTA PARCIAL DE LOS BIENES DE LA EMPRESA

A mi juicio la respuesta a esta pregunta se encuentra en el art. 44 LET. En dicho precepto implícitamente se presume *iuris et de iure* que «el cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma» —precisamente en estos entes— lleva aparejada la posibilidad de la continuación en la actividad de la empresa <sup>18</sup>. Pues bien, si la venta judicial representa un supuesto concreto a subsumir en las previsiones del art. 44, la venta parcial que permita continuar, «también parcialmente», la actividad de la empresa será aquella que tenga por objeto un conjunto de bienes que conformen el sustrato material bien «de un centro de trabajo», o bien de una «unidad productiva autónoma» de la empresa <sup>19</sup>.

## 6. CONCEPTO DE «CENTRO DE TRABAJO» Y «UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA»

En función de todo lo antedicho la cuestión se traslada a delimitar o definir lo que sea un centro de trabajo y una unidad productiva autónoma de trabajo. En cuanto al concepto de «centro de trabajo», dada su ambigüedad y necesaria abstracción para abarcar a todos los casos concretos

posibles, siempre ha resultado muy difícil establecerlo, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia. Ahora, el ET ofrece en su art. 1.5 una definición («... unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta como tal, ante la autoridad laboral») que mantiene la oscuridad tradicional para delimitar este concepto. Sin embargo, después de analizar la última doctrina científica y jurisprudencial al respecto <sup>20</sup>, lo que resulta más difícil es diferenciar dicho concepto del de «unidad productiva autónoma» de una empresa (al que se refiere el art. 44.1 ET, sin, por cierto, ofrecer ningún tipo de definición). En cualquier caso, conviene examinar previamente el concepto de centro de trabajo para establecer, después, las diferencias antes aludidas, si es que las hay.

Dejando sentado de entrada que el requisito legal de dar de alta al centro de trabajo tiene efectos nuevamente declarativos, esto es, posee un carácter exclusivamente formal <sup>21</sup>, a mi modo de ver, como han señalado SALA y RAMIREZ <sup>22</sup>, el dato predominante y decisivo para determinar lo que es un centro de trabajo no radica en el término legal «unidad productiva» <sup>23</sup>, sino más bien se centra en el requisito legal de la «organización específica». Es decir, con palabras de la sentencia del TCT de 12 noviembre 1980 (A/5754), el centro de trabajo es una «unidad técnica de producción» no necesariamente coincidente con un lugar de trabajo, que, además, tal como expresa la sentencia del TCT de 7 octubre 1980 (A/4833) debe tener «entidad propia para constituir una industria independiente».

En este último sentido, la doctrina científica citada entiende que «organización específica» expresa la idea de «autonomía». En efecto, como dicen SALA y RAMIREZ, lo más significativo de la definición legal está en el adjetivo «específica», siendo precisamente la especificidad lo que concede relevancia jurídica (en cuanto equivalente a autonomía) a la definición normativa, frente a lo que es un concepto puramente socio-económico (organización).

Hay que reconocer que lo apuntado no ayuda demasiado a constatar si existe o no centro de trabajo en cada caso concreto. Pero la realidad es así, y, como advierten los autores citados, no hay más remedio que acudir, en cada caso, al sistema de indicios que ésta ofrece, por muy inseguro que éste sea. En esta línea, uno de los elementos de juicio que servirá de mucha ayuda será el dato geográfico y territorial. Pues, téngase en cuenta, por un lado, que —aunque no necesariamente— centro y lugar de trabajo suelen coincidir, y, por otro lado, que la condición de centro de trabajo viene legalmente impuesta por el hecho de la dispersión geográfica (art. 40 ET). Otros dos indicios fundamentales, señalados también por la doctrina

citada, al margen de otros de menor transcendencia (horarios distintos, libros de matrícula y visita propios, etc...), son los siguientes: en primer lugar, el elemento funcional, tanto en cuanto puede servir de soporte a una actividad diferenciada y autónoma (más o menos completa según la organización vertical u horizontal de la producción en la empresa), y, en segundo lugar, el elemento organizativo, es decir la presencia de una autonomía organizativa con ejercicio del poder de dirección, aunque lógicamente enmarcada en la organización global de la empresa.

En lo referente al concepto de «unidad productiva autónoma», no definido en la ley, ya ha señalado el profesor CAMPS en su brillante ponencia las alternativas interpretativas que caben al respecto. Mi opinión coincide con la suya al entender que el legislador está haciendo referencia a una unidad organizativa cuya base tiene un carácter funcional y no espacial o geográfico. Ahora bien, si se tiene en cuenta que, como se ha dicho, el centro de trabajo tampoco tiene una base territorial o espacial, lo cierto es que la diferenciación entre ambos elementos conformadores de la empresa es muy difícil. Tarea en la que, obviamente, no puede entrarse en este momento.

En cualquier caso, lo importante es señalar, por un lado, que la jurisprudencia viene admitiendo tanto los fraccionamientos geográficos como las divisiones funcionales de la empresa y, por otro lado, que siempre que lo transmitido sea el sustrato material de una unidad organizada y con autonomía en el marco general de la empresa, llámese como se llame, se estará ante un supuesto de sucesión empresarial. Toda vez que por definición será posible la continuidad de la actividad de la empresa. Indudablemente, como reza el art. 51.12 LET, si la venta judicial es de parte de los bienes de la empresa, por hipótesis la actividad podrá continuar sólo parcialmente, bien en cantidad (haciendo lo mismo, pero en menor medida), o bien en calidad (produciendo parte del conjunto de bienes o servicios ofertados con anterioridad), todo depende de la organización vertical u horizontal, respectivamente, de la producción que tenía la empresa.

## NOTAS

1 La doctrina jurisprudencial y la científica se han ocupado de distinguir los diversos modos cómo puede producirse el cambio de titularidad. Es clásico ya en la jurisprudencia sobre este tema hacer referencia a las distintas formas en que puede llevarse a cabo tal cambio. Empezando por distinciones según el origen de los cambios, por actos «inter-vivos» o «mortis causa» (STCT de 6 de abril de 1983 A/2783, y 7 de diciembre de 1983, A/10440, entre otras), se diferencian, en el primer caso, una extensa gama de mecanismos productores del cambio, distinguiendo dos géneros: cambios transparentes («ya sea por cualquier tipo de convención —cesión, permuta, venta, etc.— o por circunstancias impuestas —venta judicial, subasta de

bienes, caducidad de servicios, etc.—) y cambios «ocurridos por simples factores o circunstancias «de facto» —mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social y plantilla total o parcial— que son considerados cambios no transparentes (Cfr. SSTCT de 2 de diciembre de 1983, A/10440, 6 de abril de 1983, A/2783, 27 de junio de 1983, A/6111, 7 de junio de 1983, A/5250, entre otras muchas).

DIEGUEZ CUERVO ofrece una amplia y pormenorizada clasificación de los diversos medios a través de los cuales puede transmitirse la titularidad. Cfr. «La sucesión de empresa», en Comentarios a las Leyes Laborales, de AA. VV., tomo VIII, pp. 319 y ss.

2 Nótese la similitud y, al mismo tiempo, la diferencia que existe entre la «venta judicial» y «la adjudicación en pago», puestas de manifiesto por DIEGUEZ CUERVO, que señala, asimismo, las distancias de ambos institutos con la «dación de pago». Cfr. «La sucesión de empresa» ob. cit. pp. 327-328. Junto a la «adjudicación en pago» (esta forma de terminación del procedimiento ejecutivo está prevista en la regla décima del art. 131 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor «si no hubiere postura admisible en la primera subasta (o en la segunda), el acreedor podrá pedir la adjudicación de la finca... en pago de su crédito, por el tipo de aquélla» —el paréntesis es mio—), son supuestos análogos a la venta judicial —y, por tanto, con el mismo tratamiento— la «adjudicación forzosa» (es posible tal adjudicación, según los artículos 1.504 y ss. de la LEC, cuando en la subasta no hubiese posterior), así como la «administración forzosa» cuando el acreedor haya hecho uso de esa posibilidad prevista en el art. 1.505 LEC. En el mismo sentido, cfr. Albiol Montesinos: «Aspectos laborales de la transmisión de empresa», Madrid (IELSS), 1984, p. 53, nota 103.

3 DIEGUEZ, admitida esta afirmación, encuentra, sin embargo, una fundamental diferencia entre la venta judicial y cualquier otra venta: en la primera debe primar el interés del tercer acreedor sobre cualquier otro interés (el de los trabajadores, por ejemplo, por la estabilidad). De aquí que no le parezca correcta la solución legal (art. 51.12) toda vez que dificulta que existan adquirentes en las subastas judiciales y, por tanto, pueda impedir que se abonen las deudas por este procedimiento. Cfr. «La sucesión...», ob. cit. pp. 333-334.

4 Posición rechazada por la doctrina científica al defender que la expresión «venta» incluía también la venta judicial. Cfr. Rodríguez-Piñero: «La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de empresa», en Revista de Trabajo, 1960, mayo-junio p. 37; MARTIN VALVERDE: «Continuidad...», ob. cit. p. 98.

5 Véanse, por todas, las SSTCT de 6/10/76, A/4287, 25/9/80, A/4593, y 15/4/80, A/2124, y las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 24 de octubre de 1946, A/1141, 1 de dic. de 1954, A/2805, y 2 de marzo de 1965, A/1605. Sobre esta evolución jurisprudencial, puede consultarse ALBIOL MONTESINOS: «Aspectos laborales de la transmisión de empresa», ob. cit. pp. 13-14 y nota 8. En todas las sentencias se establece el carácter enunciativo y no taxativo de los supuestos enumerados en el art. 79 LCT.

6 La jurisprudencia, aunque escasa, es ya terminante y unánime en cuanto a la aplicación del art. 44 LET, esto es, la subrogación empresarial, a los supuestos de transmisión a través de venta judicial. Valga citar las últimas sentencias del TCT: 17 de dic. de 1981, A/7571 (en la que se transmite «maquinaria y enseres»); 17 de marzo de 1983, A/2724 (se adjudica un hotel); 25 de mayo de 1983, A/4747 (en la que se vende una finca rústica) y 5 de abril de 1983, A/2763 (se adjudica el derecho de traspaso del arrendamiento de local de negocio).

7 Para que jugara el art. 79 LCT, el objeto de la transmisión había de ser el «total conjunto de elementos esenciales de la industria», sin embargo, en general, la venta judicial supone la desintegración previa de la explotación. Como decía MARTIN VALVERDE, «no es que no hubiera venta en el sentido del art. 79; lo que no había era venta de industria», puesto que difícilmente se admitía como tal la venta parcial de bienes de la empresa. Cfr. «Continuidad de las relaciones de trabajo en los casos de venta judicial de los bienes de la empresa», en CCDT, 974, n.º 0, p. 99. Véanse las SSTs de 8 de abril de 1960, 2 de abril de 1963 y 12 de febrero de 1969 (comentadas por MARTIN VALVERDE), así como las SSTCT de 14 de mayo de 1962 y 11 de febrero de 1974 (citadas y comentadas por DIEGUEZ, ob. cit. p. 330). En el mismo sentido, RODRIGUEZ-PIÑERO: «La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de empresa», ob. cit., p. 38.

**8 Terminología sintetizadora utilizada por DIEGUEZ; ob. cit. p. 330.**

9 RODRIGUEZ-PIÑERO concibió errónea la doctrina expuesta, recogida ya, según el autor citado, en S. de 4 de agosto de 1939. Equívoco debido a poner en conexión el art. 79 LCT con la causa 4.ª del art. 76 LCT, que mencionaba la desaparición de la persona del empresario sin continuidad en «la industria o trabajo» como causa extintiva del contrato. Para RODRIGUEZ-PIÑERO, «realizada la transmisión de una industria se producirá automáticamente e ipso iure el efecto legal de la sucesión del contrato...»: Cfr. «La situación jurídica...», ob. cit. pp. 38-39. En el mismo sentido, RIVERO: «Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa» CPS, 1962, p. 67; BLANCO: «La asunción de obligaciones por la empresa sucesora» RPS, 1957, n.º 34, p. 37.

10 Cfr. en el sentido expuesto, DIEGUEZ, ob. cit., pp. 330-333, y MARTIN VALVERDE, ob. cit. p. 100, con amplias referencias jurisprudenciales. Ambos autores entienden que ésta es la interpretación más acorde con el respeto debido a las libertades de trabajo, elección de profesión, e iniciativa económica.

11 CAMPS, en la ponencia expuesta, y DIEGUEZ, en ob. cit. p. 333.

12 Cfr. «La sucesión...», ob. cit. p. 334.

13 Cfr. MARTIN VALVERDE, ob. cit. 100-101, y DIEGUEZ, ob. cit. p. 333.

14 Hay que admitir que tal vez esta libertad se vea realmente mermada en relación con el adjudicatario en pago, es decir, cuando el acreedor se ve compelido a quedarse con los bienes embargados, bien porque no exista postor, bien porque no hubiera postura admisible en la primera o segunda subasta.

15 En este sentido, opina ALBIOL que «...lo que continúa siendo decisivo no es el medio seguido para la transmisión (la venta judicial), sino que el resultado final lo sea el pago de una empresa de un sujeto a otro, en condiciones tales que el cesionario pueda continuar ejercitando la actividad...» cfr. «Aspectos laborales...» op. cit. p. 54.

16 La empresa, como tal unidad organizativa de medios materiales e inmateriales para una función productiva, no es susceptible, en sí misma, de embargo, sino que está concebida como un conjunto de elementos singulares adscritos a un fin. Son esos elementos singulares, en cuanto que tienen un contenido patrimonial los que vienen a ser objeto de embargo. Son, pues, sólo esos bienes y derechos los que van a adjudicarse en la venta judicial (cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO: «La situación jurídica...» op. cit. p. 39). Como afirma CAMPS, sería erróneo, por tanto, concluir que no se produce un cambio de titularidad de la empresa cuando lo único que aparece externamente es una transmisión de elementos materiales (en este sentido se manifiestan las sentencias del TCT 17 de marzo y 6 de septiembre de 1983, A/2724, A/7361, y la de 2 de marzo de 1984, A/2014).

17 Por inercia, siempre se está haciendo alusión a la continuidad en la actividad de la empresa cuyos bienes se adquieren —tal como reza el precepto legal—, sin embargo, no encuentro obstáculo para admitir que el efecto de la subrogación se produce aunque la actividad que los bienes adquiridos permitan desarrollar no sea exactamente la que venía siendo objeto de explotación por parte de la empresa «ejecutada».

18 Efectivamente, si lo que se transmite es la empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva, no cabe duda de que la imposibilidad de seguir desarrollando la actividad productiva no vendrá determinada por la cantidad o cualidad de los bienes transmitidos —pues, por definición éstos conforman una unidad productiva— sino por otros factores ajenos a lo transmitido en sí —por ejemplo, en la venta judicial, el que dichos bienes estuvieran desafectados de la actividad productiva un cierto tiempo—, pero para esos supuestos puede y debe recurrirse a la incoación del expediente de regulación de empleo.

19 En otro caso, la adquisición de una simple máquina de escribir podría conllevar, en ciertos supuestos, el hacerse cargo del secretario/a que la utilizaba. En cualquier caso, no tiene sentido que en términos generales, para que se produzca una subrogación, el objeto de la transmisión parcial deba ser uno de los antes citados, mientras que dicho efecto puede produ-

cirse, sin necesidad que que los bienes transmitidos conforme un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, cuando lo han sido a través de subasta judicial.

20 Cfr. SALA FRANCO y RAMIREZ MARTINEZ: «El concepto de centro de trabajo» Actualidad Laboral, 1985, n.º 33; véase la jurisprudencia allí citada.

21 Cfr. STCT 21 diciembre 1984 A/483: el acta no es más que un «requisito formal». En el sentido expuesto SALA y RAMIREZ, ob. cit. p. 1.655, ALONSO GARCIA «Curso de derecho del trabajo», Barcelona, 1982, p. 315.

22 *Ibíd.*

23 Puesto que no cabe identificar centro de trabajo con unidad espacial o geográfica, lo único que indica dicho término es que el centro es parte de un todo, la empresa.





## **PSICOLOGOS DEL TESTIMONIO: ¿UN PERITAJE DE LUJO?**

José JOAQUIN MIRA  
Psicólogo



## INTRODUCCION

Hace unos meses apareció en uno de los diarios madrileños el caso de Luis González Aureoles, quien había permanecido en prisión durante veinte meses acusado de un delito que no había cometido. El error se debió, en esta ocasión, a que el propietario de la joyería donde se cometió el delito identificó como autor del mismo a González Aureoles y a que posteriormente confirmó su declaración al reconocerlo como culpable entre los miembros de una rueda de presos. Por fin, las protestas del abogado defensor acerca de las deficientes condiciones en las que se desarrolló el reconocimiento en la rueda y las numerosas e insistentes demandas de inocencia del acusado llevaron, el 29 de septiembre de 1982, a un careo entre denunciante y denunciado que concluyó con la declaración del joyero de que González Aureoles no era el atracador sino un cliente que «hacía tres años había comprado algo» en su joyería y por eso «le sonaba la cara».

Dentro de las investigaciones psicológicas sobre el testimonio de testigos se conoce este tipo de fenómeno como *transferencia inconsciente* (Glanville Williams, 1963, citado en Loftus, 1976, p. 93) y ha sido reproducido repetidas veces en estudios de laboratorio y de campo (Loftus, 1976, Deffenbacher, Brown y Sturgill, 1978, Hall, 1976b). En los trabajos realizados ha podido comprobarse, también, que si en la identificación inicial de un sospechoso, se identifica como autor del delito a un inocente, en las subsiguientes identificaciones el testigo tenderá a señalar de nuevo a ese sospechoso incorrecto (Gorenstein y Ellsworth, 1980) y que las personas son, normalmente, más capaces de reconocer una cara que de recordar donde la vieron (Brown, Deffenbacher y Sturgill, 1977).

¿Cómo puede llegar a ocurrir esto?, ¿cómo una persona a la que hemos visto en una situación muy concreta puede ser confundida con otra que vimos en otro lugar y en diferente situación?, ¿pueden existir tipos tan similares entre sí o es más bien nuestra memoria la que nos hace verlos semejantes?, ¿es la psicología del testimonio capaz de responder a estos interrogantes? Sin duda conocer cómo funciona la memoria humana puede ayudarnos a explicar estas situaciones y a saber cómo un testigo recupera información de su memoria para declarar ante la policía o ante el juez, puesto que el funcionamiento de su memoria en estas situaciones no es diferente de cuando intenta recordar una película, la cara del camarero que le acaba de servir o a un amigo del colegio (Diges y Mira, 1983).

## UNAS NOTAS SOBRE LA MEMORIA HUMANA Y SU FUNCIONAMIENTO

Generalmente empleamos el término «memoria» para referirnos a nuestra capacidad, buena o pobre, de retener en la mente tanto las experiencias recientes como aquellas que constituyen nuestro pasado (Cofer, 1979).

El estudio experimental de la memoria se inicia con la publicación en 1885 de la obra de Hermann Ebbinghaus «Sobre la memoria» (*Über das Gedächtnis*) donde se propuso determinar los mecanismos mentales básicos que intervienen en la memoria mediante los métodos de la ciencia natural. Esta orientación —heredada de los modelos asociacionistas— conforma lo que se ha denominado «teoría de la huella», en la que se afirma que la memoria humana retiene huellas (engramas) de la experiencia original, que quedarían representadas en la memoria de cada individuo como unidades separadas (eslabones de una cadena) que carecerían en principio de toda relación pero que más tarde, como consecuencia de experiencias repetidas, se relacionarían de manera tal que la reactivación de un eslabón conduciría al enlace con otros eslabones de la cadena. Esta orientación, con el tiempo, ha dado lugar al desarrollo de modelos de aprendizaje verbal y, no precisamente, a estudios sobre la memoria tal y como antes fue definida.

En 1932 con los estudios de Sir Frederic Bartlett sobre la retención en circunstancias cotidianas, encontramos un enfoque distinto para investigar la memoria. Bartlett, consciente de las limitaciones del modelo empleado por Ebbinghaus, consideró que el recuerdo no es una función independiente y completamente distinta de la atención, la percepción, la imaginación o el pensamiento, muy al contrario constituye un todo en el cual resulta difícil determinar dónde empieza y termina cada proceso cognoscitivo. En su investigación hizo leer una leyenda esquimal a un grupo de individuos a quienes tras diversos intervalos de tiempo (desde pocos días a muchos meses, incluso años) les pidió que contaran lo que recordaban de la historia. En esencia, encontró que los recuerdos estaban distorsionados, los propios individuos habían elaborado y racionalizado partes de la leyenda vulgarizando el texto para que fuera compatible con sus ideas y experiencias previas. Para Bartlett la memoria es un proceso «esquemático», la gente recuerda aspectos generales y los detalles que se les presentan como más sobresalientes de los sucesos en los que intervienen, y a partir de éstos reconstruyen una versión que creen aproximada a la original. De esta forma, frente al modelo de reproducción de experiencias de Ebbinghaus, Bartlett propone un modelo de reconstrucción de experien-

cias dando de esta forma cabida a una teoría de interpretación global del conocimiento humano (Mira y Diges, 1983a).

Esta segunda orientación se desarrolla definitivamente a partir de la década de los 50, cuando empiezan a aparecer investigaciones sobre la memoria en las que se demuestra que el recuerdo del material original está mediado por las tendencias de respuesta del individuo y por sus experiencias previas, lo que da origen a que sucedan los errores de omisión o comisión típicos del quehacer humano.

Desde esta perspectiva la memoria va a ser estudiada dentro de un proceso continuo en el que también tienen cabida la atención, la percepción y en esencia todos los procesos cognoscitivos. Entendiéndose, así, que el proceso de elaboración de información en el sujeto humano estaría dividido en tres fases interdependientes entre sí: adquisición, retención y recuperación de información, donde atención, percepción y memoria serían los tres momentos de un proceso continuo. Ante cualquier situación los individuos deben primero atender a la estimulación novedosa de su entorno y es entonces cuando deciden y seleccionan en qué estímulos y por cuanto tiempo se van a fijar (Broadbent, 1971), cuál va a ser la estrategia perceptual a emplear en ese caso y qué parte del entorno no recibirá nuestro interés. Atención y percepción deben ser entendidos como dos procesos limitados —sólo podemos atender a un número determinado de estímulos al mismo tiempo— y selectivos —nos fijamos siempre en lo más sobresaliente— que obligan a las personas a *reconstruir* los eventos en base al material retenido que, al sufrir este «filtraje previo», da lugar a que se cometan errores. Si además pensamos en una agresión o un delito donde las víctimas (testigos) se sienten amenazadas y bajo un fuerte estrés, es fácil entender que perderán parte de sus habilidades como observadores y, preocupándose más por su seguridad, no se fijarán en ciertos detalles del incidente que más tarde podrían ayudar a la policía en su trabajo y quizás los vacíos —errores de omisión— los «rellene» con ideas estereotipadas, hipótesis personales de cómo debió ocurrir, etc... —errores de comisión— (Levine y Tapp, 1973, Buckhout, 1974, Siegel y Loftus, 1978).

En términos generales se va a considerar que toda la información que llega a un observador, se centraliza en una «memoria de trabajo» que actúa como un proceso de control y almacén temporal que organiza y codifica esta nueva información en función de categorías permanentes de la memoria formadas en experiencias anteriores. De esta forma, la información es reciclada y puede ser alterada al menos de cuatro formas:

- 1) la información original ambigua es codificada de forma consistente con los supuestos de la categoría empleada para interpretarla,
- 2) la información original no relevante o imposible de interpretar, en función de esa categoría, es eliminada (olvidada),
- 3) las características que no están presentes en la información original, pero que pertenecen a la categoría que se emplea para interpretarla, son añadidas a la información,
- 4) la información original se organiza de forma consistente con la categoría empleada para interpretarla, aunque difiera de su organización original. (Wyer y Srull, 1980).

Estas alteraciones en la información original se producen antes de su almacenamiento definitivo en la memoria, de tal modo que, al recuperar esta información, lo más probable es que el sujeto no pueda distinguir entre lo que es información original o lo que es su reconstrucción de los hechos (Bull y Clifford, 1979). De este modo, cabría redefinir lo que se va a entender por «memoria» de la siguiente manera: un proceso mediante el cual se transforma, reduce, elabora, recupera y utiliza la información del mundo que el sujeto obtiene en su interacción con él (Neisser, 1967).

### *¿POR QUE UNA PSICOLOGIA DEL TESTIMONIO?*

A nadie escapa que el testigo de algún suceso constituye una de las principales pruebas judiciales para decidir sobre la inocencia o culpabilidad de un sospechoso. Es por tanto la memoria —tal y como antes quedó definida— de los testigos el criterio decisivo para determinar que una persona quede libre o por el contrario, en prisión. Pero... ¿es tan fiable la memoria de un testigo?

Las investigaciones pioneras en este campo surgen a finales del siglo pasado y van unidas estrechamente a los estudios sobre la memoria (Parker, 1980). En un principio surgen distintos autores que preocupados por la exactitud-inexactitud al contar relatos o sucesos buscan delimitar la seguridad que podemos tener en nuestra memoria. Se estudiará el efecto del intervalo de tiempo y la sugestión sobre el recuerdo, las diferencias en cuanto mediante recuerdo libre (narración) o por un método de interrogación (respuestas a preguntas sobre el hecho), o cómo puede influir el entrevistador en el relato final (Diges y Mira, 1983), temas que tienen mucho que ver con el elevado número de errores judiciales que informes de la época recogen (Borchard, 1932, citado en Hilgar y Loftus, 1979, p. 343).

Sin embargo, estas investigaciones son pronto abandonadas y olvida-

das debido al empuje e implantación en toda la psicología del estudio del aprendizaje verbal y no será hasta la década de los 70 cuando a raíz de la irrupción en el panorama psicológico del interés por el estudio de la memoria en sus ambientes naturales (Neisser, 1976), empezarán de nuevo a aparecer autores interesados en el testimonio y en delimitar las actuaciones de los testigos en base a criterios objetivos. Este nuevo interés ha calado hondo, especialmente en EE.UU. y Reino Unido, como lo demuestra una rápida ojeada a la revista *Law and Human Behavior* o a las publicaciones de la 41st división de la American Psychological Association (Psychology and Law) y la división de Criminología y Psicología Legal de la British Psychological Society. El desarrollo de esta área es ya una parte importante de todos los manuales sobre la memoria (Gruneberg y Morris, 1979, Neisser, 1982) y tema de interés en cursos y congresos (Gruneberg, Morris y Sykes, 1978), o incluso el tema monográfico a desarrollar como la Conferencia Internacional sobre *Comportamiento de testigos* que en junio de 1980 se desarrolló en Edmonton (Canadá) y donde se dieron cita los investigadores más prestigiosos en esta área de la psicología.

En la actualidad, la psicología del testimonio no se limita tan sólo al problema de la exactitud o fiabilidad del recuerdo, sino que entiende también que el testimonio hace referencia a un evento social y que se da en un contexto social que no sólo afecta a la cantidad de información retenida sino que ejerce su influencia en la calidad del recuerdo, esto es, la credibilidad del testigo (Mira y Diges, 1983a). Esta nueva orientación social, acorde con los planteamientos de Bartlett que antes expusimos, permite la interpretación de la actuación de los testigos en términos de un modelo del funcionamiento cognitivo humano (Nisbett y Ross, 1980, Mira y Diges, 1983a) que podría ser el siguiente: la información percibida acerca de cualquier suceso se categorizará en los guiones —secuencias de movimiento— y la información relativa a las personas actuantes en los personajes —en donde se incluirían estereotipos y teorías implícitas de personalidad— y donde la información se alteraría según vimos antes. Cuando el sujeto-testigo se vea en la necesidad de recuperar esa información, recurrirá para ello a los mecanismos de razonamiento (heurísticos) que hayan mostrado su eficacia en la elaboración de información precedente. Como Nisbett y Ross apuntan, éstos podrían ser: *representatividad*, que predice la pertenencia de una persona u objeto a una categoría dada, *disponibilidad*, que sirve de base para estimar la probabilidad de ocurrencia del hecho o su verosimilitud, *vivacidad*, definida por su interés emocional, concreción y capacidad imaginativa, y por la que la información estará más disponible en función de su proximidad sensorial, espacial y temporal. Es

decir, si asumimos plenamente que la memoria no es una mera reproducción de eventos sino la reconstrucción en la mente del individuo de lo acaecido, nos vemos tentados a reinterpretar el aforismo de: «toda la verdad, sólo la verdad y nada más que la verdad...» por este otro: «...todo lo disponible, sólo lo representativo y nada más que lo muy vivido...».

### **PROCEDIMIENTOS DE IDENTIFICACION DE PERSONAS**

El estudio de la memoria por los psicólogos permite diferenciar los procedimientos de identificación de personas en dos tipos:

a) aquellos procedimientos en los que al testigo se le pide que cuente todo lo que ha podido retener de cuanto ha oído y visto, es decir, todo lo que recuerda del suceso y las personas, y

b) aquellos procedimientos en los que al sujeto-testigo se le pide que reconozca al culpable de entre una serie de sospechosos.

En el primer caso estamos hablando de una tarea de *recuerdo*, que implica la búsqueda y recuperación de la información que se tiene almacenada, y en el segundo caso de *reconocimiento*, que se refiere a situaciones donde el sujeto debe decidir si un ítem determinado se le ha presentado antes o no. Ambos procedimientos implican unas habilidades y estrategias diferentes por parte de los sujetos que, además, suelen obtener mejores resultados cuando se trata de reconocimiento en vez de recuerdo (Garzón y Seoane, 1982).

#### ***Recuerdo de personas***

Todos los procedimientos en uso de identificación de personas que requieren de los sujetos que recuerden cómo eran los individuos a identificar tiene en común que la cara es descompuesta en sus diferentes elementos (ojos, barbilla, labios, pelo, etc...) que luego, al ir combinándose adecuadamente, irán pareciéndose al original. Ejemplos de tales procedimientos son: los retratos-robots, las fotografías-robots, los sintetizadores de imágenes —normalmente por ordenador—, las caricaturas y los sistemas de rompecabezas (Davies, 1981).

De los sistemas de identificación de personas mencionados el más popular es, sin duda, la visión de un retrato-robot en el tablón de una comisaría. Su empleo data de 1959 y básicamente consiste en una serie de láminas transparentes en las que se encuentran dibujadas una gran variedad de rasgos faciales (en total 381 entre tipos de peinado, ojos, barbillas,



labios, narices, etc..., además de que existen una serie de accesorios disponibles para completar los retratos, tales como gafas, sombreros, cicatrices, etc...) que al superponerse adecuadamente componen un retrato que se supone parecido al original. Su uso se encuentra muy difundido, sobre todo en EE.UU. país en el que se comercializa <sup>1</sup>, aunque como ha ocurrido en el Reino Unido este sistema está siendo reemplazado por el empleo de fotografías-robots (photofit), que si bien es esencia el mismo procedimiento, resulta un sistema bastante mejorado, lo que permite conseguir un mayor parecido con el original. La invención de este sistema se debe a Jacques Penry (1971) y está compuesto por 562 fotografías de rasgos faciales (como en el caso anterior), que están impresas en láminas transparentes que al ir combinándose en un marco-soporte especial componen una cara semejante a la original. Este sistema se diferencia del anterior en que la tarea de selección de las características faciales que más corresponden al modelo, por parte de los testigos, se encuentra facilitada por un índice visual en el que se encuentran representadas en miniatura las 562 características faciales según la categoría a la que pertenezcan (ojos, labios, etc...). Su comercialización se lleva a cabo tanto en EE.UU. como en el Reino Unido <sup>2</sup> por lo que su uso está hoy totalmente estandarizado, y es precisamente por esta razón por la que se ha desarrollado en el mercado una segunda versión del retrato-robot (Identikit II) que en vez de dibujos emplea fotografías y en el que existen una mayor variedad de rasgos faciales para elegir.

En ambos procedimientos la tarea de los testigos es explicar al especialista de la policía cómo recuerdan que eran los rasgos faciales del sospechoso e indicar cuál de las láminas (en el caso del retrato-robot) o qué fotografía del índice visual (en el caso de la fotografía-robot) es la más parecida al original. El problema que se ha presentado en tales procedimientos es que parten de la hipótesis de que los testigos son capaces de componer una cara partiendo de sus elementos, hipótesis que no parece del todo correcta ya que existen pruebas de que las caras de las personas son percibidas y memorizadas como un todo y no mediante una aproximación de característica en característica (Davies, 1978, Christie y Ellis, 1981), tal como se desprende de las diferencias en la identificación de personas al presentárseles rasgos faciales aislados (solamente los ojos, la boca) o una combinación de ambos (los ojos y la boca, la frente y la nariz, etc...) que demuestran que aquí el todo es más que la suma de las partes (Fisher y Cox, 1975, Clifford y Bull, 1978).

La eficacia de estos sistemas de recuerdo de personas dependen de diversas circunstancias —como son los efectos de la interferencia en el

recuerdo, el intervalo de tiempo transcurrido, el modo de representación, el proceso analítico ya sea como un todo o como una conjunción de elementos, los rasgos de presentación de las características faciales (Davies, 1981, Winograd, 1978, Ellis, Davies y Shepherd, 1977)— y, aunque son escasos los estudios de campo sobre su utilidad (los únicos estudios llevados a cabo se deben al grupo de Aberdeen —Davies, 1982—) parece sin embargo que su uso está recomendado (Maldin y Laughery, 1981, Laughery y Fowler, 1980).

Otros sistemas similares son los dibujos, caricaturas de los sospechosos, realizadas por dibujantes muy capacitados por lo que su uso está muy restringido y el empleo de sistemas de rompecabezas (strip systems) que consisten en series de láminas horizontales en las que la cara está disecionada según diversos criterios, así por ejemplo en Francia se utilizan tres divisiones que corresponden a: pelo, ojos/nariz, boca/barbilla, en los EE.UU. en cambio existen normalmente cuatro divisiones: pelo, ojos, nariz, boca/barbilla y en Alemania Federal e Italia suelen considerarse cinco, pero en todos los casos, los componentes son similares: fotografías de caras reales.

Estos procedimientos, sin embargo, están siendo sustituidos aunque de una forma experimental por otros sistemas mucho más sofisticados, en los que se combinan sistemas ópticos altamente especializados que combinan diversas figuras (rasgos faciales) que un ordenador compone según las instrucciones del operador y los testigos. Ejemplos de tales sistemas son: Watsisface system, Sketch system, Minolta Montage Synthesizer (empleado por la policía japonesa con éxito) (Laughery, Rodes y Batten, 1981).

## **RECONOCIMIENTO DE PERSONAS**

En cuanto a los procedimientos en los que se intenta reconocer a otras personas el más clásico y conocido es la rueda de presos o la búsqueda de un sospechoso entre fotografías de delincuentes habituales, procedimientos ambos que implican mecanismos psicológicos similares. Su estudio ha sido sistemáticamente realizado en otro lugar (Mira y Diges, 1983b), aunque conviene recordar que dichos procedimientos son excesivamente susceptibles a los efectos de la sugestión como en el caso de la transferencia inconsciente. De hecho, los aciertos obtenidos experimentalmente en tareas de reconocimiento de personas (Goldstein, 1977) resultan excesivamente inflados con los obtenidos en otras situaciones reales (Mira, 1983, Patterson, 1978, Buckhout, 1974). Resultado de todas estas investigaciones son las recomendaciones que, dirigidas a la policía y los tribunales, se han

ido adoptando por los organismos competentes de varios países (Deffenbacher y Horney, 1981).

Por otro lado, estas diferencias han sido consideradas por algunos autores como prueba de que un entrenamiento adecuado puede ayudar a los sujetos a reconocer con más certeza a otras personas (Malpass, 1981). Los resultados en este sentido están, aún, en fase exploratoria, aunque parecen existir indicios de la eficacia de reinstaurar, previamente a la tarea de reconocimiento, las condiciones existentes cuando el testigo vio al sujeto en cuestión (Malpass y Devine, 1981).

### **VARIABLES QUE AFECTAN LA IDENTIFICACION DE UNA PERSONA**

Son muchas las variables que pueden llegar a afectar a los sujetos-testigos a la hora de identificar a alguien, tanto en la vida normal como cuando se trata de episodios delictivos. Algunas de estas variables ya fueron señaladas antes o estudiadas en otro lugar (Mira, 1983, Ellis, Davies y Shepherd, 1977) pero, sin duda, la clasificación más completa de las mismas se debe a Gary Wells (1978) para quien las variables que afectan a la identificación de una persona por un testigo se dividen en:

- 1) variables propias del sistema que se está empleando para identificar a los sospechosos. Son aquellas variables que la policía o los tribunales pueden manipular para optimizar la identificación (instrucciones, intervalo de tiempo, modo de presentación, composición, etc...), y
- 2) variables a estimar, de las cuales únicamente podemos hipotetizar su efecto pero sin que podamos actuar sobre ellas (al menos directamente), afectando la ejecución de los testigos (tipo de crimen, diferencias individuales, actividad a la que han estado dedicados los testigos desde que sucedió el suceso, etc...).

#### ***Variables propias del sistema***

G. Wells considera como variables del sistema aquellas que afectan al modo en que se organiza, desarrolla y ejecuta cada uno de los procedimientos de identificación. Son variables que se está en condiciones de manipular, y de hecho se hace, como lo demuestra que los retratos-robots sean sustituidos por las fotos-robots —que parecen más eficaces— y que, actualmente, se intente mejorar este procedimientos por medio de ordenadores. Esto es, el decidir utilizar un procedimiento u otro ya determina la calidad de la información que se obtendrá de los testigos.

En el caso de los sistemas de recuerdo de caras se ha estudiado el efecto que sobre la composición final tienen las habilidades del operador (qué plazo de tiempo y número de intentos son necesarios para que un operador de la policía adquiera soltura en determinado sistema) y por dónde resulta más eficaz comenzar la composición, si por el pelo, por la barbilla, o por el contorno de la cara, etc..., resultando más indicado comenzar por el pelo y los ojos y continuar por la nariz, la boca y la barbilla (Davies, 1982). Recordemos, en este sentido, las sugerencias de los estudios sobre la percepción que indicaban que las caras se recuerdan como un todo y que resulta mucho más difícil recordar aisladamente un rasgo facial. Así, otro problema adicional en estas técnicas es, precisamente, la amplitud de la muestra inicial de características faciales a partir de las cuales se va a componer la imagen del sujeto, siendo ésta la razón principal para abogar por el uso de ordenadores, que pueden presentar una visión global del rostro del sospechoso en la pantalla y que permiten al operador ir modificando ligera o radicalmente cualquier rasgo facial, manteniendo además en la memoria del ordenador las imágenes anteriores y toda la serie de modificaciones que han sido realizadas.

De igual forma, cuando se trata de reconocer a la persona vista entre otras (el caso de una rueda de presos) los investigadores se han interesado por determinar el número adecuado de componentes de la rueda (5, 6 u 8) (Malpass y Devine, 1983) o cuál debe ser el nivel de semejanza entre ellos para así determinar la imparcialidad —que ningún testigo esté más predispuesto a señalar a un componente de la rueda que a otro, salvo en base a su propia evidencia— del procedimiento de identificación (Mira y Diges, 1983b).

Las instrucciones dadas a los testigos también afectan a la calidad del testimonio. La idea de hacer revivir todo lo sucedido antes de proceder a reconocer al culpable (Malpass y Devine, 1981), el que las instrucciones se presenten de una forma objetiva y no sesgada (observando que el sospechoso puede o no estar en la rueda, p.e.) y el criterio que en la misma se asuma (criterio flexible: señalar si alguien se parece, o un criterio estricto: sólo indicar si se está seguro que es el culpable) juegan un papel importante en las decisiones de los testigos (Davies, Shepherd y Ellis, 1979), así como, también, utilizar dos ruedas de presos paralelas como medida precautoria de imparcialidad (Clifford y Bull, 1978).

Otra variable que también afecta la calidad del testimonio de los testigos es la influencia que el lenguaje puede llegar a ejercer sobre la memoria. No es lo mismo interrogar al testigo con una pregunta concreta que permitirle que cuente a su modo lo ocurrido o cómo vio al sospechoso

(Hilgard y Loftus, 1979, Marquis, Marshall y Oskamp, 1972). La forma gramatical con que se hacen las preguntas ejerce una poderosa influencia en el recuerdo, hasta el punto que pueden distorsionarlo completamente, de tal modo que lleguen a afirmar cosas que jamás ocurrieron (Loftus y Zanni, 1975) o exagerar y deformar la realidad de acuerdo con la información o el estilo que la pregunta está sugiriendo (Loftus y Palmer, 1974). Este problema es aún más delicado por cuanto que la naturaleza reconstructiva de la memoria permite a los testigos que son interrogados con estas preguntas sesgadas que codifiquen esta información no original en el recuerdo que tienen de lo sucedido, de forma tal, que en los siguientes interrogatorios no podrán diferenciar lo que es su recuerdo original del recuerdo mediatizado por otros interrogatorios, asumiendo que ambos son el mismo (Cliford y Bull, 1978). Si a esta naturaleza reconstructiva de la memoria añadimos que a veces la policía tiene razones para sospechar de algún delincuente o estar muy motivada a obtener una respuesta positiva del testigo, es factible que esto se le está comunicando al mismo, aunque no de forma directa, sino al dejar pasar por alto la descripción de un rasgo, alguna foto, preguntando en ocasiones ¿está usted seguro?, con insinuaciones, mostrando interés por alguna respuesta, etc... (Buckhout, 1974, Smith, Pleban y Shaffer, 1982).

#### *Variables a estimar*

Al contrario de lo que sucedía con las anteriores, las variables a estimar son aquéllas que escapan a nuestra manipulación, si bien se puede estimar su magnitud a fin de conocer cómo pueden afectar al testimonio en general y a la identificación en particular.

Para facilitar su comprensión diferenciaremos los factores de la situación de los factores de los testigos.

- **Fac. situación:**
  - a) Las condiciones ambientales, físicas, en las que se desarrolló el incidente (distancia, oscuridad, niebla, influyen en la percepción que se tiene de los objetos hasta el punto de que Kuehn (1974) demostró que las declaraciones más pobres se producen cuando va a anochecer).
  - b) El tipo de delito que se trate, un rapto, una violación, etc...
  - c) El tiempo que dispone el testigo para observar (hasta un cierto límite suele existir una relación directa entre tiempo y calidad del testimonio) (Ellis, Davies y Shpherd, 1977).

d) La actividad a la que se hayan dedicado los testigos hasta el momento de su declaración (los comentarios que se hacen mientras se espera a la policía o una película vista con anterioridad influyen en el testimonio) (Alper, 1976).

- **Fac. testigos:**

Las principales variaciones se deben a las diferencias individuales entre los testigos. Las mujeres, por ejemplo, son quienes con más seguridad reconocen una cara y, además, las caras que más fácilmente se recuerdan son las femeninas (Yarmey, 1979).

En cuanto a la edad, se ha comprobado que a medida que se desarrolla el niño su capacidad para identificar a los otros aumenta hasta aproximadamente los diez años, edad a partir de la cual el desarrollo de esta aptitud se torna lenta estabilizándose a los 17 años. A partir de esta edad parece que ya no se detectan diferencias entre los sujetos hasta que éstos no alcanzan los 60 y esta aptitud comienza a desaparecer (Mira, 1983).

Otras dimensiones en que los sujetos difieren entre sí son, personalidad, inteligencia, nivel de aprobación, necesidad de afiliación, sobre las cuales existen razones suficientes para sospechar que afectan al testimonio, si bien su estudio está en fase experimental (Mira, 1983).

## **CONCLUSIONES**

Los errores de los testigos no son, sin duda, una novedad para un profesional de la justicia, aunque al profano le resulten cómicas algunas de las anécdotas provocadas por un testigo «de confianza» que resultó al final equivocado. Unas veces por olvidar algún detalle, otras por no fijarse en otro y en ocasiones por imaginar más de la cuenta, lo cierto es que los errores que cometen tienen su origen en la naturaleza reconstructiva de la memoria, como lo demuestran los estudios llevados a cabo desde principios de siglo por psicólogos del testimonio.

Se ha estudiado cómo el testigo atiende y percibe los sucesos que ocurren a su alrededor, cómo codifica la información que extrae en su memoria y de qué mecanismos se vale para recuperar esa información almacenada, cómo identifica a otras personas, bajo qué condiciones sociales actúa y qué diferencias hay entre los testigos (Mira, 1983). Proponiéndose dos ejes para delimitar la actuación de los testigos: a) fiabilidad del testimonio y b) credibilidad del testigo y su testimonio (Diges y Mira, 1983). Entre ambos se da el testimonio y se desarrolla toda una «escena»

social que conducirá a un veredicto. Los hechos no sólo se almacenan en la memoria sino que, además, se tienen que reproducir en otros contextos sociales, donde al testigo se le reclaman habilidades que puede no posea. El estudio de las aptitudes de los individuos, de cómo actúan y en qué medida se les puede ayudar en su tarea es el objeto de la psicología y, en este caso, de la psicología del testimonio.

#### REFERENCIAS :

- ALPER, A. y cols. Eyewitness identification: Accuracy of individual vs. composite recollections of a crime. *Bulletin of the Psychonomic Society* 1976, vol. 8 (2), 147-149.
- BARTLETT, F. *Remembering: a Study in Experimental and Social Psychology*. Cambridge University Press. 1932.
- BROADBENT, D. *Decisión and Stress*. Academic Press, London, 1971.
- BROWN, E., DEFFENBACHER, K. & STURGILL, W. Memory for faces and the circumstances of encounter. *Journal of Applied Psychology*, 1977, vol. 62 (3) 311-318.
- BUCKHOUT, R. Eyewitness Testimony. *Scientific American*, 1974, 231, 23-31.
- BULL, R. y CLIFFORD, B. Eyewitness Memory. En: Gruneberg y Morris (eds.) *Applied Problems in Memory*. Academic Press, London 1979.
- CLIFFORD, B. y BULL, R. *The Psychology of Person Identification*. Routledge and Kegan Paul LTD. London 1978.
- COFER, Ch. *Estructura de la memoria humana*. Ediciones Omega, Barcelona 1979.
- CHRISTIE, D. y ELLIS, H. Photofit construction versus verbal descriptions of faces. *Journal of Applied Psychology*, 1981, vol. 66 (3), 358-363.
- DAVIES, G. Face recognition: issues and theories. En: Gruneberg, Morris y Sykes (Eds.) *Practical Aspects of Memory*. Academic Press, London 1978.
- DAVIES, G. Face Recall Systems. En: Davies, Ellis y Shepherd (Eds.) *Perceiving and remembering faces*. Academic Press, London 1981.
- DAVIES, G. Composite systems for recalling faces—helping the police with their enquiries—?. En: Trankell (Ed.) *Reconstructing the past: the role of psychologists in criminal trials*. Norstedts, Stockholm 1982.
- DAVIES, G., SHEPHERD, J. y ELLIS, H. Similarity effects in face recognition. *American Journal of Psychology*, 1979 vol. 92, N. 3.

- DEFFENBACHER, K., BROWN, E. Y STURGILL, W. Some predictors of eyewitness memory accuracy. En: Gruneberg, Morris y Sykes (Eds.) *Practical Aspects of Memory*. Academic Press, London, 1978.
- DEFFENBACHER, K. y HORNEY, J. Psycho-legal aspects of faces identification. En: Davies, Ellis y Sheperd (Eds.) *Perceiving and Remembering Faces*. Academic Press, London 1981.
- DIGES, M. y MIRA, J. Psicólogos, Psicología y Testimonio. *Análisis y Modificación de Conducta*, 1983, vol. 9, n.º 21, 243-270.
- EBBINAHAUS, H. *Memory*. Teacher. College, New York, 1915. (Originalmente publicado en 1885).
- ELLIS, H., DAVIES, G. y SHEPHERD, J. Experimental studies of face identification. *National Journal of Criminal Defense*, 1977, 3, 219-234.
- FISHER, G. y COX, R. Recognizing human faces. *Applied Ergonomics*, 1975, 6, 104-109.
- GARZON, A. y SEOANE, J. La memoria humana desde el procesamiento de la información. En: Delcaux y Seoane (Eds.) *Psicología Cognitiva y Procesamiento de la información*. Pirámide, Madrid, 1982.
- GOLDSTEIN, A. Fallibility of the eyewitness —Psychological Evidence—. En: Bruce Salas (Ed.) *Psychology in the Legal Process*. Spectrum Publications Inc., Flushing, NY 11366, 1977.
- GORENSTEIN, G. y ELLSWORTH, P. Effects of choosing and incorrect photograph on a later identification by an eyewitness. *Journal of Applied Psychology*, 1980, vol. 65 (5), 616-622.
- GRUNEBERG, M. y MORRIS, P. *Applied Problems in Memory*, Academic Press London, 1979.
- GRUNEBERG, M., MORRIS, P. y SYKES, R. *Practical Aspects of Memory*. Academic Press, London, 1978.
- HALL, D. Obtaining eyewitness identifications in criminal investigations: applications of social and experimental psychology. *Dissertation Abstracts International*, 1976, vol. 37 (5-B) 2569-2570.
- HILGARD, E. y LOFTUS, E. Effective interrogation of the eyewitness. *International Journal of Clinical & Experimental Hypnosis*, 1979, vol. 27 (4), 342-357.
- KUEHN, L. Looking down a gun barrel: person perception and violent crime. *Perceptual & Motor Skill*, 1974, 45, 157-164.
- LAUGHERY, K. y FOWLER, R. Sketch artist and Identi-kit procedures for recalling faces. *Journal of Applied Psychology*, 1980, 65, 307-316.



- LAUGHERY, K., RHODES, B. y BATTEN, G. Computer-guided recognition and retrieval of facial images. En: Davies, Ellis y Shepherd (Eds.) *Perceiving and remembering faces*. Academic Press, London, 1981.
- LEVINE, F. y TAPP, J. Psychology of criminal identification —the gap from Wade to Kirby—. *University of Pennsylvania Law Review*, 1973, V121 N5, 1079-1131.
- LOFTUS, E. Unconscious transference in eyewitness identification. *Law & Psychology Review*, 1976, vol. 2, 93-98.
- LOFTUS, E. y PALMER, J. Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning & Verbal Behaviour*, 1974, vol. 13, 585-589.
- LOFTUS, E. y ZANNI, G. Eyewitness testimony: the influence of the wording of a question. *Bulletin of the Psychonomic Society*, 1975, vol. 5 (1), 86-88.
- MALPASS, R. Effective size and defendant bias in eyewitness identification lineups. *Law and Human Behavior*, 1981, vol. 5, n.º 4, 299-309.
- MALPASS, R. y DEVINE, P. Guided memory in eyewitness identification. *Journal of Applied Psychology*, 1981(a) vol. 66, n.º 3.
- MALPASS, R. y DEVINE, P. Measuring the fairness of eyewitness identification lineups. En: Lloyd-Bostock y Clifford (Eds.) *Evaluating Witness Evidence*. John Wiley & Sons Ltd, London, 1983.
- MARQUIS, K., MARSHALL, J. y OSKAMP, S. Testimony validity as a function of question form, atmosphere, and item difficulty. *Journal of Applied Social Psychology*, 1972, 2, 167-186.
- MAULDIN, M. y LAUGHERY, K. Composite production effects on subsequent facial recognition. *Journal of Applied Psychology*, 1981, 66 (3).
- MIRA, J. J. *Memoria en la vida diaria: Un estudio experimental sobre testimonio*. (Tesis de licenciatura) Pentalfa Ediciones (microficha), 1983.
- MIRA, J. J. y DIGES, M. Psicología del testimonio: Un problema metodológico. *Revista de Psicología General y Aplicada* (en prensa).
- MIRA, J. J. y DIGES, M. Tamaño, sesgos e imparcialidad de las ruedas de presos. Comunicación presentada en el *I Congreso de Psicología de la excepcionalidad*. Barcelona 1983b.
- NEISSER, U. *Cognitive Psychology*, Appleton Century Crofts, N.Y. 1967.
- NEISSER, U. *Cognition and reality*. Freeman, San Francisco 1976.
- NEISSER, U. *Memory observed. Remembering in natural contexts*. Freeman & Co. San Francisco 1982.

- NISBETT, R. y ROSS, L. *Human Inference: Strategies and shortcomings of social judgement*. Prentice Hall, 1980.
- PARKER, L. *Legal Psychology —Eyewitness Testimony— Jury Behavior*. Charles C. Thomas, Springfield, 1980.
- PATTERSON, K. Person recognition: more than a pretty face. En: Gruneberg, Morris y Sykes (Eds.) *Practical Aspects of Memory*. Academic Press, London, 1978.
- PENRY, J. *Looking at faces and remembering them: a guide to facial identification*. Elek books, London, 1971.
- SIEGEL, J. y LOFTUS, E. Impact of anxiety and life stress upon eyewitness testimony. *Bulletin of the Psychonomic Society*. 1978, vol. 12 (6).
- SMITH, J., PLEBAN, R. y SHAFFER, D. Effects of interrogator bias and a police trait questionnaire on the accuracy of eyewitness identification. *Journal of Social Psychology*. 1982, vol. 116, 19-27.
- WELSS, G. Applied eyewitness-testimony research: system variable and estimator variable. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1978, 36.
- WINOGRAD, E. Encoding operations which facilitate memory for faces across the life span. En: Gruneberg, Morris y Sykes (Eds.) *Practical Aspects of Memory*. Academic Press, London, 1978.
- WYER, R. y SRULL, T. The processing of social stimulus information: A conceptual integration. En: Ostrom, Ebbesen, Wyer, Hamilton y Carlston (Eds.) *Person Memory: The cognitive basis of social perception*. Lawrence Erlbaum Associates, 1980.
- YARMEY, A. *The Psychology of Eyewitness Testimony*. Free Press, New York, 1979.

#### NOTAS :

- 1 Identi-kit Company, 17985 Sky Park Circle, Suite C, California 92714, U.S.A.
- 2 Messr John Waddington of Kirkstall Ltd., Commercial Road, Leeds, LS5 3Aj, U.K.  
Sirchie Fingerprint Laboratories INC., P.O. Box 269, Moorestown NJ 08057 U.S.A.

#### RESUMEN

Dentro de las investigaciones sobre psicología del testimonio destaca, por el volumen de trabajos, el área de la identificación de personas. En este artículo se pretende dar una visión global de los diferentes procedi-

mientos de identificación, aportando datos para juzgar su utilidad cuando son empleados por testigos para reconocer o recordar a una persona. Se sugiere que los errores de los testigos pueden ser interpretados al entender el funcionamiento de la memoria más como reconstrucción que como reproducción de sucesos, sugiriéndose como más conveniente para la interpretación de los datos actuales la teoría de conocimiento social de Nisbett y Ross (1980). Se aporta, también, una extensa bibliografía sobre este tema.

### **SUMMARY**

According with the number of publications the most important area of eyewitness testimony is the research of person identification. In this paper we try to explain the methods for recognition and/or recall faces and the usefulness of this techniques when was used by eyewitness. Suggest that misidentification of eyewitness can be understanding if we see the human memory as event reconstruction more than event reproduction. We think that Nisbett & Ross (1980) theorie about human inference as the most useful model to perform the investigations. Also is aviable an extensive bibliography about this area.

### **RESUME**

D'Accord avec le número de plublications, l'ane plus important du témoignage sont les investigations sur l'identification des personnes. Dan cet article on explique le méthode pour reconnaître et/o nappeler visages, et l'utilité de cettes techniques quand ils sont usé par témoins. On suggère que les erreurs des témoins ils penvent être entendus, si nous voyons la mémoire humaine plus reconstruction que comme reproduction dévéement. Nous pensons que la théorie de Nisbett y Ross (1980) c'est le modèle plus utile pour interpréter les investigations. On apporte une vaste documentation sur le theme.



**MODIFICACION JUDICIAL DE LA PENA  
CONVENCIONAL.  
ARTICULO 1154 C.C.**

Juan Antonio MORENO MARTINEZ  
Profesor de Derecho Civil



El único precepto que sobre moderación de la pena viene a establecer nuestro Código Civil, es el art. 1154, disponiendo que «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

El estudio de la operatividad del artículo 1154 se realizará en el supuesto de incumplimiento total y de incumplimiento parcial o irregular.

## 1. INCUMPLIMIENTO TOTAL

La interrogante que se viene planteando en la doctrina es si tal precepto dictado para el cumplimiento parcial, a través de una aplicación analógica, podría utilizarse para el incumplimiento total, por estimarse excesiva la pena.

Nuestra solución ha de ser negativa. A este respecto hay que volver a resaltar la importancia de la autonomía de la voluntad que el art. 1255 viene a proclamar, y en este sentido estimar que las partes, haciendo uso de tal facultad, establecieron una pena para el caso previsto por ellas (que se produzca el incumplimiento total), independiente de si realmente se han producido daños o no; ello se agrava aún más, si se tiene en cuenta que el Código permite la pena cumulativa.

Podría argumentarse, en orden a la no aplicación del art. 1154 al supuesto de incumplimiento total, el razonamiento de que, si tal artículo establece expresamente las palabras «en parte o irregularmente cumplida», es que está excluyendo implícitamente el incumplimiento total, bien por estimar, como nos dice Albaladejo, que tal artículo no ha pretendido como fin el reducir la pena a la cuantía de los daños efectivamente producidos, bien por imponer una pena parcial que guarde con el cumplimiento parcial lo mismo que la pena total con el incumplimiento total<sup>1</sup>.

De lo dicho con anterioridad resulta claro que, si la pena fue establecida para el supuesto de cierto tipo de incumplimiento parcial o irregular, es claro que cuando la obligación se cumpla parcial o irregularmente en la proporción para la que se estableció, la pena no es moderable. En definitiva la moderación de la pena procede, no por el hecho de haber cumplido en parte sus obligaciones el deudor, sino por haber cumplido en parte la obligación para la que se pensó la pena.

Hay que dejar bien claro, que en el caso de establecerse una pena desproporcionadamente alta (que es perfectamente permisible por nuestro

Código Civil), habría que estudiar, en función de las circunstancias que concurren en el caso, si bajo la forma de cláusula penal se encubre un pacto usurario, que ya en el Derecho Romano se sancionaba con su nulidad.

Pero el problema, como nos dice Espín, sería distinto al que examinamos, pues no se trataría de una cláusula penal válidamente estipulada<sup>2</sup>. La ley de Represión de la Usura de 23-7-1908 intentó poner remedio a través de su art. 9 señalando que «lo dispuesto en esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido».

Nuestro Tribunal Supremo, interpretando perfectamente este artículo, solucionó el problema en la Sentencia de 5-11 de 1955: «La cláusula penal puede ser una operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero que entre dentro del ámbito de la ley de 1908. En tal supuesto la aplicación de la ley de Azcárate no se hará, en sentido técnico, a una cláusula penal, sino a un préstamo encubierto o simulado bajo la apariencia jurídica de una pena convencional».

Nuestra Jurisprudencia, en numerosas sentencias, bien implícitamente, bien de forma expresa, se ha inclinado por la no moderación en caso de incumplimiento total.

En este sentido la Sentencia de 16-1 de 1910 señala que «cuando el incumplimiento de la obligación no ha sido total, ni ha sido debido sólo a la culpa del que ha incurrido en él, hay que proceder a la moderación de la pena...»; Sentencia de 8-julio de 1911 «El Tribunal no tiene el poderío que le concede el artículo 1154, sino únicamente en la hipótesis de cumplimiento irregular, no en la de incumplimiento absoluto»; Sentencia de 19-12-1930, «procede la moderación de la pena al no tratarse de un incumplimiento total por la sola culpa del que incurrió en ella»; Sentencia de 21-6-1950 «se rechaza la aplicación del artículo 1154 cuando no se demuestre que la obligación se ha cumplido parcial o irregularmente»; Sentencia de 27-5 de 1959, «No procede la reducción de cuantía al carecer de toda justificación la persistente negativa a abonar el débito ni cuando se le facilitó moneda-dólar para su pago por los órganos competentes ni tampoco cuando se le facultó para saldarle en moneda extranjera»; y la Sentencia de 1-12-1973 señala que «es imperativa y no facultativa para los Tribunales la modificación equitativa de la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, pero, sin embargo, no da lugar tal modificación en los supuestos no de cumplimiento irregular, sino de cumplimiento total».



## 2. CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR

### 2.1. *Idea general. Antecedentes*

Resulta de gran interés el determinar, ante un incumplimiento, si éste es total, o si tan sólo parcial o irregular, pues ello incidirá respectivamente en su no moderación, o moderación de la pena convencional. Si de lo acordado por las partes o de la naturaleza de la obligación no se establece con claridad la distinción, ello deberá deducirse del contenido de la promesa y conjunto de circunstancias.

Ya se ha visto en el epígrafe anterior que la pena se aplica en toda su integridad, en el supuesto de incumplimiento total.

Supuesto distinto es cuando este incumplimiento no ha sido completo (cumplimiento parcial) o no exacto en cuanto al modo, a la forma o al lugar (cumplimiento irregular), en cuyo caso parece justo y equitativo el moderar la pena, pues de lo contrario podría conseguir el acreedor un excesivo enriquecimiento. Pero ello, siempre sin perjuicio de que otra cosa hubieran establecido las partes, pues, como se sabe, la ley fundamental en materia de cláusula penal es la voluntad concordada.

El Código Civil en su art. 1154, nos aporta sus bases al decir que «el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

El fundamento de este precepto se halla en el hecho de que las partes no han podido prever la cuantía de los daños posibles cuando el deudor cumpla sólo en parte o cumpla irregularmente, imposibilitando el que se dicten normas de carácter general que puedan resolver estas situaciones. Ante este supuesto se delega al juzgador la misión de resolver el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias que vienen a darse en él, basándose, como se infiere del art. 1154, en criterios equitativos.

No obstante, esta facultad viene a representar una excepción, pues como establece el art. 1091, «Las obligaciones nacidas de los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes» y los jueces no pueden alterar esta ley privada, que los propios contratantes dictaron<sup>3</sup>.

**Antecedentes.** Ya en el Derecho Romano, según los distintos autores que han estudiado el tema, el cumplimiento de parte de la obligación impedía el exigir al acreedor la pena íntegra.

Se citaban como fundamentos dos textos. En uno de ellos se examina el caso de que haya sido prometido bajo pena la comparecencia de varios esclavos en juicio, estimándose que si uno de estos falta, «poenan inte-

gram committi», pero se añade la posibilidad de oponerse por parte del deudor la «exceptio doli», en el sentido que al acreedor ofreciera una parte proporcional en función de los esclavos que había entregado. El otro texto se refería a un caso particular, ya que se trataba de que se pactase su íntegra prestación, y ante este supuesto el jurisconsulto Paulo decide que si la cosa fue entregada en parte, la pena se debería por entero <sup>4</sup>.

Pese a que se citan estos textos como fundamento de la moderación en caso de cumplimiento parcial, parece que no es posible sentar principios generales.

## 2.2. *Proceder jurisprudencial*

Nuestro Tribunal Supremo, en base a los presupuestos del art. 1154, ha venido marcando las pautas de la moderación a través de las numerosas sentencias en que se ha pronunciado.

Podemos esquematizarla en numerosos apartados:

### 2.2.1. Presupuestos en orden a su aplicación

Resulta necesario el que se haya producido un incumplimiento parcial o no exacto en cuanto a la calidad, modo y forma, siendo indiferente el que haya habido buena o mala fe en el deudor para que se proceda a la moderación.

En numerosas sentencias se ha corroborado esta afirmación. En este sentido la Sentencia de 15-6 de 1914 establece «que el precepto del art. 1154 del Código Civil, subordina su aplicación al hecho de que la obligación principal haya sido en parte o irregularmente cumplida...»; Sentencia de 31-10 de 1922 «Tratándose de obligación irregularmente cumplida respecto al plazo y no en su totalidad, debe aplicarse el art. 1154»; Sentencia de 21-5 de 1948 «El juez moderará la pena equitativamente cuando la obligación principal haya sido en parte o irregularmente cumplida»; Sentencia de 28-1 de 1958 «El cumplimiento irregular del contrato da lugar, con arreglo al art. 1154, a la moderación de la pena pecuniaria»; Sentencia de 25-11 de 1960 «La facultad moderadora de la pena presupone su irregular realización»; Sentencia de 3-1 de 1964 «La apreciación de si la obligación principal ha sido en parte o irregularmente cumplida es facultad exclusiva del Tribunal de instancia...»; Sentencia de 20-11-1970 «La potestad que concede el art. 1154 no lo es de manera absoluta, sino que está condicionada a la circunstancia de que la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida»; Sentencia de 20-11 de 1972 «El artículo 1154

autoriza al juez a moderar la pena pactada cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, como ha sucedido en el presente caso, en que la construcción principal se ha realizado, si bien en la forma no totalmente conforme con lo pactado, lo que hace prudente reducir 500.000 pts. la penalidad prevista para el caso de incumplimiento total; y Sentencia de 4-7-1981 «La facultad de modificar equitativamente la pena cuando hubiera sido irregularmente cumplida por el deudor...».

El artículo 1154 no tiene en cuenta, a efectos de moderación, el de si hubiera mediado buena o mala fe por parte del deudor. Esto se puede comprobar a través de dos sentencias muy significativas dictadas por nuestro Tribunal Supremo. La primera es de 21-5 de 1948, estableciendo que «el art. 1154 del Código Civil no exige como requisito para su aplicación una buena fe manifiesta, pues únicamente subordina la procedencia de la moderación de la pena a la condición de que la obligación principal haya sido en parte o irregularmente cumplida. La segunda es de 8-3 de 1951 que en el mismo sentido que la anterior, excluye toda consideración de la buena o mala fe del que incumple.

### 2.2.2. ¿Facultad o deber? Naturaleza del artículo 1154 del Código Civil

De la lectura del artículo 1154 del Código Civil, se desprende claramente que el juez tiene el deber, y no sólo la facultad, de moderar la pena. Es imperativa en cuanto que el juez debe hacer uso de ella, es facultativa en cuanto a la intensidad de la reducción.

Quando no sea pedido por las partes, debe instarse de oficio. En este sentido las sentencias de 3-7 de 1915, 15-6 de 1941 y de 3-1 de 1964.

No obstante existe una Sentencia de 20-11-1970 que viene a sostener lo contrario. «No puede desvirtuarse por otra parte con los argumentos utilizados por el recurrente en su escrito de formalización en el sentido de cuando el legislador dice que «el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor», no está estableciendo una facultad, sino imponiendo un deber que habría de ser imperativamente observado con independencia de las alegaciones de los litigantes: lo cual corresponde con la realidad, puesto que afirmar que la modificación se hará de manera equitativa, implica algo consustancial con la valoración y apreciación discrecionales que es ajeno a la idea de un mandato imperativo e implica la necesidad de que sea solicitado por aquél quien interese».

Pese a la sentencia, la Jurisprudencia es uniforme en considerar que, a falta de petición de parte, se decreta «ex officio».

Resulta interesante analizar el proceder jurisprudencial acerca del carácter de imperativa exigencia judicial. En este sentido, la Sentencia de 16-1 de 1910, «Cumplida parcialmente una obligación, debe moderarse equitativamente la pena, a tenor del artículo 1154 que por contener un precepto imperativo, es de obligada observancia»; Sentencia de 16-3 de 1910 «debió la Sala, por estar comprendido lo menos en lo más, moderar equitativamente la pena reclamada en la demanda, a tenor de lo dispuesto en el art. 1154, que, por contener un precepto imperativo, es de obligada observancia y que por cuya inaplicación al caso actual procede la casación de la sentencia»; Sentencia de 13-2 de 1911 «Es de ineludible aplicación la pena estipulada, considerando a la misma como una consecuencia necesaria del incumplimiento irregular»; Sentencia de 30-10 de 1922 «La modificación del juzgador no integra una facultad del mismo, sino una obligación ineludible, por imperativo del art. 1154»; Sentencia de 30-1 de 1932 «Cumplida parcialmente la obligación, debe moderarse equitativamente la pena por ser imperativo del artículo 1154 del Código Civil»; Sentencia de 16-6 de 1941 «desde que se acreditó el cumplimiento parcial, surge el deber de aquéllos de moderar la pena convencional»; Sentencia de 21-5 de 1948 «El art. 1154 establece de modo imperativo y no meramente facultativo que el Juez moderara equitativamente la pena cuando la obligación principal haya sido en parte o irregularmente cumplida, y en este caso es de estimar la existencia de cumplimiento parcial, siendo conforme a equidad...»; Sentencia de 21-6 de 1950 «El precepto contenido en el art. 1154 del Código Civil, entraña para los tribunales una norma de derecho imperativo»; Sentencia de 27-septiembre de 1955 «Aunque la expresión formal del art. 1154 del Código Civil alude literalmente al Juez como encargado de moderar la pena, si el incumplimiento de la obligación principal ha sido en parte o irregularmente cumplido, no debe ofrecer duda que el deber y no mera facultad de moderación...»; Sentencia de 1-12 de 1965, «la modificación de la pena por el Juez se impone imperativamente, no como una facultad, sino como un deber».

### 2.2.3. Criterios de aplicación. Equidad

En principio, habrá que examinar si las partes, en el momento de celebración, fijaron los criterios a través de los cuales se aplicaría la moderación, y todo ello en orden a respetar la autonomía de la voluntad, consagrada en el art. 1255 del Código Civil.

En su defecto, el legislador, ante la imposibilidad de dictar normas generales que puedan resolver el conflicto de intereses, delega a través del art. 1154 la misión de ajustar la ley del contrato a las circunstancias concurrentes, por razón de equidad.

Es decir la reducción tendrá que basarse en un juicio de equidad sobre el presupuesto de un incumplimiento parcial o irregular de la prestación (aceptado por el acreedor), nunca de un incumplimiento total. Esta idea de equidad que actúa como límite en el juzgador debe entenderse de acuerdo con los criterios de justicia vigentes dentro de la comunidad y con las convicciones y creencias imperantes en la misma <sup>5</sup>.

La equidad se halla enmarcada dentro de los principios generales del Derecho. Así por la afirmación de la Sentencia de 29-11 de 1899 se señala que «encierra la equidad los principios generales del Derecho, a que deben atenerse los Tribunales cuando no tienen disposición precisa ni costumbre obligatoria que aplicar, y sirve del mismo modo para interpretar los contratos, pero sin que pueda prevalecer contra las leyes ni contra las convenciones».

En la misma línea de lo expresado, Puig Peña opina que la modificación debe ser equitativa, teniendo en cuenta los intereses de las partes como el provecho que del cumplimiento parcial haya obtenido el acreedor. Y por ello:

- Si el acreedor no ha obtenido provecho alguno no procederá la moderación judicial, al entenderse aquí que procede el resarcimiento íntegro, que viene representado por la pena.
- En supuestos de intereses usuarios, deberá entregar el deudor lo indebidamente recibido.
- Si el provecho fue justo, habiendo percibido los intereses legalmente correctos, no es dable obligarle a devolver los citados intereses recibidos como cláusula penal porque, si bien dados los términos absolutos que informan este artículo y el principio de Derecho aplicable a toda clase de pena, en cuanto a sus efectos retroactivos, procede la aplicación de aquél en lo favorable para la liquidación de lo pagado, tal efecto retroactivo no puede llevarse al extremo de imponer al acreedor la obligación de devolver las cantidades legítimamente cobradas al deudor <sup>6</sup>.

La práctica jurisdiccional ha reflejado en todo momento que el criterio de moderación se hace en virtud de un arbitrio de equidad.

En este sentido la Sentencia de 22-12 de 1908 establece que «las reglas de equidad en que se basa esencialmente el art. 1154 del Código Civil y el principio de Derecho que exige la restricción en todo lo que

pueda resultar perjuicio no permiten que se separen los términos de un contrato para el objeto de agravar una condena; y sentado esto, no puede por menos de estimarse que el referido artículo no ha sido infringido por la sentencia recurrida, ya que la misma aprecia acertadamente que los demandados, al aceptar los lotes formados por los contadores, cumplieron en parte la obligación establecida del contrato que con anterioridad tenían celebrado»; Sentencia de 16-1 de 1910 «la Sala debió moderar equitativamente la pena conforme al art. 1154 del Código Civil»; Sentencia de 3-7 de 1915 «que no existe incongruencia, ni infracción cuando el Tribunal «a quo», en uso de la potestad establecida en el art. 1154 del Código Civil modifica equitativamente la pena...»; Sentencia de 14-3 de 1922 «Que al reducir el importe de las multas pactadas por el retraso de la construcción de un edificio, el Tribunal hace uso de la facultad moderadora, y por tanto, discrecional y equitativa que otorga el art. 1154; Sentencia de 8-1 de 1945 «En la cuantía en que debe ser reducida, rigen los principios de equidad que son de libre y soberana aplicación por los Tribunales de instancia con arreglo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto; Sentencia de 4-7 de 1981 «Dados los términos literales del art. 1154 del Código Civil, cuya violación denuncia el recurso, la facultad de modificar equitativamente...» y Sentencia de 20-4 de 1983 «Por lo que en uso del artículo 1154 del Código Civil, se moderó a su amparo equitativamente».

El criterio, en orden a la reducción de la pena, está en proporción con lo que se cumplió. Si bien este principio ha sido mantenido fiel por nuestra Jurisprudencia, a través de numerosas sentencias en donde siempre los ha tomado en consideración, en algunas ocasiones ha venido a quebrantarse en parte. Este dilema se puso en tela de juicio en las cosas compradas a plazos.

Como nos dice Albaladejo, resulta frecuente en la práctica que, pagando a plazos una cosa comprada, se establezca que cuando se deje de abonar alguno, se disuelva el contrato, pactando la cláusula de que el comprador en tal caso pierde los plazos que pagó. Frente a esa práctica, el Tribunal Supremo ha moderado esa pena al estimar que en tal supuesto, no perdiese sino parte de los plazos que pagó <sup>7</sup>.

Este es el criterio de la Sentencia de 8-1 de 1915.

Resulta interesante señalar que en algunas sentencias, al pronunciarse por la concesión de un nuevo plazo para cumplir, no puede calificarse de moderación, sino de facilitación en el cumplimiento y así evitar la imposición de la pena. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 5-2 de 1914 «Pactada como pena la pérdida de los terrenos, construcciones y

mejoras en cierto contrato de venta a plazos que quedó incumplido por el comprador, es forma de moderación de aquélla la concesión, por el Tribunal de instancia, de un plazo al comprador para ponerse al corriente de sus obligaciones, transcurrido el cual se aplicaría la cláusula penal con arreglo a lo convenido».

#### 2.2.4. Organismo competente. Irrevisibilidad en casación

Aunque la expresión literal del artículo 1154 del Código Civil alude únicamente al Juez como encargado de moderar la pena si el incumplimiento de la obligación principal ha sido en parte o irregularmente cumplida, no debe ofrecer duda que el deber y no mera facultad de moderación o degradación, corresponde también al Tribunal de segunda instancia, ya que por virtud de la apelación en ambos efectos, y sin limitación de temas en litigio, asume jurisdicción plena para conocer del pleito, como el Juez en toda su integridad.

Debemos hacer constar que el sistema de recursos es el general de nuestro Derecho, salvo el de casación, aunque necesitando de las siguientes precisiones:

- El supuesto de apreciación de si la obligación ha sido en parte o irregularmente cumplida es recurrible en casación por el motivo 7 de art. 1692 de la L.E.C. Es decir, de si fue o no total el incumplimiento o la cuestión de si realmente lo hubo o no.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 21-5 de 1948 establece que «si es recurrible la apreciación del Tribunal en orden a la naturaleza e intensidad del incumplimiento».

- Sin embargo, en el supuesto de que se produzca el cumplimiento parcial, el juicio de equidad a través del cual se realiza la moderación es irrevisable en casación. En este sentido se ha pronunciado en la Jurisprudencia. Así la Sentencia de 30-1 de 1931 «Habiendo apreciado el Tribunal «a quo» la naturaleza de la cláusula penal que ostenta la estipulación del contrato, así como también el hecho de haberse cumplido el contrato en su mayor y principal parte, siempre resultará irrevisable en casación el juicio de equidad que el Tribunal de instancia hubo de llevar a cabo, para concluir moderando la pena estipulada, en cumplimiento de lo imperativamente dispuesto por el art. 1154 del Código Civil»; Sentencia de 11-3 de 1971 «Las razones motivadoras del ejercicio de su ilimitada facultad moderadora no están sujetas a casación»; Sentencia de 4-7 de 1981 «...en los casos en que, como en el presente, la obligación de pagar el precio ha sido

parcialmente cumplido, en la que va implícito un juicio de equidad irrevocable en casación» y Sentencia de 20-4 de 1983 «...en el ejercicio por lo demás, por los Tribunales de un cometido discrecional no revisable en casación».

1 Cf. M. ALBALADEJO, *Derecho Civil II*, Vol. I, Barcelona, 1977, p. 267.

Frente al criterio de inmutabilidad del C.C. español en este tipo de incumplimiento, en las Codificaciones modernas prevalece el criterio de moderación.

Así, la Legislación francesa, a partir de la reforma de 1975, viene a reconocer en su art. 1152, la facultad al juez de moderar o aumentar la pena en el supuesto de que ésta sea excesiva o irrisoria. La doctrina insiste en la excepcionalidad de la intervención del juez. En este sentido A-Weill-Terré, *Droit. Les obligations*, Paris, 1980, p. 535; J. CARBONNIER, *Droit Civil. Les obligations*, Paris, 1982, p. 308; S. SANZ: «La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale». *R. trim. dr. civ.*, 1977, p. 268 y ss.; F. CHABAS, *La réforme de la clause pénale*. D. 1976, Chron. 229; BOCCARA, «La réforme de la clause pénale: conditions et limites de l'intervention judiciaire». *Sem. jur.*, 1975, I, 2742; EVADÉ, «La réduction des clauses pénales excessives, à propos de la loi du 9 juillet 1975», *Gaz. Pal*, 1976, 2, Doct 449; J. Y. CHEVALLIER, «Clause Pénale», *Encyclopédie Civile*, II, Paris, 25.

El C.C. alemán posibilita la moderación de la pena para el caso de que fuera excesivamente elevada (siempre que estuviera vencida y no pagada), a través de su párraf. 343. 1.º *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1985. Recibiendo la norma amplio apoyo por parte de la doctrina. En este sentido. J. N. HEDEMANN, *Tratado de las obligaciones*, V. III, Madrid, 1958, p. 56; ENNECCERUS-KIPP y WOLF, *Tratado de D. Civil*, Barcelona, 1947, p. 191; K. LARENZ, *D. de Obligaciones*, V. I, Madrid, 1950, p. 371.

Por último el C.C. italiano, en su art. 1384 reconoce la reducción de la pena para el caso de que su importe sea manifiestamente excesivo, operando con los límites de equidad e intereses que hubiera podido ver satisfecho el acreedor. En este sentido, P. PERLINGIERI, *C. C. Annotato*, L. Quarto, Torino, 1983, p. 484; TRABUCCHI, *Commentario al C.C.*, Padova, 1981, p. 571; TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1974, p. 137; MAGAZZU, «Clausola Penale», en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1960, p. 195.

2 Cf. D. ESPIN, «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *R.D.P.*, Madrid, 1946, p. 162. En el mismo sentido M. ALBALADEJO, *Ibid.*, p. 266.

3 Cf. J. OSSORIO MORALES, *L. de D. Civil. Obligaciones y contratos*, Granada, 1958, p. 50.

4 Cf. Espín, *op. cit.*, p. 163.

5 Cf. DIEZ PICAZO, *Fundamentos del D. Civil Patrimonial*, Madrid, 1970, pp. 575-6; J. M. LOBATO, *La cláusula penal en el D. Español*, Pamplona, 1974, p. 177; E. RUIZ VADILLO, «Algunas consideraciones sobre la Cláusula penal», *R.D.P.*, 1975, p. 408.

El límite de la equidad es especialmente señalado en el texto del art. 1384 del C.C. italiano: Trabucchi, *op. cit.*, p. 571.

6 F. PUIG PEÑA, *Tratado de D. Civil Español*, T. IV, V. I, Madrid, 1951, pp. 122-3.

7 Cf. ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 269.



## **SOBRE EL CONCEPTO DEL LEGADO\***

Juan ROCA GUILLAMON  
Catedrático de Derecho Civil

\* Este trabajo constituyó en su día el tercer ejercicio de la oposición a la plaza de Profesor Agregado de Derecho civil de la Universidad de Granada (enero 1983). He preferido respetar su forma de «Lección», limitándome a añadir al final la relación de la bibliografía utilizada.

### **S U M A R I O :**

#### **I. EL CONCEPTO DEL LEGADO**

1. *La función del legado en el Derecho Romano.*
2. *La evolución posterior.*
3. *La noción del legado en los textos de la Codificación: La determinación del concepto de sucesión particular.*
4. *La fórmula del art. 660 C.c. frente a los legados de cosa ajena y de parte alicuota.*
5. *Definición positiva del legado*

#### **II. ELEMENTOS DEL LEGADO.**

6. *Personales. El prelegado.*
7. *Reales.*
8. *Formales.*



## I. EL CONCEPTO DEL LEGADO

1. Durante mucho tiempo se aceptó como definición del legado la antigua fórmula de MODESTINO: «*Legatum est donatio testamento relicta*» (D. XXXI, 36), reproducida con diversas palabras en las Instituciones de Justiniano «*Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta* (II, 29, 1)», y parece a primera vista singular que los autores señalen casi unánimemente, la dificultad que existe en el Derecho moderno para formular un concepto del legado.

Mas la razón de tal dificultad estriba, precisamente, en que la doctrina de esta institución, aun conservando los moldes y la terminología elaborada por el Derecho Romano, ha evolucionado considerablemente en dos aspectos fundamentales: en su naturaleza y en cuanto a su función en el sistema sucesorio, de tal modo que se hace muy difícil, incluso, armonizar la terminología, el nombre de «legado» —que por tradición conserva alguna modalidad del instituto— con la naturaleza asignada al legado por el Derecho vigente.

El punto de arranque de esta evolución hay que buscarlo en la misma procedencia etimológica de la palabra *legado*, del verbo «legare» que, en el Derecho Romano primitivo, venía a significar la ley por la que el testador regía su sucesión, disponiendo de su patrimonio para el momento de la muerte. Esta ley de la sucesión revistió primeramente la forma de la «mancipatio», por efecto de la cual el «hereditatis emptor» se obligaba a transmitir al heredero su herencia; pero, como simultáneamente, podía el disponente imponer al heredero detracciones de la herencia en favor de personas determinadas, según VITALI, cuando la *mancipatio* fue abandonada como forma solemne de institución de heredero, la palabra «legare» sirvió solamente para designar las disposiciones a título singular.

Esta concreción de la palabra *legare* a las instituciones a título singular, plasmó en los cuatro distintos modos de legar, que según FERRINI, tenían en común el que habían de ser impuestos al heredero (puesto que eran detracciones de la herencia) y concebidos en *términos imperativos*, bajo pena de ineficacia.

Por otra parte, las cuatro formas del legado (*per vindicationem*, *per damnationem*, *per praeceptionem* y *sinendi modo*) tenían también de común el que su existencia estaba indisolublemente unida a la institución de heredero, que es, precisamente, lo que justifica su descripción en los textos como *prestación del heredero*.

Mas el concepto se mantuvo de un modo absoluto —aunque con la

paulatina abolición de fórmulas por Constancio Cloro y Constantino— hasta Justiniano, quien reguló la materia del legado con los fideicomisos. Señala VITALI que desde este momento, comienza a modificarse la función respectiva de la herencia y el legado, que empieza, por así decirlo, a independizarse poco a poco de la institución de heredero y a interferirse en la función de ésta: ya pudo gravarse con cargas, tanto al heredero como al legatario mismo, mediante una disposición fideicomisaria singular e, incluso, con un sublegado.

Así, la institución de heredero ya no fue esencial a la existencia del legado, hasta el punto de afirmarse que el legatario, al cumplir a su vez un legado, hacía las funciones del heredero. Más tarde, al desaparecer para el legado las formas solemnes; al dejar la institución de heredero —antigua ley de testamento— de representar el sostén del legado; y, en fin, completando el proceso el Derecho estatutario, la figura del legado evolucionó, incluso con la aportación del Derecho consuetudinario francés, en el que las disposiciones de última voluntad adoptaban la forma de codicilo.

Este estado de cosas dio lugar, como se comprende, a una falta de delimitación de funciones entre la herencia y el legado dentro del sistema sucesorio, porque se había conmovido la estructura de la sucesión, y ello motivó que, en la época de la Codificación, se produjera un retorno al intento de concretar las funciones de heredero y legatario por el expediente, ya empleado por los romanistas anteriores, de asignar al legado el carácter de disposición a título singular: así, la vieja definición de HALL-FELL, en su «Jurisprudentia forensis» (cit. por Glück): «Legatum est *res singularis* alicui última voluntate directe relicta», que destacando su carácter de sucesión particular, elimina además el de «prestación del heredero», con lo que desaparece la subordinación del legado a la herencia.

2. Las legislaciones modernas coinciden, en general, en este retorno a una concreta delimitación de la función del legado y de la herencia; pero es el único punto de coincidencia, porque, como SCIALOJA señala, el derecho moderno comienza por invertir el modo de advenir a la condición de heredero y legatario. En Derecho Romano, es la institución de heredero la causa de adquisición del «universum ius» del causante, mientras que en el Derecho moderno es precisamente al contrario: la atribución del «universum ius» es de donde deriva la cualidad de heredero, criterio objetivo sin embargo hoy puesto en cuestión entre nosotros (LACRUZ, VALLET, NUÑEZ LAGOS), como veremos. Por otra parte, la dependencia del legado con respecto a la herencia ha desaparecido en el Derecho moderno, como carácter verdaderamente esencial.

La consecuencia de esta evolución es la falta de concordancia entre los caracteres específicamente romanos del legado y su concepto actual; y ello la causa de las dificultades existentes para formular un concepto verdaderamente exacto. Es más, la doctrina no se ha contentado con señalar la inexactitud de la antigua definición de Modestino con relación al Derecho actual, sino que autores como GANGI sostienen su inexactitud aún para el propio Derecho Romano y desde un punto de vista sustancial, cuestión que se suscitó también a la hora de redactar el Código civil alemán. Y es que, en efecto, la expresión «donatio», que tanto la definición de Modestino como la de Justiniano emplean, supone que, en cuanto donación, el legado signifique un enriquecimiento para el legatario, lo que en Derecho Romano no siempre ocurría, como sostiene FERRINI al negar que el legado constituyera siempre y en todo caso una liberalidad.

FERRINI explica esta falta de adecuación entre la naturaleza de donación, que la antigua definición asigna al legado, y la realidad, observando que las definiciones a que nos venimos refiriendo, vienen siempre formuladas en pasajes de las fuentes relativos a la donación, tratando ambos institutos bajo el mismo principio, como especies muy afines, sistema que justifica FADDA considerando que el legado deriva de la antigua *donatio mortis causae*, que se transfundió en la forma «per vindicationem», en cuya opinión también abunda BONFANTE.

Mas este conjunto tratamiento no excluía, siguiendo a FERRINI, que el legado pudiera gravarse con cargas tales que absorbieran todo beneficio del legatario, bien mediante condiciones que excluían todo lucro de éste, bien por la vía del «modus», que excluía toda la utilidad del legado (es frecuente en las fuentes la obligación impuesta de emplear todo el legado en la construcción de un «opus» en beneficio de una ciudad, o un monumento a la memoria del testador, o el legado de esclavos para ser manumitidos), o bien por medio de fideicomisos que obligaban al legatario a transmitir lo que hubiese recibido.

Con ello quiero significar que, en líneas generales, el legado venía considerándose en Roma como una liberalidad semejante a la donación, sin perjuicio de que, paulatinamente, el requisito de la liberalidad fuese perdiendo importancia; pero, como señala DEGNI, no hasta el punto que del espíritu conservador de los romanos desapareciera el carácter originario del instituto, que las definiciones romanas recogen como impronta de la concepción primitiva, con las excepciones ya expuestas.

El acogimiento de la terminología romana vuelve a plantear la cuestión relativa a la naturaleza del legado en el Derecho moderno, de tal manera

que, mientras la tesis de que el legado es esencialmente un acto de liberalidad ha sido acogida por el BGB (par. 1.939) tras larga discusión, y haberse formulado por las dos comisiones dos distintos conceptos del legado, autores como WINDSCHEID, BAHR, BRUGGI y especialmente GANGI, se oponen a ella, afirmando este último que el legado es sólo «normalmente» un acto de liberalidad, pero no lo es esencialmente.

A mi juicio, la opinión de GANGI es la que debe ser acogida en nuestro Derecho, no sólo porque ella recoge la síntesis evolutiva de la institución, sino también porque falta en nuestro Código un precepto que considere la liberalidad como esencia del legado, a diferencia de lo que ocurre con la donación. Aparte de que el beneficio del legado puede estar absorbido bien por un sublegado de valor igual al del legado, bien porque se le haya agregado un modo que destruya todo el beneficio atribuido. Ciertamente que el legado implica *normalmente* atribución patrimonial, pero ello no significa necesariamente que tal atribución implique un enriquecimiento. Incluso puede no haber atribución de bienes, sino mero *interés*, cuando al gravado se le impone una abstención, un *non facere* hacia el legatario, que este puede exigir.

3. Con tales caracteres y antecedentes, la definición legal del legado había de encontrar dificultades que se quisieron superar mediante la adopción de fórmulas negativas, como hace el Código francés y el italiano de 1865: «Legado es la disposición testamentaria que no comprende la universalidad o una cuota de los bienes del testador, y no constituye, por tanto, institución de heredero». Y también se intentaron superar las dificultades mediante fórmulas con algún elemento positivo, como la del par. 1.939 del Código alemán, que define el legado como «atribución de un beneficio patrimonial hecha mediante testamento y que no consiste en una institución de heredero». El elemento positivo de tal definición se encuentra en el acogimiento de la doctrina de que es esencial al legado la atribución al legatario de un beneficio patrimonial, en definitiva de una liberalidad. Dirección acogida por la Compilación navarra, cuya Ley 241 configura las mandas o legados como liberalidades a título singular.

Nuestro Código, en cambio, se abstiene de definir el legado y desdobra el concepto negativo de sus precedentes francés e italiano en la fórmula del art. 660: «Llámase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular».

La fórmula del Código, no obstante su sencillez, sugiere no pocos problemas:

A) La primera cuestión planteada es lo que por sucesión «a título particular» ha de entenderse.

En general, por sucesión se entiende entrar una persona en el lugar de otra, como sujeto de relaciones jurídicas, que pueden estar consideradas como un conglomerado, una «universitas», o bien se puede suceder en un determinado derecho o en varios derechos que no pierden su entidad individual. Las fuentes romanas expusieron la diferencia de modo preciso: «... successores autem nom solum qui universa bona succedunt, sed et hi qui in rei tantum singulorum rerum dominium successerint...» (D. 34, 2, 24, 1).

SAVIGNY precisaba así los conceptos respectivos: mientras la sucesión universal tiene por objeto los bienes, como formando un todo ideal, abstracción hecha de su contenido, la sucesión particular tiene por objeto uno o varios derechos, sin que la reunión accidental establezca entre ellos ningún lazo de dependencia. Y FERRARA ve en la sucesión universal la transmisión del patrimonio en bloque, en su conexión unitaria, y no como una suma de valores patrimoniales, por contra de la sucesión particular en que se transmite una relación jurídica o un conjunto de ellas, pero consideradas en su individualidad, de tal manera que no es lo esencial la cantidad de bienes recibidos, sino el modo y la forma de adquisición.

Queda así perfectamente establecido, con arreglo a un criterio objetivo, que la sucesión universal tiene por objeto una universalidad, un *nomen iuris*, solo divisible intelectualmente en partes alicuotas, o sea, en fracciones aritméticas consideradas en relación al todo. Así, sucede a título universal quien sucede «pro parte» en un patrimonio (un tercio, la mitad); y a título particular quien sucede en una cosa determinada o en un derecho determinado, y su atribución se limita a la cosa, derecho o conjunto de derechos transmitidos.

Sin embargo, no ha dejado de plantearse el problema de la distinción entre uno y otro tipo de sucesión, con referencia a determinadas situaciones:

a) Se discute, así, acerca de la cláusula testamentaria por la que el causante deja a una persona cuantos bienes, muebles e inmuebles posee en un país. Mientras que unos autores, como BORSARI, PACIFICI o VITALI, ven en esta cláusula una sucesión universal, por entender que ésta exige una cuota parte del patrimonio, sin distinguir entre bienes muebles o inmuebles, otros como ASCOLI, COVIELLO y BONFANTE, observan que los bienes muebles e inmuebles no son cuota, sino parte determinada, individualizada y concreta del patrimonio. Y otros, como D'AMELIO, adoptan la

posición intermedia al considerar que si el testador *tuvo presente* la totalidad de su patrimonio al atribuir los bienes, estamos ante una sucesión universal, una institución de heredero, y, caso contrario, ante un legado, una sucesión singular.

Hoy la opinión más extendida acaso sea la puramente objetiva, que sostiene, con COVIELLO y BONFANTE, que este supuesto es de sucesión particular. Los bienes muebles e inmuebles son cosa cierta y determinada y habrá de considerarse legado por tanto, conforme al art. 768 C.C.

b) Otra cuestión es la relativa al supuesto de que el testador deje el usufructo de su patrimonio a una persona y la nuda propiedad a otra, supuesto que DEGNI y COVIELLO solucionan considerando sucesor universal o heredero al nudo propietario y legatario al usufructuario, lo que razonan advirtiendo que el usufructuario goza de los bienes sólo durante su vida y sólo en cuanto al particular contenido del derecho de usufructo, mas no de los demás derechos que correspondían al causante, que pasan al nudo propietario, opinión en la que también coincide VENEZIAN.

Con tales elementos, podemos sentar las diferencias permanentes entre uno y otro tipo de sucesión, y así tenemos que:

a) El sucesor a título universal sucede en la universalidad de relaciones jurídicas del causante, o en una cuota de esa universalidad, mientras que el legatario sucede en bienes o derechos determinados.

b) Consecuencia de ello es que el heredero, como sucesor en la universalidad, sucede en los derechos y en las obligaciones (art. 661 Cc.) y responde de las deudas a no ser que se le impongan expresamente como «cargas» (arts. 797 y 858) o porque toda la herencia se distribuya en legados (art. 891); pero en tales casos el legatario responde por su cualidad de adjudicatario de los bienes o derechos que adquiere a título singular, mas sin que su responsabilidad sobrepase los límites que marca el valor del propio legado. Y por lo que luego se dirá, pienso que éste puede ser el carácter distintivo fundamental.

Determinado así el concepto de la sucesión singular, queda en pie el problema de consignar en cada caso cuándo se está ante una sucesión singular, ante un legado. Si utilizamos un criterio objetivo, el que exista una determinación de los bienes dejados a una persona, nos dará la existencia de un legado, mientras que el título de herencia comprenderá la totalidad del patrimonio o cierta porción inconcreta de la totalidad, es decir, una parte alícuota. Si se utiliza un criterio subjetivo, habrá que estimar la intención del testador manifestada en los términos del llamamiento, conforme a los arts. 675 y 668 del Cc.



Pero puede ocurrir que ambos criterios coincidan y se complementen, o, por el contrario, que estén en oposición, y entonces, en opinión de CASTAN, debe adoptarse el criterio objetivo, no sólo porque es el que predomina en los Códigos modernos, sino porque así se desprende, dice, del art. 660 del nuestro, ya que lo particular expresa un elemento simple, concreto y determinado. Mas creo, con todo, que en nuestro Código Civil las normas sucesorias tienen un evidente matiz voluntarista, que de alguna manera constriñe siempre a la indagación de la voluntad real del testador, según se desprende de los citados arts. 675 y 668.

Acaso toda la polémica suscitada entre los partidarios de la llamada teoría objetiva (entre otros, SANCHEZ ROMAN, DE DIEGO, BONET, ROYO, CASTAN, OSSORIO en un primer momento; en Italia, FERRARA) y los defensores del criterio subjetivo (NUÑEZ LAGOS, VALLET, LACRUZ, CASTAN VAZQUEZ y el propio OSSORIO, tras modificar su anterior posición) pueda centrarse en la determinación de qué preceptos poseen un carácter imperativo (p. ej. art. 440, o el 1.003) y cuáles son meras normas interpretativas del contenido de una disposición en orden a la designación de un heredero, como hace LACRUZ.

4. Con estos presupuestos, el concepto del legado que se desprende del art. 660 del Cc., se reduce a considerarlo como un supuesto típico de sucesión particular.

La fórmula es, a primera vista, insuficiente, porque el propio Código mantiene, al parecer, modalidades del legado que no encajan en el concepto genérico del art. 660, y que parecen como incrustados en sus preceptos por conservar la tradición romana, sin parar atención en que su falta de precisión conceptual aparenta conmovir la propia noción de legado que se contiene en el art. 660, como sucesión particular: así, el *legado de cosa ajena*, que reconoce el art. 861 del Código, y el llamado *legado de parte alícuota*, a que alude el art. 655, cuyas denominaciones parecen excluir, respectivamente el concepto de *sucesión* y el concepto de *sucesión particular*. Y, desde otro punto de vista, los derechos sucesorios del cónyuge viudo, que son verdadera sucesión particular, por ministerio de la Ley, y el Código, con razón, no los considera legados, aunque también sin razón, lo llama «heredero» en el art. 807.

En efecto, ya HARTMANN, con FADDA, COVIELLO y SCUTO, ponían de relieve que en el legado de cosa ajena estaba ausente toda idea de sucesión, pues no puede considerarse el legatario de cosa ajena como sucesor en una cosa o derecho que no estaba en el patrimonio del causante; ni admitido el concepto de sucesión particular, puede considerarse

como legado el llamado de «parte alcuota», sin que, a primera vista, resulte conmovido todo el concepto de sucesión particular.

Es cierto que el Derecho romano, al igual que admitió la institución de heredero *ex re certa*, admitió el llamado *legatum partitionis*, según la clásica fórmula de ULPIANO, que era un legado de obligación ante el que el heredero podía optar por entregar al legatario bien partes de las cosas susceptibles de división, bien su estimación, o ésta cuando las cosas fueran indivisibles (LACRUZ), lo que probablemente unido a la defectuosa traducción del Código francés por los redactores del Código italiano de 1865, que destaca OSSORIO, es la causa inmediata de que aparezca, aunque erróneamente mencionado, en el art. 655, a propósito de la reducción de donaciones.

De igual modo, el hecho de que el llamado legado de cosa ajena fuera admitido por el Derecho Romano en todas las épocas (si bien sólo en la forma *per damnationem*, ya que el *per vindicationem* exigía la propiedad civil de la cosa legada) es la causa de que este legado se mantenga con la denominación de legado de cosa ajena, que las Partidas aceptaron, mientras que se opuso a su admisibilidad el Derecho Canónico.

Ante estos hechos, ¿podemos estimar admisible la fórmula del art. 660 del Código Civil? En principio hay que admitir que el precepto es equívoco, si se admite que hay legados sin sucesión, y que hay casos de sucesión particular que no son un legado, aunque cabría pensar en este último caso que aun siendo cierto que en la sucesión particular por ministerio de la ley no hay legado, esto no excluye que el legado implique una sucesión particular.

Pero acaso cabría intentar una defensa del precepto. Efectivamente, se dice que el legado de cosa ajena no puede considerarse como un supuesto de sucesión particular, puesto que la cosa ajena no estaba en el patrimonio del causante. Mas cabe pensar que la objeción no tiene otro fundamento que el haberse dejado llevar por la simple denominación tradicional de *legatum rei aliena*: basta con considerar el contenido de los arts. 861 y 863 de Cc. para convencerse de que el testador no dispone de una cosa que no sea suya, sino que impone al heredero o legatario gravado la obligación de entregarla en una de estas dos situaciones: si la cosa está en poder de un tercero, el heredero o legatario gravado debe adquirirla para entregarla, y no siendo posible debe entregar su justa estimación (art. 861); y si la cosa está en poder del heredero ó legatario gravado debe, a su elección, entregarla o bien su justa estimación, con la limitación prevista en el art. 864, según dispone el art. 863.

Es decir, que no hay legado de cosa ajena, sino imposición de una obligación de dar, al heredero o legatario gravados, y un *legado constitutivo de un derecho de crédito* al legatario, para exigir del gravado la entrega de la cosa o su justa estimación, según los casos.

Y decimos que el legatario de cosa ajena es más bien legatario de un derecho de crédito, aparte de porque es más conforme con su propia tradición, puesto que en Derecho romano sólo se admitió en el legado *per damnationem*, es decir en el legado de obligación, lo que ya es significativo, porque no estando la cosa en el patrimonio del causante, no podrá aplicarse el precepto del art. 882, y no puede considerarse al legatario como propietario de la cosa legada desde la muerte del causante. Lejos de poder ejercitar una acción real, sólo está asistido de una acción personal *ex testamento* (creada o constituida por el acto de última voluntad) para reclamar del heredero o legatario gravado la entrega de la cosa o su justa estimación (como expresamente destaca la S. de 3 Feb. 1930).

Sobre esta base, el derecho de crédito constituido por el legado implica un valor económico que se detrae de la herencia o del legado gravados, siendo, por tanto, un interés económico exigible que se atribuye al legatario, y que estaba en el patrimonio del *de cuius*, pudiendo entonces hablarse de verdadera sucesión, como parecen admitir HARTMANN y SCUTO, para los cuales hay sucesión en sentido económico, pues éste sentido económico no excluye la sucesión jurídica en un derecho de crédito que, al fin y al cabo, no es en esencia sino un valor económico exigible frente al deudor.

Por otra parte, aunque un poco confusamente, ya TRAVIESAS afirmaba que aunque hay supuestos en los que el legatario no sucede en bienes de la herencia, el legatario adquiere de modo derivativo, porque deriva su derecho del acto de disposición testamentaria, en virtud del cual el testador «constituye» un derecho en favor del legatario.

Además es innegable que lo que se transmite es el valor económico que el *de cuius* detrae o resta del patrimonio que atribuye al gravado, pues lo prueba la antigua exigencia —tan discutida en el Derecho francés— de que el *de cuius* sepa al hacer la atribución que la cosa era ajena (art. 861), y la limitación establecida en el art. 828, según el cual, el legatario gravado no responde del gravamen sino «hasta donde alcance» el valor del legado; es decir, mientras se pueda detraer de lo que es objeto del legado que se grava.

Cierto que el heredero responde del pago del legado «*ultra vires hereditatis*», es decir, aunque no haya bienes hereditarios de donde detraer

el valor del legado, pero por contra, puede utilizar el beneficio de inventario a voluntad, en cuyo caso es cierta la afirmación antes hecha. Y cuando no utiliza el beneficio, hay que entender que asume como suyo el deber de pagar el legado.

Y cierto también que los legados no se deben hasta después de la muerte del causante, y que el *de cuius*, personalmente no ha estado obligado a satisfacerlos, pero en este caso, aun cuando por no existir bienes hereditarios de donde extraer el valor legado el heredero se viera constreñido, por haber aceptado puramente, a satisfacerlo de sus propios bienes, es indudable que el *de cuius* habría atribuido al legatario un derecho de crédito, sometido al presupuesto de que el heredero acepte pura y simplemente la herencia.

Y como consecuencia de los anteriores razonamientos, pienso que el legado de cosa ajena no destruye el concepto de sucesión particular que el art. 660 ofrece para el legado.

B) Cuestión diferente es la del llamado legado de parte alícuota. La primera interrogante que sugiere es si estamos realmente en presencia de un legado. Para CASTAN TOBEÑAS es más que dudoso el que sea tal legado y no institución de heredero, puesto que el Código no hace más que la ligera alusión del art. 655 (de manera errónea además, como ya dije antes) y los preceptos de la LEC habría que entenderlos derogados en este punto por el Código Civil, como dice OSSORIO, por referirse a materias que son objeto de su regulación, quedando el art. 152 del RH, que lo que hace es precisamente asimilar los «legatarios de parte alícuota» a los herederos. Aunque hay que reconocer que el propio CASTAN, en el prólogo a la obra de DIAZ CRUZ, parece inclinarse por la admisión de tan discutida especie de legado.

DE BUEN, frente a la opinión de SANCHEZ ROMAN y TRAVIESAS, que estiman que en el legado de parte alícuota hay atribución patrimonial a título singular, a cuya solución llegan por el expediente de considerar que es un supuesto de sucesión objetiva, porque falta sin duda la responsabilidad *ultra vires*, deja al margen las alusiones legales para concluir que tal pretendido legado cae dentro de la definición dada para la institución de heredero por el art. 660, y por consiguiente, no debe entenderse como un legado; aunque DE BUEN matiza que esto es así si el legado consiste en una participación ideal, numérica, del caudal, porque cosa distinta es que la cuota no se refiera a todo el patrimonio del causante, sino a determinados bienes, aunque fueran *todos los bienes conocidos* del causante.

En realidad, la colisión entre el legado de parte alícuota y el concepto

genérico y fundamental del legado, como sucesión particular, que se extrae del art. 660, puede decirse que es un problema nuestro exclusivamente, que se plantea por las meras alusiones legales, dando lugar a muy diferentes criterios, desde los que como PORPETA hablan del «carácter hemafrodita y monstruoso» de esta figura, pasando por su principal contradictor, OSSORIO MORALES, hasta los que sostienen su vigencia, de alguna manera hoy en mayoría.

OSSORIO atribuye la confusión a una defectuosa traducción del Código francés por el legislador italiano, ya que el art. 921 de aquél no concede acción para pedir la reducción de donaciones a los *legataires*, expresión que en Italia se tradujo por «legatari», siendo así que la expresión tiene en Derecho francés un alcance más amplio, ya que el concepto de legatario en Francia comprende a todos los que suceden *por testamento*, y no sólo a los que suceden a título particular, como en el Derecho italiano y en el español.

La confusión se traduce así en lo siguiente: ningún legatario que lo sea por voluntad del causante puede pedir la reducción, porque recayendo el legado sobre la parte de libre disposición, éste pudo en vida sin ninguna traba, disponer total o parcialmente de ella y sus disposiciones «post mortem» serán ineficaces en cuanto no alcance a cubrir las el caudal relicto. Únicamente tendrán acción para pedir la reducción de donaciones aquéllos a quienes la ley reserva, con carácter necesario, una parte del patrimonio del causante, y éstos son, precisa y únicamente, los sucesores *forzosos*, bien a título universal, bien a título particular.

Ante ello, OSSORIO piensa que el legislador español, con la expresión «legado de parte alícuota» se refirió a aquéllos que son llamados por la Ley a la sucesión, sin tener la condición de herederos, como sucede con el viudo respecto a su cuota usufructuaria, que según la opinión más exacta, es una sucesión particular *ex lege*. Y en realidad, no cabe otra interpretación, porque de admitir un legado de parte alícuota del patrimonio, además de quedar destruido el legado como sucesión particular del art. 660, se chocaría con la disposición del art. 768 que, al considerar legatario al instituido en cosa cierta y determinada, aclara, por contra, que el legatario de parte alícuota es un heredero.

La jurisprudencia admite la figura, aunque con criterio vacilante: unas veces aceptando el criterio subjetivo, y afirmando que el Código no prohíbe el legado de parte alícuota (S. 11 feb. 1903), y otras aceptando el criterio objetivo, o atribuyéndole —como hizo la S. 11 oct. 1940, luego reiterada— un carácter intermedio, al afirmar que debe admitirse la figura del legatario de parte alícuota al no identificarse totalmente con el here-

dero, puesto que no tiene la responsabilidad *ultra vires* por las deudas hereditarias. También la S. de 22 en. 1963.

En definitiva, no parece que de la jurisprudencia puede extraerse otra conclusión que la de su admisibilidad, pero sin precisar su naturaleza.

En realidad, la precisión de la naturaleza del legado de parte alícuota exige como punto de partida fijar el concepto de «cuota». Decía antes que la sucesión en la universalidad, o en una cuota de esa universalidad, constituye una sucesión universal, una institución de heredero, cuyo carácter fundamental reside en que el sucesor responde de las deudas hereditarias «*ultra vires hereditatis*»; y decíamos también que por cuota no había que entender una parte del patrimonio sino una fracción aritmética.

En aquellos supuestos en que el sucesor no lo sea en una cuota del «*universum ius*», sino en el importe líquido, o, si se quiere, en el «residuo activo de una cuota», no estaremos ante un heredero, sino ante un legatario, porque ello no significa un llamamiento a la universalidad del patrimonio, sino una simple atribución de valor; el legatario no sucede en las deudas de su cuota, a no ser que se le hayan impuesto como cargas, y, en fin, sólo recibe del heredero lo que reste tras la liquidación del activo y el pasivo. En este supuesto falta, por tanto, el carácter fundamental de responsabilidad *ultra vires* para que se dibuje la figura del heredero. Acaso pueda concluirse, siguiendo la opinión más generalizada (PUIG BRUTAU, NUÑEZ LAGOS, VALLET, ALBALADEJO) que la participación del legatario parciario no es *pars hereditatis* sino *pars bonorum*, y por ello, las deudas le afectan en cuanto disminuyen el activo, pero no responde personalmente de ellas ante los acreedores.

La atribución en una u otra forma (*pars bonorum* o *pars hereditatis*) es una cuestión meramente interpretativa de la voluntad del testador, que encierra bastantes dificultades si el testador empleó la palabra «lego» o «legado» cuando en realidad está llamado a una cuota de la herencia, o al contrario.

5. A cuanto llevamos dicho, podemos añadir, como consideración previa a intentar la construcción del concepto del legado, que se puede ser sucesor a título singular y sin responsabilidad *ultra vires hereditatis* (caracteres del legado) por acto de última voluntad (testamento) o sólo «por causa de muerte», es decir, con carácter necesario. Es cierto que TRAVIE-SAS sostiene, sobre la base de que el legado es siempre acto de última voluntad, que en la sucesión particular legal la sucesión se opera *iure hereditario*, y no *iure legati*; pero en realidad cabe pensar que no es necesaria la contraposición, porque el art. 660 no expresa que la sucesión

particular o la universal hayan de tener su fundamento forzosamente en un acto de última voluntad, puesto que se limita a declarar que se llama legatario a quien sucede a título particular, es decir, por cualquier forma de delación, que por tanto, puede ser testamentaria o forzosa; la Ley no distingue, y lo que tenemos por cierto para el heredero, debe serlo también para el sucesor a título particular o legatario. De modo que cabe el suceder a título particular no por derecho hereditario, según piensa TRAVIESAS —lo que sería una contradicción tan evidente como suceder a título particular por vía de herencia—, sino *iure necesario*, que no es lo mismo.

Así, la sucesión particular, por acto de última voluntad, en cosa o derecho determinados, o en el residuo activo de una cuota (excluyendo así toda la responsabilidad *ultra vires*) es un legado; para algunos también lo es la sucesión particular impuesta por la ley con carácter necesario y sin responsabilidad *ultra vires* (p. ej., COSACK y EHRENZWEIG), aunque SCHIFFNER, con mejor criterio, propone la denominación, sugerida por IHERING, de «adquisición singular por causa de muerte».

Tal es el caso de la cuota usufructuaria del cónyuge viudo, conforme al art. 834, cuyo carácter de sucesión particular, no obstante suceder en cuota, deviene de lo siguiente:

1.º La cuota no recae sobre la universalidad del patrimonio, sino sobre el activo hereditario. Las SS de 26 oct. 1904, 4 jul. 1906, y otras muchas declaran que el cónyuge viudo, como «mero usufructuario», no tiene el carácter de heredero para ser demandado por razón de deudas existentes contra la herencia, pues la obligación de pagar éstas incumbe sólo a los herederos universales o que suceden en todos los derechos y obligaciones del causante, no a los llamados singularmente al disfrute temporal de una porción hereditaria, que tienen el carácter de simples acreedores. Además, lo dispuesto en el art. 510, referente a que el usufructuario que hubiese anticipado sumas para el pago de las deudas hereditarias correspondientes a los bienes usufructuados, podrá exigir del propietario su restitución al extinguirse el usufructo.

2.º Admitido antes que el legado constitutivo del usufructo de una cuota del patrimonio es un auténtico legado —lo que también afirma la jurisprudencia al considerar a los así atribuidos como llamados singularmente—, corrobora la opinión expuesta.

3.º Ese carácter de sucesión *ex lege* y no de legado, aun siendo sucesión particular lo confirma la posibilidad que ofrece el art. 839 de que el usufructo sea satisfecho mediante una renta vitalicia, con los productos de determinados bienes o un capital en efectivo.

Frente a la opinión de SANCHEZ ROMAN y VALVERDE, pienso que el hecho de que el art. 807 llame «heredero» al cónyuge viudo, se señalaran efectos a su preterición en el antiguo art. 814 (hoy reformado por la ley de 13 de mayo de 1981, que cambia sustancialmente el criterio del Código de 1889, al distinguir entre preterición errónea y preterición intencional, de acuerdo con la doctrina más reciente —Cámara, Vallet, Puig, Brutau, La-cruz—), y que el art. 855 siga hablando de causas de desheredación (aún tras la reforma del art. 852 por la ley 22/98, de 26 de mayo, de despenalización del adulterio y amancebamiento, que implicó una tácita reforma del propio art. 855, en su referencia al 756, que hoy hay que entender se refiere a las reglas 1.ª, 2.ª, 3.ª y 5.ª de aquél) no permiten convertir en heredero al cónyuge, no sólo por las razones que señala certeramente DE BUEN, con referencia al antiguo art. 814, en relación a que su preterición no anulaba la institución de heredero, sino porque fácilmente se comprende que todos estos preceptos no tienen otra finalidad que la de reforzar la condición de sucesor necesario del cónyuge viudo, pero no precisamente su condición de heredero. Como ya puse de relieve, el Código utiliza erróneamente el término «heredero forzoso», por el mucho más amplio de «sucesor necesario».

Por cuanto llevamos dicho, acaso podría intentarse formular un concepto positivo del legado diciendo que es «toda atribución patrimonial a título particular hecha en testamento a favor de persona o personas determinadas que exime al atribuido de toda responsabilidad por cargas que excedan del valor de la atribución».

La expresión «atribución patrimonial» indica una atribución de valor que puede, o no, significar un enriquecimiento, una liberalidad. Se da incluso en el legado de deuda, porque en todo caso concede al legatario una acción que no tenía, la derivada del legado, sin contar su carácter de reconocimiento e incluso, la posibilidad del art. 873, que atribuye al legatario el derecho a cobrar el exceso si lo que se le atribuye excede en valor al importe del crédito.

La expresión «hecha en testamento» trata de reducir el legado al contenido en acto de última voluntad, distinguiéndolo de la sucesión particular ordenada por la ley, es decir los llamados «legados legales».

En cuanto a la no responsabilidad *ultra vires* por las deudas del causante, sino hasta el valor de la atribución, es la consecuencia del carácter de sucesión particular del legado, que prefiero destacar porque en definitiva, es el más permanente carácter del legatario.



## II. ELEMENTOS DEL LEGADO

### 6. Elementos personales. El prelegado

En Derecho Romano, por el principio de subordinación del legado a la herencia, eran tres, indispensablemente, los elementos personales o sujetos del legado: el *de cuius*, que lo ordena; el heredero gravado y el legatario, que lo recibe. Este parece ser, a primera vista, también el criterio del Código que en el art. 858 menciona al testador, al heredero o legatario gravado y al que recibe el legado. Es decir, que causante, heredero y legatario serían los términos inexcusables de todo legado. Mas siendo hoy válido el testamento aunque no contenga institución de heredero, los términos o sujetos esenciales son dos: testador y legatario, pudiendo éste no existir todavía al abrirse la sucesión (art. 218 Comp. Catalana) pero sí es necesario que no haya dejado de existir ya.

En cuanto al testador, puede objetarse que su inclusión como sujeto del legado es más que discutible, porque su intervención es en el acto de última voluntad, pero cuando el legado adquiere virtualidad es cuando precisamente el testador desaparece como sujeto. Sin embargo, como sujeto del acto de última voluntad que ordena, hay que tenerlo en cuenta en orden a su capacidad para el acto dispositivo.

Todavía puede añadirse, con un más detenido examen del Código, y con la salvedad ya hecha, que, si bien normalmente son esos tres los sujetos del legado, no lo son necesariamente, porque abandonado el principio de subordinación del legado a la institución de heredero, el propio Código contempla en el art. 891, el supuesto de que toda la herencia se distribuya en legados, sin heredero gravado.

De modo que los tres elementos pueden coincidir, y eso será lo normal, pero sustancialmente no es necesaria esa coincidencia, pues pueden establecerse los siguientes supuestos:

1) Causante y legatario (toda la herencia distribuida en legados), lo que no excluye que exista algún heredero abintestato, en última instancia el Estado, pero no será un gravado. La intervención del testador se concreta al acto dispositivo.

b) Testador, heredero, gravado y legatario.

b) Testador, legatario, gravado y un tercero (sublegado).

d) Causante y heredero favorecido por un legado además (prelegado).

La capacidad que exige para disponer del legado es la misma que se

exige para poder testar, y tiene capacidad para recibir un legado el que la tiene para recibir por testamento. Conforme al art. 758 (modificado el párr. 2.º por la ley 22/78 de despenalización del adulterio y amancebamiento, al suprimir la referencia al n.º 5.º del art. 756), la capacidad del legatario debe determinarse al tiempo de la muerte del *de cuius*, al igual que la del heredero.

Sin embargo, con referencia al sujeto que se grava con el legado, su responsabilidad no es idéntica según que el gravado sea un heredero o un legatario al que se le impone un sublegado, diferencia que tiene su fundamento en la condición de sucesor universal, que es el heredero, y la de sucesor particular, que es propia del legatario. Y así, mientras los herederos que acepten puramente la herencia, tienen que cumplir el legado, aunque su valor sea superior a la cuantía del haber hereditario (salvo el caso de que siendo heredero forzoso, el legado lesionara la legítima), el legatario, conforme al art. 858, sólo responde al gravamen hasta donde alcance el valor del legado. El heredero a quien se le haya impuesto es el obligado a su cumplimiento, y en defecto de designación, según el art. 859, quedarán obligados todos en proporción a su haber respectivo, es decir, mancomunadamente y no de forma solidaria. La misma presunción de mancomunidad persiste si el testador ha impuesto el legado sólo a un grupo de los coherederos. Regla que por analogía será extensible en el caso del sublegado puesto a cargo de todos los legatarios o de un grupo de ellos, estableciéndose las cuotas en proporción y con el límite del valor recibido (LACRUZ). El 4.º de los supuestos antes establecido es el de la sola concurrencia del testador y el heredero favorecido, además, con un legado, es decir, *el prelegado*.

Así, por prelegado se entiende el legado que el testador deja a uno de sus herederos, aparte de su porción hereditaria. Según RUGGIERO, en Derecho romano el prelegado, por el principio de subordinación del legado a la institución de heredero, era una figura tan anómala que sólo con limitaciones podía ser admitida, hasta el punto de que las fuentes no utilizan la expresión «*praelegatum*», pues si el legado se hacía al heredero único era nulo, al confundirse en una misma persona los dos imprescindibles sujetos del legado, y siendo el legado prestación del heredero, resultaba la anomalía de que éste se convirtiera en acreedor y en deudor de sí mismo. Por eso, sigue diciendo RUGGIERO, cuando el prelegado recaía en uno de entre varios herederos era nulo en la parte del heredero favorecido y válido en la cuota o cuotas que debían satisfacer los demás herederos.

Modernamente, VITALI piensa que no cabe tampoco nombrar legatario

rio al heredero, porque este no puede recibir de sí mismo lo que está ya en su patrimonio. Mas lo cierto es que hoy, perdido el lazo de necesaria dependencia que existía en Derecho romano, entre la institución de heredero y el legado, son dos formas de atribución distintas y compatibles entre sí, y la opinión dominante es favorable a su admisión. Incluso autores como COVIELLO distinguen la existencia de un prelegado genérico, que es todo legado hecho al heredero, y otro específico, que es legado hecho a un coheredero gravando todo el haber hereditario.

En nuestro derecho no cabe discutir la existencia del prelegado: los arts. 821 y 890 prevén el supuesto de concurrencia del carácter de heredero y legatario en una misma persona, haciéndolos compatibles, sin contar con que la supuesta incompatibilidad de ser acreedor y deudor de sí mismo no se da en el caso del heredero que acepta a beneficio de inventario. Es exacta, además, la observación de TRAVIESAS cuando dice que incluso para el prelegatario heredero único, ofrece ventajas el prelegado, pues puede aceptar el legado y repudiar la herencia (cfr. art. 890-2.º), y exigir que los acreedores no reclamen contra el prelegado, sino en el caso de no quedar bienes suficientes en la herencia para pagarles (art. 1.029).

#### 7. Elementos reales del legado

En teís general, siguiendo a CASTAN, pueden ser objeto del legado todas las cosas, presentes o futuras, corporales o incorpóras, con la única condición de que sean posibles, determinadas y susceptibles de transmisión. El art. 865 declara expresamente nulo el legado de cosas *extra commercium*.

Fuera de este límite del 865, considera TRAVIESAS que está el legado de usufructo existente en el patrimonio del causante, porque éste se extingue con la muerte del testador. De modo que el legado de usufructo se sobreentiende referido al legado *constitutivo* de usufructo excluyendo el «legado traslativo».

Se dice que es posible suceder al usufructuario en el caso de un usufructo temporal, cuando el usufructuario fallece antes de transcurrido el término (MANRESA); pero otros (SANCHEZ ROMAN) lo niegan en absoluto. Aún hay una tercera opinión de la que participan VALVERDE y BONET, en el sentido de que la sucesión es posible si hubo pacto expreso de que el usufructo continúe después de la muerte del usufructuario, hasta el cumplimiento del plazo; de manera que sin tal pacto el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario, aunque no haya transcurrido el plazo. Esta última tesis parece ser la sostenida, desde luego en *obiter dicta*, por

las SS de 1 oct. 1919 y 2 julio 1952, pero en ellas se habla de un pacto al constituirse el usufructo «que autoriza su transmisión a ulteriores personas», con lo que no parece que estemos ante una derogación del principio de extinción del usufructo por muerte del usufructuario, sino acaso ante la constitución de un usufructo sucesivo (cfr. art. 469). La licitud del legado no excluye la de cosas presentes o futuras, ni de hechos positivos o negativos, con tal de que no estén fuera del comercio, o de aquéllos que impongan la realización de un hecho o abstención ilícitos o contrarios a la Moral o al público modo de sentir.

La determinación del objeto del legado plantea el problema de la designación ambigua. Según GANGI, por designación ambigua hay que entender aquélla que abraza, al mismo tiempo varios objetos de especie diversa; el legado es nulo porque es incierta la voluntad del testador, dando margen a que el gravado pretenda cumplir el legado con una prestación irrisoria, como ocurriría en el caso de que atribuyendo el legado simplemente «un bien», el gravado lo cumpliera entregando al legatario cualquier objeto de ínfimo valor. No es ilimitada sin embargo la ordenación de los legados, cuya cuantía aparece siempre limitada por el régimen de legítimas, de modo que, mientras haya herederos forzosos, sólo puede el testador imponer legados sobre la parte de libre disposición. Sobre el tercio de mejora sólo pueden imponerse prelegados a favor de los hijos o descendientes, conforme al art. 828.

#### 8. *Elementos formales*

Superadas las formas especiales y privilegiadas de ordenar el legado, características del Derecho Romano, la forma del legado consiste en la exigencia de que sea ordenado precisamente en testamento, hoy única forma de expresar válidamente la última voluntad.

Como atribución que es, precisa la determinación de la persona del legatario, por su nombre o circunstancias, e, igualmente, el objeto del legado, mediante las circunstancias precisas de género, especie o cantidad cuando se trata de una cosa material (res) que hagan posible la atribución a título singular.

Puede el testador no utilizar las palabras «mando» o «lego», puesto que el art. 768 establece que el heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario (lo que admite reparos si se acepta el criterio subjetivo sobre la naturaleza de la sucesión). En todo caso, deberá aparecer clara la disposición, y no el mero ruego o recomendación dirigida a los herederos, lo que es siempre un tema de interpretación.

## BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, *Sucesor universal o heredero y sucesor particular o legatario*. R.D.P. 1978 y *Comentario a los arts. 858-891 del C.C. T. XII de los Comentarios al C.c. y a las Compilaciones forales*. EDERSA. 1981.
- ASCOLI, *Nota a Sent. Corte di Cassazione di Palermo in Il Foro Italiano*, 1889, p. 635.
- BIANCA, *Diritto Civile*, T. II. *La famiglia. Le successioni*. 1981.
- BIONDI, s.v. *Legato en Novss. Digesto italiano*, T. IX.
- BONET, *Compendio de Derecho Civil*, V. 1965.
- BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*. Trad. Esp. de Bacci Larrosa, 1929.
- BORSARI, *Comentario del Codice Civile Italiano*, III, 1.º, 1874.
- BRUGGI, *Instituzioni di Diritto Civile Italiano*, 1923, (4.ª ed.).
- CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 8.ª ed. 1979.
- CASTAN VAZQUEZ, *La interpretación del testamento en Derecho común*. R.D.P., 1973.
- CLEMENTE DE DIEGO, *El prelegado en el Derecho Romano y en el moderno*, 1927, y sus *Instituciones*, ed. 1959, revisada por Cossio y Gullon.
- DEGNI, *Lezioni di Diritto Civile. La successione a causa di morte*. 1935.
- DE BUEN, *Derecho civil español común*. 1922.
- DIAZ CRUZ, *Los legados*. 1951.
- FADDA, *Concetti fondamentale del Diritto ereditario romano*, I, *Eredità e legato*. 1949.
- FERRARA, *Legato a tacitazione di legitima*, *Riv. D. Civile*, 1922, p. 417, y *Scritti giuridici*, III, 1954.
- FERRINI, *Notas a GLÜCK, Comentario alle Pandette*, L. XXX-XXXII por ARNDTS y SALKOWSKI, 1898 y 1901, resp.
- GANGI, *I legati nel Diritto civile italiano*, T. I, 1933. *La sucesione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, II, 1948.
- GROSSO, *I legatti nel Diritto romano*, 1922.
- HARMANN, *Über Begriff und Natur der Vermachtnisse nach römischen Rechte*, 1872.
- LACRUZ, *Derecho de sucesiones, Parte general*, 1961. *Notas a BINDER, Derecho de Sucesiones*, 1953. *Elementos*, V, 1981.

- PUIG BRUTAU, *La interpretación del testamento en la Jurisprudencia*, AAMN, T. XXIII, 1962; y sus *Fundamentos*, V, 1975.
- OSSORIO, *Manual de sucesión testada*, 1957.
- PACIFICI-MAZZONI, *Tratatto delle Successione*, VII, *Dei legati*, 1900.
- ROYO, *Derecho sucesorio «mortis causa»*. 1951.
- RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. esp. de Serrano Suñer y Santa Cruz, 1931.
- SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil*, T. VI, 3.º 1910.
- SCUTTO, *Il legato de cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui*. *Riv. D. Civile*, 1916, p. 84.
- SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. esp. de Mesia Poley, II. 2.ª ed. s.f.
- TRAVIESAS, *Legados*, R.D.P. 1931; y el *El Testamento*, s.f.
- VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, 1939, T. V.
- VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, III, ADC. 1952 y *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, I, *Las legítimas*, 2.º, 1974.
- VITALI, *Il Diritto Civile Italiano*, P. IX, *Delle successione legittime e testamentarie*, II, 1924.
- VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, trad. esp. notas de Castán. 1928, T. I, p. 228 y ss.

**DIGRESIONES EN TORNO A LAS MEDIDAS PROVISIONALES POR DEMANDA DE NULIDAD, SEPARACION Y DIVORCIO**

Luis FERNANDO SAURA  
Profesor Titular de Derecho Civil





No obstante el transcurso de tres años desde la modificación del Código Civil en materia matrimonial, existen todavía parcelas en la nueva normativa que exigen una mayor depuración, un mayor rigor interpretativo.

Y el problema se complica si tenemos en cuenta que las modificaciones de referencia introdujeron una serie de procedimientos específicos, cuya vigencia respeta la recién promulgada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sería conveniente pues, en este orden de cosas, llamar la atención sobre los artículos 102 a 106 del Código Civil, habida cuenta que la práctica forense los viene interpretando y aplicando, pensamos, con cierto esquematismo y ligereza. Buen ejemplo de ello pueden ser los extremos que pasamos a analizar sucintamente:

1. Tal vez el artículo más desaprovechado de los enunciados líneas atrás, y que es, sin embargo, una especie de comodín de todos los del capítulo, sea el 102, y más concretamente el párrafo final del mismo.

Dispone el número 2.º del referido artículo: «Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro».

Desaprovechado, entonces, porque si bien su efecto se produce «*ipso iure*» desde el momento mismo de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, su efectividad real no se suele llevar a sus últimas consecuencias mediante el uso adecuado y oportuno de los medios aseguratorios que establece el párrafo final del propio artículo, al manifestar: «A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil».

Contrariamente a lo que acaece respecto del ejercicio de otros tipos de acciones, lo usual hasta el momento en los procesos sobre nulidad, separación y divorcio es no usar de esta ventaja que ofrece la ley. Ventaja que tiende al aseguramiento de los derechos del cónyuge demandante, impidiendo, de forma eficaz, la validez frente a terceros de los actos que pueda realizar el demandado en fraude de su consorte, o, simplemente, con extralimitación de sus facultades de administración o de disposición.

La única explicación lógica a esta habitual omisión sea la que se deriva del entendimiento literal de la denominación de las medidas como provisionales, sin caer en la cuenta de que, empero su nombre, las mismas pueden extender su vigencia luengamente, si atendemos a la posibilidad de apelación de la sentencia recaída en la pieza principal del proceso.

Ciertamente, se puede argüir que tal como está regulado actualmente en el Código Civil lo relativo al régimen económico matrimonial, y más específicamente la sociedad de gananciales, con su exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para actos de disposición e incluso de administración, no parece posible —salvo, naturalmente, en el supuesto, frecuente por otra parte, del poder extenso especial concedido por un cónyuge al otro— el acto dispositivo fraudulento o meramente carente del consentimiento de una de ellos, al menos en orden al acceso de dicho acto al Registro de la Propiedad tratándose de bienes inmuebles. Mas, ocurre, que la posibilidad de realización de actos de disposición respecto de muebles y valores es factible sin el consentimiento del cónyuge, no sólo por la propia naturaleza de tales cosas y su distinta regulación legal, sino porque el propio Código lo permite en algunos casos, como, por ejemplo, en los artículos 1384 y 1385.

Pero cuando deviene imprescindible la anotación de la demanda de nulidad, separación o divorcio, es en el caso del cónyuge del comerciante. En efecto, los consentimientos contemplados en los artículos 7, 8 y 9 del Código de Comercio, exigen la anotación de su revocación en el Registro Mercantil para que la misma produzcan efectos frente a terceros.

Otro tema es el relativo a la eficacia frente a terceros de la anotación preventiva de la demanda de nulidad, separación o divorcio únicamente en el Registro Civil. Problema que puede ser objeto de otro estudio, bastando, por ahora, apuntar que a la vista del artículo 11 del Código de Comercio, en lo que se refiere a comerciantes, su eficacia será muy relativa, por no decir nula.

2. Cuestión, asimismo, de interés es la relativa a la distinción y correcta aplicación de las denominadas, respectivamente, medidas provisionálsimas y provisionales, y, especialmente, en orden a la subsistencia de aquéllas una vez iniciado el proceso principal.

A este respecto, dispone el artículo 104 del Código Civil: «El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores. Estos efectos y medidas sólo subsistirán si dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente».

De la redacción del artículo de referencia se desprende, de manera paladina, la subsistencia de las medidas adoptadas con carácter provisionálsimo, con tal que dentro de los treinta días siguientes a su adopción judicial —prorrogables por otros treinta mediante aplicación del artículo

1885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— se deduzca la oportuna demanda ante el Juez competente.

Sin perjuicio de alabar, de una parte, la oportunidad del precepto en tanto confirma la posibilidad de adopción urgente de medidas tendentes a paliar o resolver situaciones de grave perentoriedad, es de criticar, sin embargo, en tanto consagra la permanencia de las medidas adoptadas a lo largo de todo el proceso.

El problema surge, a nuestro entender, de la intención del legislador del 1981 de reproducir el espíritu de los artículos 67 del Código Civil en su redacción anterior y del 1885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero sin tener en cuenta los artículos 68 del propio Código en su antigua redacción y el 1886 y siguientes de la Ley procesal civil.

Acontece que el legislador, en la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley de 7 de julio de 1981, establece para adopción de las medidas, en los supuestos del artículo 104, el procedimiento establecido en los artículos 1884, 1885 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero resulta que ni tales artículos ni los concordantes establecen, en rigor de verdad, procedimiento alguno. De ello se deriva que el Juez, hoy, de atenerse a la literalidad de los citados preceptos, habrá de tomar decisiones de la mayor importancia sin la más mínima posibilidad de formar su juicio mediante un cauce procesal siquiera elemental o rudimentario.

Y ocurre, entonces, que las medidas adoptadas con este carácter de urgencia y sin un procedimiento contradictorio adecuado, pueden no sólo subsistir a lo largo de todo el proceso de nulidad, separación o divorcio, sino, incluso, ser ratificadas en la sentencia dictada en el procedimiento principal.

Esto, en efecto, es lo que está acaeciendo en la práctica forense. Cuando se interesan las medidas referidas en los artículos 102 y 103 por la vía del 104, se dan por vigentes, usualmente, a la hora de la presentación de la demanda principal —salvo el caso, lógicamente, que las medidas dictadas en aquella ocasión no fueran de gusto de la parte actora, en cuyo supuesto no es infrecuente la postulación de la oportuna modificación, por medio de otrosí en el propio escrito de demanda—.

Indudablemente, en el supuesto de tenerse por la actora por supuestas y subsistentes las medidas adoptadas previamente, incumbirá a la demandada, si a su interés convinieren, interesar la adopción de otras nuevas en modificación de las anteriores, en el escrito de contestación a la demanda.

En esta tesitura, la interpretación que parece más acertada —ya defen-

dida por nosotros—<sup>1</sup> es la que señala el legislador cuando, en la Disposición Adicional 4.ª de la Ley de 7 de julio de 1981, remite a las vías procesales respectivas, a saber: respecto de las provisionálsimas la de los artículos 1884 y 1885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; las referidas en el artículo 103 por la del 1896 y siguientes de dicha ley procesal.

Conviene resaltar el artículo 1886 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, luminosamente aclaratorio del problema. Dice el mismo: «Interpuesta y admitida la demanda o querrela, el Juez adoptará durante la sustanciación del proceso, y mientras éste perdure, las medidas enunciadas en los artículos siguientes».

No sería tampoco oportuno concluir el comentario al punto que nos ocupa, sin hacer una brevísima referencia a los artículos 1881 y 1885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal cual han quedado redactados por la Ley 34/84, y así:

a) De interpretarse los mismos en su estricta literalidad, se llegaría a la conclusión de que únicamente la mujer casada podría interesar la adopción de las medidas provisionálsimas, mientras que al marido se le veda radicalmente la posibilidad de su postulación. Conclusión abiertamente contradictoria de lo dispuesto en el artículo 104 del Código Civil, y, aún peor, conculcatoria del artículo 14 de la Constitución.

b) Las únicas innovaciones introducidas en los artículos 1881 y 1885 consisten en la supresión de la referencia a la «querrela por amancebamiento» y la adición de la palabra «divorcio», modificaciones sin duda oportunas en cuanto actualizadoras, pero que ponen de manifiesto la ligereza incomprensible con la que el legislador de 1984 ha tratado tales artículos.

3. Dispone el párrafo primero del artículo 106: «Los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo».

En pura ortodoxia interpretativa de los pertinentes preceptos del Código Civil, en armonía con lo dispuesto en las Disposiciones 4.ª y 5.ª de la Ley 30/81 y los correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta que el proceso matrimonial en orden a nulidad, separación y divorcio, discurre por dos cauces perfectamente nítidos y diferenciados: el procedimiento principal dirigido sólo a manifestar y demostrar si existe o no causa de nulidad, separación o divorcio y en el que, en principio, debe hacerse abstracción de toda cuestión económica; el procedimiento relativo a adopción de las medidas económicas, con carácter transitorio y provisional hasta tanto recaiga

sentencia firme en el proceso principal, en cuyo caso y, en rigor de verdad, en ejecución de la sentencia dictada en éste habrán de establecerse los efectos definitivos de la nulidad, separación o divorcio declarados.

Planteada de esta suerte la problemática puede acaecer, y no es ello nada infrecuente, que las medidas provisionales adoptadas en el incidente relativo a ellas no hayan adquirido firmeza por haber usado alguna de las partes del procedimiento establecido en el artículo 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiéndose apelado el Auto recaído en el mismo y hallándose sustanciándose la apelación, empero haber recaído sentencia en la pieza principal y ser ésta firme por no haberse planteado recurso contra la misma. Complicándose todavía más el caso cuando, y esto también ocurre, en la sentencia recaída en la pieza principal existe pronunciamiento en relación con las medidas provisionales, ratificándolas.

En estos supuestos parece clara la aplicación automática del artículo 106 del Código Civil, habida cuenta que, por la ratificación, han sido confirmados los efectos y medidas adoptados provisionalmente, pero ¿qué ocurre con la apelación interpuesta contra el Auto resolutorio del incidente de impugnación de las medidas provisionales?

Indudablemente, la aplicación rigurosa del artículo 106 cegaría el cauce apelatorio, haciéndolo de imposible continuación, provocando su enervación en el estado procesal en que se hallare sin posibilidad alguna de dar lugar a que recayera sentencia en el mismo, entre otras razones porque bien pudiera acaecer que dicha sentencia fuera revocatoria del Auto que, por otra vía, fue confirmado y ratificado en la sentencia principal.

Pero es indudable, asimismo, que la interpretación del artículo 106 cegadora de cauces e imprimiendo firmezas, conculca radicalmente el derecho de una de las partes en el proceso, produciendo su indefensión y privándole de una serie de medios y remedios que, de otra parte, le ofrece la propia ley.

En este encrucijada, pues, no cabe, a nuestro juicio, otra postura que no sea la observancia estricta de los dos procedimientos establecidos, manteniéndolos paralelamente, pero con total diferenciación, procediendo a su refundición una vez producidas todas las firmezas y partiendo de éstas para los pronunciamientos definitivos mediante ejecución de la sentencia recaída en el procedimiento principal.

4. Profundizando más en lo referido en el punto anterior en torno a la necesidad de fijación, en la sentencia recaída en el procedimiento principal, de los efectos definitivos de la separación o divorcio declarados, conviene analizar, también someramente, la interesante cuestión relativa a la procedencia de postular, desglosadamente, en la pieza incidental sobre medidas

provisionales, la fijación de una cantidad para alimentos y otra en concepto de pensión para el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca desequilibrio en su situación anterior constante matrimonio.

Evidentemente, ni el inciso primero del número 3.º del artículo 103 del Código Civil, ni el 97 del propio cuerpo legal permiten esta interpretación diferenciadora. Dice, en efecto, el artículo 103 que el Juez fijará la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, y esta frase, cargas del matrimonio, supone una conceptualización genérica y englobadora de todas las partidas económicas que han de tenerse por tales, y comprensiva tanto de los alimentos como de la pensión, si bien de forma aglutinada e indiscriminada. O, incluso, interpretado de otra manera, no comprende más que la cantidad precisa, a juicio del Juez, para levantar las cargas familiares durante el período transitorio hasta tanto recaiga sentencia definitiva en la pieza principal.

Del propio modo, la lectura del párrafo 1.º del artículo 97 no admite otra explicación que no sea la referida a una situación ya dada, a partir de cuyo instante han de iniciarse sus efectos.

No obstante la claridad de los citados preceptos, viene al caso el presente comentario en cuanto no es infrecuente que, en el propio escrito interesando las medidas provisionales, se postule ya la fijación de cantidades en el doble y desglosado concepto de una determinada para alimentos y otra en el de pensión para el cónyuge más necesitado y perjudicado, económicamente, por la separación o el divorcio.

Ahora bien, si desde una perspectiva de interpretación rigurosa es, acaso, práctica viciosa, pudiera ser disculpable en algunos casos, en atención a la agilidad y eficacia que puede ofrecer en ellos, pues que, con ganarse en rapidez y despejarse prontamente una incógnita que pueda pesar muy negativamente en las relaciones familiares y personales de los litigantes, no se conculca el derecho de ninguno de ellos pues, como venimos manteniendo, el proceso eminentemente económico ha de ser siempre el de las medidas provisionales, mientras que el principal debe limitarse a declarar si existe o no causa de separación o divorcio.

Existe, sin embargo, un argumento de gravedad insuperable para el supuesto de regirse el matrimonio por el régimen de gananciales o por el de participación en las ganancias. En cualquiera de estos casos, habría que esperar—para conocer con la suficiente exactitud y señalar, condignamente, con justeza la pensión correspondiente— a la liquidación del régimen económico conyugal, antes de cuyo momento no será posible saber el desequili-

brio económico que la separación o el divorcio pueda producir entre los cónyuges.

1 L. F. SAURA MARTINEZ, «De los efectos y medidas provisionales en la Ley 30/81». Justicia. Barcelona 1982. Pp. 70 y ss.





# **LA RELACION ENTRE TRIBUTOS CEDIDOS Y NO CEDIDOS EN EL MODELO DE FINANCIACION DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS**

M.<sup>a</sup> Teresa SOLER ROCH

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario

## **S U M A R I O :**

- I. La relación entre tributos cedidos y no cedidos en la concepción del modelo de financiación.
  1. Modelos de reparto de la imposición estatal.
    - A) La transformación del sistema en el marco del federalismo fiscal.
    - B) El sistema español de concurrencia en la recaudación en relación con los modelos del federalismo fiscal.
  2. El modelo español de reparto de la imposición.
    - A) La coexistencia de dos modelos.
    - B) El bloque de tributos estatales en el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas.
      - a) Los tributos cedidos.
      - b) Las participaciones en impuestos no cedidos.
    - C) Una primera deducción: autonomía «versus» suficiencia financiera.
- II. La relación entre tributos cedidos y no cedidos en la aplicación del modelo de financiación.
  1. Análisis de la relación en el período transitorio.
    - A) El criterio adoptado: sistema de financiación según gasto.
    - B) La aplicación del criterio de compensación en el período transitorio.

- C) Conclusiones.
- 2. La relación en el período definitivo.
  - A) Los puntos de conexión entre los tributos cedidos y las participaciones.
  - B) Conclusiones.

# **I. LA RELACION ENTRE TRIBUTOS CEDIDOS Y NO CEDIDOS EN LA CONCEPCION DEL MODELO DE FINANCIACION**

## **1. MODELOS DE RÉPARTO DE LA IMPOSICION ESTATAL**

### **A) *La transformación del sistema en el marco del federalismo fiscal***

Es sabido que la concepción tradicional del federalismo fiscal se ha desplazado en la actualidad, dentro del marco del federalismo cooperativo, a una Hacienda de la coordinación, caracterizada por una mayor centralización de los recursos tributarios en la Federación y por la progresiva adopción de fórmulas basadas en la participación recaudatoria.

Se demuestra de este modo una tendencia general hacia la integración del sistema de ingresos en las Federaciones modernas, imponiéndose asimismo la evidencia del poderío federal en la materia, que determina muy a menudo la existencia de excedente de ingresos federales y su distribución por la Federación.

Existen argumentos a favor de la centralización basados en ventajas o razones de carácter económico, entre los que destacan como más citados: la elasticidad, mayor progresividad y neutralidad de los impuestos federales que producen una mayor eficacia y equidad en la asignación de los recursos, amén de las ventajas de las grandes jurisdicciones en términos de capacidad tributaria <sup>1</sup>.

En el terreno de los principios jurídicos, nos interesa subrayar el argumento basado en la relatividad del concepto de autonomía financiera. En este sentido, puede decirse que la separación que en la concepción de la autonomía financiera, se produce entre la actividad de gasto y el ejercicio del poder tributario, está constituyendo el eje dogmático que justifica el proceso de centralización tributaria y la adopción de los actuales sistemas de unión.

Así, se dice que los niveles de gobierno descentralizados, aunque determinen la composición de sus respectivos Presupuestos no necesitan también establecer sus propios tributos, pues dado que las funciones de gasto público y tributación son separables, el Gobierno central podría recaudar la mayor parte de los ingresos públicos, redistribuyéndolos a través de transferencias intergubernamentales <sup>2</sup>.

Este argumento ha sido pacíficamente recibido por la doctrina española como indicativo del abandono de un concepto de soberanía financiera que se considera en la actualidad, definitivamente superada <sup>3</sup>. Sin

embargo, sin desconocer ciertas razones que sustentan esta visión del problema, creemos que no se ha analizado suficientemente el carácter legitimista que la tesis de la «separación de funciones financieras» tiene respecto del fortalecimiento de la Hacienda central y sus efectos sobre la configuración jurídica de las Haciendas territoriales (federadas, regionales o autonómicas).

Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el desplazamiento del principio autonómico a las decisiones sobre los gastos públicos implica en el fondo —aunque siempre, en términos graduales— no tanto una transformación de la idea de autonomía financiera, como una progresiva sustitución de este principio por el de suficiencia en materia de recursos tributarios. Como han puesto de relieve, en este sentido, los propios partidarios del sistema de unión, éste determina un excedente de recursos a favor de la Hacienda central y un déficit en las Haciendas territoriales, representado este último por el desequilibrio entre los gastos propios de su competencia y la capacidad tributaria generada por sus propios recursos; esta situación determina un compromiso de transferencia financiera por parte de la Hacienda central, pero evidentemente, desde esta perspectiva, el principio que está legitimando esa transferencia es, ante todo, un principio de suficiencia <sup>4</sup>.

Por otra parte, no está claro que este desmembramiento de la autonomía financiera se haga sin consecuencias para la propia autonomía sobre las decisiones de gasto, ya que no está suficientemente demostrado —más bien se demuestra lo contrario— que éstas sean totalmente independientes de los mecanismos de cobertura y en concreto, de su financiación por vía de tributos. En definitiva, puede decirse que la dependencia en materia de recursos tributarios está en la línea divisoria entre una Hacienda territorial autónoma y una Hacienda territorial dependiente, llegando un momento en que esta dependencia afecta también al propio proceso de decisión en materia de gastos públicos. Esto lo han puesto de relieve, como inconveniente, incluso autores favorables al sistema de unión cuando reflexionan como «sin autoridad fiscal para obtener ingresos, los niveles de gobierno descentralizados llegan a ser tan dependientes del Gobierno central que finalmente, pierden sus propios poderes» <sup>5</sup>.

El reparto de ingresos tributarios por niveles de Gobierno en las Haciendas descentralizadas resulta asimismo ilustrativo.

Dicho reparto puede ser, en primer lugar, indicativo respecto del grado de autonomía o dependencia de las Haciendas territoriales. Es conocida en este punto la afirmación de LOEWENSTEIN según la cual «debería negarse

el carácter de Federación a todo sistema de gobierno en el que el Gobierno federal tuviera el derecho de establecer directamente un impuesto sobre la renta de las personas físicas y de las sociedades»<sup>6</sup>. Evidentemente, esta idea se consideraría en la actualidad, cuanto menos como radical y desde luego, como ilustrativa precisamente, de lo contrario a lo que ha sido el proceso de transformación de las Haciendas federales en las últimas décadas.

Como tendencias generales en cuanto a la distribución de las fuentes impositivas, se han sistematizado las siguientes: exigencia a nivel Federal de los impuestos sobre la renta (personas físicas y sociedades), pero con participación de los Estados, bien a través de una parte de la recaudación federal, bien a través de impuestos propios de esta naturaleza; utilización preferente de la imposición patrimonial por los Estados; exigencia a nivel federal del impuesto general sobre las ventas, aunque sin excluir totalmente a los Estados de un gravamen de este tipo; utilización de impuestos específicos sobre el consumo en los dos niveles financieros y reserva exclusiva de los derechos de Aduana para la Federación<sup>7</sup>.

Especial interés puede tener el repasar brevemente la reforma constitucional alemana de 1969, en la medida en que de la misma resulta un sistema de financiación con el que guarda un evidente paralelismo el sistema español, en cuanto a la utilización del bloque de impuestos estatales cedidos y no cedidos, sin perjuicio de que un análisis más profundo ponga de relieve las diferencias entre ambos supuestos.

La citada reforma tiene su origen, como es sabido, en el Informe de la Comisión TRAEGER que, dentro del espíritu de la coordinación como límite de la autonomía financiera, avanzó, fundamentalmente, dos conclusiones: aproximación del sistema de reparto de impuestos al sistema de unión sobre la base de la participación de Estados y Federación en el fondo común formado por los ingresos de los impuestos sobre la renta de las personas físicas, sociedades y valor añadido (la llamada «gran unión de impuestos») y corrección del criterio de la «recaudación local» como principio rector del reparto de los impuestos entre los Estados<sup>8</sup>.

La distinción básica para comprender la configuración de la Hacienda federal en Alemania es la que ya estableciera la escuela clásica entre la «soberanía tributaria» y la «soberanía de las sumas recaudadas»<sup>9</sup>. Vamos a fijarnos en esta última, en la medida en que se corresponde con el bloque que en el sistema español representa la conexión entre impuestos cedidos y participación en impuestos no cedidos.

A modo de inciso, queremos señalar que compartimos, en relación con

este tema, la crítica formulada desde la doctrina francesa respecto del abuso que dicha distinción implica del concepto de soberanía<sup>10</sup>. Así, la llamada «soberanía de las sumas recaudadas» no es, en definitiva, mas que la facultad de los Estados federados de disponer de modo autónomo de los fondos que les son cedidos por la Federación; es decir, una autonomía en la realización del gasto, que ni siquiera implica autonomía en materia tributaria, ya que esta última dependerá, fundamentalmente, de los términos en que el ordenamiento jurídico configure el régimen jurídico de la cesión o, en su caso, de la participación. (Aquí radica, como veremos, la principal diferencia entre los sistemas alemán y español ya que en el primero dicho régimen viene establecido, mínimamente, en la Constitución, mientras que en el segundo son leyes del Estado las que están determinando los criterios de cesión y el alcance de las participaciones).

La «soberanía de las sumas recaudadas» (artículo 106 de la Ley Fundamental de Bonn), se reparte así: Impuestos de la Federación (Aduanas, Consumos, tráfico de capital, seguros y letras de cambio, extraordinario sobre el patrimonio, compensatorios de renta de personas físicas y de sociedades); impuestos de los Länder (patrimonio, sucesiones, automóviles, tráficos no correspondiente a la Federación, cerveza y jugo).

Además, los impuestos compartidos o «gran unión de impuestos» constituida por los impuestos sobre la renta (p. físicas y sociedades) repartidos por mitad; en el Impuesto sobre el valor añadido, se establecen las participaciones cada vez que la relación entre los ingresos y gastos en la Federación y los Estados evoluciona de forma esencialmente distinta.

#### *B) El sistema español de concurrencia en la recaudación en relación con los modelos del federalismo fiscal*

Aunque el sistema español de financiación de las Comunidades autónomas por concurrencia o reparto de la recaudación tributaria —bloque formado por los tributos estatales cedidos y no cedidos— es objeto de análisis en el punto siguiente, se trata aquí simplemente de determinar si resulta identificable dentro de los parámetros de denominado federalismo fiscal.

En tal sentido, si bien puede decirse, en una primera aproximación, que la organización de las Haciendas autonómicas —por lo que a la financiación vía tributos se refiere—, responde más a un modelo de Hacienda regional que federal, podemos repasar los puntos de divergencia, así como los de paralelismo con este último tipo de Hacienda.

Así, entre las divergencias podemos apuntar las siguientes razones por las cuales las Haciendas autonómicas no responden a un modelo federal:

- La amplitud en el ejercicio del poder tributario y el protagonismo del Estado central en el sistema español son característicos de la organización de las Haciendas en el Estado regional o, en todo caso, de Federaciones nacidas del desmembramiento de un antiguo Estado unitario; lo que no sucede en las Federaciones clásicas, formadas por agregación y en las que los poderes tributarios de los Estados son más amplios <sup>11</sup>.

- Es característico de las Haciendas federales, el que sea la propia Constitución la que establezca el reparto de los recursos tributarios entre la Federación y los Estados, tanto si el sistema es de concurrencia como de separación; la atribución del poder tributario o de la recaudación efectiva en relación con los distintos impuestos, viene establecida constitucionalmente. Esta circunstancia no se da en el ordenamiento español, ya que la Constitución se limita, en el artículo 157 a enumerar el cuadro de recursos de las Comunidades autónomas con mecanismos, en principio, característicos de distintos sistemas, pero sin pronunciarse sobre el modelo resultante del reparto; sólo los límites establecidos en el número 2.º del artículo 157 pueden ser indicativos en la medida en que delimitan el ámbito en que puede ejercerse el poder tributario de las Comunidades autónomas.

Esta circunstancia que, generalmente se ha considerado negativa, por lo que supone de obstáculo para llegar a un acuerdo políticamente «pacífico» respecto de la financiación autonómica, tiene sin embargo la ventaja de permitir una lectura abierta del modelo constitucional que, dentro de los principios y límites que establecen los artículos 156 y 157, pueden dar lugar a distintos grados y opciones en la organización y reparto de los recursos tributarios entre el Estado y las Comunidades autónomas y, en última instancia, permite revisar las fórmulas concretas establecidas en la legislación estatal, sin necesidad de acudir a una reforma constitucional, como ha ocurrido en el proceso de transformación de las Haciendas federales.

En cuanto a los paralelismos de las Haciendas autonómicas con las Haciendas federales en punto a la financiación por recursos tributarios, podemos señalar los siguientes:

- El más significativo de todos radica en el reconocimiento constitucional de la titularidad de un poder tributario a las Comunidades autónomas (artículo 133-2.º) que les permite organizar un sistema propio de recursos tributarios, reconocidos en el artículo 157-1.º-a (tasas, impuestos, contribuciones especiales y recargos). Sin embargo, el contenido de ese

poder resulta, como sabemos, más aparente que real por los límites establecidos en la propia Constitución y en la Ley orgánica de financiación de las Comunidades autónomas (LOFCA): territorialidad estricta, libre circulación y no duplicidad con hechos imponibles ya gravados en tributos estatales <sup>12</sup>. Esta última es, sin duda, la limitación más importante y significativa, ya que en la creación del Estado de las autonomías, no formado por la integración de Estados según el modelo federal, sino por un proceso de descentralización del Estado en una nueva organización territorial— en unos casos por devolución de poderes, en otros por reconocimientos ex novo—, ello implica que en el momento de formación de ese Estado, los hechos imponibles más relevantes están ya gravados por tributos de titularidad estatal; por ello, el único acceso de las Haciendas autonómicas a esta vía de financiación es la concurrencia o participación, bien a través de la cesión del tributo o bien por el derecho a participar en la recaudación del mismo en un determinado porcentaje.

De ahí que se haya afirmado <sup>13</sup> que el sistema español es mixto con claro predominio del sistema de unión; unión de impuestos que, sin embargo, ante la indeterminación constitucional produce un considerable grado de dependencia financiera de las Haciendas autonómicas respecto de la Hacienda estatal (al menos en el sistema de la LOFCA) que no se produce en las Haciendas federales, aún convertidas al sistema de unión.

- El segundo punto de contacto con el modelo federal es más limitado y se produce sólo en relación con aquellos sistemas —como el alemán posterior a la reforma constitucional de 1969— que han optado por una concurrencia impositiva basada en el reparto de aquella soberanía de las sumas recaudadas». El paralelismo se produce aquí, precisamente, con el bloque representado por los tributos cedidos a las Comunidades autónomas y los tributos estatales no cedidos en los que éstas ostentan un derecho a participar en un porcentaje de la recaudación. También aquí se aprecian, no obstante, diferencias sensibles respecto del modelo alemán que afectan por un lado, a los tributos cedidos (la Constitución no determina cuáles son ni cuál serán en su caso, el alcance de la cesión) y por otro a las participaciones (tampoco fija la Constitución un criterio mínimo para la fijación del porcentaje ni qué tributos se verán afectados por este sistema de reparto).

Esta indeterminación constitucional supone, desde luego, un obstáculo, pues si bien permite, en principio, diseñar distintas estrategias de reparto de los tributos, no es menos cierto que puede imprimir una tendencia a considerar, tanto la cesión de tributos como las participaciones, simples mecanismos de transferencias estatales destinadas a suplir el de-



sequilibrio existente entre el nivel de gasto público asumido por la Hacienda autonómica y la capacidad tributaria resultante de la aplicación de sus propios recursos. Esto es lo que está ocurriendo en el proceso actual de financiación de las Comunidades autónomas (excepción hecha del régimen de conciertos) y la concepción latente en el llamado «criterio de la compensación» que no es, en definitiva, sino una manifestación de la prioridad adquirida por el principio de suficiencia en detrimento de la autonomía financiera. El coste político de este proceso se traduce en una situación de dependencia de las Haciendas autonómicas respecto de la Hacienda central, no mitigada por los mecanismos tributarios autónomos, de improbable aplicación y elevado riesgo político, como demuestran ejemplos muy recientes.

## 2. EL MODELO ESPAÑOL DE REPARTO DE LA IMPOSICION

### A) *La coexistencia de dos modelos*

La vigencia de dos sistemas de financiación constituye un dato previo, de necesaria consideración cuando se quiere analizar el modelo español de reparto de las imposición entre el Estado y las Comunidades autónomas. La doctrina ha hablado en este punto de un sistema ordinario o régimen general (LOFCA) y un sistema especial representado por el régimen de concierto económico; el primero se aplica, obviamente, en los territorios constituidos en Comunidad autónoma, distintos de los denominados territorios históricos caracterizados por la vigencia del régimen foral.

Al régimen general corresponde la conexión entre tributos cedidos y no cedidos que constituye el objeto de este trabajo y su contenido será expuesto a continuación. El principal contraste de este régimen con el de concierto deriva, precisamente, del hecho de tratarse de dos alternativas distintas en cuanto al reparto de la imposición entre la Hacienda central y las Haciendas territoriales: una financiación que podríamos denominar «de arriba abajo» (la cesión de tributos y las participaciones del sistema LOFCA) y otra financiación que se produce «de abajo arriba» (y en distintos niveles en el caso de la Comunidad autónoma del País Vasco, pues ésta se nutre, a su vez, con aportaciones tributarias de las Diputaciones forales) <sup>14</sup>.

Los tributos concertados, cuyo establecimiento, exigibilidad y recaudación dentro del marco general de la estructura impositiva del Estado, corresponde a los territorios históricos <sup>15</sup> (las provincias de régimen foral

de Alava, Guipúzcoa, Navarra y Vizcaya) suponen sin duda, desde la perspectiva que aquí estamos contemplando —el modelo de reparto de la imposición— una alternativa caracterizada por la cesión de la práctica totalidad de los impuestos estatales a estas Haciendas territoriales, resarcándose el Estado de los gastos asumidos en dichos territorios por medio del cupo global, característico del régimen de conciertos. Por ello hemos dicho anteriormente que constituye una vía de financiación «de abajo arriba» y es, desde luego, una alternativa excluyente respecto del bloque de financiación que analizamos en este trabajo, relativo a la conexión entre tributos cedidos y no cedidos. Por ello no vamos a añadir nada más sobre el régimen de conciertos, pero sí nos interesa subrayar que la coexistencia, dentro de nuestro ordenamiento jurídico-financiero, de estas dos alternativas, no puede dejar de tenerse en cuenta, al menos como punto de contraste, cuando se analiza el sistema de reparto de la imposición establecido en la LOFCA y en los Estatutos de las Comunidades autónomas sometidas al régimen general.

Es curioso observar cómo este tipo de contraste suele ser obviado por los comentaristas, generalmente preocupados en la justificación o en la crítica del régimen general basándose en argumentos de Derecho comparado resultantes de la aplicación de otros sistemas federales o regionales, siendo así que sin salir de nuestro propio ordenamiento jurídico se nos ofrece una excelente base para el análisis comparativo. Es evidente que el régimen de concierto económico se asienta sobre unas bases históricas, políticas y jurídicas, amparadas por la Constitución, que no permiten, en principio, su extrapolación a las Haciendas de las Comunidades autónomas sometidas al régimen general; pero ello no impide que determinados argumentos utilizados para reforzar o, en su caso, para discutir opciones escogidas en el sistema LOFCA, puedan y deban relativizarse ante el hecho incontestable de la existencia y funcionamiento, en el ordenamiento jurídico español, de una alternativa de financiación distinta, representada por el régimen de concierto económico.

#### *B) El bloque de tributos estatales en el sistema de financiación de las Comunidades autónomas*

En una primera aproximación al bloque de recursos tributarios que constituyen el objeto de esta ponencia, creemos con el profesor PALAO que puede considerarse aplicable al esquema de financiación de las Comunidades autónomas, la distinción que en su día estableció en nuestra doctrina ROVIRA entre ingresos tributarios propios e ingresos tributarios

transferidos <sup>16</sup>. Los primeros se obtienen a través de la tributación separada (tributos propios) o de la sobreimposición (recargos); los segundos responden a ingresos tributarios de titularidad (al menos inicialmente) estatal que se atribuyen a las Haciendas territoriales con distinto alcance (total o parcial) y mediante distintos mecanismos (cesión o participación). A este segundo grupo pertenece obviamente el bloque del que nos ocupamos.

PALAO entiende que esta distinción «no marca la línea de separación entre la autonomía del ente subordinado y la falta de ella aunque probablemente sea éste el sentido originario de la distinción» <sup>17</sup>; esta afirmación pertenece a la línea doctrinal a que aludimos anteriormente, que mantiene un nuevo concepto de autonomía financiera en base a la tesis de la separación de las funciones financieras.

Los recursos tributarios transferidos aparecen, con la excepción de los recargos, sistematizados conjuntamente por el artículo 157-1.º-a) de la Constitución bajo la fórmula «impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado... y otras participaciones en los ingresos del Estado». Se caracterizan, en ambos casos, por su naturaleza participativa, entendiendo por tal la participación en el fondo común de ingresos estatales; lo cual no implica, desde el punto de vista de su configuración técnica, identidad en cuanto a su naturaleza jurídica. No obstante, éste es un tema que —sobre todo por lo que se refiere a la naturaleza de las participaciones— ha sido abordado con cierta ambigüedad e imprecisión por parte de la doctrina, como veremos a continuación.

Este doble sistema de recursos es consecuencia del predominio que en la organización de las Haciendas autonómicas tiene el llamado «sistema de unión» y de sus relaciones con la Hacienda del Estado en el marco de lo que se ha denominado una «Hacienda de transferencias». En definitiva, podemos decir que la distribución de los recursos públicos entre las distintas Haciendas responde a un sistema de reparto mediante atribución específica (tributos cedidos) y mediante cuotas de participación que representan una atribución no específica, sino resultado de la transferencia de un fondo común de ingresos. El sistema así diseñado da lugar a la aparición de un nuevo tipo de recursos que podríamos denominar «impropios», cuyo título jurídico es fundamentalmente participativo y que resultan, por ello mismo, difíciles de encuadrar dentro de los esquemas tradicionales de configuración de los recursos públicos.

## a) Los tributos cedidos

En este punto nos referiremos al alcance de la cesión y a los criterios que han presidido el reparto de las figuras impositivas (en particular, los utilizados para justificar la no cesión de determinados impuestos estatales).

En cuanto al alcance de la cesión, el punto de partida lo constituye el artículo 157-1.º-a) de la Constitución que se refiere a «impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado», en expresión que permitía, en principio, distintas posibilidades en cuanto al alcance de la cesión. En este sentido llegó a afirmar MARTIN QUERALT que «puesto que el texto constitucional no limita tal cesión al producto recaudatorio obtenido sino que habla de cesión en términos generales, cabría incluir dentro del concepto de cesión tanto el producto recaudatorio como la atribución de potestades normativas que integren los elementos esenciales del tributo que ya vienen contenidos en la regulación dada a los mismos por el Estado»<sup>18</sup>.

Esta propuesta que puede, a nuestro juicio, considerarse válida constitucionalmente, hubiera situado la financiación tributaria de las Haciendas automáticas en una posición análoga a los territorios históricos sometidos al régimen de concierto —aunque sólo, claro está, en relación con los tributos que fueran objeto de cesión—. Pero se llegó además a defender «incluso una cesión de potestades normativas tan amplia que, en mérito a ella, la Comunidad autónoma a la que se ceda un determinado tributo pueda ordenar el mismo según su voluntad». Esta diversidad normativa —compatible con unas reglas generales de armonización— se justificaba por la diversidad de las estructuras económicas en las que los impuestos cedidos van a ser objeto de aplicación; la diversidad se fundaría, jurídicamente, «por el hecho de que el impuesto cedido, si bien originariamente, «por el hecho de que el impuesto cedido, si bien originariamente formaba parte de la Hacienda general del Estado y en cuanto tal era un impuesto regulable por el ordenamiento estatal general, a partir de su cesión en una Comunidad autónoma se convierte en un instituto inserto en la Hacienda regional, y en cuanto tal, susceptible de ordenación autónoma»<sup>19</sup>.

Detrás de esta propuesta late, como podemos apreciar, la idea de una titularidad compartida del tributo por parte de la Hacienda estatal y de la Hacienda de la Comunidad autónoma beneficiaria de la cesión, de tal modo que la titularidad del Estado sería simplemente «originaria». Es evidente que, a la vista de la solución posteriormente adoptada en la legislación<sup>20</sup>, esta propuesta aparece ahora como radical e incluso alguien podrá

pensar que discutible desde el punto de vista jurídico; sin embargo, creemos que tiene un fundamento válido de acuerdo con el artículo 157-1.º-a) de la Constitución, siempre que en el uso de las potestades normativas de ordenación del tributo, las Comunidades autónomas se atuvieran a los límites y principios establecidos en la Constitución. Resulta inevitable, una vez más, señalar el paralelismo que se hubiera producido entre una situación de este tipo y el régimen de conciertos, aunque el fundamento constitucional es distinto en cada caso: en el primero, la cesión de impuestos estatales prevista en el artículo 157-1.º-a) de la Constitución y en el segundo, el reconocimiento de los derechos históricos de los territorios forales amparado en la Disposición adicional 1.ª del texto constitucional.

Sabemos que la LOFCA establece el alcance de la cesión en sentido estricto, es decir, limitando al rendimiento de los tributos que son objeto de cesión, contemplados en su artículo 11. En el artículo 10 define los tributos cedidos como «los establecidos y regulados por el Estado, cuyo producto corresponde a la Comunidad autónoma». Tanto la Disposición adicional 6.ª del Estatuto catalán en su día, como ahora el artículo 1.º de la Ley de cesión de tributos (LCT), se refieren a la cesión del «rendimiento» de determinados tributos <sup>21</sup>.

Esta solución normativa excluye, obviamente, la titularidad del recurso por parte de la Comunidad autónoma y con ello, cualquier posibilidad de organización autónoma respecto del tributo cedido; la diferencia es así sustancial con el régimen de los tributos concertados y la idea responde a la del reparto de los tributos bajo la fórmula de otorgar la «soberanía de las sumas recaudadas» por estos tributos a las Haciendas autonómicas. Esto implica, sin duda, mayor conexión entre el mecanismo de la cesión y el de participación en la recaudación de tributos estatales a través de un porcentaje ya que, como hemos dicho antes, se trata en definitiva, de repartir el conjunto de la recaudación de los impuestos del Estado entre la Hacienda central y las Haciendas autonómicas, en unos casos mediante atribución total y específica (tributos cedidos) y en otros, mediante transferencia de cuotas porcentuales.

El reparto de este bloque formado por el conjunto de la recaudación impositiva estatal viene determinado por la línea divisoria entre los tributos susceptibles de cesión y los tributos que, en ningún caso, pueden ser objeto de cesión, siendo estos últimos la base del reparto por el sistema de porcentaje.

Esta línea aparece establecida por el artículo 11 de la LOFCA que en su apartado 1.º contempla los tributos que pueden ser objeto de cesión

(impuesto sobre el patrimonio neto, impuesto sobre transmisiones patrimoniales, impuesto sobre sucesiones y donaciones, impuestos sobre las ventas en fase minorista, tasas y demás exacciones sobre el juego) y en su apartado 2.º enuncia los «impuestos estatales que no podrán ser objeto de cesión» (impuesto sobre la renta de las personas físicas, impuesto sobre sociedades, impuesto sobre las ventas —salvo en el supuesto anterior— impuestos sobre el tráfico exterior y los recaudados a través de monopolios fiscales).

El artículo 13-1.º de esta misma ley establece que «las Comunidades autónomas dispondrán de un porcentaje de participación en la recaudación de los impuestos estatales no cedidos».

La división así establecida resulta pacíficamente admitida a nivel doctrinal y justificada, generalmente, con los mismos argumentos que en el ámbito de las Haciendas federales han legitimado la progresiva asunción de competencias estatales sobre determinados impuestos y, en concreto, la imposición sobre la renta y el consumo.

Estos argumentos ya han sido expuestos anteriormente, pero queremos recordar, no obstante, los más significativos; así el relativo a la «exportación de tributos» que se produce en impuestos fácilmente trasladables, la movilidad de las unidades económicas que proporciona una vía de escape a la tributación territorial, frustrando los objetivos redistributivos y produciendo ineficacia en la asignación de los recursos y sobre todo, se ha utilizado el argumento relativo a la utilización de estos impuestos como instrumento de política económica como razón suficiente para justificar la centralización, ya que se trata de instrumentos privilegiados de regulación de la coyuntura a escala nacional actuando sobre los precios (impuesto sobre el valor añadido) y sobre el comportamiento de las rentas, sobre todo en el tratamiento del ahorro (impuesto sobre la renta de las personas físicas y sobre sociedades) <sup>22</sup>.

De otra parte, aunque como se ha dicho «es difícil avanzar argumentos definitivos en cuanto al interés por la centralización de un determinado impuesto» existen, junto a los argumentos anteriores, unos criterios de idoneidad respecto del tipo de impuestos más adecuados para las Haciendas territoriales; dichos criterios responden, generalmente, a la territorialidad, al rendimiento del impuesto y su elasticidad en relación con las magnitudes económicas regionales. En tal sentido se han señalado: imposición adicional sobre las rentas (en forma de impuestos reales), impuestos sobre la propiedad y determinados impuestos sobre el consumo <sup>23</sup>.

En el ámbito de la doctrina española, FERREIRO entiende que la no

cesión del impuesto sobre la renta de las personas físicas, sociedades y valor añadido, se justifica porque recaen sobre rentas generadas en otros territorios y «conforme al artículo 157-2.º de la Constitución española, hay que entender que una Comunidad autónoma no puede explotar fiscalmente a otra y que, por lo tanto, no puede gravar con sus impuestos los bienes situados en el territorio de otra Comunidad, ni las rentas derivadas de tales bienes, ni los hechos realizados o las actividades desarrolladas en el territorio de otra Comunidad»<sup>24</sup>.

Este es, en definitiva, el viejo argumento que desaconseja la atribución a las Haciendas territoriales de impuestos trasladables. Ahora bien, debemos puntualizar que, en el caso español, que limita la cesión del tributo a la obtención por parte de la Hacienda autonómica al producto recaudatorio, la aplicación al supuesto de la prohibición contenida en el artículo 157-2.º de la Constitución es discutible, puesto que no se trata de «medidas tributarias adoptadas por la Comunidad autónoma». Por otro lado, llevado al extremo este argumento, sería dudosa la constitucionalidad de la cesión de tributos en base al criterio de residencia, como ocurre en nuestra LCT con el Impuesto extraordinario sobre el patrimonio de las personas físicas o con el impuesto sobre sucesiones y, desde luego, mayores dudas se plantearían en el caso de las leyes de concierto cuando atribuyen a las Diputaciones forales los impuestos sobre la renta o sobre el tráfico y consumo.

Para MARTIN QUERALT «Los impuestos esenciales (renta y volumen de ventas) no pueden ser objeto de cesión, en cuanto que son expedientes de los que la Hacienda central precisa para llevar a cabo las funciones esenciales hoy encomendadas a ella —política de distribución de rentas, mantenimiento de la estabilidad económica y política de desarrollo—. En este ámbito no cabe hablar de cesión de potestades normativas, sino en su caso, de participación en la recaudación por tales conceptos»<sup>25</sup>.

Efectivamente, ello justifica, como señala el propio autor, la exclusión de estos impuestos de una cesión entendida en sentido amplio —salvando una vez más, la excepción de los tributos concertados— pero aquellas razones no sirven, indistintamente, para justificar la negativa de una cesión meramente recaudatoria. A nuestro juicio, el tema entonces se traslada a la determinación de por qué, a la hora de transferir los fondos de estos impuestos, se escoge la fórmula de la participación porcentual, excluyéndolos de la cesión total en base a los distintos puntos de conexión utilizados en la LCT (residencia o territorialidad) o, aunque en otro contexto, en la ley de concierto.

Evidentemente, existe una primera respuesta casi obvia que reside en la imposibilidad de vaciar de contenido el sistema impositivo estatal, ya que una situación de este tipo abocaría a la generalización del sistema de cupo, lo cual debe considerarse, en nuestra opinión, inviable desde el punto de vista constitucional.

Ante la imposibilidad de ceder los tributos ¿por qué entonces han quedado incluidos unos y excluidos los otros del régimen de cesión? ¿Era posible otra combinación u otro resultado del reparto ante el silencio constitucional? A nuestro juicio parece evidente que, aunque la configuración financiera de las Comunidades autónomas sea distinta, han pesado definitivamente los argumentos determinantes del proceso de centralización de estos impuestos (renta y consumo) en la mayor parte de las Haciendas federales, el predominio de la titularidad de la Hacienda estatal sobre todos los impuestos, la importancia recaudatoria y la complejidad técnica que encerraba la regulación con carácter general de los puntos de conexión de estos impuestos en los territorios de todas las Comunidades autónomas (baste pensar en este sentido, en las normas sobre cifra relativa de negocios o sobre residencia de las sociedades en el régimen de concierto).

La prueba de que el legislador fundó su opción en los argumentos tradicionales relativos a la política fiscal, equidad y redistribución, aparecen expuestos en la Memoria que acompañó en su día al proyecto de la LOFCA. Así: no parece aconsejable la cesión del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, por las funciones esenciales, que debe cumplir el Gobierno central y porque su progresividad provocaría distorsiones en la localización geográfica (este último argumento es, como hemos dicho, inadecuado, ante el supuesto de una cesión recaudatoria que no afecta a la regulación y exigibilidad del tributo con carácter uniforme en todo el territorio nacional; en todo caso, debería contrastarse la afirmación analizando el funcionamiento de este impuesto en los territorios de régimen común y en aquellos en que se exige con carácter de tributo concertado). La cesión del impuesto sobre sociedades no resulta aconsejable por la complejidad de su administración y por su función de estabilización y crecimiento, que corresponde al Gobierno central. En cuanto al Impuesto sobre el valor añadido, debe mantenerse para la Hacienda central, por ser el eje de la tributación indirecta y por ser fácilmente trasladable a otras zonas (salvo el IVA minoristas); además, las directrices de la C.E.E. obligan a su mantenimiento a nivel central <sup>26</sup>.

Tratándose en definitiva, de excluir estos impuestos del sistema de



cesión del rendimiento no se insiste sin embargo, suficientemente, en los dos motivos que, a nuestro juicio, determinan dicha exclusión:

Por un lado, el aspecto recaudatorio. La Hacienda estatal es titular de estos impuestos en su totalidad, es decir, incluido el producto recaudatorio, en concepto de financiación de los gastos estatales y el posible excedente de ingresos que le genere esta situación —sobre todo cuando finalizan los procesos de transferencias— revierte a las Haciendas autonómicas bajo la fórmula del porcentaje de participación que, en período definitivo actúa, como veremos, no sólo como instrumento de cobertura, sino también de redistribución. Este esquema de financiación es, como vimos, característico del sistema de unión y encierra, desde luego, una coherencia absoluta en el terreno financiero, con la configuración política y jurídica del Estado de las autonomías.

Por otro lado, el aspecto redistributivo que erige el principio de solidaridad como un criterio básico en la ordenación de las Haciendas autonómicas en relación dialéctica con el principio de autonomía financiera. En la opción entre cesión y participaciones, la solidaridad constituye un límite evidente para la aplicación de la primera fórmula a los impuestos de mayor capacidad recaudatoria (ya que la cesión haría revertir toda esa capacidad en los mismos territorios que la han generado, bien a través de sus bienes o de sus residentes), mientras que estimula la fórmula de la participación que permite incluir parámetros redistributivos en los criterios para la fijación del porcentaje.

#### b) Las participaciones en impuestos no cedidos

La afirmación realizada anteriormente sobre la naturaleza de las participaciones —que hemos calificado dentro de los recursos transferidos— responde a la caracterización de las mismas como el resultado de un reparto entre la Hacienda central y las Haciendas autonómicas del rendimiento de determinados impuestos y, en concreto, de acuerdo con el artículo 13 de la LOFCA, de aquellos impuestos estatales que no son susceptibles de cesión a las Comunidades autónomas.

En tal sentido entiende FERREIRO que todos los recursos contemplados en el artículo 157-1.º-a) de la Constitución son fórmulas imperfectas de participación en el fondo común de los ingresos que corresponden al Estado y, a través de él, a todas las Comunidades autónomas; distingue sin embargo, la naturaleza de las participaciones de la de los tributos cedidos, sobre todo en punto al discutible carácter tributario de aquéllas, al tratarse de ingresos ya realizados por el Estado, pero que las Haciendas autonómi-

cas reciben por un título jurídico distinto (el derecho de participación, exigible a partir de la fijación del porcentaje correspondiente) <sup>27</sup>.

MARTIN QUERALT y CAZORLA destacaron en su día, cómo la amplitud de la fórmula constitucional implica el carácter no necesariamente tributario de las participaciones <sup>28</sup>.

En opinión de LASARTE la técnica de las participaciones es similar a la cesión parcial de tributos, con la diferencia de que la idea de participación no suele implicar el traspaso de la gestión fiscal al ente que recibe el ingreso, aunque la distinción sería bastante sutil en el supuesto de colaboración de las diferentes esferas administrativas <sup>29</sup>.

Delimitada la naturaleza de este recurso como un derecho de participación, lo que interesa analizar aquí, desde la perspectiva que nos ocupa, es si el ejercicio de dicho derecho por parte de las Haciendas autonómicas viene condicionado por la concurrencia de determinados requisitos y, en su caso, subordinado respecto de otro tipo de recursos o si, por el contrario, puede y debe considerarse sin más un recurso «constitutivo del haber» de dichas Haciendas <sup>30</sup> y exigible como tal, desde el momento en que el ordenamiento jurídico las dota de un ámbito financiero propio. Sin perjuicio de lo que exponíamos a este respecto en el punto siguiente, podemos avanzar dos observaciones fundamentales en relación con este tema:

En primer lugar, que la organización de las Haciendas autonómicas no puede identificarse, en nuestro ordenamiento jurídico, con una constitución originaria que corresponda al momento de creación del ente, en la medida en que la configuración de un ámbito financiero propio responde al proceso de asunción de competencias; de ahí que resulte inexcusable examinar este aspecto de la financiación (conexión entre tributos cedidos y no cedidos) a partir de las fases de este proceso.

En segundo lugar, que dentro de ese proceso la atribución de recursos financieros en estrecha relación con el traspaso de competencias, acentúa el aspecto de cobertura de este tipo de recursos, aumentando el protagonismo del principio de suficiencia en detrimento de la autonomía financiera, situando en relación de interdependencia aquellos recursos que el ordenamiento jurídico ha configurado como instrumento básico de financiación en el proceso de constitución de las Haciendas autonómicas.

### C) *Una primera deducción: autonomía «verus» suficiencia financiera*

El sistema que hemos visto supone en su aplicación un excedente de ingresos para la Hacienda central que revierte a las Haciendas autonómi-

cas en forma de participación. En la medida en que esa participación pretende, precisamente, cubrir la insuficiencia recaudatoria de estas Haciendas —procedente de sus propios recursos y del rendimiento de los tributos cedidos— su fundamento responde, ante todo, a la tutela de la suficiencia financiera de las Comunidades autónomas.

Esta es, en principio, una opción válida como cualquier otra desde el punto de vista técnico, pero que se produce a costa del principio de autonomía financiera. Así, se ha dicho que «el rendimiento de los impuestos federales superior a las necesidades públicas exclusivas de la Federación, contribuye a generalizar distribuciones federales de ingresos, lo cual no ocurre sin conferir a la Federación un poder de dirección y control de las decisiones y de las actividades de las colectividades federadas»<sup>31</sup>.

Es necesario establecer un equilibrio entre los recursos propios y los recursos transferidos, pero ¿dónde está el grado o límite para que un sistema de financiación participativa no atente contra la autonomía financiera en materia de gasto? En este punto, la Comisión TRAEGER estableció en su Informe que para que la autonomía de decisión sea preservada en una Hacienda federal, alrededor de un tercio de los ingresos de cada Hacienda federada debe provenir de recursos propios. En todo caso, se constata que la dependencia financiera de las Haciendas territoriales es manifiestamente contraria al espíritu clásico del federalismo, que exige que cada gobierno sea responsable ante sus ciudadanos de sus decisiones en materia impositiva<sup>32</sup>.

Si planteamos el tema de la suficiencia financiera en relación con los recursos que aquí estamos analizando (tributos cedidos y no cedidos) es porque este modelo de financiación está en la base del sistema de unión que se legitima, desde la perspectiva de la autonomía financiera, por una transformación de este principio a partir de la separación entre tributación y gasto público. Pero como dijimos anteriormente, dicha transformación no es sino una sustitución de aquel principio por el de suficiencia en materia de recursos tributarios.

Esta situación, perfectamente verificable en el caso español —sobre todo en la financiación durante el período transitorio— produce una paradoja en el terreno constitucional. Así, la suficiencia financiera como principio está reconocido en la Constitución española para las Haciendas locales (artículo 142) y no expresamente para las Haciendas autonómicas a las que sí reconoce, en cambio, el principio de autonomía financiera (artículo 156). Por otro lado, los recursos de las Comunidades autónomas establecidos en el artículo 157-1.º no aparecen jerarquizados ni relacionados de tal modo

que pueda deducirse «a priori» en qué sentido va a decantarse el funcionamiento del modelo de financiación.

Es evidente que esa decantación se produjo en el Estatuto de Cataluña y se confirmó en la LOFCA <sup>33</sup>, que refleja un determinado modo de entender el modelo de financiación propuesto en la Constitución. La opción realizada es, en términos generales, válida, dado que la propuesta constitucional está abierta a distintos grados en la ordenación de las Haciendas autonómicas, pero la solución legislativa ha generado en su aplicación un sistema en que el protagonismo de la suficiencia financiera por la vía de los recursos tributarios transferidos, implica un considerable nivel de dependencia para aquellas Haciendas.

Este papel que desempeñan los recursos tributarios transferidos (tributos cedidos y no cedidos) es asumido expresamente por el artículo 15 de la LOFCA, cuando condiciona la percepción de la asignación estatal para cubrir el nivel mínimo de servicios a que la Comunidad autónoma no pueda asegurar dicho nivel «con la utilización de los recursos financieros regulados en los artículos 11 y 13 de la presente ley»; es decir, tributos cedidos y participación en los impuestos estatales no cedidos.

## **II. LA RELACION ENTRE TRIBUTOS CEDIDOS Y NO CEDIDOS EN LA APLICACION DEL MODELO DE FINANCIACION**

### **1. ANALISIS DE LA RELACION EN EL PERIODO TRANSITORIO**

#### **A) EL CRITERIO ADOPTADO: EL SISTEMA DE FINANCIACION SEGUN GASTO**

El funcionamiento de la financiación por tributos transferidos durante el período transitorio, hace inevitable la referencia a los dos criterios básicos enunciados en el Informe KILBRANDON que inspiraron, como es sabido, la solución adoptada en la LOFCA:

- Financiación en base a gasto, según la cual se procede a efectuar una medición de las necesidades de gastos de los servicios de cada nivel, proveyéndose al Gobierno regional de los recursos necesarios para satisfacerlas, y

- Financiación en base a ingreso, según la cual el Gobierno regional dispone de fuentes impositivas con cuyo rendimiento está obligado a financiar gastos de su competencia.

La elección de un sistema u otro constituye una de las claves cuando se escoge el modelo de financiación regional, planteándose el dilema entre una opción u otra en los siguientes términos: la financiación según ingreso aumenta la autonomía financiera, mientras que la financiación según gasto resuelve el problema de la solidaridad interterritorial <sup>34</sup>.

El Informe KILBRANDON piensa que no son, en principio, modelos excluyentes. Así: una financiación en base a gasto no debe entenderse rígidamente y como tal, es compatible con la titularidad de un poder tributario autónomo por parte de los entes objeto de transferencia. Se ha dicho incluso que se puede obviar la elección mezclando elementos en los que aparecen características de ambas alternativas, pero en realidad el sistema termina por inclinarse por una de las opciones <sup>35</sup>.

La preferencia por la financiación según gasto en base a una crítica a la otra alternativa, aparece basada en razones de justicia distributiva. Así, se dice por ejemplo en el Informe KILBRANDON que la financiación en base a gasto se escoge porque el otro sistema resulta incompatible con una distribución justa de los recursos; ésta fue asimismo la razón invocada en la Memoria que acompañó al proyecto de la LOFCA. En la misma línea, la solidaridad ha sido invocada aludiendo al conocido argumento del «egoísmo» de las regiones ricas que provoca un modelo de financiación en base a ingresos <sup>36</sup>.

Otro argumento utilizado ha sido el que, ante el hecho irreversible de la concentración estatal de las principales figuras impositivas, se impone el abandono de la financiación en base a ingreso. Este argumento tiene interés en cuanto presenta el modelo de financiación como una consecuencia del proceso de centralización de recursos tributarios; efectivamente es así, en cuanto que dicha centralización provoca, como ya dijimos, un excedente que justifica la transferencia de ingresos tributarios, pero la dependencia que esta situación provoca en las Haciendas autonómicas se explica, no sólo por el hecho mismo de la transferencia, sino sobre todo, por la causa o título que la provoca. Así:

— En un sistema de financiación en base a ingreso, los tributos transferidos serían considerados como un recurso de la Comunidad autónoma y, como tal, un derecho ejercitable en uso de su capacidad patrimonial como tal Hacienda autónoma y cuantificado, en cada caso, de acuerdo con los parámetros establecidos en el ordenamiento positivo.

— En un sistema de financiación en base al gasto, los tributos transferidos son recursos disponibles para la Comunidad autónoma sólo en la medida en que lo exija la cobertura estricta de sus necesidades

públicas; no dispone de ellos con un criterio de autonomía, sino con un criterio de suficiencia y esto es, precisamente, lo que acentúa su dependencia respecto de la Hacienda central.

Existe, finalmente, un argumento de carácter político, no menos importante, expuesto en el Informe KILBRANDON para el caso del Reino Unido y especialmente ilustrativo respecto de la opción escogida en el caso español. Se trata de que la financiación en base a necesidades (gasto) ha sido la técnica utilizada en aquellos Estados centralizados que inician procesos destinados a devolver competencias en favor de poderes territoriales <sup>37</sup>.

En la técnica utilizada para la aplicación del modelo de financiación en base a gasto, se procede a efectuar una medición de las necesidades de los servicios en cada nivel, proveyéndose al Gobierno regional de los recursos necesarios para satisfacerlas; los elementos a tener en cuenta en este caso son: el volumen de competencias asumidas por la Administración regional y las diferencias en el coste de prestación de las mismas (la denominada «necesidad fiscal»).

Evidentemente, los defensores de este modelo de financiación intentan desmentir el principal obstáculo del modelo que es, como hemos visto, la pérdida de autonomía financiera. Así, se dice que el elemento que compatibiliza la financiación en base al gasto con dicha autonomía es «aquel que asigna a cada región una fracción de los recursos administrados centralmente» <sup>38</sup>.

Para ello, el procedimiento propuesto es el siguiente: la liberación de una cantidad equivalente al coste de prestación de los servicios transferidos; medición detallada de este coste referida al total de ingresos obtenidos por la Hacienda central y transferencia en bloque a la Hacienda regional la cual «haciendo uso de sus competencias constitucionales, puede decidir libremente sobre el uso de estos recursos sin que se vea obligado a mantener la cobertura de necesidades públicas que había venido efectuando el Gobierno central cuando poseía la responsabilidad de gestionar esos mismos servicios <sup>39</sup>.

## **B) LA APLICACION DEL CRITERIO DE COMPENSACION DEL PERIODO TRANSITORIO**

Tomamos aquí como punto de partida la definición del período transitorio que establece la Disposición transitoria 1.ª de la LOFCA, según la cual:

«Hasta que se haya completado el traspaso de los servicios correspondientes, las competencias fijadas a cada Comunidad autónoma en el correspondiente Estatuto, o en cualquier caso, hasta que se hayan cumplido los seis años desde su entrada en vigor, el Estado garantizará la financiación de los servicios transferidos a la misma con una cantidad igual al coste efectivo del servicio en el territorio de la Comunidad en el momento de la transferencia».

La idea básica sobre la que descansa la financiación en este período es la necesidad de cubrir el coste de los servicios públicos que la Comunidad autónoma haya asumido del Estado. Dicha cobertura aparece garantizada por la Hacienda central a través de los tributos transferidos (tributos cedidos y participación en impuestos no cedidos) lo cual implica que el principio básico que ordena la financiación durante esta etapa está representado por la tutela de la suficiencia financiera de las Haciendas autonómicas.

La fórmula escogida para hacer efectivo este principio es aquella según la cual el coste de los servicios transferidos equivale a la participación en impuestos no cedidos más la recaudación obtenida por los tributos cedidos. Esta última fórmula refleja el llamado *criterio de compensación*, que ya fue aplicado en la financiación de la Generalidad de Cataluña durante la Segunda República —por cierto, sin éxito en el terreno de la suficiencia financiera, como demuestra el excelente estudio de ARIAS VELASCO sobre la Hacienda de la Generalidad en ese período<sup>40</sup>—.

De acuerdo con este criterio, la cantidad a compensar se divide en dos sumandos: primero, el importe que suponga para la Comunidad autónoma la recaudación obtenida con los impuestos estatales cedidos; segundo, un porcentaje de participación sobre los impuestos estatales, que compensa a la Comunidad autónoma de la diferencia entre el coste de los servicios transferidos y la recaudación de los tributos cedidos<sup>41</sup>.

La Disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de la LOFCA ordena, asimismo, la creación de una Comisión Mixta para la determinación del método de fijación del porcentaje, es decir, el método seguido para el cálculo de las distintas magnitudes y, en especial el coste de los servicios transferidos. Esta tarea fue asumida por el Consejo de Política fiscal y financiera (CPFF) que, en su Acuerdo de 18 de febrero de 1982, estableció la metodología para el cálculo de las distintas magnitudes que inciden en la determinación del porcentaje de participación.

En cuanto a la fórmula que materializa el principio de compensación,

aparece asimismo reflejada en el número 4.º de la Disposición transitoria citada, en los siguientes términos:

«Se establecerá un porcentaje en el que se considerará el coste efectivo global de los servicios transferidos por el Estado a la Comunidad autónoma, minorado por el total de la recaudación obtenida por la misma por los tributos cedidos, en relación con la suma de los ingresos obtenidos por el Estado en los capítulos I y II del último Presupuesto anterior a la transferencia de los servicios valorados.

Un punto importante lo constituye la repercusión que tiene la cesión de tributos sobre la determinación del porcentaje de participación. Se trata de un aspecto problemático no obstante venir recogido, como hemos visto, en la Disposición transitoria 1.ª de la LOFCA y en las correspondientes disposiciones de los Estatutos de autonomía.

El citado Acuerdo del CPFF regula dicha repercusión de modo que la cesión de impuestos, a partir del ejercicio en que tenga efectividad, vendrá a reducir el anterior porcentaje de participación en los demás impuestos del Estado; dicha reducción se producirá en una cantidad equivalente al porcentaje que signifiquen los ingresos realmente obtenidos por el Estado en el territorio de la Comunidad autónoma de que se trate, durante el año inmediatamente anterior a la cesión por los impuestos cedidos, de acuerdo con los términos especificados por la ley de cesión, en relación con los ingresos obtenidos por el Estado durante el mismo período en sus capítulos I y II de los Presupuestos, excepto los provenientes de impuestos susceptibles de cesión»<sup>42</sup>.

Del sistema escogido por el legislador, se deduce una evidente interrelación entre el rendimiento de los tributos cedidos y la participación de las Haciendas autonómicas en los impuestos estatales no cedidos. De este modo, la financiación por la vía de los ingresos tributarios transferidos, se considera como una única magnitud cuyos elementos se compensan entre sí, de tal modo que a mayor recaudación de los tributos cedidos, menor participación en los tributos no cedidos.

El fundamento de esta interrelación reside, obviamente, en el propio criterio de compensación. Así, se considera que el Estado debe garantizar, durante el período transitorio, el coste de los servicios mediante una financiación de tipo participativo, pero instrumentada de tal forma que, a mayor asunción de competencias se produce la cesión de tributos cuya recaudación disminuirá la participación en los impuestos no cedidos.

Esta situación indica que los impuestos no cedidos se consideran un sistema de financiación preferentemente destinado a la cobertura de los



gastos públicos de competencia estatal. El modelo español difiere así, a nuestro juicio, de la fórmula alemana de la «gran unión de impuestos» por lo que se refiere a los tres impuestos estatales (renta de personas físicas, sociedades y valor añadido o ventas). Al menos, respecto del período transitorio puede afirmarse que el porcentaje de participación en el rendimiento de estos impuestos es un mecanismo de financiación puramente compensatorio, destinado a garantizar la suficiencia financiera de las Haciendas autonómicas —que tutela el Estado durante dicho período— sólo en la medida en que la recaudación de los tributos cedidos no alcance a cubrir el coste de los servicios transferidos.

Por otro lado, se observa que este modelo de financiación podría implicar una vulneración de la autonomía financiera de las Comunidades autónomas y, en concreto, un inconveniente para la autonomía de gestión, en cuanto que a mayor eficacia en la administración de estos tributos —y, por consiguiente, a mayor recaudación— disminuirá correlativamente el porcentaje de participación en los impuestos estatales no cedidos. Desde esta perspectiva, puede decirse que la cesión de tributos opera como un recurso cuya aplicación puede reducir otras posibilidades de financiación.

Por último debe observarse que la interrelación así establecida, se produce entre recursos tributarios cuyas características y rendimiento son muy distintos. Desde el punto de vista estricto de financiación, debe tenerse en cuenta que son los impuestos estatales no cedidos los de mayor capacidad recaudatoria lo cual hace evidentemente más atractiva la financiación vía participaciones en contraste con los tributos cedidos, de menor potencia recaudatoria y con los problemas creados por la nueva asunción de competencias.

### C) *CONCLUSIONES*

La autonomía financiera constituye, desde el punto de vista material, una proyección del principio general de autonomía de los entes territoriales que es, básicamente, un criterio de autoorganización. Lo financiero no es, en este caso, otro aspecto formal o una especialización de la autonomía por razón de la materia, sino la incidencia misma del principio de autonomía en su integridad, proyectado sobre el ente en cuanto Hacienda pública.

Si la Hacienda es una manifestación de cualquier ente público al que el ordenamiento reconozca aptitud para ser titular de derechos y obligaciones de contenido económico como consecuencia del reconocimiento

de un ámbito propio de recursos y necesidades a satisfacer, éstos constituyen las bases de una Hacienda ordenada de acuerdo con un criterio mínimo de autonomía financiera. Dentro de esta concepción patrimonial de la Hacienda Pública —reflejada, por lo demás, en el Derecho positivo y defendida por un sector de la doctrina<sup>43</sup>— el gasto responde a la capacidad del ente para obligarse y el ingreso a su capacidad de exigir los derechos que origina la aplicación de sus recursos. Así, si se considera la capacidad patrimonial como una proyección de la personalidad jurídica, es evidente que los entes públicos tienen esa capacidad, tanto para organizar y gestionar los recursos que la ley les reconoce, como para obligarse frente a terceros en el cumplimiento de los fines que la ley, asimismo, les asigna; ello no implica, necesariamente, que la primera de estas actividades esté condicionada por el nivel de necesidades públicas a satisfacer ni por el importe de las obligaciones contraídas.

Lo que ocurre, a nuestro juicio, es que la configuración jurídica de las Haciendas autonómicas presenta unas connotaciones distintas a las de la Hacienda pública estatal, en la medida en que el ejercicio de su autonomía financiera aparece condicionado en la propia Constitución (artículo 156-2.º) a los principios de solidaridad y coordinación con la Hacienda del Estado.

A partir de esta configuración se podrá hablar, en todo caso, de grados o niveles en los que actúa el criterio autonómico en relación con una determinada Hacienda; éstos podrán ser, a su vez, de distinta intensidad según los aspectos en que aquel criterio se manifieste (así, mayor autonomía en las decisiones sobre gastos públicos, menor en el establecimiento de recursos propios, mayor en la actuación administrativa, menor en la producción normativa, etc.); todos estos extremos deberán venir predefinidos en el ordenamiento positivo, a nivel de ordenación constitucional y general de las distintas Haciendas.

Pero la existencia de grados en la actuación del principio de autonomía financiera no puede darse sino en términos comparativos, es decir, en la medida en que existen una pluralidad de Haciendas públicas reconocidas en el seno del ordenamiento jurídico y aparecen, por ello mismo, configuradas por éste de acuerdo con determinados criterios de separación/dependencia, primacía/subordinación, en definitiva, de coordinación.

Dicha coordinación se manifiesta, en materia de recursos, en los puntos de conexión entre ambas Haciendas, representados por los recursos compartidos (tributos transferidos) y por las dotaciones y asignaciones específicas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (transfe-

rencias del Fondo de compensación interterritorial y asignaciones complementarias). En el terreno funcional, la coordinación se manifiesta en las fórmulas de delegación y colaboración entre las Administraciones, previstas en los artículos 156-2.º y 157-3.º de la Constitución.

La existencia de varias Haciendas y la relación antes apuntada entre los principios de autonomía y coordinación, así como las limitaciones de orden lógico impuestas por la propia naturaleza de los distintos recursos, inciden en el problema de la suficiencia financiera de las Haciendas autonómicas. Estas Haciendas deben disponer de un sistema de recursos cuya aplicación genere o pueda generar los fondos en cuantía suficiente para atender las necesidades públicas que, en cada caso, se comprometan a satisfacer. Dichos recursos formarán parte de su propio sistema, pero en el marco de una Hacienda de coordinación, el hecho de que cada uno de los recursos sea propio o procedente de la Hacienda estatal, es un tema secundario y, hasta cierto punto irrelevante, si el recurso cumple aquel requisito de suficiencia.

La tutela del principio de suficiencia se acentúa en el período transitorio en el cual, como hemos visto, la aplicación del criterio de compensación configura el nivel de necesidades públicas asumidas por la Comunidad autónoma a través del proceso de transferencias como «*conditio iuris*» para percibir la parte correspondiente a los ingresos tributarios transferidos.

Esta interrelación, que determina asimismo la conexión entre la recaudación de los tributos cedidos y el porcentaje de participación en los tributos no cedidos, podría en principio considerarse discutible desde una perspectiva constitucional, en la medida en que los recursos contemplados en el artículo 157-1.º figuran ordenados sin sujeción a ningún tipo de prioridad, jerarquía o compensación entre los mismos. Es evidente que en los recursos de tipo participativo, la autonomía en la ordenación de los mismos, debe aplicarse en coordinación con la Hacienda del Estado; pero tampoco el principio de coordinación justifica suficientemente la dependencia establecida en la legislación orgánica entre el derecho de participación y la cesión de tributos.

Por ello creemos que el fundamento de esta situación no debe buscarse en la configuración jurídico-constitucional de las Haciendas autonómicas, que está pensada para unas Haciendas constituidas plenamente, con un ámbito financiero propio y, por ello mismo, con plena capacidad en cuanto a la organización y utilización de su sistema de recursos. La razón reside en la peculiar situación generada por la delimitación de un período

transitorio, que corresponde al proceso de constitución de las Haciendas autonómicas y que no fue objeto, en su día, de una mínima previsión constitucional.

En este período, las necesidades públicas asumidas por las Comunidades autónomas se desarrollan al ritmo de los correspondientes procesos de transferencias y, en esta fase, la autonomía financiera en materia de recursos, queda sustituida por la tutela financiera del Estado que se compromete a garantizar la suficiencia de recursos para el mantenimiento de los servicios transferidos (Disposición transitoria 1.ª de la LOFCA).

Esta suficiencia viene referida, como hemos visto, a los ingresos tributarios transferidos —vía cesión o participaciones— y en este sentido, puede decirse que, en este período, el fundamento o título jurídico por el que las Haciendas autonómicas perciben estos ingresos reside en el compromiso contraído por el Estado de garantizar la cobertura de los gastos públicos que ocasiona el mantenimiento de los servicios transferidos. Así se explica que los tributos no se cedan hasta que el coste de dichos servicios no alcance un determinado nivel y que el porcentaje de participación en los impuestos estatales no cedidos se reduzca en función de la recaudación por tributos cedidos en el territorio de la Comunidad autónoma.

Esta es, a nuestro juicio, la interpretación que en el terreno jurídico, debe atribuirse al denominado «criterio de compensación»: el de una consecuencia del principio de tutela financiera estatal, amparado en las normas reguladoras del período transitorio. Sólo desde esta perspectiva resulta, por otra parte, admisible un modelo de financiación en base al gasto cuya aplicación, posiblemente justificable en las circunstancias singulares del período transitorio, resulta incompatible con la concepción de unas Haciendas autónomas, en pleno uso de sus facultades, cuya existencia y desarrollo permite sin duda nuestro ordenamiento financiero constitucional.

Quisiéramos añadir, finalmente, una reflexión sobre el papel que desempeña el principio de solidaridad durante el período transitorio, en relación con el tema que aquí nos ocupa (la relación entre tributos cedidos y no cedidos).

Hemos visto anteriormente, como el principal obstáculo que ofrecía el modelo de financiación en base a ingresos, era el de la asignación no solidaria de recursos, ante la imposibilidad de utilizar la financiación como instrumento de redistribución entre las Haciendas territoriales. La financiación en base a gastos presentaría, por el contrario, indudables ventajas en este terreno.

Pues bien, hemos de decir que en el modelo de financiación utilizado en el período transitorio dicha ventaja actúa sólo en forma negativa; es decir: en cuanto que se ha descartado el modelo contrario que produciría una asignación no solidaria de los recursos. Pero no en cuanto a que la financiación vía ingresos tributarios transferidos utilice, durante este período, mecanismos redistributivos, tanto por lo que se refiere a la cesión de tributos como a los criterios empleados en la fijación del porcentaje de participación en los impuestos estatales no cedidos.

Así, en la medida en que la asignación de estos ingresos obedece ante todo, a la tutela de la suficiencia financiera, los parámetros utilizados para la asignación de los mismos, responden exclusivamente a las necesidades de cobertura de los servicios transferidos, excluyéndose totalmente cualquier otra variable en la distribución. Los mecanismos de perecuación quedan pues reducidos, durante este período, a otro tipo de recursos (fundamentalmente, las participaciones en el FCI y, en su caso, las asignaciones complementarias de los Presupuestos generales del Estado, aunque éstas últimas responden, asimismo, a un criterio de cobertura).

## **2. LA RELACION EN EL PERIODO DEFINITIVO**

### **A) LOS PUNTOS DE CONEXION ENTRE LOS TRIBUTOS CEDIDOS Y LAS PARTICIPACIONES**

La situación relativa a los tributos cedidos durante el período transitorio no se ve, en principio, sustancialmente modificada por el paso al régimen definitivo, una vez culminado el traspaso de competencias o, en su caso, transcurridos seis años desde la entrada en vigor del correspondiente Estatuto. Dentro del bloque de recursos tributarios transferidos, la principal modificación afecta a la participación en los impuestos estatales no cedidos que, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 13 de la LOFCA se distribuye según parámetros distintos de la estricta cobertura de los servicios transferenciales.

La heterogeneidad de estos parámetros, aunque es indicativa del abandono del modelo de financiación según gasto, no supone tampoco, la plena adopción del modelo de financiación según ingreso. Este predomina en la fijación de algunos criterios utilizados para la determinación del porcentaje, pero otros obedecen a la aplicación del principio de solidaridad e incluso en algunos criterios complementarios se observan influencias del principio de suficiencia.

Para la determinación del porcentaje de participación en el régimen definitivo, la ley sustituye los criterios utilizados en el régimen transitorio —coste de los servicios transferidos y rendimiento de los tributos cedidos— por una serie de índices relativos, por un lado, a la situación socioeconómica de la Comunidad autónoma y, por otro, a la necesaria coordinación con la Hacienda estatal en función del destino de la participación, dada la existencia de necesidades públicas de distinto ámbito competencial.

— El coeficiente de población es, en principio, un criterio objetivo y correcto en cuanto que constituye una variable indirectamente determinante de la capacidad tributaria generada en el territorio de la Comunidad autónoma; por otro lado, tratándose de un medio de financiación genérico, el número de ciudadanos posibles destinatarios del gasto público resulta, desde luego, una variable adecuada.

— El coeficiente de esfuerzo fiscal, medido por el impuesto sobre la renta de las personas físicas, constituye un modo de revertir al territorio de la Comunidad autónoma recursos que tienen su origen en la misma y, en concreto, en aquellas cuyos ciudadanos ofrecen mayor capacidad contributiva vía renta. Se trata, en definitiva, de un reparto de este impuesto según un criterio contributivo y constituye, por ello mismo, un índice más próximo a la idea que sustenta el modelo de financiación en base a ingresos.

— La relación inversa a la renta real por habitante de la Comunidad autónoma en relación con el resto de España sí es, por el contrario, un criterio de solidaridad —como demuestra su utilización en el reparto del FCI<sup>44</sup>—. Este criterio fundado en aquel principio que, por imperativo del artículo 156-1.º de la Constitución, informa toda la actividad financiera de las Comunidades autónomas y actúa como límite a su autonomía financiera, es evidente que se ha introducido para neutralizar los posibles efectos que conlleva la aplicación del criterio contributivo.

— La ponderación del cupo que corresponde a la Hacienda estatal en función de los servicios prestados en el territorio de la Comunidad autónoma, constituye otro criterio a ponderar que encuentra su fundamento en el principio de coordinación con la Hacienda del Estado, teniendo en cuenta además la titularidad de ésta sobre los impuestos que son objeto de reparto.

— La LOFCA señala por último la posibilidad de tener asimismo en cuenta «otros criterios que se estimen procedentes» entre los que destaca la ponderación del índice de cobertura de los servicios, medido sobre todo en términos comparativos y que constituye una evidente manifestación del principio de suficiencia.

Dentro del régimen definitivo, el único punto de conexión explícito que se produce entre los tributos cedidos y el porcentaje de participación en los impuestos estatales no cedidos, se establece con ocasión de la revisión del porcentaje, en uno de los supuestos previstos a tal efecto en el artículo 13-2.º de la LOFCA. Así, dicho porcentaje se verá modificado «cuando se produzca la cesión de nuevos tributos». Se produce aquí una relación similar, en cuanto a su fundamento, a la que opera en el período transitorio como consecuencia del principio de compensación, por lo cual consideramos plenamente aplicable el comentario realizado en el punto anterior, a propósito de la interdependencia de los fondos recaudados por estos dos tipos de recurso (cesión y participación).

## B) CONCLUSIONES

Por lo que respecta a la conexión entre tributos cedidos y participación en impuestos estatales no cedidos, en el marco del régimen definitivo y las consecuencias que de ello derivan, podemos apuntar las siguientes observaciones:

En primer lugar, se produce una transformación del modelo de financiación, hacia un modelo mixto, con predominio de criterios utilizados en un sistema de financiación en base a ingresos.

En segundo lugar, se observa un desplazamiento de la tutela financiera estatal por una mayor autonomía en la disponibilidad de los ingresos tributarios transferidos; no sólo los tributos cedidos, sino también las participaciones, a través del coeficiente de población y la utilización de un criterio contributivo en la distribución del porcentaje.

En tercer lugar, la autonomía en la disponibilidad de estos ingresos aparece matizada por el principio de solidaridad, al introducir mecanismos de redistribución en la asignación del porcentaje de participación en la recaudación de los impuestos estatales no cedidos.

### Notas:

- 1 Ver, sobre el tema: OATES, W. E.: «Federalismo fiscal». Ed. IEAL, Madrid 1977, pp. 190-ss.
- 2 Argumento utilizado por HANSEN, A. y PERLOFF, H. en «State and local Finance in the national Economy». Ed. W. W. Norton, Nueva York 1944 y aducido por OATES en ob. cit., p. 204.
- 3 Ver sobre el tema: MARTIN QUERALT, J.: «La institucionalización de la Hacienda en los Estatutos de autonomía» en HPE n.º 59, 1979, pp. 120-ss.

4 Sobre el fundamento de los denominados «ajustes fiscales» ver: DE LUIS, F. y DEL ARCO, L.: «La distribución de los impuestos en una Hacienda federal». Ed. IEF, Madrid 1978, pp. 82-86.

5 Ver OATES, Ob. cit., p. 206.

6 LOEWENSTEIN, K.: «Reflections on the value of Constitutions in our revolutionary Age» en *Constitution and constitutional trends since World War II*, p. 211.

7 Los criterios utilizados en la distribución de las distintas figuras impositivas pueden verse expuestos en DE LUIS y DEL ARCO; ob. cit., pp. 196-ss.

8 El proceso de reforma constitucional en la R.F.A. ha sido expuesto en nuestra doctrina por FERREIRO, J. J. en «El reparto de competencias financieras en la R.F.A.» en DA N.º 181, 1979, pp. 41-ss.

9 Así, la distinción establecida por HÄNEL entre sistemas basados sobre el reparto de la soberanía tributaria («Objektshoheit») y sistema de reparto de la recaudación («Ertragshoheit») en «Staats recht» Leipzig, 1892, pp. 376-ss.

Una tipología completa de las distintas doctrinas relativas al reparto de recursos públicos entre la Hacienda central y las Haciendas territoriales en el Estado federal puede verse en: ANASTOPOULOS, J.: «Les aspects financiers du fédéralisme». Ed. LGDJ, Paris 1979, pp. 117-122.

10 Ver en este sentido: ANASTOPOULOS, ob. cit., p. 126.

11 Este es un argumento de carácter político, utilizado en su día por los redactores del Informe Kilbrandon para justificar una determinada configuración de la Hacienda regional.

12 Cfr. artículo 157-2.º de la Constitución y artículos 6-2.º y 9 de la LOFCA.

13 FERREIRO, ob. cit., pp. 82-83.

14 Según el artículo 42-a) del Estatuto de autonomía para el País Vasco, constituyen ingresos de la Hacienda general del País Vasco «Las aportaciones que efectúen las Diputaciones forales como expresión de la contribución de los Territorios históricos a los gastos presupuestarios del País Vasco».

15 Cfr. artículo 2-1.º de la Ley 12/1981 de 13 de mayo, que aprobó el concierto económico con la Comunidad autónoma del País Vasco. Cfr. también artículo 45 de la Ley 13/1982 de 10 de agosto de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra.

16 Ver ROVIRA MOLA, A.: «Los fondos fiscales con finalidad redistributiva». Ed. IEAL, Madrid 1976, pp. 155-ss.

17 PALAO TABOADA, C.: «Los recursos de la Hacienda regional». Lección inaugural en la Universidad de Zaragoza, p. 19.

18 MARTIN QUERALT, ob. cit., p. 148.

19 MARTIN QUERALT, *ibidem*.

20 Ver, en este sentido: artículos 10 y 11 de la LOFCA y la Ley 30/1983 de 28 de diciembre, reguladora de la cesión de tributos del Estado a las Comunidades autónomas.

Sobre este tema, ver en particular: MARTINEZ LAFUENTE, A.: «La cesión de tributos del Estado a las Comunidades autónomas». Ed. Civitas, Madrid 1983.

21 En particular, la primera de estas disposiciones se refería, en su apartado 3.º a «el alcance y condiciones de la cesión... que en todo caso se referirá a los *rendimientos* en Cataluña».

22 Ver OATES, ob. cit., pp. 190-ss.

23 ANASTOPOULOS, ob. cit., p. 219.

24 FERREIRO, ob. cit., p. 85.

25 MARTIN QUERALT, ob. cit., p. 149.

26 Memoria sobre el proyecto de Ley orgánica de financiación de las Comunidades autónomas. Ed. Servicio de publicaciones del Ministerio de Hacienda, Madrid 1982, pp. 28-ss.

27 FERREIRO, ob. cit., p. 82 y el mismo autor en «Curso de Derecho tributario». Ed. M. Pons, Madrid 1984, p. 689.



28 MARTIN QUERALT, ob. cit., p. 150 y CAZORLA PRIETO, L. M.: «El esquema constitucional de la Hacienda de las Administraciones públicas españolas» en HPE n.º 59, 1979, p. 43.

29 LASARTE ALVAREZ, J.: «La financiación de las Comunidades autónomas» en DA n.º 181, 1979, p. 425.

30 Empleamos esta expresión en el sentido dado por SAINZ DE BUJANDA, F. a los recursos como elementos constitutivos de la Hacienda Pública. Ver «Sistema de Derecho Financiero». Ed. Servicio de publicaciones de la U.C.M., 1979, p. 479.

31 ANASTOPOULOS, ob. cit., p. 201.

32 ANASTOPOULOS, ob. cit., p. 217.

33 Cfr. artículos 10, 11, 13 y 15 de la LOFCA.

34 Sobre este tema, ver: BLANCO MAGADAN, J. A. y FERNANDEZ MARUGAN, F. M.: «Los criterios de reparto de recursos financieros entre la Administración central y las regiones autonómicas» en I Jornadas de estudios socioeconómicos de las Comunidades autónomas. Ed. Junta de Andalucía y Universidades de Sevilla y Granada, Granada 1981, pp. 21-22.

35 BLANCO MAGADAN y FERNANDEZ MARUGAN, ob. cit., p. 25.

36 Ver BLANCO MAGADAN y FERNANDEZ MARUGAN, ob. cit., p. 23.

37 Cfr. nota n.º 11.

38 BLANCO MAGADAN y FERNANDEZ MARUGAN, p. 25.

39 BLANCO MAGADAN y FERNANDEZ MARUGAN, ibidem.

40 ARIAS VELASCO, J.: «La Hacienda de la Generalidad 1931-1938». Ed. Ariel, Barcelona 1977.

41 En la fórmula originaria del proyecto LOFCA:  $(\frac{CST-IC}{IE} \times 100)$ .

CST = coste servicios transferidos

IC = importe de lo efectivamente recaudado por el Estado en los impuestos cedidos a las Comunidades autónomas

IE = ingresos obtenidos por los capítulos I y II de los Presupuestos generales del Estado.

42 Esta interrelación puede verse asimismo establecida en la reciente Ley 43/1984 que fija el porcentaje de participación de las Comunidades autónomas en los ingresos del Estado para 1984.

43 Ver, sobre el tema: BAYONA DE PEROGORDO, J. J.: «Hacienda Pública y Derecho patrimonial» (inédito) Valencia, 1973, 174-175.

En cuanto al Derecho positivo, cfr. artículo 2 de la Ley general presupuestaria.

44 Cfr. artículo 16-1.º-a) de la LOFCA y artículo 4-2.º-a) de la Ley 7/1984 de 31 de marzo, reguladora del FCI.

