

TEMA VI. LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

III. ADSCRIPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE OTROS ÓRDENES	192
IV. PLANTA DEL SECRETARIO JUDICIAL	192
V. FUNCIONES DE LOS SECRETARIOS JUDICIALES	196
A) Funciones	196
B) Dación de cuenta y custodia de los actos	197
C) Diligencias de ordenación y propuestas de resolución	198
VI. OFICIALES, AUXILIARES Y AGENTES JUDICIALES	199
VII. LA POLICÍA JUDICIAL	202
VIII. LOS MÉDICOS FORENSES Y DEMÁS PERSONAS AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	214
IX. OTROS AUXILIARES	216
X. EXAMEN ESPECIAL DEL MINISTERIO FISCAL	216
XI. EXAMEN ESPECIAL DEL ABOGADO	220
XII. EXAMEN ESPECIAL DEL PROCURADOR	223
XIII. EXAMEN DEL ACTOR POPULAR	226
Bibliografía	227

III. ADSCRIPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE OTROS ÓRDENES

Art. 469. 1. Sin perjuicio de lo demás dispuesto en el presente Título (y en el siguiente, aún más interesante, debería decir la Ley), los Jueces y Tribunales podrán recabar el auxilio, colaboración o asesoramiento de cualquiera funcionarios u órganos técnicos de la Administración Pública, que vendrán obligados a prestárselos.

Es un "pequeño" desarrollo del artículo 17-1 LOPJ; hay muchas excepciones ya previstas *in genere* a tal norma.

2. Asimismo podrá disponerse, a solicitud del CGPJ, la adscripción a determinados órganos jurisdiccionales, de funcionarios pertenecientes a Cuerpos Técnicos o Facultativos de la Administración, para desempeño permanente de las facultades señaladas en el apartado anterior, los cuales quedarán en la situación que determine su legislación específica.

Este precepto es extremadamente interesante; puede "dar entrada" a "jueces técnicos, especializados" como "adjuntos" a los propiamente dichos.

Art. 470. 1. El personal de servicio de la Administración de Justicia a que se refiere el artículo 459 ejercerá libremente el derecho de sindicación de acuerdo con lo previsto en la legislación general del Estado para funcionarios públicos.

2. El ejercicio del derecho de huelga por parte del personal a que se refiere el apartado anterior se ajustará a lo establecido en la legislación general del Estado para funcionarios públicos, aunque estará en todo caso sujeto a garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios especiales de la Administración de Justicia.

3. En los *concursos* para la provisión de plazas en el territorio de aquellas CCAA que tengan una lengua oficial propia, se valorará como mérito el conocimiento de ésta en los términos que se establecerán reglamentariamente.

IV. PLANTA DEL SECRETARIO JUDICIAL

"Art. 472. Los SJ integran un solo Cuerpo, que se regirá por lo establecido en esta Ley y en las normas reglamentarias orgánicas que la desarrollen." Otra reserva de reglamento; pero estimamos que no

podrá nunca alterar las atribuciones de los Secretarios ni de nadie; ello debería hacerse por ley orgánica; supongamos que se pretende —nada menos— que privar a los Secretarios Judiciales de "dar fe pública"; ¿cómo se admitiría esto —es un dislate— por reglamento?

Art. 473. 1. Los SJ ejercen *la fe pública* (ya lo sabemos, por el artículo 281 de la misma LOPJ *judicial*; asisten los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones (*cf. infra*, muy interesante), de conformidad con lo establecido en esta Ley y en las leyes procesales.

2. Les corresponde ostentar la jefatura directa del personal de la Secretaría de que son titulares, sin perjuicio de la superior dirección de Jueces y Presidentes.

3. A los Secretarios corresponde la guarda y depósito de la documentación, su archivo y la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como responder del debido depósito, en las instituciones legales, de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan.

4. Igualmente estará a su cargo la confección de la estadística judicial.

Art. 474. Los SJ están sujetos a las incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y situaciones establecidas en esta Ley para los Jueces y Magistrados, con excepción de las prohibiciones previstas en el artículo 395.

Art. 475. Para el ingreso en el Cuerpo de SP se requiere la licenciatura en Derecho y no estar incurso en causa de incapacidad o incompatibilidad absoluta, superar las pruebas selectivas correspondientes y un curso en el CEJ.

Art. 476. 1. *Las categorías del Cuerpo de SJ son tres.*

2. Se proveerán entre los funcionarios pertenecientes a la primera categoría las plazas de Secretario y Vicesecretario de Gobierno del TS, Secretarios de la Sala de dicho Alto Tribunal, Secretario de Gobierno de AN, Secretario de Gobierno de los TSJ.

3. Los Secretarios de las Salas de la AN y de los TSJ, de las AP y de Juzgados servidos por Magistrados se proveerán entre los Secretarios pertenecientes a la segunda categoría.

4. Los Secretarios de los Juzgados que no han de ser servidos por Magistrados se cubrirán con funcionarios de tercera categoría.

Art. 477. El ingreso en el Cuerpo de SJ tendrá lugar por la tercera categoría.

Art. 478. 1. Se reservará en el Cuerpo de SJ una de cada seis vacantes de tercera categoría al personal del Cuerpo de Oficiales

que esté en posesión del título de Licenciado en Derecho y lleve al menos, cinco años de servicios efectivos en aquél.

2. La selección de aspirantes por este turno se hará por *concurso*, con arreglo a baremo de méritos preestablecido, en función de su historial académico y de su antigüedad.

3. Los seleccionados tendrán que superar un curso, en el CEJ, en la forma que reglamentariamente se establezca.

4. Las vacantes que no se cubran por este turno acrecerán al turno general.

Art. 479. 1. El Secretario y Vicesecretario del TS serán nombrados entre los Secretarios de primera categoría que lo soliciten, por el Ministerio de Justicia, a propuesta de la Sala de Gobierno del TS, entre peticionarios que acrediten quince años de servicios efectivos.

2. Las restantes vacantes del grupo se anunciarán a concurso de traslado entre Secretarios de la categoría que corresponda y el nombramiento recaerá en el solicitante con mejor puesto escalafonal. La plaza o plazas que resulten desiertas se proveerán con quienes sean promovidos o ingresen en el Cuerpo según criterio de antigüedad.

Art. 480. 1. La promoción a la primera categoría se hará por *concurso* entre Secretarios de la segunda, que resolverá en favor del concursante el mejor puesto en el escalafón.

2. De cada tres vacantes que se produzcan en la segunda categoría, dos se proveerán con los Secretarios de la tercera categoría que ocuparen el primer lugar en el escalafón, y una por medio de pruebas selectivas entre Secretarios de la tercera categoría que hubieran prestado tres años de servicios en ella. Las plazas de este turno que quedarán desiertas acrecerán al turno de antigüedad.

Art. 481. 1. Las vacantes de Secretarios de Juzgados de Paz, se anunciarán a concurso entre funcionarios del Cuerpo de Oficiales, cubriéndose con arreglo al siguiente orden de preferencia:

a) Oficiales que estuviesen en posesión del título de Licenciado en Derecho.

b) Oficiales titulares de una Secretaría de Juzgado de Paz.

c) Demás Oficiales.

2. La preferencia dentro de estos grupos se producirá por el mejor puesto escalafonal.

No vemos clara la coherencia de este artículo con el 99 de la misma LOPJ, según el cual "podrá existir una sola Secretaría para varios Juzgados de Paz"; lo cual complicará aún más la situación de estos juzgados, ya concebidos como politizados.

Art. 482. 1. Podrán cubrirse en régimen de provisión temporal las Secretarías que hayan de ser servidas por miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales de la última categoría que resulten desiertas en los concursos de traslado y no puedan ser provistas hasta que se celebren nuevas pruebas de ingreso en dicho Cuerpo, cuando no puedan atenderse adecuadamente mediante el mecanismo ordinario de sustitución o éste sea insuficiente para asegurar su regular funcionamiento.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior será aplicable a las Secretarías de los Juzgados de Paz cuando resultaren desiertas en concursos de traslado.

He aquí de nuevo la incoherencia o antinomia; si se trata de "Secretarios en régimen de provisión temporal" no podrán desempeñar más que una de ellas, y así parece deducirse del contexto de la ley; sin embargo, se abre la vía de las "sustituciones", que sí estaría de acuerdo con el artículo 99 (y recordemos que la "Exposición de Motivos" de la LOPJ no se muestra partidaria de ellas).

3. El régimen de provisión temporal se ajustará a lo establecido en el título IV del libro IV en cuanto resulte aplicable.

Art. 483. Los Secretarios serán sustituidos con sujeción a las siguientes reglas:

1. El Secretario de Gobierno del TS por el Vicesecretario y, en su defecto, por el Secretario de Sala más antiguo.

2. Los Secretarios de Gobierno de los restantes Tribunales, por turno entre los Secretarios de Sala.

3. Los Secretarios de Sala (debe referirse a los de los TSJ), y los de las AP, por los demás de la propia Sala o Audiencia y, en su defecto, por los de las restantes Salas o por un Oficial, con preferencia para los Licenciados en Derecho.

4. Los Secretarios de los Juzgados se sustituirán entre sí dentro del mismo orden jurisdiccional y cuando no fuere esto posible o lo aconsejaren las necesidades del servicio, sustituirá al Secretario un Oficial, con preferencia de aquél que sea Licenciado en Derecho. (Estos son los clásicos "oficiales habilitados".)

5. La designación de Oficial sustituto del Secretario, cuando hubiere más de uno en la Secretaría, corresponderá al Juez o Presidente, a propuesta, en su caso, del titular de ésta.

V. FUNCIONES DE LOS SECRETARIOS JUDICIALES

Se trata de disposiciones de carácter más bien procesal que orgánico; y se introducen modificaciones de gran interés en las "funciones secretariales", que aproximan a esta figura un poco, a la del *rechtspfleger* alemán. Ya lo veremos.

A) *Funciones*

"Art. 279. 1. Las actuaciones de los Secretarios en el curso de los procedimientos judiciales se denominarán actas, diligencias y notas"; "actas", para "dejar constancia de un acto procesal o de un hecho con trascendencia procesal" (la norma es *procesal* claramente; y diferencia bien "hechos" y "actos" procesales"); las diligencias, podrán ser de constancia, de ordenación, de comunicación o de ejecución (artículo 280-2); las notas, de referencia, de resumen de los autos y de examen del trámite a que se refieran (artículo 280-3); otra norma procesal.

"Asimismo corresponderá a los Secretarios la práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación y de cooperación judicial en la forma que determinen las leyes" (artículo 279-3).

¿Qué fuerza tienen estos actos "de documentación" efectuados por el Secretario?

"Art. 281. 1. *El Secretario es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales, correspondiéndole también la facultad de documentación en el ejercicio de sus funciones, ostentando el carácter de autoridad.*"

He aquí una atribución fundamental del secretariado judicial: la de dar fe pública de los actos *procesales* que la LOPJ, no sabemos por qué, llama aquí "judiciales"; quizás por la conciencia de introducirse en terreno procesal; pero en la norma, falta decir que la fe pública secretarial, cubre también los actos de documentación, en concreto (se trata de actos de protocolización).

"2. La plenitud de la fe pública en los actos en que la ejerza el Secretario no precisa la intervención adicional de testigos." [Se suprimen requisitos, y con ello se agiliza el procedimiento, como, p. ej., en los casos de los artículos 263 y 268 LEC.]

"3. La representación en juicio *podrá conferirse en todos los procedimientos judiciales mediante comparecencia ante el Secretario del Juzgado o Tribunal que haya de conocer del asunto.*"

Esto significa un gran adelanto; la extensión general del poder *apud acta*.

Art. 282. 1. No obstante lo establecido en el artículo anterior, los Secretarios podrán habilitar [ya hemos visto la fórmula, supra; aquí hay otra], a uno o más Oficiales para que autoricen las actas (!) que hayan de realizarse a presencia judicial. [¿No falta aquí un "no"?], así como las diligencias de constancia y comunicación.

2. Estas habilitaciones subsistirán mientras no sean revocadas: la responsabilidad de la autenticidad de los hechos o actos realizados recaerá sobre el Oficial autorizante.

Debería haberse utilizado aquí la palabra "Secretario" en lugar de la de "Oficial"; así, se tiene la impresión —que entendemos falsa— de que los "Oficiales" pueden "habilitar" a su vez a otros. . . ; delegaciones de segundo grado.

B) *Dación de cuenta y custodia de los autos*. Atribuciones muy heterogéneas.

"Art. 293. 1. Los Secretarios pondrán diligencias para hacer constar el día y hora de presentación de las demandas, de los escritos de iniciación del procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación esté sujeta a un plazo perentorio."

El arcaísmo "perentorio" es proclive a la confusión. Debería utilizarse otra palabra. . . aunque el artículo 241 LOPJ, ha introducido el desorden en el procedimiento (Fairén-Guillén).

"2. En todo caso se dará a la parte recibo de los escritos y documentos que presentan con expresión de la fecha y hora de presentación."

La LOPJ, al referirse a "la parte", parece dejar fuera los escritos presentados por terceros, aunque sean participantes en el proceso; así, p. ej., los dictámenes periciales escritos que se entregan en la Secretaría; o de un Certificado Médico de enfermedad de un testigo, que le impide comparecer y que presenta un familiar o un amigo cuyo. . .

Art. 284. 1. Los Secretarios darán cuenta a la Sala, al Ponente o al Juez, en cada caso, de los escritos y documentos presentados en el mismo día de su presentación o al siguiente día hábil.

2. Lo mismo harán respecto a las actas que se hubieren autorizado fuera de la presencial judicial."

Esta labor de "dar cuenta", es un sustitutivo de la intermediación entre juez y partes; el intermediario, es el secretario. Cuando rijan "procedimientos predominantemente orales" (?) y por lo tanto, "inmediatos" (Klein), esta labor hoy tan importante decaerá.

"Art. 285. También darán cuenta, al siguiente día hábil, del transcurso de los plazos procesales y de los autos que hubieren tomado estado (!) para cualquier resolución, salvo cuando les correspondiere la ordenación del trámite." (Esto es una ref. al artículo 290; *cfr. infra*).

La expresión "tomar estado" no es buena y "suená" a administrativa; debería haberse escrito "que están a punto de precluir".

"Art. 286. 1. La dación de cuenta se hará *oralmente* por el orden de presentación de los escritos o por el que tomaren estado los autos respectivos, sin otra anteposición que la de los que sean urgentes o tengan reconocida preferencia por la Ley."

He aquí un caso de "oralidad sin intermediación"; luego no es una "oralidad en sentido propio" (Klein, Alcalá-Zamora Castillo, Fairén-Guillén).

"2. Cuando proceda, se documentará mediante diligencias y, en su caso, se acompañará propuesta de resolución." Alusión al artículo 290 y al 297 LOP]; *cfr. infra*.

"Art. 287. Corresponderá a los Secretarios la llevanza de los libros y el archivo de las actuaciones, salvo que en ésta u otra Ley se encomienden a los Jueces o Presidentes."

C) *Diligencias de ordenación y propuestas de resoluciones*

Art. 288. En los Juzgados y Tribunales corresponderá a los Secretarios dictar las diligencias de *ordenación*, que tendrán por objeto *dar a los autos el curso ordenado por la Ley e impulsar formalmente el procedimiento en sus distintos trámites de conformidad con las leyes procesales*, y se limitarán a la expresión de lo que se disponga con el nombre del Secretario que las dicte, y la fecha y la firma de aquél.

Art. 289. Las diligencias de *ordenación* serán *revisables* por el Juez o el Ponente, *de oficio o a instancia de parte*, en los casos y forma previstos en las leyes procesales.

Art. 290. Corresponderá al Secretario *proponer* al Juez o Tribunal *las resoluciones* que, con arreglo a la Ley, *deban revestir la forma de providencia o auto, incluidos los autos de jurisdicción voluntaria, mientras no se suscite contienda*. Se *exceptúan* las providencias en que se revisen las diligencias de ordenación y los autos *decisorios de cuestiones incidentales o resolutorios de recursos, de procesamiento a los limitativos derechos*.

Suponemos que entre éstos se hallarán los autos de prisión y de libertad provisional, con o sin fianza, etcétera.

Algún autor (Pedraz Peñalba) no está de acuerdo con que el juzgador pueda "revisar de oficio" las providencias de ordenación.

Por nuestra parte, estimamos que no sólo "puede", sino que "debe" examinar todas las diligencias de ordenación que se practiquen en materia de jurisdicción contenciosa, ya que, aunque de no gran importancia —aunque pueden tenerla las de impulso ya que mediante ellas se activa el derecho fundamental al proceso "en un plazo razonable" (Convención de Derechos Humanos de 1950)— suponen "ejercicio de la jurisdicción" y ésta no es delegable en España; no existe aún el *rechtspfleger* de la RFA. Por ello, sólo se conceden al Secretario facultades de "proponer" el contenido de "autos"; y por ello "son revisables" sus "providencias de ordenación" de oficio. Y al contrario, no vemos inconveniente en que "se deleguen facultades en el secretario en materia de "jurisdicción voluntaria", ya que, como dijimos, *supra*, no es tal jurisdicción, sino negocio.

(Cfr. sobre el *Rechtspfleger*, Bender, Prieto-Castro, Pedraz Peñalba).

Este camino, de incrementar las atribuciones de un personal-jurídicamente capacitado y de descargar al juez de tareas cuasi-automáticas, se ha emprendido en los artículos 289 y 290 LOPJ; procede recorrerlo con pausa (Prieto-Castro), y meditación.

"Art. 291. Las *propuestas* a que se refiere el artículo anterior se sujetarán a los requisitos de forma prescritos en esta Ley para la resolución judicial que deba dictarse, suscribiéndose por el Secretario proponente."

Otra interferencia de la LOPJ —artículos 244 y ss., resoluciones judiciales—, en materia procesal; en lugar de haber elaborado una "ley general procesal" como proponíamos desde los años 60...

VI. OFICIALES, AUXILIARES Y AGENTES JUDICIALES

I. Funciones. (Ya se trató de su "planta").

Art. 484. 1. Los Oficiales (Of.), Auxiliares (Aux.) y Agentes (Ag.) son funcionarios de carrera que prestan sus servicios en los Juzgados y Tribunales.

2. También podrán desempeñar sus funciones en el CGPJ y organismos al servicio de la Administración de Justicia (Admón. Just.)

3. Prestarán servicio en las Fiscalías los Of., Aux y Ag. de la Admón. Just. necesarios para las atenciones de las mismas, según

la plantilla que se fije por el Ministerio de Justicia, oído el Consejo y el MF.

4. En los Juzgados y Tribunales estarán bajo la dirección del Secretario, quien responderá del buen funcionamiento de la Secretaría. El Juez o Presidente ostenta, sin embargo —ya se nos ha dicho—, la superior inspección.

Art. 485. *Los Of.* que presten servicios en los Juzgados y Tribunales realizan labores de tramitación de los asuntos y otras que se les encomienden de la misma naturaleza, de acuerdo con lo que determinen leyes y reglamentos; sustituyen a los Secretarios cuando éstos no se sustituyan entre sí (habilitación).

Art. 486. *Los Aux.* que presten servicios en Juzgados y Tribunales realizarán las funciones de colaboración en el desarrollo general de la tramitación procesal, las de registro, las tareas ejecutivas no resolutorias, los actos de comunicación que les atribuya la ley [también actos procesales]; podrán sustituir, en su caso, a los Oficiales y cumplir aquellas otras funciones que se les encomienden de acuerdo con la Ley y los Reglamentos.

Art. 487. Los Ag. Jud. guardan y hacen guardar Sala; guardar el decoro debido al Tribunal o Juez [labor que se incrementaría de introducirse en España el proceso de *contempt of court* —*cf. supra*—] son ejecutores de los embargos, lanzamientos (aquí, actúan dirigiéndolos, como delegados del juez; son de las pocas ocasiones en que la ley permite tales delegaciones y la LOPJ debería haberlo indicado así) y demás actos cuya naturaleza lo requiera; realizan los actos de comunicación no encomendados a otros funcionarios; actúan como *Policía Judicial* con carácter de agentes de la autoridad, y se ocupan de las funciones de vigilancia, custodia, porteo y otras análogas relacionadas con la función que les puede ser encomendada, dentro de lo que establezcan los Reglamentos. (Como se ve, las reservas de reglamento son continuas.)

Art. 488. Cuando los Of., Aux. y Ag., desarrollen su función en otros Centros, Organismos y Servicios, se ocuparán de las tareas propias del puesto que se le asigne, que serán análogas a las expresadas en sus respectivos casos en los artículos anteriores.

El artículo 489 regula las causas de incompatibilidad de oficiales, auxiliares y agentes; el 491, su reclutamiento —pruebas de selección y perfeccionamiento a celebrar en los diversos territorios judiciales—; para devenir oficial, precisa tener el título de bachiller o equivalente; para auxiliar, el de graduado escolar o equivalente y, para agente, el certificado de escolaridad o equivalente (artículo 490).

El sistema de ingreso, llama la atención.

Art. 492. Los func. del Cuerpo Aux., con cinco años, al menos, de servicios efectivos y sin nota desfavorable en el expediente, que, con arreglo al baremo de méritos preestablecido, acrediten condiciones de preparación para el cargo superior y estén en posesión del título de Bachiller o equivalente, *podrán ingresar en el Cuerpo de Oficiales por turno restringido y en la forma que reglamentariamente se determine*. Se reservarán la mitad de las vacantes para su provisión por este turno. Las que no se cubran por ese procedimiento acrecerán el turno libre.

Esta disposición no es criticable en sí; hace posible *merecidos* ascensos entre los mejores del Cuerpo Auxiliar. Pero la reserva de reglamento, nos parece excesiva en asunto tan grave, ya que por ese medio y en determinadas condiciones, se puede devenir secretario judicial (artículo 479 a.f.) por otro *concurso*; de allí, ascender a su segunda categoría (artículo 480, etcétera). El "baremo de méritos preestablecido" y el contenido de estos "concursos" debería estar regulado en la ley.

Lo mismo ocurre en el artículo 493:

Los Ag. Jud. con tres años, al menos, de servicios efectivos y sin notas desfavorables en el expediente que, con arreglo a baremo de méritos preestablecido, acrediten condiciones de preparación y responsabilidad para el cargo superior y se hallen en posesión del título correspondiente, *podrán ingresar en el Cuerpo Auxiliar por un turno restringido en la forma que reglamentariamente se determine*. La mitad de las vacantes que se produzcan se reservarán para su provisión por este turno. Las plazas no cubiertas por este procedimiento acrecerán el turno general.

Vale la crítica que hemos hecho al artículo 492.

Art. 494. 1. La provisión de vacantes en los Cuerpos de Oficiales, Aux. y Ag., se efectuará por concurso de traslado.

2. Las plazas se adjudicarán a los solicitantes de mayor antigüedad de servicios en el Cuerpo de que se trate, y las que resultaren desiertas se cubrirán con quienes ingresen en el Cuerpo según el orden obtenido en las pruebas de selección.

Art. 495. 1. No podrán concursar los electos ni los comprendidos en situación de las previstas en esta ley que se lo impida.

2. Tampoco podrán concursar los que no llevaren en destino al que hubieren tenido acceso voluntariamente el plazo que reglamentariamente se determine [como se ve, hay reservas de reglamento

por todas partes, lo cual es muy peligroso], y que no será inferior a un año.

Art. 496. Cada año, al menos, se convocarán pruebas selectivas para proveer las vacantes que no hayan sido cubiertas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos anteriores.

VII. LA POLICÍA JUDICIAL

Es un máximo auxiliar de Juzgados y Tribunales, sobre todo en el orden penal; la LOPJ al hacer una arbitraria clasificación entre "el MF, otros cooperadores y auxiliares de la Administración de Justicia" (libro V, LOPJ) y "Personal al servicio de la Administración de Justicia" (libro VI, LOPJ), ha dejado a la Policía Judicial (PJ) allí en donde ha querido; es una entidad —como otra— "que coopera con la Administración de Justicia a título de auxiliar de la misma"; y todo lo demás, son logomaquias.

Veamos la *estructura* de esta Policía Judicial:

Art. 443. La función de la PJ comprende *el auxilio a los Juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal* en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. *Esta función competará, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central [que es el gobierno de España, aclaramos], como de las CCAA o de los Entes Locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias.*

Esto es: una "*estructura político-administrativa*". No lo olvidemos. Pero si la "*estructura*" no es judicial sí que lo serán sus "*funciones*" (en parte):

Art. 444. 1. Se establecerán unidades de PJ que *dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal* en el desempeño de todas las actuaciones que aquéllas les encomienden.

2. Por la Ley se fijará la organización de estas unidades y los medios de selección y régimen jurídico de sus miembros.

Funciones de la Policía Judicial

Art. 445. 1. Corresponden específicamente a las unidades de la *Policía Judicial las siguientes funciones:*

a) La averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la *autoridad judicial y fiscal*, conforme a lo dispuesto en las leyes.

b) *El auxilio a la autoridad judicial y fiscal* en cuantas actuaciones deba realizarse fuera de su sede y requieran la presencia policial.

c) La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la *autoridad judicial o fiscal*.

d) La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la *autoridad judicial y fiscal*.

e) Cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la *autoridad judicial o fiscal*.

2. En ningún caso podrán encomendarse a los miembros de dichas *unidades* la práctica de actuaciones que no sean propias de la PJ o las derivadas de las mismas.

Art. 446. 1. En las *funciones de investigación penal*, la PJ actuará bajo la dirección de los *Juzgados y Tribunales y del Ministerio Fiscal*.

Se asegura la no ingerencia ni intervención de las autoridades policiales estructurales (los llamados "superiores naturales" de cada cuerpo) mediante la siguiente norma:

2. Los funcionarios de la PJ a quienes se hubiera encomendado una actuación o investigación concreta dentro de las competencias a que se refiere el artículo 443 de esta Ley, no podrán ser removidos o apartados hasta que finalice la misma o, en todo caso, la fase del procedimiento judicial que la originó si no es por decisión o con la autorización [que no es lo mismo, interpolamos], del *Juez o Fiscal competentes*.

Así se ha solucionado el problema de la dependencia de la Policía Judicial, una "estructura extrajudicial administrativo-política" y una "función judicial o fiscal", con la cláusula de salvaguardia que asegura la "inamovilidad" —llamémosla así— de los agentes, inspectores, etcétera de a PJ una vez encargados de un asunto judicial.

El hecho de que se creen "unidades" de la futura Policía Judicial es una garantía; pero aún así, tal régimen ya lo hemos criticado desde hace años (Fairén-Guillén, 1969). En efecto, no queda claro si la Policía Judicial en sus "funciones procesales", ha de depender al juez

o del MF; estimamos que debe ser de "quien dirija aquella parte del procedimiento". Pero,

A) Si fuera el MF el que dirigiere la instrucción procesal —como algunos quieren y se ve ya en la Ley de 28-12-88— la PJ, mientras ésta durare, debe actuar bajo sus órdenes; pero como el propio MF debe estar en relación con el juez, la PJ también debería seguir las órdenes del juez.

B) Si en la instrucción, el papel de protagonista activo se atribuye al juez, la PJ debe estar bajo sus órdenes inmediatas, pero sin excluir al MF.

Ahora bien, supóngase —y la LOPJ y el Estatuto del MF dan pie para ello— que la PJ recibe órdenes contradictorias del juez y del MF (o simplemente diferentes). ¿Cuáles cumplir? Recuérdese el viejo adagio militar: "Orden más contraorden, igual a desorden".

Si se sigue el sistema tradicional —el bueno, el mixto— de distinguir entre una fase procesal penal de instrucción confiada a un juez hallándose en ella el MF como parte, la PJ debe obedecer al primero; y el MF debe solicitar su auxilio a través de peticiones dirigidas al juez. El sistema español, no es el de Estados Unidos. Pero si el juez instructor fuere a la vez el decisor (procedimientos inquisitivos por delitos leves o, dolosos, flagrantes, etcétera, leyes muy defectuosas pero de gran aplicación) es cuando el conflicto puede producirse. Si el MF, para preparar su acusación, precisa del auxilio de la PJ, ¿podrá pedirlo sin consentimiento del juez, que es quien va a dirigir el "juicio oral", sin perjuicio del haber sido él mismo el instructor? Podrá producirse el conflicto de órdenes enunciado y entendemos que debe resolverse en favor del juez, a menos que en una Ley conste *claramente* que el "director" de una parte del procedimiento es el MF, dependiente más o menos directamente, del Poder Ejecutivo, como veremos. Estos conflictos laten ya en la Ley de 28-12-88.

El Real decreto de 19 de junio de 1987 (BOE de 24 de junio), desarrolla "una conceptualización (sic) moderna" de la Policía Judicial que requiere la aplicación de principios de unidad orgánica y, sobre todo, de especialización (en torno al artículo 30-1 de la Ley orgánica de 13 de marzo de 1986, de fuerzas y cuerpos de seguridad). Esta normativa establece con el nombre de "unidades orgánicas de la Policía Judicial", "integradas, bien por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, bien por miembros de la Guardia Civil", pero en cualquier caso, "presididos por los principios de permanencia, estabilidad, especialización y es-

tricta sujeción o dependencia funcional respecto de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal".

Motivo de regulación —sigue la Exposición de Motivos del Decreto de 19 de junio de 1987— especialmente detallada en el Capítulo tercero, ha sido precisamente el principio de dependencia funcional que tan claramente recoge el artículo 126 de la Constitución española. Se ha tratado así de establecer una estrecha vinculación entre los específicos estamentos policiales que centran su actividades alrededor de la investigación criminal *y las autoridades judiciales y fiscales*, lo que se ha pretendido traducir, *no sólo en la sujeción exclusiva de aquellos a las directrices que éstas marcan en el cumplimiento de sus misiones*, sino también en la participación de dichas autoridades en aspectos fundamentales del régimen orgánico de los funcionarios policiales, tales como el ejercicio de las potestades disciplinarias o concesión de recompensas, los procesos selectivos para el acceso a la especialización o, incluso, la distribución territorial de efectivos especialmente asignados a concretos órganos judiciales.

A esta última materia —continúa la exposición de motivos citada— se consagra de modo especial el Capítulo 4º del presente RD que desarrolla la posibilidad contenida en el artículo 30-2 de la Ley Orgánica de 13 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, fijándose así las bases generales para la asignación de dichos efectivos y los criterios fundamentales de actuación de los mismos, cuya específica distribución habrá de hacerse en una fase posterior por el Ministerio del Interior, con intervención del Consejo General del Poder Judicial o la Fiscalía General del Estado, en su caso.

[¿Qué va a hacer un CGPJ mediatizado en su elección, como ya demostramos?] Se trata, en definitiva, de que los órganos judiciales puedan disponer del apoyo técnico imprescindible para las diligencias de investigación criminal en los procesos penales que ante los mismos se tramitan.

Este RD no es sino un desarrollo de la LOPJ de 1º de julio de 1985, artículos 443 a 446.

Y esta Ley, no define "lo que es la policía judicial".

Y en cuanto a sus funciones, el artículo 444-1 de la LOPJ dice que: "1. Se establecerán unidades de Policía Judicial, que dependerán *funcionalmente* de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquéllas les encomienden".

El artículo 1º del decreto citado, decía que:

Las funciones generales de policía judicial corresponden a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sea su naturaleza y dependencia, en la medida en que debe prestar la *colaboración* requerida por la *Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal* en actuaciones encaminadas a la averiguación de delitos o descubrimiento y aseguramiento de delincuentes, con estricta sujeción al ámbito de sus respectivas competencias, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 283 de la LECRIM.

Y esta norma decía:

Constituirán la Policía Judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio Fiscal, quedando obligados a seguir la instrucción que de aquellas autoridades reciban (*¿y si son contradictorias? Hic sunt leones*) a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes:

1. Las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales.
2. Los empleados o subalternos de la policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación.
3. Los Alcaldes, Tenientes de Alcalde y Alcaldes de barrio.
4. Los Jefes, Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquiera otra fuerza destinada a la persecución de malhechores.
5. Los Serenos, Celadores y cualesquiera otros Agentes municipales de policía urbana o rural.
6. Los Guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración.
7. Los funcionarios del Cuerpo especial de Prisiones.
8. Los Agentes judiciales y los subalternos de los Tribunales y Juzgados.
9. El personal dependiente de la Jefatura Central de Tráfico, encargado de la investigación técnica de los accidentes.

La LOPJ, en su artículo 445-1, describía bastante bien las funciones de la "policía judicial", no sin aludir al conflicto básico en que las ponía (y ese conflicto, viene de antiguo: lo hallamos ya en el artículo 284 LECRIM de 1882):

Art. 445-1. 1. Corresponden específicamente a las *unidades de la Policía Judicial* (que ahora, en el decreto de 19-6-87, más que "crearse" se recalifican), las siguientes funciones:

a) La averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la *autoridad judicial y fiscal* conforme a lo dispuesto en las leyes.

b) El *auxilio* a la *autoridad judicial y fiscal* en cuantas actuaciones debe realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial.

c) La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y *ordenare la autoridad judicial o fiscal*.

d) La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la *autoridad judicial o fiscal*.

e) Cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo *ordenare la autoridad judicial o fiscal*.

Estas actividades, según el Decreto de 19-6-87, las desarrollarán los *miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en funciones de policía judicial* "a requerimiento de la *Autoridad Judicial, del Ministerio Fiscal o de sus superiores policiales* o por su propia iniciativa a través de estos últimos, en los términos previstos en los artículos siguientes".

Se acabó la "independencia" funcional de los miembros de la Policía Judicial, si deben desarrollar tales cometidos "a requerimiento de sus superiores policiales".

Se prevé la falta de Unidades de la Policía Judicial —artículo 3º Decr.—, en cuyo caso los jueces, tribunales y miembros del Ministerio Fiscal... con carácter transitorio o en supuestos de urgencia y siempre con sujeción a su respectivo ámbito legal y territorial de atribuciones (podrán) encomendar a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad la práctica de concretas diligencias de investigación, en los términos previstos en el artículo 288 de la LECRIM. [El cual, opone "barreras" a la rapidez de la investigación judicial al decir que "El Ministerio Fiscal, los Jueces de instrucción y los municipales (?) podrán entenderse directamente con los funcionarios de Policía Judicial, cualquiera que sea su categoría; pero si el servicio que de ellos exigiesen admitiese espera, deberán acudir al superior respectivo del funcionario de Policía Judicial, mientras no necesitasen del inmediato auxilio de éste"; texto que choca con el de la exposición de motivos del Decreto 19-6-87, cuando dice que "se trata, en definitiva, de que los órganos judiciales *puedan disponer de modo inmediato* del apoyo técnico imprescindible para las diligencias de investigación criminal..."]

El artículo 4º del Decreto que citamos, es muy grave:

Todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sea su naturaleza y dependencia, practicarán por su propia iniciativa y *según sus respectivas atribuciones*, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticias de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieren relacionados con su ejecución, *dando cuenta de todo ello en los términos legales* (mal utilizada la expresión) *a la Autoridad Judicial o Fiscal*, directamente o a través de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial.

Esta norma, lo que parece hacer, es ampliar enormemente el ya grande ámbito policial del artículo 3-1 de la —dichosamente derogada— Ley Orgánica 10/1980 de 11 de noviembre de “Enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes”, según el cual, *“Inmediatamente que el Juez tenga conocimiento de la comisión de algún hecho que pueda constituir delito de los que han de ser enjuiciados por el procedimiento regulado en esta Ley, ordenará que por la Policía judicial se lleven a cabo los actos de investigación que sean pertinentes con arreglo a la LECRIM”*. No en balde, el Decreto de 19-6-87, los denomina en tales casos “comisionados de jueces, tribunales y fiscales competentes”, artículo 13.

Esto es, podría tratarse —y se trata ya en la Ley de 28-12-88, esp. artículo 786— de unas “diligencias previas policiales”.

Según el artículo 5º del Decreto de 19-6-87,

Cualquiera que haya iniciado la investigación, habrá de cesar en la misma al comparecer para hacerse cargo de ella, la Autoridad Judicial o el Fiscal encargado de las actuaciones, directamente o a través de la correspondiente Unidad Orgánica de Policía Judicial, a quienes hará entrega de las diligencias practicadas y de los efectos intervenidos, así como de las personas cuya detención se hubiese acordado.

Lo que hizo el decreto citado, fue ya crear una especie de “carrera de velocidad” entre el juez competente y el ministerio fiscal, a semejanza de la instaurada por el *Code de Procédure* francés. O bien, crear un proceso bicéfalo. Una expresión dudosa en este sentido, la vemos en el artículo 10 del decreto en el que se dice que:

En la ejecución de sus cometidos referentes a la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, así como de los previstos en los apartados b) y c) del artículo 445 LOPJ

(antes transcripto) las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial y los funcionarios a ellas adscritos *dependen funcionalmente de los Jueces, Tribunales y miembros del Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de su investigación.*

Y ello nos lleva, sobre todo a la vista de la preeminencia que, desde hace lustros se viene dando en España al Ministerio Fiscal, a preguntar: ¿Quién es el que "está conociendo del asunto"? ¿El juez o el fiscal —que inicia su labor ordinaria como "inspector del sumario", artículo 306 LECRIM—? Nada de todo esto quedaba claro.

Y lo ha aclarado la Ley de 28-12-88 (¿pensaban ya en ello los AA. del Decreto de 1987?): el Fiscal, está instruyendo; el Juez también (todo depende de ante quién se haya producido el primer acto procesal); la instrucción de aquél si se abre, es principal; la del Juez, sólo se abrirá —salvo los casos en que proceda como principal, por el ref. lugar de producción del primer acto del proceso— de modo supletorio, "por insuficiencia" de la del Fiscal. Las diferencias entre una y otra, están mal trazadas o no lo están. Mejor lo *estaban* en los artículos 20 y 21 del R. D. de Policía Judicial cit.; sus AA, sabían ya a dónde iban. . . aunque la Ley de 28-12-88, haya borrado aquellas diferencias, y ha *construido* una instrucción confusa y posiblemente bicéfala, de la que puede emerger el Fiscal al final (artículo 789, quinta). . . para negociar sobre la pena con el defensor. [El *plea bargaining* del proceso estadounidense, ha entrado en España, aunque la misma Ley no lo reconozca expresamente. . .]

He aquí el fundamental defecto de la nueva "policía judicial", a la vista de la no muy clara ordenación (ordenaciones) procesales.

El Decreto de 1987, trata, dentro de los límites de la dependencia orgánica de la policía, de obtener —al igual que lo hace la LOPJ, artículo 445— una "independencia funcional de sus funcionarios, en favor de los órdenes judiciales" (¿y de los fiscales? *Hic latet lepus*). Y su artículo 11 dice que:

Los funcionarios policiales comisionados por la autoridad Judicial o Fiscal con arreglo al artículo 21 para la práctica de alguna concreta investigación se atenderán en el desarrollo de ésta a las órdenes y directrices que hubieren recibido, sin que las instrucciones de carácter técnico que obtuvieren de sus superiores policiales inmediatos puedan contradecir las primeras.

Problema muy importante: el de la llamada "inamovilidad" de los funcionarios policiales que estén desarrollando alguna actividad ordenada por el juez (o por el fiscal, y ahí estará siempre la posible confusión); el artículo 16 del Decreto dice que:

Los funcionarios de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial no podrán ser removidos o apartados de la investigación concreta que se les hubiese encomendado, hasta que finalice la misma o la fase procesal que la originó (expresión proclive a dudas), si no es por decisión o con la autorización del Juez o Fiscal competente. Cuando los funcionarios a quienes está encomendada una concreta investigación hayan de cesar en su destino por causas legalmente establecidas.

He aquí otra expresión dudosa: ¿De qué leyes se trata? ¿Será admisible una *lex specialis* para alejar a un determinado funcionario de una determinada investigación? Asunto muy peligroso, "su cese se participará a la Autoridad Judicial o Fiscal para su conocimiento" (De nuevo la confusión entre jueces y fiscales).

El artículo 20 del Decreto, apuntaba ya claramente hacia una "instrucción policial bajo la dependencia del fiscal" (modelo francés, si llega antes que el juez).

Quando los funcionarios integrantes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial *realicen diligencias de investigación formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial*, actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal. A tal efecto, darán cuenta de sus investigaciones a la *Fiscalía correspondiente que, en cualquier momento, podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas* (si el gobierno no lo impide, arg. en el Estatuto del MF de 30 de diciembre de 1981), en cuyo caso los miembros de la Policía Judicial actuarán *bajo su dependencia directa...*

(Esto es, de esta redacción cabe deducir que la Policía Judicial puede actuar "sin dependencia directa del MF", y *sin que aún haya juez.*)

Sigue el artículo 20: "...y practicarán sin demora las diligencias que el Fiscal les encomienda para la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente" (que son finalidades del mal llamado "sumario", artículo 299 LECRIM).

La intermediación del juez (del fiscal) con los funcionarios de la Policía Judicial —principio que nos parece indispensable— no está sino mediocrementemente asegurada.

Art. 21. El Juez o Tribunal Competente, *una vez iniciado el procedimiento penal*, y el Fiscal encargado de las actuaciones (aquí se hace una distinción entre unos y otros; mas insistimos en nuestras ideas de que el "encargado de las actuaciones de instrucción", no debe ser un Fiscal, sino el Juez), en los casos a que se refiere el artículo anterior (esto es, "investigación policial-judicial, pero sin proceso ni juez director") se entenderán directamente, y sin necesidad de acudir a instancias administrativas superiores, con el *Jefe de la Unidad correspondiente*, sea del Cuerpo Nacional de Policía o de la Guardia Civil, para encomendarle la práctica de cualquier investigación o la realización de otras misiones propias de la Policía Judicial. *El responsable policial requerido habrá de disponer* (a los agentes de la Policía Judicial, se entiende) lo que sea preciso para el eficaz cumplimiento del servicio, participando a la autoridad judicial o Fiscal (otra vez ese parangón entre las dos figuras) los funcionarios que habrán de llevar a efecto de investigación ordenada.

[Esto es un notorio vestigio del obstaculizador artículo 288 LE-CRIM: "El Ministerio Fiscal, los Jueces de Instrucción y los municipales (?) podrán entenderse directamente con los funcionarios de Policía Judicial, cualquiera que sea su categoría, para todos los efectos de este título; pero si el servicio que de ellos admitiese espera, deberán acudir al superior inmediato respectivo del inmediato auxilio de éste". Mediación ordinaria y dilatoria de la que queda un vestigio en la Ley de 28-12-88, nuevo artículo 786-Tercera.]

Menos mal que el Decreto, a continuación, viene a consagrar el principio de intermediación —el pertinente y aún necesario— entre jueces y fiscales (tendiendo una vez más a confundir ambas figuras) y los "concretos funcionarios policiales" a quienes dicha jefatura (su jefatura "natural" y no la "judicial") haya encargado la ejecución, con el texto que sigue y que aceptamos como acertado:

Igualmente, podrá la Autoridad Judicial o Fiscal (otra vez) ordenar que comparezcan ante su presencia, cuantas veces lo considere (?) conveniente el o los concretos funcionarios policiales a quienes dicha Jefatura haya encargado la ejecución [cuidado, no la "comisión", ya que los agentes de la Policía Judicial, tienen el carácter de "comisionados" de los jueces (o fiscales), artículos 13 y 21 del De-

creto], con el fin de impartir las instrucciones que estime pertinentes, indicar las líneas de actuación y controlar el cumplimiento de sus cometidos a la evolución de sus investigaciones.

Esta es la situación correcta, la de intermediación.

Y aún más allá —y también acertadamente, en general— el Decreto. Su artículo 22 dice así:

Expresamente, para realizar actuaciones o pesquisas que, por su trascendencia o complejidad, *requieran la permanente adscripción de funcionarios* o de medios pertenecientes a grupos especiales especializados, no integrados en la correspondiente Unidad Orgánica, a cuya investigación haya de extenderse a varias provincias con ámbito territorial superior al de la Autoridad Judicial o Fiscal (otra vez la equiparación incorrecta) que ordene la investigación, el encargo habrá de cursarse por conducto del Presidente del Tribunal Supremo o del Fiscal General del Estado, del Presidente o Fiscal de la Audiencia Nacional o de los del Tribunal Superior de Justicia respectivo. Cuando se trate de la adscripción permanente a una concreta investigación de funcionarios integrados en la correspondiente Unidad Orgánica, en caso de discrepancia, resolverá el Jefe de la correspondiente Unidad Orgánica, previo informe de la Comisión Provincial de Coordinación de la Policía Judicial.

He aquí una limitación a la "sumisión funcional" de los funcionarios de la Policía Judicial; si hay "discrepancia" en cuanto a la individualización de uno de ellos —y es de suponer la discrepancia entre el juez interesado y la autoridad policial—, ésta, no la resuelve el juez (su "dependencia funcional", artículo 10 del Decreto), sino una "Comisión Provincial de Coordinación de la Policía Judicial" (artículos 22 a.f. y 37 del Decreto, sin que se entienda bien la de qué provincia va a ser si la de la provincia de la cual va a quedar privada el funcionario concreto, o de la "recipienda" del mismo); "Comisión Provincial" (artículo 34), de composición "mixta" y vaga ("Las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial estarán compuestas por: a) El Presidente de la Audiencia Provincial, que la presidirá; b) El Fiscal Jefe de la Audiencia; c) El Magistrado Juez Decano de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de la capital de la provincia [¿los jueces de lo Penal?]; d) El Jefe de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial del Cuerpo Nacional de Policía; e) El Jefe de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil" pero... a seguida, en el artículo 35, el Decreto nos lanza la correspondiente

"cláusula en blanco": "*Eventualmente* (no ha podido escoger palabra más vaga) podrán incorporarse a las Comisiones Nacionales y Provinciales, para tratamiento de tareas concretas de auxilio técnico y documentación, otras Autoridades o funcionarios, cuyo criterio o asesoramiento se estime necesario". He aquí la brecha por la que —al no decirse quién ordenará la "incorporación" a la Comisión— puede precipitarse la Administración.

Aún agrava el problema, el artículo 37-c) del Decreto —competencias— con su remisión al 36, que atribuye a las Comisiones Provinciales "intervenir con estricto respeto al principio de independencia judicial en las actuaciones jurisdiccionales, para unificar criterios o *resolver eventuales incidencias* que dificulten el adecuado funcionamiento de la Policía Judicial o cualesquiera otras que puedan surgir en las relaciones entre la Autoridad Judicial o Fiscal y la Policía Judicial".

He aquí otra grave brecha que repercutirá en el principio de "dependencia funcional" de los elementos de la Policía Judicial, de los jueces. Explíquese exhaustivamente el significado de las hieráticas palabras "eventuales incidencias".

(Menos mal que este artículo "aclara algo" el problema del traslado de los funcionarios, antes aludido, pero no totalmente. . . "conocer de las incidencias. . .")

Pese a una serie de normas acertadas, el Reglamento, adolece del mismo y gravísimo defecto, que venimos criticando desde 1967 (fecha de un "Anteproyecto del Código procesal penal", enviado a informe a la Universidad de Valencia, la cual me encomendó y aprobó mi informe opuesto; se repr. en la *Revista de Derecho Judicial*, 1967 y en mis *Temas del Ordenamiento Procesal*, 1969-II): esto es, el de no quedar claro (sino muy oscuro) si la Policía Judicial, en sus "funciones procesales" (ya que el artículo 20 del Decreto "creó" un "pre-proceso" o un "proceso preliminar" policial), ha de depender del juez o del Ministerio Fiscal. Debe ser "quien dirija aquella parte del procedimiento". Mas la Ley 28-12-88, de reforma de la LECRIM y otras, al introducir para los delitos menores (!) dos tipos de instrucción, una del fiscal con la policía y otra del juez también con la policía, pero sin deslindarlas bien, hace que mi crítica de 1967, sea una crítica a una ley actual y la estamos haciendo ahora, naturalmente, en otros trabajos y no en éste, ya en "momento" de pruebas de imprenta.

El Decreto prevé la formación de los que deseen devenir funcionarios de la Policía Judicial (título expedido por el Centro de Estudios Judiciales; a obtener en dos fases de estudio: la primera, en los Cen-

tros de Formación y Perfeccionamiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; la segunda, en el Centro de Estudios Judiciales, con la participación docente en ambas fases de miembros de la Judicatura y del Ministerio Fiscal, Catedráticos y Profesores de Universidad y de otras profesiones jurídicas, artículo 40).

(Siendo tan importante la designación de este personal docente, el Decreto la pasa por alto, siendo vagas sus normas sobre elaboración de programas, etcétera, artículo 39 y ss.) Véase la siguiente frase: "En el plan de estudios de los cursos de acceso a las demás Escalas del Cuerpo Nacional de Policía y a los restantes empleos del Cuerpo de la Guardia Civil, se incluirán, al menos, las disciplinas necesarias para posibilitar el desempeño de la función de policía judicial".

VIII. LOS MÉDICOS FORENSES Y DEMÁS PERSONAS AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Dejándonos de logomaquías entre las expresiones "cooperación" y "servicio" a la administración de justicia, recordemos que los médicos forenses desempeñan un papel de enorme importancia en determinados procesos, penales y no penales, en los que la salud de las personas están afectadas. Ello lo reconoce el artículo.

A) 497.1 . Los Médicos Forenses constituyen un Cuerpo titular superior al servicio de la Administración de Justicia.

2. Estarán a las inmediatas órdenes de los Jueces, Tribunales y Fiscales [otra vez el bicefalismo funcional y con él la posibilidad de conflictos] de la población o poblaciones en las que fueren nombrados.

3. Además de lo establecido en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, será en todo caso, incompatible con la función de médico de empresa o de entidades aseguradoras, con cargos públicos electivos y no podrán desarrollar actividades que menoscaben el ejercicio de sus funciones.

B) *Funciones*. De "asistencia técnica" [luego, "peritos oficializados", no están bien emplazados en la LOP] a los juzgados, tribunales y fiscalía [otra vez el bicefalismo posible], en las materias de su disciplina profesional con sujeción, en su caso, a lo establecido en las leyes procesales". Les corresponde, según dichas leyes "la asistencia o vigi-

lancia facultativa de los detenidos, lesionados o enfermos que se hallaran bajo la jurisdicción de aquéllos [supóngase que entre los "aquellos" no están incluidos los fiscales, que no tienen jurisdicción], en los supuestos y en la forma que determinen las leyes".

Según el artículo 499-3 LOPJ, "se abstendrán de intervenir como particulares en los casos que pudieran tener relación con sus funciones", lo que nos parece correcto; pero la ley debería haber insistido en su compatibilidad con la docencia de la medicina legal en las universidades (lo que viene a reconocerse implícitamente más abajo).

C) *Reclutamiento*. Por "selección" —pruebas selectivas— entre licenciados en medicina, el CEJ elaborará los programas de selección y perfeccionamiento (artículo 499) y los ascensos entre ellos, por concurso de antigüedad en el escalafón (artículo 500); mas la antigüedad puede ceder en favor de una determinada y necesaria especialización o condiciones, y en tales casos si hubiere igualdad entre los aspirantes, se preferirá el más antiguo en el escalafón (artículo 500-2).

Los destinos, serán a una población o a un "Instituto de Medicina Legal", regional o provincial; las especializaciones contribuirán (artículo 503). Y —por fin— será el Ministerio de Justicia el que, oído el CGPJ y, en su caso los directores de los institutos de medicina legal, el que dicte las normas precisas "sobre actuación de los médicos forenses ante los órganos radicados en cada ámbito territorial y sobre adscripción de aquéllos a efectos gubernativos a órganos jurisdiccionales o fiscales determinados". ¿Estará aquí la solución del "bicefalismo"? Esta adscripción", según el artículos 503-2, parece ya ser determinante de la dependencia —simplemente administrativa—. Huelga lo que dice el artículo 505-1 LOPJ.

La relación de los Médicos Forenses con las Facultades de Medicina se aprecia en el artículo 504; en donde haya un TSJ y Facultad de Medicina, habrá un "instituto" regional o provincial "de Medicina Legal"; y así se halla "la docencia" de los médicos forenses: "...en los Institutos Regionales prestarán servicios quienes ejercen docencia en los Departamentos de Medicina Legal en la forma en que reglamentariamente se determine"; estamos plenamente conformes, pero en cuanto a "la determinación reglamentaria"; precisa contar con las Universidades.

Existirá también un "instituto de Toxicología" como "órgano técnico" adscrito al Ministerio de Justicia cuya misión es auxiliar a la Administración de Justicia" (artículo 505). Nos parece que la *vis attractiva*

de la administración va demasiado lejos; un "Instituto de Toxicología" no debe limitarse a "auxiliar a la Administración de Justicia".

Lo que se dice a continuación, holgaba que: "en sus funciones técnicas tendrá carácter independiente" y "emite sus informes de acuerdo a las reglas de investigación científica que estime adecuadas". Casi se viene a decir "que no es posible manejar a las bacterias a golpe de BOE...".

Los Institutos de Medicina Legal son dirigidos por un Médico Forense "en la forma que reglamentariamente se determine" [más reservas de reglamento]; en ellos habrá ATS seleccionados "mediante pruebas específicas", asimilados a los oficiales de la Admón. de Justicia (artículo 506) y auxiliares, del mismo reclutamiento, más los auxiliares y agentes de la Admón. de Justicia necesarios.

Se prevé igualmente que "los médicos titulares de los servicios oficiales de Sanidad" sustituyan a los Médicos Forenses "en las intervenciones que, en caso de urgencia, les sean encomendadas por la autoridad judicial o fiscal" (artículo 507-1 LOPJ); así aparecerá "quien haga las veces del Médico Forense" en el artículo 785-8, f) de la LECRIM, juicios por delitos menores de la Ley de 28-12-88.

IX. OTROS AUXILIARES

La LOPJ es muy interesante en este punto, por su amplitud de miras, loable.

Según su artículo 508, "1. Además de los funcionarios, los cuerpos citados... podrán prestar servicios en la Admón. Justicia los *profesionales y expertos que sean permanente u ocasionalmente necesarios para auxiliarla*". (Así se acerca al ideario de Jiménez Asúa, p. ej.); su reclutamiento —que podrá llevar a constituir "cuerpos técnicos o escalas especializadas", lo cual es de enorme interés— "se determinará reglamentariamente". No estamos conformes con este medio; pero también se admite el régimen de contratación laboral (artículo 508), peor o mejor.

X. EXAMEN ESPECIAL DEL MINISTERIO FISCAL

La LOPJ, libro V, título I dedica una referencia al Ministerio Fiscal.

Art. 435. 1. Sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, el MF tiene por misión promover la acción de la justicia

en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

Es el texto del artículo 1º del Estatuto del Ministerio Fiscal —al cual se remite la LOPJ, artículo 435-2—, de 30 de diciembre de 1981 (BOE del 13 de enero de 1982). A tal Estatuto nos referiremos, pues.

El artículo 2º del Estatuto, nos muestra la complejidad de las funciones del MF, figura polifacética.

“1. El MF, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.”

Su denominación, no nos place. Sea cual sea la relación del actual “Ministerio Fiscal” español con los antiguos *advocati fiscali*, con el *patronus fiscali*, recuerda demasiado e inexactamente al antiguo defensor en juicio de los intereses económicos del Fisco, que se confundían en ocasiones (el *Bailío*) con los intereses del rey en la Edad Media (Zafra, Alcalá-Zamora Castillo); la típica denominación francesa —que ha tenido gran éxito—, de “Ministerio Público”, es inexpressiva, ambigua; estimamos acertado el propuesto nombre de “Promotor de la justicia” —viejo término legal— pero aún más correcto —si responde a ello, naturalmente, la figura legal, si no, sería falso— es el nombre de “Promotores de la acción de la justicia” (Alcalá-Zamora Castillo).

La verdadera tragedia de esta figura reside en que es “un abogado sin pasión, un juez sin imparcialidad; ese es el absurdo psicológico que sitúa al MF en el permanente riesgo —si no posee un fino sentido del equilibrio— de perder, por amor de serenidad, la generosa combatividad del defensor, por amor de polémica, la desapasionada objetividad del magistrado” (Calamandrei).

Si “la función hace al órgano”, veamos cuáles son específicamente las del MF, para ver si “el órgano” puede desempeñarlas, por su estructura.

Son funciones del MF (artículo 3º Estatuto —EFM— vigente):

Uno. Velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos y en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones recursos y actuaciones pertinentes:

Dos. Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los Jueces y Tribunales.

Tres. Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.

Cuatro. Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda. [De aquí procede su equívoca calificación de "parte imparcial".]

Cinco. Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas otras que estime oportunas". Otra vez el "bicefalismo" proclive a conflictos. Y "no obstante podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva" (artículo 5º).

Seis. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.

Siete. Asumir, en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos.

Ocho. Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes e intervenir en las promovidas por otros.

Nueve. Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.

Diez. Interponer el recurso de amparo constitucional en los casos y forma previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Once. Intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma que las leyes establezcan.

Doce. Intervenir en los procesos judiciales de amparo.

Trece. Defender igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos que prevén su intervención.

Catorce. Promover, o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales.

Quince. Ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuya.

[Nótese que aquí no se dice "la Ley".]

Veamos ahora el *apparatus* estructural que desempeña tal cúmulo de funciones, en las que aparece con frecuencia la idea de "legalidad".

Los órganos del MF son: el fiscal general del Estado; el Consejo Fiscal; la Junta de Fiscales de Sala; la Fiscalía del Tribunal Supremo; la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional; la Fiscalía de la Audiencia Nacional; las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia; las Fiscalías de las Audiencias Provinciales (artículo 12 EMF).

En cuanto a los principios —de hermosa enunciación, artículos 6º y 7º EMF— de "legalidad" y de "imparcialidad", hay que tener en cuenta lo que sigue:

Si bien el Poder Ejecutivo —el Gobierno— solamente "*puede interesar*" del fiscal general del Estado (FGE) actuaciones, y éste debe, oída la Junta de Fiscales, resolver sobre la "viabilidad" o "procedencia" (aquí ya no se utiliza la expresión "legalidad") y exponerlo al Gobierno; tengamos en cuenta que el Fiscal General del Estado, es "nombrado" —naturalmente— por el Rey, pero "a propuesta del Gobierno" (artículo 124.4 Constitut.) oído el CGPJ (el mismo); y el EMF intercala "y cesado" —de la misma forma—; tengamos en cuenta que el Gobierno, actúa por razones de tipo político (artículo 97 y ss. Constitut.) que no tienen por qué coincidir forzosamente con las de estricta justicia (Kohlhaas, Löwe-Rosenberg, Kern); si el FGE no asiente a ese "interés" del gobierno, éste puede "cesarlo", ya que no está protegido por inamovilidad y así resultará claramente, que no es independiente; depende del Poder Ejecutivo y con ello, de sus "intereses" mejor que de la ley. Y de otro lado, el principio de "unidad y subordinación jerárquica" del cuerpo del MF, lleva consigo la obediencia de los inferiores a las órdenes de los superiores (artículo 22 y ss. EMF) —no ocurre como con los Tribunales— por lo que, "la cadena" que ha partido del Ejecutivo se transmite a todos los escalones del MF. El inferior, sólo puede obtener, en su caso, que se encomiende el despacho del asunto que él considera "ilegal o improcedente", a "otro fiscal", artículo 27 EMF.

Esta dependencia del MF con respecto al Ejecutivo, se hace sentir especialmente en la recusación de las personas de aquél. No pueden serlo, y en su lugar, se arbitra tradicionalmente el hacer "que se abstengan" de actuar en un juicio determinado, si no se abstuvieren espontáneamente en su caso. Es *el superior jerárquico* del fiscal interesado, el que "en los referidos supuestos" *ordena* su "no intervención en el proceso" (artículo 28 EstMF). Pero "cuando se trata del Fiscal General del Estado" —de aquel nombrado y destituido por el Gobierno—

“resolverá el Ministerio de Justicia”. El cual, resulta así ser el superior del propio Fiscal General del Estado (artículo 28 cit.).

[Por ello, si nos oponemos a que el MF actúe como instructor en el proceso penal, lo hacemos pensando en la figura del MF español y no en la del Ministerio Público —o bajo otras denominaciones— en otros países —como Italia o Brasil—; y no por capricho ni por prejuicios.]

En resumen: el principio de legalidad, es incompatible con los de unidad y dependencia jerárquica de los miembros del MF, a cuyo frente —en la cúspide de la pirámide administrativa— se halla una persona amovible y designada y cesada por el Ejecutivo.

Y “la unidad”, en otras palabras, la subordinación no sólo jerárquica, sino funcional —actualmente, artículo 25 EMF—, tiene su razón de ser cuando se trata de intereses político-administrativos, pues en este punto el *móvil utilitario* juega papel importantísimo, y a las autoridades de dicho orden, con mayor cantidad de datos y mejor conocimiento de sus disponibilidades y recursos, toca determinar la *oportunidad* [que, en muchos casos, informa la actuación del MF, si éste sigue los “intereses” del gobierno, interpolamos] y forma de actuar y les afecta fundamentalmente que su representante [atribución seis EMF], se oriente en el sentido que estimen preferible, sin desviaciones en la línea trazada que, “aún bienintencionadas, pueden pugnar con el bien público” (Alcalá-Zamora Castillo).

La multiplicidad de opiniones sobre esta polémica figura (Prieto-Castro, Zafra, Ibáñez, Herrero, León Serrano, Casas y del Moral, Alcalá-Zamora Castillo, Gómez Orbaneja, Goyet, Rassat, Calamandrei, Goldschmidt, Kern, Kohlhaas, Löwe-Rosenberg, Fernández Montes, Decamps, Fairén-Guillén), no puede ser recogida aquí; pensamos, como corolario, que si la figura del MF es necesaria (como también pensamos, para suplir su posible negligencia o al menos, inercia, si no es la “sujeción” a “intereses” de otros, en la “acción popular penal”, *cf. supra e infra*), su regulación no es definitiva; su historia demuestra sus cambios, en ocasiones incluso abruptos.

XI. EXAMEN ESPECIAL DEL ABOGADO

Es una persona, técnica en derecho, que ha mostrado su suficiencia en él en su paso por las Facultades de Derecho reconocidas por el Estado, en una de las cuales ha obtenido el título de Licenciado en Dere-

cho; además, se ha hecho miembro de la asociación profesional llamada Colegio de Abogados (la colegiación, es *obligación* en España); es el "habilitado legalmente para ejercer su profesión en el juzgado o tribunal que conozca del proceso", artículo 10 LEC, satisface impuestos profesionales, y se vincula a la parte o interesado en un proceso en particular por medio de un contrato del tipo del de "prestación de servicios" (TS español, desde 1935 hasta 1990), a la que se unen otros derechos y obligaciones entre abogado y patrocinado, de origen legal.

La LOPJ, en su título II, libro V se refiere "A los Abogados y Procuradores" y dice sobre aquél en concreto:

"Art. 436. Corresponde en exclusiva la denominación y función de Abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico. [La LOP] exagera: define al "abogado en ejercicio" y no al "abogado en general".]

En contraprestación por estos servicios técnicos y de las obligaciones adheridas a ellos que vamos a ver, el abogado tiene derecho a percibir honorarios de la otra parte contractual, sin sujeción a límite legal, pero sí sujetos a una posible impugnación por el cliente, por excesivos, acerca de lo cual resuelve el juez del asunto principal, tras oír al Colegio de Abogados respectivo o a dos abogados en ejercicio, en el lugar en donde no haya Colegio. En un proceso, del que se discute si es un monitorio propiamente dicho o no (Prieto-Castro, Guasp), pero indudablemente "privilegiado" ya que se da al abogado y al procurador un trato específico favorable y mucho más rápido que el normal; el abogado, a través del procurador, puede reclamar los honorarios impagados ("proceso de jura de cuentas", artículos 12 y 8 LEC).

No existe claramente en España la categoría de los "cuasi profesionales", "auxiliares jurídicos con alguna formación empírica" (Cappelletti) como los *McKenzie men* ingleses o los *Rechtssekretäre* de la Federación Alemana de Sindicatos; pero los Graduados Sociales actúan legalmente (artículo 440-3 LOPJ) en un tipo de procesos —el de trabajo y de seguridad social en los que no es preceptiva la intervención de abogados—; en cuanto a los abogados asesores obligatorios para sociedades, Ley de 31-10-75, sus relaciones con ellas son de carácter profesional, "sin perjuicio de que consten en contrato laboral de modo expreso" (Prieto-Castro).

En España, se da también la figura de los "abogados de sociedades" constituidas por los lesionados por determinado delito o especie de delitos —el gravísimo "caso de la colza", etcétera—. Se basan en el

artículo 38 del CCiv.; en el artículo 25 del Tratado de Roma de 1950 ratificado por España en 1977 y en la Recomendación R(83)7 del Comité de Ministros europeo.

Si que, naturalmente, existe en España el sistema de "abogados para procesos futuros" para grupos de personas (especialmente, en materia de seguros), de tal modo que los gastos de abogado en caso de litigio afectado por la póliza del asegurado (accidente de automóvil, incendio, lesiones, catástrofe, etcétera), se reparte "preventivamente" entre todos los asegurados; si el riesgo se hace práctico a través del suceso del hecho o hechos temidos (el accidente, el incendio, etcétera), el asegurado tiene derecho a la prestación de sus servicios en el o los procesos posiblemente subsiguientes, por un abogado, bien incluido por la sociedad aseguradora en una "lista" ("lista cerrada", el caso más corriente), o bien por el de su elección ("lista abierta", menos frecuente). Sistema análogo podría generalizarse para reforzar el sistema procesal penal español, de la "acción popular".

Con respecto a los jueces y tribunales ante los que actúen, el abogado, tiene las obligaciones de respeto y acatamiento, so pena de ser corregido disciplinariamente (artículos 443 y ss. LEC; no existe en España el proceso incidental, a tal efecto, del *contempt of the court* inglés y norteamericano) y aún civil y penalmente (Código penal, LOPJ, artículo 442-1); son "libres e independientes" (artículo 437-1 LOPJ) gozando "de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados (por jueces y tribunales) en su libertad de expresión y defensa" (artículo cit.)

Deben jurar o prometer "acatamiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" "antes de iniciar su ejercicio profesional" (artículo 439-1 LOPJ).

Están sujetos a la obligación de "guardar secreto de todos los hechos o noticias" que conozcan "por razón de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos" (artículo 437-2 LOPJ).

El sistema de nombramiento del "abogado defensor" [la LEC impone la intervención de abogado, salvo en procesos de escasa cuantía o fáciles ("desahucio por falta de pago" si no se trata de locales de negocio, artículo 10 LEC), actos procesales rutinarios, de jurisdicción voluntaria no atribuidos a los Juzgados de 1º Instancia o de cuantía inferior a 250.000 pesetas; salvo, también, en lo penal, los "juicios de faltas", y en materia laboral, en la primera instancia de los procesos "individuales", en que no precisa intervención de abogado] sigue los

principios generales; esto es, el abogado "de confianza", nombrado directamente por el interesado (artículo 42 LEC); y "el de oficio", nombrado por los tribunales, si su intervención es preceptiva y el interesado no lo ha nombrado (arg. 520-2, c) y 384, 527, 625, 788 y 791 LECRIM artículo 10 a. f. Ley proc. laboral; en lo CADmvo., es preceptiva la intervención de abogado). La LOPJ, ha recogido esta diferencia —y aún más cuestiones— en su artículo 440: "1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, las partes podrán designar libremente a sus. . . defensores entre los. . . abogados que reúnan los requisitos exigidos por las leyes"; "2. Se designarán de oficio, con arreglo a lo que en aquéllas se establezca, a quien se solicite o se niegue a nombrarlos, siendo preceptiva su intervención. La defensa de oficio tendrá carácter gratuito para quien acredite insuficiencia de recursos para litigar en los términos que establezca la Ley" (Cfr. artículos 119 Constitución, 13 y ss. LEC reformada por Ley de 6-8-84, artículo 58-1 Estatuto general de la abogacía de 24-7-82).

La defensa por abogado, cuando fuere preceptiva, está garantizada por la Constitución (artículo 24-1; y por las leyes —cfr., *supra*—; artículo 441 LOPJ: "Los poderes públicos tienen la obligación de garantizar la defensa y asistencia de abogados, según la Constitución y las leyes).

De la responsabilidad de los abogados, la disciplinaria "por su conducta profesional" compete declararla a los correspondientes Colegios y consejos conforme a sus Estatutos, que deberán respetar en todo caso las garantías de la defensa en todo procedimiento sancionador" (artículo 442-2 LOPJ, pero si se trata de conducta ante los tribunales, como se dijo, compete su exacción a ellos; la civil y la penal, igualmente, como es natural; las cita el artículo 442-1 LOPJ).

XII. EXAMEN ESPECIAL DEL PROCURADOR

Si el abogado es el defensor técnico de la parte (o interesado), el procurador, es su *representante* "en juicio"; se trata de una persona, con conocimientos jurídicos demostrados por poseer el título de Licenciado en Derecho (o transitoriamente, por un examen de materias jurídicas, los procuradores para juzgados inferiores; ello debe cesar; trátase de un régimen imperfecto a todas luces), que actúa *personalmente* en uno o varios procesos (postulando, en lugar de hacerlo el interesado, con el cual está vinculado por un *contrato de mandato con representa-*

ción artículos 3º y 5º LEC), a través del "poder" o "apoderamiento", de manera indelegable a su vez.

El procurador, es una figura derivada de las necesidades primarias de la "división del trabajo", y admite la específica de "gestión", diversificada a su vez por profesiones; una de ellas, es la de "acudir" a los juzgados y tribunales "representando" a los interesados, dedicados a otros trabajos concretos realizando trabajos procedimentales concretos, y a mantener el contacto con el "defensor", otro especialista en derecho vinculado con el interesado en procesos o jurisdicción voluntaria.

En algunos países, existe esta diferenciación entre el "abogado defensor" y del "procurador"; p. ej., en Italia; en otros, las dos funciones las cumple el abogado: RFA, Francia (desde 1972); en España, nos atenemos al primer sistema.

El "poder", instrumento de otorgamiento del contrato de mandato con representación, hasta hace poco, debía ser autorizado por Notario —excepto para los procesos civiles de escasa entidad económica—; pero el artículo 281 LOPJ introduce una muy interesante innovación, que estimamos en beneficio de la administración de justicia, y aún directamente de la economía: "La representación en juicio —dice el artículo 281-3— podrá conferirse en todos los procedimientos ante el secretario del juez o tribunal que haya de conocer del asunto". Lo cual, es normal consecuencia de detentar el secretario judicial "la fe pública", sin necesidad de testigo alguno (artículo 281, 1 y 2 LOPJ). Aunque será enojosa la reiteración de dar poderes para cada pleito o causa.

Una vez el procurador en su propio "status", esto es, obligatoriamente colegiado (artículo 439-2 y Estatuto General de los Procuradores, de 30 de julio de 1982, BOE de 27-8-82) y prestados juramento o promesa (artículo 439-1 LOPJ), para "representar en juicio", llega el momento de que le sea otorgado el "poder"; éste puede ser "general", para una posible multiplicidad de procesos que afecten al poderdante (p. ej., en el caso de una sociedad mercantil) o "particular", esto es "especial" para un pleito o causa determinados, agotándose al terminarse aquél o aquélla (arg. artículo 1712 y 1280-5º Cód. civ.). Debe ser "expreso", esto es, contener las atribuciones que el mandante confía a dicho procurador —especialmente, hay que cuidar de hacer constar sus posibles facultades en cuanto a la práctica de actos dispositivos del proceso o del derecho de fondo— y a procurador (o procuradores) individualizado; la LEC, se refiere a las obligaciones —que derivan del "poder"— del procurador de, 1º, seguir el juicio mientras no haya cesado en su cargo. [Y cesará, cuando, a) se le revoque el poder ex-

presa o tácitamente —por el nombramiento de otro procurador— y ello conste en autos; *b*) por desistimiento voluntario del procurador rodeado de garantías para el poderdante; *c*) por “separarse” de la “acción” o de la oposición el procurador —para aquél sólo pleito; cuidado, es un “acto dispositivo” de amplitud dudosa legalmente—; *d*) por transmisión de la cosa litigiosa por el mandante, que se haya reconocido en autos; *e*) por “haber terminado la personalidad” con que litigaba el mandante; *f*) por su muerte o la del propio procurador, rodeados de garantías los dos casos, el artículo 9º LEC], 2º, a transmitir al abogado defensor documentos, antecedentes e instrucciones que se le den “o pueda adquirir, haciendo cuanto conduzca a la defensa de su poderdante, bajo las responsabilidades que las leyes imponen al mandatario”; 3º, a recoger del abogado cesante la defensa de un asunto las copias de los escritos, etcétera, para entregarlos a su sucesor; 4º, a tener al abogado y al mandante al corriente del curso del litigio o negocio, remitiendo a aquél los documentos notificados; 5º, a pagar todos los gastos que se causaren a su instancia, incluso los honorarios de los abogados, aunque hayan sido elegidos por su poderdante” (artículo 5º LEC); a darse por enterado (“firmando”) todas las notificaciones, citaciones, etcétera, incluso las de las sentencias y de su ejecución —esto es: a través del procurador, se hace “cierto” el principio de bilateralidad o de contradicción básica del proceso (artículo 6º LEC)—; a guardar secreto profesional, al igual que el abogado (artículo 437-2 LOPJ).

El “poder”, según la LEC, artículo 3º, debe ser, previamente al asunto en que se utilice, declarado “bastante”, por un Letrado (abogado en ejercicio) —residuo histórico, que no impide que el asunto se pierda por “insuficiencia del poder”, artículo 533 LEC— que actualmente debe desaparecer (o darse por desaparecido) si se impone el sistema del otorgamiento del poder *apud acta*, ante el SJ del juez o tribunal que haya de conocer del asunto. Lo mejor sería, sustituir la fórmula enumerativa de nuestro ordenamiento, por la del “poder general”, con las exclusiones, desde el poderdante. (ZPO de la RFA §§ 80-83 y ZPO austríaca, §§ 30-32).

Frente a las obligaciones que la aceptación del poder impone al procurador —y se comprenden las del pago de los gastos fijados en LEC— éste tiene derecho a percibir honorarios, por aranceles, a que se le abonen los “gastos suplidos” —adelantados por él— y a “provisiones de fondos” —anticipación de los mismos por el mandante.

La garantía fundamental de que el procurador percibirá las sumas que se le adeudan por estos conceptos, se halla en el procedimiento

—ya aludido— del artículo 8º LEC (que también favorece al abogado, como se dijo, ya que el procurador incluye en su reclamación los honorarios del mismo); procedimiento del tipo de los “monitorios”, a los que es tendencia marcada el remitirse, por su carácter económico (así, Austria en la Novela de 1-5-83) y cuya ampliación ya ha sido objeto de una proposición de ley al Congreso de los diputados, que aún no se ha tratado.

(Ya recordamos que, mientras tanto, el responsable del pago de los honorarios del abogado, es el mismo procurador, artículo 5-5º LEC).

En algunos casos, las leyes españolas, admiten que sea el abogado el mismo “representante”; así, en materia laboral en 1ª Instancia; en lo CAadmvo.; que sea uno de los individuos en situación de parte quien represente a los demás litisconcordes —en conflictos colectivos de trabajo—; que sean los graduados sociales los que representen —en los procedimientos laborales y de la seguridad social, artículo 440-3 LOPJ— y también se admite, a título de excepciones, que la parte o interesado actúe por sí mismo, en procesos de escasa entidad económica, universales para actividades de poca dificultad, juicios de alimentos provisionales, embargos preventivos y diligencias preliminares urgentes del juicio (artículo 4º LEC) así como en los actos de jurisdicción voluntaria (con la reserva en favor del “factor mercantil” para ostentar la “personalidad” de sus mandantes en los actos comprendidos en el tráfico del establecimiento o empresa, artículos 4º, 5º LEC, párrafo segundo).

XIII. EXAMEN DEL ACTOR POPULAR

Esta figura del ejerciente de la “acción popular” esp. en el proceso penal, está reconocida desde 1882 en la LECRIM artículos 101 y ss. y después, en el artículo 125 de la Constitución. No es una “parte accesoria penal” junto al MF, sino independiente de éste; si no quiere acusar, debe contarse con el posible actor popular antes de sobreseerse (artículos 642 y ss. LECRIM) para que acuse, independientemente. Una retirada de la acusación por el fiscal, no le arrastra; le deja seguir actuando ante el tribunal.

Tan fundamental figura —que debe ser reforzada, aumentando las posibilidades prácticas de su ejercicio, incluso para los recursos penales—, significa fundamentalmente, el ejercicio privado de una función pública; la de excitar la actividad jurisdiccional de los tribunales y de

promover la pretensión punitiva. De ahí que deba considerar al actor popular español —también existe en Inglaterra— como un colaborador eminente de la jurisdicción.

La introducción del principio de oportunidad en lo penal, el confiarlo al MF —sujeto al Ejecutivo— como monopolizador de la "acción penal", constituiría la transformación del proceso jurisdiccional penal, en simple "procedimiento administrativo" si no fuera por la "acción popular" (MONTERO AROCA).

BIBLIOGRAFÍA

- PERIS GÓMEZ, *Juez, Estado y derechos humanos*, Valencia, 1976; BECEÑA, *Magistratura y justicia*, 1928; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Jerarquía de los tribunales supremos", *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1945; RODRÍGUEZ DEL BARCO, *Compendio de derecho judicial, Organización de los tribunales* (Madrid, 1962-1968); GÓMEZ DE LIAÑO, "Las Audiencias Provinciales como órganos de la jurisdicción civil", *Rev. Der. Jud.*, 1968; DÍAZ VALCÁRCCEL, "Juzgados de Primera Instancia e Instrucción", *Nueva Enciclopedia Jurídica Española Seix*; DE LA VEGA BENAYAS, *Introducción al derecho judicial*, 1970; RAMOS GONZÁLEZ, "La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 Principio que la informan", *RGLJ*, 1970-1; FAIRÉN-GUILLÉN, "Algunos conceptos y principios fundamentales de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1970", en la obra colectiva *El Centenario de una gran obra legislativa*, Valencia, 1973; SERRA DOMÍNGUEZ, "Notas esquemáticas sobre la distribución y composición de los tribunales", *DRPr.Iber.*, 1972; RODRÍGUEZ AGUILERA, "La reforma de la organización judicial en Cataluña", *Rev. Der. Cat.*, 1974; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "Notas sobre el proyecto de Bases de la Ley Orgánica de la Justicia", *Estudios cits.*; SERRERA CONTRERAS, "La Audiencia Nacional y el origen contencioso-administrativo", *RDPPr.Iber.*, 1977; GIMENO GÓMEZ, "Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria", *DRPr.Iber.*, 1982-1; MARTÍNEZ RUIZ, "La Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial y la independencia del Juez", *RDPPr.Iber.*, 1980, 2-3; SERRERA CONTRERAS, "El orden contencioso-administrativo en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial", *RDPPr.Iber.*, 1981-1; MARTÍN OSTOS, "El enjuiciamiento penal de Diputados y Senadores en la Constitución española de 1978", *RDPPr.Iber.*, 1981-4; AGUNDEZ FERNÁNDEZ, "Garantías Constitucionales de la Independencia Judicial", *RDPPr.Iber.*, 1981, 2-3; NEBENZAHL, "The direct and indirect impact of the Ombudsman", discurso pronunciado en la Clausura de la Reunión de "Ombudsmänner" en Edmonton, Alberta, Canadá, 9 septiembre 1976 (publ. también como opúsculo sep. por *Jerusalem Post*:

obra de excepcional importancia para que se fije lo que es "importante" o "falta de importancia" para una Administración y para cada ciudadano sujeto a ella); FAIRÉN-GUILLÉN, *La Ley de Reforma urgente de la LEC (juicio de menor cuantía, casación y otros aspectos fundamentales de la Ley de 6 de agosto de 1984)*, Madrid, 1985; el mismo, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1º de julio de 1985*, Madrid, 1986, p. 99; OSSORIO Y GALLARDO, *La Justicia, poder*, 2ª ed. y (anot. por SENTIS MELENDO), Buenos Aires, 1961, t. I; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Un grave problema judicial y político: La Justicia Municipal", *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934; BROCA Y MAJADA, *Práctica procesal civil; MAJADA, Práctica procesal penal*; PRIETO CASTRO, *Derecho de tribunales*, Pamplona, 1986; H. SALVADOR BULLON, *Novísima reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, 1984*; ABELLA, CARRASCOSA Y VARÓN, *Manual de los juzgados de paz*, 2ª ed., 1983.

Sobre el ministerio fiscal, *cfr.* p. ej., (ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Lo que debe ser el MF", *Estudios de derecho procesal, cit.*, 1934; HERRERO TEJEDOR, "Perspectivas del MF según los principios que informan el ordenamiento jurídico español", *RGLJ*, 1967-1; FAIRÉN-GUILLÉN, "La situación actual del MF", *RDPPr.Iber.*, 1970-2; el mismo, "La reorganización del MF en España", *Temas del Ordenamiento procesal, cit.*, 1969, I; el mismo, "El Ministerio Fiscal en la reforma procesal penal", *Tapia*, Madrid, 1989; PRIETO-CASTRO, "Construcción dogmática del ministerio fiscal en el orden civil", *Trabajos y orientaciones, cit.*, 1964; el mismo, "El MF en Europa", *RDPPr.Iber.*, 1977-1.

Sobre el secretario judicial, p. ej., *cfr.* HERCE QUEMADA, *El Secretario judicial (tesis doctoral)*, Madrid, 1949; el mismo, "El problema fundamental del secretario judicial", *Rev. Der. Jud.*, 1964; FERNÁNDEZ-MARTÍN GRANIZO, "El secretario judicial en la nueva Ley orgánica de la justicia", *RDPPr.Iber.*, 1976; DOMÍNGUEZ MORENO, "El secretario judicial en la nueva ley orgánica de la justicia", *RDPPr.Iber.*, 1976; sobre el *Rechtspfleger*, p. ej. PRIETO-CASTRO, "el «Rechtspfleger»", *Estudios en homenaje al profesor Guasp*, Granada, 1984; PEDRAZ PENALVA, "Notas sobre el secretario en el proyecto de Ley orgánica del Poder Judicial", *Tapia*, marzo-abril, 1985.

Sobre la Policía Judicial, *cfr.* FAIRÉN-GUILLÉN, *Informe sobre un anteproyecto de ley orgánica de la justicia*, Univ. de Valencia, 1969; y en *Comentario a la Ley orgánica del poder judicial de 1º de julio de 1985*; DEL ROSAL, "El auxilio policial judicial en el ambiente hispánico", *Anuario de Derecho Penal*, 1952; MIRANDA, "La policía judicial técnica", *RGLJ*, 1952; PRIETO-CASTRO, "La policía judicial", *Trabajos y orientaciones...*

Sobre otros auxiliares, *cfr.* p. ej., PRIETO-CASTRO, "Agentes judiciales y eficacia del Derecho", *Trabajos y orientaciones...*; SERRA, "El intérprete jurado" *Estudios, cit.*

Sobre responsabilidad judicial, *cfr.* FAIRÉN-GUILLÉN, *Comentarios a la LOPJ de 1º de julio de 1985, cit.*; AGUILAR, "De la responsabilidad judicial", *RGLJ*, 1984; LÓPEZ DE HARO, "La responsabilidad judicial", *RGLJ*, 1918; ALMAGRO NOSETE, "Problemática del recurso de responsabilidad civil contra jueces y magistrados", *RDPPr.Iber.*, 1971.

Sobre el Abogado, *cfr.* p. ej., OSSORIO Y GALLARDO, *El alma de la toga*, 2ª ed., Buenos Aires, en los vols. *La justicia*, 1961; *Los abogados*, en "Auxiliares de la justicia", *idem. idem*, t. I; CALAMANDREI, *Elogio del giudice scritto da un avvocato*, III ed., Firenze, 1954; *Demasiados abogados* (trad. esp. Xirau), 1925; SALDAÑA, *El hombre de la toga*, 1927; PINA, "La formación profesional del abogado", *Rev. Trib.*, 1938; MIGUEL Y ROMERO, "Abogados y magistrados", *Rev. Trib.*, 1931; VIDAL, "Magistratura y abogacía", *Rev. Trib.*, 1932; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "La ética profesional y el régimen jurídico de las corporaciones forenses", *Estudios de derecho procesal, cit.*, Madrid, 1934; BONET RAMÓN, "La naturaleza jurídica del contrato de mandato y el carácter de servicios celebrados por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Rev. Der. Priv.*, 1935; CASTÁN TOBEÑAS, "Abogacía y cultura", *RGLJ*, 1946; GUASP, "El nuevo Estatuto General de la Abogacía", *RDPPr.*, 1947; ÁLVAREZ ABUDANCIA, "Las defensas activa y consultiva ante la justicia de primer grado", *RDPPr.*, 1951; GOLDSCHMIDT (W.), *La misión del Abogado*, Pretor, 1954; FERNÁNDEZ SERRANO, *La Abogacía en España y en el Mundo*, Madrid, 1955; PASCUAL, "Crisis en la Abogacía", *Rev. Gral. Dcho.*, 1963; IGLESIAS CORRAL, "La formación profesional del Abogado", *RGLJ*, 1965; MOLINA PASCUAL, "Abogar y Juzgar", *Rev. Jur. Cat.*, 1968; SOTO NIETO, "Meditaciones sobre la Abogacía", *Rev. Jur. Cat.*, 1969.

Sobre el procurador, p. ej., SALA ROVIRA y VERGÉS Y MOREU, *El Procurador de los Tribunales*, Barcelona, 1924; AGUILAR, "Los Procuradores", *Rev. Der. Priv.*, 1928; POLAINO ORTEGA, "El bastanteo para pleitos" *Estudios...*, 41; REYES MONTERREAL, "Naturaleza jurídica de la procura", *Rev. Gral. Dcho.*, 1961; SERRA DOMÍNGUEZ, "Obligaciones del Procurador", *Rev. Jur. Cat.*, 1963; PRIETO-CASTRO, "Función pública y gestión privada del Procurador", *Trabajos y Orientaciones*; GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, "La postulación procesal"; "Representación y defensa", *RDPPr.*, 1968 (2); RODRÍGUEZ ESPEJO, "Personalidad del Procurador y sustitución de poder", *RDPPr. Iber.*, 1973; FAIRÉN-GUILLÉN, *Comentarios a la LOPJ de 1º de julio de 1985*.

Sobre el actor popular, FAIRÉN-GUILLÉN, "El proceso como función de satisfacción jurídica", *Temas, cit.*, I. MONTERO-ORTELLS-GÓMEZ COLOMER-CORDON, "Derecho Jurisprudencial", 2ª edición, Barcelona, 1991, II.