

TEMA XII. EL PROCEDIMIENTO	391
I. CONCEPTO.	391
II. SISTEMÁTICA A SEGUIR	391
III. DIFERENCIACIÓN DE LOS SISTEMAS DE PRINCIPIOS PROCEDIMENTALES POR RAZÓN DE LAS FACULTADES DE JUECES Y PARTES	391
1. Principios dispositivo y oficial. Sus acepciones	391
2. El principio del "contradictorio" y la carga de la prueba	392
3. Proceso a instancia de parte, o "ex officio"	392
4. Principios de oportunidad y de legalidad	393
5. El principio dispositivo "en el interior" del proceso y procedimiento	394
6. El principio de impulso oficial o de las partes	395
7. El principio de obtención de la "verdad material" o "formal".	396
8. El principio de la prueba legal y la de libre apreciación	398
IV. DIFERENCIACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS POR SU "FORMA EXTERNA"	398
1. Principios de oralidad y de escritura y de intermediación o mediación	399
A) La "oralidad"	399
B) La "intermediación"	401

2. El principio de concentración	403
A) De las actuaciones procesales	404
B) Del contenido del proceso	405
3. El principio de escritura	407
A) Orden legal de los actos procesales	408
B) El principio de preclusión	408
C) Consecuencia del principio de "preclusión"	409
4. Los principios de publicidad	410
A) Para las partes	410
B) General	412
Bibliografía	417

TEMA XII

EL PROCEDIMIENTO

I. CONCEPTO

Es la forma exterior y armónica del proceso, a través de actos concatenados entre sí, que llevan, desde que aparece el conflicto litigioso, hasta su resolución en la sentencia final.

II. SISTEMÁTICA A SEGUIR

En este punto, y para justificarnos, debemos recordar las diferencias fundamentales entre el proceso civil de un lado (el más desarrollado doctrinalmente) y el penal del otro; naturalmente, ello repercute en los procedimientos y en sus sistemas de principios. Ya vimos, al tratar de los principios políticos, cómo se podía organizar su sistema y exponerlo, en general, sobre la base de la dialecticidad (tesis y antítesis); aparición de bastante frecuencia, sobre todo si imaginamos dos tipos de procesos inspirados en un sistema "puro" de principios, y desarrollado según otro sistema "puro" de principios de procedimiento. Así, aparecerán principios procedimentales opuestos, que precisa ligar entre ellos, dada su correlación; pero, estos sistemas "puros" (isonómico o simétrico, y asimétrico), escasa o nulamente aparecen en la realidad actual; el proceso actual en países civilizados, no se basa en un solo sistema de principios —excepto en los básicos, que recordamos ahora, aunque ya se han expuesto, *supra*— sino mejor "se inspira" en uno de los dos sistemas opuestos "haciendo concesiones" al otro. Así aparecen los sistemas procedimentales "mixtos" en las legislaciones.

III. DIFERENCIACIÓN DE LOS SISTEMAS DE PRINCIPIOS PROCEDIMENTALES POR RAZÓN DE LAS FACULTADES DE JUECES Y PARTES

1. *Principios dispositivo y oficial. Sus acepciones*

Ya tratamos, *supra*, del principio dispositivo, como extraprocesal, de entablar o no un proceso sobre un conflicto de derechos o intereses

(lo cual no es posible en materia penal, cuando se trata de delitos públicos, perseguibles incluso de oficio); y del principio dispositivo "intra-procesal", esto es, de un proceso (no de una situación extraprocesal, como en el supuesto anterior) en el cual, las partes lo "dominan", tienen las máximas posibilidades en su procedimiento, de desarrollarlo según vías que las leyes de esta tendencia, admiten como muy amplias para ellas [isonomía], en tanto que la intervención del juez es escasa (Carnacini). Y frente a él, del principio oficial" (que se puede concebir como meta-procesal, naturalmente, en los Estados de tipo más bien autoritario en su sistema político); sus líneas se reflejan en otro tipo de proceso —llevado a la práctica forense por medio del correspondiente sistema procedimental—, en el que el "predominio" de las facultades del juez sobre las de las partes es patente [asimetría]; la "disponibilidad" procesal (e iusmaterial, de derechos substanciales "dentro" del proceso y por medio de actos procesales: transacción judicial, allanamiento, etcétera) de las partes es pequeña, muy limitada y puede llegar a no existir, en beneficio de supuestos intereses de la Comunidad (Calamandrei, Goldschmidt, Fritzche, Guldener, Rodríguez U., Alcalá-Zamora Castillo, Giuliani, etcétera).

2. *El principio del "contradictorio" y la carga de la prueba*

También tratamos de un principio fundamental del proceso: del "contradictorio". En el procedimiento, se expresa a través de la situación de ambas partes en régimen de igualdad, ante el juez, haciendo ambas alegaciones, justificando sus pretensiones, resistencias y contra-pretensiones (prueba), formulando sus conclusiones y tratando de rebatir las de la parte adversa [isonomía], y reduciendo al juez a dictar sentencia aplicando una (o varias) norma jurídica a lo por ellas introducido en el juicio, sin posibilidad de intervenir en la reunión de los hechos que el juez mismo estimare necesarios: principio "de instrucción contradictoria" (Tissier, Stein, Giuliani). De esta toma de posiciones, de esta ocupación de situaciones jurídicas por las partes, se deduce la aparición del importante principio (procesal y procedimental) de la *aparición de la carga de la prueba*, al distribuirse aquélla entre las partes.

3. *Proceso a instancia de parte, o ex officio*

Frente al principio de *incoación del proceso a instancia de parte*, el tipo procesal, en cuanto que hace aparecer a "la parte" y al "contra-

dictorio", pero con expresión procedimental (ya lo vimos, *supra*), aparece el principio de *incoación del proceso de oficio por el juez*, sin necesidad de esperar una actividad inicial de una "parte", en cuyo caso es lógico pensar que puede corresponder también al juez la aportación del material instructorio (*instrucción oficial*); asumiendo él mismo la obligación —ya no será carga— de introducir en el proceso las pruebas, *desaparecería la idea de distribución de la carga de la prueba* (De Boor) que deriva de la distribución de tal prueba. (Y no se podría hablar de "carga de la prueba sobre el propio juez", siendo la carga "un imperativo de interés propio" —Carnelutti— puesto que dicho juez obraría así "por un imperativo de interés ajeno", de la supuesta comunidad social.) La "incoación del proceso a instancia de parte" supone *el desarrollo normal de la doctrina de la acción y de la pretensión*, una de las bases del derecho procesal, sobre la base del derecho de "libre acceso a la justicia", ya tan antiguamente admitido como fundamental del hombre. Mientras que, la iniciación del proceso de oficio, sin excitación de parte (ni siquiera del MF, "parte formal" e "imparcial"), derrumba o, al menos, pone en peligro gravísimo a la acción y la pretensión; esto es, nos traslada "el proceso", al derecho administrativo, sobre una base política diferente, autoritaria y probablemente totalitaria, con derrumbamiento del concepto de jurisdicción —independiente, calidad inherente a la misma—.

Solo cabe admitir el proceso incoado de oficio, en materia penal, y en supuestos extraordinarios, a fin de evitar la impunidad de delitos públicos; y, a lo sumo, en lo civil, en materia de personas, para operar en defensa de intereses de incapaces y desvalidos; mas sólo en cuanto al comienzo del proceso (y del procedimiento), nombrando inmediatamente sus defensores legales.

4. Principios de oportunidad y de legalidad

Ya vimos también que el proceso puede ser movido por razones de *oportunidad*, dejada su estimación al albedrío de las partes (por existir otros medios de resolver los conflictos que no sean el proceso: v. gr., la autocomposición, o el arbitraje): tal es el caso del proceso civil en general, del laboral inclusive, del contencioso-administrativo —ya que el ciudadano agraviado por la Administración, puede "resignarse ante tal agravio y no recurrir.

Y a la inversa, ocurre que el proceso penal es el único medio de conseguir la aplicación de las normas legales penales a los casos concretos (de delitos públicos, se entiende, que son, por ahora, la mayoría

absoluta, casi rayando con la totalidad); ni cabe admitir la "resignación" de la víctima —para suplirla existen el MF y la "acción popular"— ni la "conciliación", ni el "arbitraje" —parajurisdiccional— ni la autodefensa, naturalmente: el proceso penal está motivado por razones de *necesidad* y que, surgido el motivo legal —hechos aparentemente delictivos— su mecanismo se pone en acción inmediatamente —principio de *legalidad* (Segni, Golschmidt).

[Actualmente, la Ley de reforma procesal penal de 28/12/88 abre el proceso "por delitos no graves" —con penas no superiores a doce años de privación de libertad— al principio de la oportunidad, en cuanto que el fiscal, llegado el momento de formular el escrito de acusación, puede negociar sobre la entidad de la pena con la defensa (artículo 789-5-quinta, 791-3 y 793-3). La reforma en curso del Código penal también apunta hacia la entrada del principio de "oportunidad". Y ciertos AA. se manifiestan en favor de que no continúen las persecuciones penales cuando la víctima del delito haya sido indemnizada y el interés general no exija una condena. Es la clásica doctrina de "la oportunidad del proceso penal", que tiene su raigambre en la antigüedad, mas con inconvenientes muy graves —para España y en estos momentos—, como lo son los de la indeterminación de lo que sea el "interés general" del que depende la persecución y condena, y su posible fijación por motivaciones políticas, por lo tanto, susceptible de fáciles alteraciones. Si se desea conservar un *minimum* de orden procesal penal, en esta vertiente hacia su *civilización* (hacia lo civil, dispositivo), que sea compatible con un *minimum* de seguridad jurídica que los ciudadanos exigen, precisará ordenar muy bien y limitadamente las posibilidades de aplicar en lo penal criterios de "oportunidad", no confiándolos de ninguna forma a personas o entidades que dependan de los poderes Ejecutivo y aun Legislativo —que no opere por vía de ley, naturalmente— en perjuicio de la independencia judicial y de su misma subsistencia como tal poder. Y se vislumbran futuros ataques al mismo; y holgará el jurado. Y muchas de las garantías constitucionales.]

5. *El principio dispositivo "en el interior" del proceso y procedimiento*

El amplísimo "principio dispositivo" que tan grandes manifestaciones ofrece fuera del proceso, se ve también aquí, por razón de la entidad del objeto jurídico del proceso: si éste conduce a la "disponibilidad" del mismo —se trata de un interés o derecho privado—, el proceso como ya vimos, puede iniciarse o no; y una vez iniciado, las partes, *en su interior* pueden producir también "actos dispositivos" del

mismo que repercutan directamente sobre la disponibilidad de dicho objeto material: allanamiento, desistimiento, renuncia, transacción, dejar caducar la instancia.

Esto no cabe (o cabe, excepcionalmente, en el sistema español, muy acusatorio en este punto, el equivalente del allanamiento del demandado civil, a través de la "conformidad del acusado con la pena solicitada por los acusadores, siempre que no exceda de seis años de privación de libertad, artículos 655 y 688 y ss. LECRIM, "Confesión del acusado" —*sic*—) en materia procesal penal por delitos públicos, en donde el interés debatido, lo es sobre el éxito de las acciones y pretensión punitivas, derecho público *ius cogens*. El proceso penal, en cuanto a los hechos —una vez en prueba, probados, y a su autor— debe ser *inmutable*; no cabe dejarlo al arbitrio de los particulares que en él intervengan como partes; para ello está la figura del MF, además de la del juez-director de la instrucción y del tribunal como director del juicio oral.

[La Ley de 28/12/88, para los "delitos menores" *cits.*, abre limitadamente su proceso a la *mutabilidad*; con respecto a la acusación, por las posibilidades de negociar la pena (*es el plea bargaining* de Estados Unidos, aunque se pretenda ocultarlo); pero se muestra muy severa con la *inmutabilidad* y con las facultades del Tribunal sentenciador al respecto, el cual no puede salirse del marco de las acusaciones so pena de incurrir en incongruencia (artículo 794-3)].

6. *El principio de impulso oficial o de las partes*

De ahí, de esta "necesidad legal del proceso penal" y del principio de publicación del proceso (no dejando su andadura a merced de las partes, con distracción de esfuerzos por parte de la sociedad, que es quien paga), la aparición del principio de "impulso oficial"; esto es, el de que, una vez iniciado el proceso por el medio que ya hemos visto, su curso procedimental lo dirija la propia ley, siendo ella la que fije los plazos y términos consecutivos; y deje al juez que sea él quien, en cada momento, sin necesidad de una iniciativa de parte, dé por terminado un plazo ("un momento procesal") y abra el que, según la ley, procede abrir; *ex officio*.

Este principio rige en España para todos los órdenes procesales, en virtud del artículo LOPJ. Y téngase en cuenta que los plazos ya son improrrogables (artículo 306 LEC; 202 LECRIM; 21 LPL; 121 LCA).

Frente a este principio, se abría antes el de "impulso del proceso a instancia de parte", según el cual, en cuanto a los plazos quedaban

a merced de las partes; las cuales, al final de cada uno de ellos, debían "acusar una rebeldía" (*sic*) para que el juez o tribunal declarase terminado ("precluido") el plazo y abriese el siguiente. Las reformas legales han terminado con este sistema (salvo las excepciones innominadas del artículo 237 LOPJ); pero la derogación del Real decreto de 2 de abril de 1924 —mucho más minucioso, que introducía el "impulso oficial" para lo civil— por la LOPJ, va a dar quehacer; ya dicho R.D. dejaba lagunas (Prieto Castro).

7. El principio de obtención de la "verdad material" o "formal"

Si en un determinado sistema procesal el juez tiene amplias facultades —mejor, potestades— instructorias, puede dirigirlas a la obtención de la "verdad material" de los hechos (Kisch, Pruppacher); esto es, en el tracto probatorio del proceso —predominantemente, sin perjuicio de sus potestades instructorias en otros "momentos procesales", como v.gr., el del artículo 340 LEC española y concordantes, "diligencias para mejor proveer"— el juez es el que deslindará el *thema probandum*, organizará los medios de prueba y su utilización, a fin de, si no llegar a "conocer toda la verdad de los hechos ajenos" (esta "verdad", podría hallarse en el *topos uranos* de Platón), llegar "lo humanamente más cerca posible de la misma" (Siegrist), sin que las partes pudieran oponerse.

Para ello podía ser muy útil a los jueces la posibilidad de constreñir (*contrainte*, incluso coerción física, detención, prisión, etcétera en el proceso penal) a las partes; pero hacerlo, para imponerles la observancia de los llamados "deberes" de las mismas, que les vengán impuestos por normas legales: de cooperación, de no gravar la administración de justicia inútilmente, de buena fe (*cf.* el artículo 11 LOPJ, bienintencionada), de diligencia, etcétera. Mucho se ha escrito sobre tales "deberes" y su intensidad; sobre algunos, incluso se ha exagerado (por ejemplo el "deber de no obstaculizar la labor del contrario" no puede excluir la propia defensa, naturalmente) en un movimiento de tal "publicación" del proceso, que lo dejaba reducido a una fachada administrativa externa (De Boor, Engelhard) en un sistema político totalitario de cosas.

Más que de "deberes" o de "obligaciones" procesales de las partes, entendemos debería tratarse de "cargas" (Guldener, Goldschmidt); "cargas" que, impuestas bajo amenaza de "las preclusiones", esto es, de perder la oportunidad procesal si no se verifica una actuación en determinado momento (salvo la posibilidad, que debe ser extraordinaria o,

mejor, excepcional, de "recuperar plazos ya terminados"; *cfr.* el peligroso artículo 241 LOPJ), van a favorecer la concentración, y con ella la rapidez del proceso (Klein, Kisch): esto es, su "eficacia", su "utilidad social" (Klein).

Pero esta amplitud en la búsqueda de la "verdad material" puede tener un límite cuando el litigio versa sobre intereses o derechos de tipo privado y disponible (extraprocesalmente): si con tales presupuestos, se deja que sean las partes las que den al proceso un determinado sentido y dirección en el ejercicio de su poder dispositivo (intraprocesal, pero con repercusiones iusmateriales, Niese); si son ellas las que, con sus alegaciones primero, y luego con la prueba de las mismas, delimitan el campo de actuación del juez, so pena de hacerle incurrir en incongruencia por exceso en su sentencia (los brocados *ne eat iudex ultra petita partium: iudex debet iudicare secundum facta allegata et probata*), y propenden a llegar a límites en cuanto a la "averiguación de la verdad"; tan sólo les interesa dilucidar "aquella parte del campo de la verdad sujeta por ellas a proceso", sin que el juez pueda excederse: esto es, se detienen con la "verdad formal" para ellas. Y este fenómeno es tan históricamente aceptado —siempre, naturalmente, en materias jurídicas extraprocesalmente dispositivas— que los mismos ordenamientos, desde hace siglos, crean mecanismos procesales sencillos y breves para "juzgar" sobre "verdades formales" —sin perjuicio de abrir también posibilidades de un ulterior proceso más profundo sobre el *thema* en el cual se puede acercar más el juez a la "verdad material"—: ejemplos de ello son el clásico *juicio sumario ejecutivo*, especialmente sobre la base de letras de cambio (artículo 1429 y ss. LEC y especialmente artículo 1465) y el proceso monitorio (sobre la base de un deuda plasmada en un documento privado; se invierten las situaciones de actor y demandado; tiende a ampliarse su aplicación, incluso en lo penal, como medio para superar la crisis de lentitud de la justicia: Fasching, Jolowicz, Madlener, Ekelöf, Chiarario).

Frente a estas limitaciones en la posible investigación judicial a la "averiguación de la verdad material", se debe abrir, cuando el interés o derecho litigioso es público, y se ha de respetar incluso con apoyo de la coerción jurisdiccional —la pena, proceso penal— esta posibilidad de los jueces de "acercarse lo más posible al conocimiento de la verdad material o real de los hechos"; de ahí que el campo de lo probatorio en materia penal sea más amplio que en lo civil; que se admita mayor intervención de los jueces en la preparación de las pruebas (*Cfr.* la LECRIM: facultades de los jueces instructores) y en la dirección

de la misma en el "juicio oral", ejemplo en artículo 708, 726, 729 LE-CRIM, aportando pruebas incluso *ex officio* artículo último citado).

En materia probatoria, la progresiva sustitución del concepto de "carga" de la prueba, derivada del principio dispositivo, por un "derecho de interrogatorio por el juez, e imposición a las partes del llamado deber de aclaración y veracidad" (sin llevarlo al extremo a que se llegó en regímenes totalitarios: Von Hippel, Seydel, Hug), es una muestra más de las consecuencias del predominio en el proceso no penal (civil, laboral) del principio oficial "autoritario", frente al "liberal" (Klein, frente a Wach, clásicamente: lo cual poco tiene que ver con el autoritarismo político: Alcalá-Zamora Castillo). (Véanse los artículos 75 y ss. de la LPL: el "protagonista" del juicio oral en el que se concentra el proceso, es el juez de lo social —hasta ahora "magistrado del trabajo"—).

Esta tendencia del derecho procesal probatorio hacia la verdad material viene a ser un argumento en favor de que la estructura y función de la prueba es la misma en ambos procesos: prueba directa e indirecta, histórica y crítica, testimonio o documento, indicio, son ideas fundamentalmente únicas para el juez civil y para el penal (Carnelutti): la diferencia, quizás estriba en que la prueba civil y la penal se mueven en relación inversa: la autoridad del juez —decía Florian, hace sesenta años— llena la prueba penal, teniendo sometidas a las partes; en la civil, predominan las facultades dispositivas de éstas. Esto, que no está sujeto a revisión fundamentalmente, marca la trascendencia de hacer que presida el proceso —y el procedimiento, consecuentemente— el principio "oficial" (al que también, otrora, se llamaba "inquisitivo") o bien el "dispositivo" —intraprocesal, naturalmente.

8. *El principio de la prueba legal y la de libre apreciación*

Esta serie de principios se manifiestan también, como se verá en su lugar, en la aparición —histórica, y coexistencia actual— de dos métodos para la apreciación de la prueba: el de la prueba tasada o legal", fuerza probatoria fijada previamente por las leyes, y el de la "prueba de libre apreciación", de acepciones múltiples. *Cfr. infra.*

IV. DIFERENCIACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS POR SU "FORMA EXTERNA"

Comencemos afirmando que la vigencia de un sistema de principios "puros", sin otra alternativa, en los ordenamientos jurídicos de los países civilizados, no parece existir, sino que se trata siempre del "pre-

dominio" de uno de los sistemas con "concesiones" al otro. Además, la conformación exterior del procedimiento es un problema de historia de la sociedad (economía): un problema, forzosamente de "oportunidad"; que la administración de justicia puede cumplir sus finalidades a través de ambos sistemas o del "mixto".

1. Principios de oralidad y de escritura y de inmediación o mediación

Aparecen así los principios de "oralidad" y "escritura", y de "inmediación" y "mediación" (o también llamados de "inmediatividad" y "mediatividad").

A) Según el principio de "oralidad" en "estado de pureza", la resolución judicial, sentencia, sólo puede basarse en el material procesal proferido —y recogido— oralmente. No puede, pues, tratarse de un principio aislado, sino que exige la concurrencia de la "inmediación", del "contacto personal entre jueces, partes, testigos y peritos"; y como subsiste la dificultad de "retener lo hablado" —aunque hayan aparecido con éxito en el campo del proceso los sustitutivos de esta "inmediación", mediante los magnetófonos —"modelo de Stuttgart", de Alemania—; y hemos propuesto la introducción de los "videos", sobre todo en lo penal y precisa —además lo impone la economía— el "desarrollar" el procedimiento en una o muy pocas sesiones, lo más próximas posibles ("concentración"). (Klein, Wach —"padres de la oralidad"—, Schmidt, Kleinfeller, Stein, Hellwig, Kisch, Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti, Redenti, Goldschmidt, Denti, Cappelletti, Fasching, Vescovi, Prieto-Castro, Alcalá-Zamora Castillo, Guasp, Gómez Orbaneja, etcétera).

No existe en la actualidad un proceso "oral puro" (Cappelletti, VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, 1970); téngase en cuenta que ello comportaría el renunciar a una facultad, privilegio del *homo sapiens sapiens*: la de "escribir". Una tentativa contraria, es irracional.

(Casi totalmente oral, y por ello mundialmente admirado, es el proceso ante el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Creado hace más de diez siglos, se ha mantenido "puro" y "útil", sin corrupelas; pero hay un elemento escrito: para ejecutar la sentencia proferida oralmente, precisa de un "título ejecutivo"; esto es, un protocolo abreviado de la misma.)

Y cuando las sesiones del tribunal fuesen varias, el principio de oralidad sólo se mantendrá si existe identidad física de los jueces durante todas las sesiones, ya que, de otro modo, lo actuado ante el pri-

mero llegaría a conocimiento del segundo a través de la escritura (o de un medio mecánico de reproducción: un subrogado de la oralidad).

El principio de oralidad moderno —puesto que fue el primero en aparecer en la historia— en una legislación, corresponde a la ZPO austriaca de 1985, obra de Franz Klein. Él se mostró un decidido partidario de los principios de “oralidad” e “inmediación” (que van unidos, como se verá, *infra*), siempre que respondieran a su vez a las condiciones de “practicabilidad” (esto es, que fuera posible ponerlos en práctica, sin caer en corruptelas: lo cual precisaba una “infraestructura” de personal y de procedimiento adecuados) y de “adecuación” a las circunstancias de cada proceso: a fin de conseguir de ellos la “utilidad” de éste.

Pareció que este principio iba a ser la panacea para curar los males que ya afligían al proceso, y casi todo el mundo aspiró a “tener un proceso oral”, por más económico (la Constitución española de 1978 lo consagra en su artículo 120-2) —lo cual es ciertamente necesario en materia penal, por obtener la “inmediación—”; pero surgieron corruptelas (en la misma Austria: Klein las corrigió en la Magistratura, de modo ejemplar) casi inmediatamente: además, se comprobó que, en ciertas ocasiones, el conseguir la “oralidad e intermediación” era antieconómico, por provocar caros desplazamientos de personas, y se tornó, en pequeña escala, a la escritura (Austria, *Novela* de 1º de mayo de 1983): la abogacía también precisa de una especial preparación si está acostumbrada a la escritura (Alcalá-Zamora Castillo). Esto es, “la oralidad no se puede improvisar”: precisa conocer con profundidad sus ventajas e inconvenientes en cada tipo de proceso, y mucho derecho comparado.

En España ha habido diversos intentos de imponer una oralidad parcial en el proceso civil, con resultados varios; la última es la de la Ley de 6/8/84, sobre el juicio de menor cuantía, introduciendo una muy interesante “comparecencia” preliminar (artículo 691 y ss. LEC) oral —aunque defectuosamente planteada ya en la ley, *cfr. supra* y el artículo 693 LEC—; en el “juicio de cognición” (entre 50 000 y 500 000 pesetas de contenido económico) también se creó una comparecencia, más restringida; y hay un “juicio verbal” para cuestiones de escasa entidad económica y en lo laboral (que es, según la doctrina comparada general, el que más éxito debe tener en el futuro, Fasching, Cappelletti, Garth; dudoso, Jolowicz).

En materia laboral la LPL prevé un procedimiento ordinario basado en los mismos principios que el juicio “verbal civil”, esto es, “concentrando” el tratamiento general del litigio en una comparecencia (pre-

vista y desarrollada con más minuciosidad que en el "juicio verbal" civil) (artículo 75 y ss.): así pues, predomina la "oralidad" en él.

En materia penal, la instrucción —pese a corruptelas— es solamente una "preparación" del "juicio oral" (si éste no se celebra, se puede dictar un "auto de sobreseimiento libre" en favor del inculpado: curiosamente, lo "inquisitivo" de la instrucción sólo puede repercutir así directamente en la resolución final —como en el "sobreseimiento libre, igual en sus efectos a una sentencia de absolución— *en favor del imputado*: hay temor a lo "inquisitivo" que es actualmentee "nominalismo" o incultura, o abuso). Y en el "juicio oral" —ya su nombre lo indica— aparece la "oralidad" en la LECRIM en toda su extensión, si bien se deba cuidar de la protocolización de todo lo ocurrido en dicho "juicio" (artículo 743 LECRIM): hemos propuesto, para mayor precaución, que en los "juicios orales" funcionen equipos de "video", para poder dotar la perennidad cualquier evento, especialmente los del comportamiento de los acusados —artículo 687 LECRIM—, y aun de elementos del público (artículo 684 LECRIM).

(Esto es, "como la palabra" y aun "el gesto" "huyen", precisa dotarlos de perennidad para "juzgarlos" si es preciso).

[En la actualidad, y en torno a la ya muy discutida Ley de 12-12-88, de Reforma procesal penal, que crea un proceso *sui generis* —para los "delitos menos graves"— se registra un movimiento no amplio pero sí influyente que pretendería introducir "un proceso penal sin instrucción". Como esto es ontológicamente imposible —instrucción, preparación, investigación— hay que concluir que, o bien se trata de un movimiento sin fundamento alguno, impensado, o bien de efugios *para encubrir un proceso con una instrucción administrativa y no jurisdiccional* (dirigida por la policía y el fiscal)].

La oralidad forzosamente ha de disminuir en cualquier sistema, en la ejecución de las sentencias: para comenzar, ya será necesaria una "certificación" de las mismas como base de su ejecución; y en el caso de la ejecución penal deben estar dotados de perennidad —escritura— todos los eventos que se produzcan durante el cumplimiento de las penas; ello será la clave de la concesión de una libertad anticipada, o del paso de un grado de la condena, a otro más benigno o más desfavorable para el condenado (argumentado en el artículo 65 Ley general penitenciaria).

B) La "inmediación" o "inmediatividad. Relación personal y directa entre jueces y partes (y jueces con testigos, peritos y otros participantes en el proceso). Obedece a la facilitación de la "perceptibilidad" por los jueces de la actividad oral de dichas personas. Por lo tanto, es

de extraordinaria importancia, sobre todo, en cuanto a la prueba: que el juez se halle "personalmente" en contacto con las personas que en ella intervengan, de tal modo que pueda dirigir su práctica: interrogar directamente a las partes, a testigos y a peritos; "observar" sus reacciones; "ojos frente a ojos" decía la doctrina germana.

La intermediación está indisolublemente unida a la "oralidad"; una "intermediación" que consista, por ejemplo, en que los abogados lean al juez escritos que llevan minuciosamente preparados, es absurda; y no hay "intermediación" en los sistemas —entre ellos, el español— en que la entrega de "escritos" se hace por los interesados al secretario del juzgado o tribunal; éste "dará cuenta oralmente" al juez (artículo 286 LOPJ); pero... es una "oralidad" sin "intermediación" de las partes. La verdadera "intermediación" impone que partes y juez o tribunal se hallen en presencia directa, y "hablen" entre ellos; y lo mismo se predica de testigos y peritos. Y si la "intermediación" desaparece, desaparece el motivo fundamental de la "oralidad".

La "intermediación", principio técnicamente moderno, "asegura al mismo proceso —decía Klein, su gran introductor en el proceso moderno—, facilita las aclaraciones sobre todos los extremos litigiosos, suministra los mejores puntos de vista sobre las situaciones de hecho, y las mejores impresiones sobre las personas. Algunas palabras, por regla general, llevan más lejos que exposiciones escritas: una corta objeción aclara la aportación de una parte y lleva la discusión por otro camino. El "verse directamente" (el *Auge im Augen*) de la verdadera intermediación lleva consigo más orden, moral y disciplina al procedimiento (también, Pina Castillo) de lo que exigía la legislación anterior (era "escrito" el procedimiento: una Ordenanza de la emperatriz María Theresia, interpolamos) a través de pluscuamperfectos deberes; y desde todos los puntos de vista, "el contacto procesal inmediato entre juez, partes y medios de prueba" es de lo más fructífero. La labor de información del juez, de esta manera, se hace más fácil, y así se pierde menos tiempo y hay menos costas" (Klein).

Pero insistimos: no puede concebirse a la "oralidad" —como erróneamente han hecho no pocos juristas— como una especie de "protagonista" del proceso y del procedimiento; es "una parte" de un sistema de principios —"oralidad, intermediación, concentración, posibilidad de publicidad general—, que no puede excluir totalmente la escritura" (Klein).

En los sistemas procesales y procedimentales españoles, la intermediación, naturalmente, en lo civil, aparecerá con la "oralidad" en las "vistas" ante el juez o tribunal; pero hay que tener en cuenta que la inter-

vención del procurador como mandatario de la parte y la excusa de ésta para asistir a tales vistas, hacen a la "inmediación" más que relativa. . . En lo laboral, siendo norma que las partes actúen por sí mismas en juicio (artículo 9 y 10 LPL) y el juicio predominantemente oral, la intermediación se manifiesta con mayor importancia (*cf.*, por ejemplo, el artículo 75 y ss. LPL sobre el "juicio oral").

En materia penal, durante la instrucción, *debe predominar* el principio de la inmediación con el o los culpables (y aún antes de su inculpación, argumentado en el artículo 118 LECRIM): se trata de "conocer" al supuesto delincuente física y psíquicamente. Esta intermediación se exige, naturalmente, para los exámenes periciales que procedan (artículos 471 y ss. LECRIM), y en especial para los médicos forenses (artículos 344 y ss. y muchos otros), lo cual ofrece una faceta de la "inmediación" de alto interés: la de un (o varios) perito y una de las partes (entre el médico y el lesionado). Pero esta intermediación no es completa, ya que falta el juez; y, de otro lado, el que el juez instructor asistiera a las curas que el médico hace al lesionado, no serviría de gran cosa, ya que, en general, le faltan conocimientos especiales para comprender bien el alcance de las operaciones a que el médico se dedica con el lesionado (inmediación inútil: "innecesaria"). Y en el "juicio oral" —salvo el supuesto, en materia de delitos leves, de que el acusado haya sido citado personalmente para el mismo y comparezca con justa razón, y que el juez estime que hay elementos suficientes para juzgarlo, artículo 793-1º LECRIM— impera la intermediación (artículo 688 y ss. LECRIM); pero también el acusado puede ser expulsado de la sala de la vista por su conducta (artículo 687), en cuyo caso se han de adoptar una serie de precauciones, tanto para sancionarlo por su mala conducta (desacato al tribunal, etcétera), como para que ésta no repercuta muy desfavorablemente sobre el expulsado; precauciones a adoptar, aunque el acusado se ha merecido la expulsión (ahí sería utilísimo el "video"; los casos que se están produciendo en la práctica lo indican).

2. *El principio de concentración*

Principio muy relacionado con los de oralidad e intermediación, aunque pueda surgir también, parcialmente, en un procedimiento escrito (Klein, Allorio, Fairén Guillén). Se trata de conseguir una mayor rapidez en el procedimiento, reuniendo sus diversos actos en un lapso de tiempo lo más corto posible, reuniendo en la menor cantidad posible de actos todo el del contenido del procedimiento. "El ideal del

proceso oral —decía Adolf Wach, uno de los “padres de la oralidad”— es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de todas las afirmaciones, proposiciones de prueba, excepciones de las partes y, si fuera posible, la práctica de la prueba. Este ideal es inasequible, y la tarea del legislador y del tribunal que aplica la ley sólo puede consistir en aproximar lo más posible los procedimientos a la idea”.

Pero las leyes modernas ofrecen medios para aproximarse al ideal: el de hacer preceder a la “audiencia” o “vista” principal, de escritos preparatorios; y el de aumentar los poderes o potestades del juez para evitar maniobras dilatorias (*ibidem*, Wach): la “audiencia preliminar” austriaca, de los §§ 239 y ss. de la ZPO —una de las interesantes creaciones de Klein, inspirada en el proceso penal moderno del siglo XIX, y harto copiada en todo el mundo, incluso en España, con mayor o menor éxito— es también un medio de “concentrar” una “audiencia principal” sobre el fondo del litigio (Fasching; naturalmente Klein, Engel, Schima, Pollak, Wolff). Siguiendo a Klein, examinemos.

A) La concentración de las actuaciones procesales. Tiene una faceta personal a la que aludir previamente: la de si —en especial la primera instancia— se ha de encomendar, entera, a un solo juez, o dividirse la labor: un juez “instructor” y un tribunal colegiado (el *Senat* austriaco) decisor. España ha optado desde ha mucho tiempo por el primer sistema, contra el cual, *en materia civil*, no hay críticas apreciables. Por el contrario, como ya hemos dicho, en lo penal, la labor de instrucción, de investigación, debe estar separada de la prueba de tal investigación, debate y sentencia. (Y así es el sistema de la LECRIM; pero en procesos por delitos leves —ley de 8/4/76, “incrustada” en la LECRIM, artículos 790 y ss.— y por delitos dolosos, menos graves y flagrantes —Ley Orgánica de 11/11/80— se confundían en la misma persona las potestades de instrucción y de resolución: esto es, eran “inquisitivas”.) La Ley de 28/12/88 ha resuelto el problema, pero ha creado otros; instrucción y juicio oral con sentencia, están confiados a jueces diferentes; pero se ha introducido de manera perturbadora una nueva “instrucción del fiscal” que no es *tangente*, sino *secante* con la jurisdiccional. Un remiendo, con algún elemento de los procesos en Estados Unidos.

Un elemento fundamental para resolver el problema de la “concentración” es el de los plazos. Estos son más propios de los sistemas escritos (y por lo tanto uno de los pilares fundamentales de nuestra LEC). Precisa abreviarlos en lo posible; hacerlos improrrogables (ya

está hecho, artículo 306 nuevo LECRIM); suprimir actuaciones superfluas (el plazo para personarse como parte del juicio de mayor cuantía, artículo 525 y 530 LEC, vestigio del plazo para concertar la *litis contestatio* Prieto Castro, Fairén Guillén); poner la "velocidad procesal" —de 30 kilómetros días de distancia para las partes, artículo 526, para contestar a la demanda— al día; tener en cuenta los medios modernos de reproducción de escritos (artículo 881 y ss. LEC; ya solucionando este retraso, por haberse de acudir a la imprenta, por la Ley de 6/8/84). Y, de otro lado, abreviar los "plazos impropios" (los concedidos, en especial, a jueces y tribunales). Es inútil que, por ejemplo, en el proceso oral ante las Audiencias Provinciales —que llevan un gran peso— la instrucción se abrevie, y el "juicio oral" se concentre en una sola o muy pocas sesiones, si resulta que, por consecuencia de la congestión, la masivización de instrucciones y de "juicios orales", hay, entre la iniciación del proceso ante el instructor, por querrela o denuncia por él admitida, y la fecha del "señalamiento" para el "juicio oral", un lapso de tiempo muy grande, con las consiguientes protestas de las partes (y especial trascendencia si hay algún preso preventivo: el nuevo artículo 504 ha debido prever esta circunstancia). En tales supuestos —que se dan prácticamente— la concentración queda aniquilada. Es el grave problema de las dilaciones irregulares (Guasp) (y ya una parte de la judicatura opina que la ampliación de plantillas de los tribunales por obra de la "Ley de planta" de 28/12/88, elaborada con retraso, será insuficiente para poder salir de la actual crisis, con juzgados abarrotados de trabajo Montero Aroca); la tramitación de los "exhortos" por vía directa, en lugar de hacerlo a través de las partes (ya solucionado: artículo 274-2 LOPJ); la necesidad de concentrar las actividades probatorias —el ideal: práctica de la prueba sin solución de continuidad, de manera que, cuando se celebre una prueba, no se haya desvanecido en el juez o tribunal la impresión que la anterior causó (Bernhardt, Ramiro Podetti, Fairén Guillén)—; hay problemas frente al principio de concentración más difíciles de resolver en un sistema escrito que en uno oral; pero también en éste aparece el problema de las distancias temporales entre los "señalamientos" y las necesarias suspensiones de las audiencias para que el juez cuide de trabajos preparatorios en otros procesos.

B) Concentración del contenido del proceso. Es el de hacerlo sobre la primera instancia, o admitir una apelación amplia, con amplia admisión de hechos y de prueba, o bien de restringirla al examen de lo recogido en la sentencia de primera instancia (España sigue el primer sistema; y el segundo en la apelación); también el de concentrar el

tratamiento de los presupuestos procesales o de su falta, bien en un acto especial (la "audiencia preliminar" austriaca y de otros países; la "comparecencia" previa del nuevo juicio de menor cuantía, artículos 689 y ss. LEC), bien sobre el fondo del asunto, resolviendo sobre los mismos y su concurrencia en el momento de dictar la sentencia (artículo 542 LEC); el de los incidentes, gravísimo, si su aparición impide la continuación del proceso sobre el fondo (la situación en España, muy grave, ha sido mejorada por la Ley, proceso civil de 6/8/84 y por la LOPJ de 1/7/85 orgánica del Poder Judicial de 1985, artículo 238 y ss., aunque su artículo 241, es peligrosísimo, atenta contra todo el procedimiento); la concentración del contenido del proceso no debe nunca ser confundida con el caos, mezcolanza de alegaciones, pruebas y conclusiones sin orden; esto es, dentro de la misma "concentración" deben admitirse "preclusiones", momentos procesales a partir de los cuales ya sea imposible retroceder y, por ejemplo, formular alguna alegación o pedir alguna prueba más (Rosenberg, Klein, Klein-Engel, Nikisch, Calamandrei, Juárez Echeagaray, Fairén Guillén).

Las repulsas judiciales de aportaciones o alegaciones hechas por las partes con ánimo de retardar el fin del proceso, constituyen otro medio de proteger la concentración (§ 179 ZPO austriaca); pero la determinación de este ánimo, en un sistema de audiencia oral única (incluso en el "juicio oral" de la LECRIM, hay preclusiones internas, aunque el tribunal puede obviarlas de oficio, ordenando "más pruebas", artículo 729 LECRIM) es problema de cada caso y de cada juez o tribunal (Nikisch, Schönke, Fairén Guillén).

El ideal —al que se acerca algún código procesal "unitario" para partes de los procesos civil y penal, el de Suecia de 1942-1948— es el de una "preparación protocolizada" y después una "audiencia" (o "vista") principal, en la que se concentre todo el fondo del proceso, previamente limpiado de obstáculos procesales en su preparación y en una "audiencia preliminar"; pero esa "concentración", repetimos, no puede nunca impedir "un orden de los actos procesales" ("preclusiones", aunque sean "elásticas", en la "audiencia principal" o "juicio oral". Y la "preparación" del proceso tiene mayor importancia en lo penal que en lo civil, naturalmente: se trata de la "investigación" en tanto que, en lo civil, no hay grave inconveniente en admitir que el juez, a la vez que "instruye" el proceso, esté ya preparando su resolución, que él mismo va a dictar: es el caso de España en lo civil).

Recordemos, además, que si queremos "concentrar" también la segunda instancia en pocos actos, será muy ventajoso que las actuaciones de la primera estén bien protocolizadas, dotadas de perennidad; lo cual

es proclive a admitir el principio de su escritura (he aquí una confirmación de lo expuesto al principio: no puede preverse prácticamente un sistema "puro" de principios procedimentales: los hombres, no podemos prescindir de *la escritura*).

3. *El principio de escritura*

Si fuera "puro" —esto es, si en un procedimiento solamente tuvieran valor para la formación de la sentencia las actuaciones escritas, *presentadas por escrito*— sería el "par dialéctico" de la oralidad "pura"; pero ya hemos visto que ésta no existe prácticamente en tal estado de "pureza"; y la escritura tampoco. Se trata de un principio según el cual las actuaciones básicas del procedimiento se formulan por escrito. Escritas son las alegaciones de las partes; escritas son las proposiciones de prueba; la práctica de la prueba se debe reducir siempre a escrito (el cual, naturalmente, deberá ser muy minucioso); escrita será la sentencia (sin que sea posible ni siquiera el "fallo oral anticipado", Ley de 28/12/88 para delitos menos graves, etcétera). Escrita la interposición de recursos; posibilidad —creciente en España— de que los recursos se resuelvan sin "vista oral" (artículos 709 y 876 y ss. LEC, reformada en sentido favorable a los "escritos de alegaciones" en apelación, por la Ley de 6/8/84; artículo 882 bis y 893 bis a), LECRIM, con referencia a la casación; artículos 159 y 174 LPL).

El principio del proceso escrito, de antigua existencia, propende a la "Juridificación" del mismo; a la intervención más profunda de letrados; a tecnificarlo. (Lo cual debe ser compatible con su "popularización", la que no debe llegar nunca a desvalorizar lo jurídico de un proceso en méritos de su "facilidad"; estas aparentes "facilidades" serían muy fáciles de traducir falsamente por "facilidades dadas a los delinquentes". He aquí un importante argumento contra los tribunales de jurados puros.)

Lógicamente, dos pilares máximos de un sistema de tal especie [un exponente del mismo se vio en el *solemnis ordo iudiciarius* medieval, que se tornó intolerable y provocó la aparición de los "juicios plenarios rápidos"; un descendiente del primero —"recibido" en los reinos españoles por vía del derecho común, Las *Partidas* especialmente como instrumento de trabajo— es el aún existente "juicio de mayor cuantía" —para asuntos de cuantía dineraria de más de 100 000 000 de pesetas, pero de ámbito ya muy restringido, en favor del de "menor cuantía" por la, en este punto acertada, Ley de 6/8/84, artículo 483 y 484 nuevos] son las alegaciones y resoluciones fundamentadas exhaustiva-

mente por escrito, y la concesión de plazos para que se desarrollen ordenadamente, así como las actuaciones probatorias; las cuales aparecieron —y aún conservan restos de ello— impregnadas de formalismos y de rigidez, hoy día innecesarios y nocivos (cfr., por ejemplo, en lo civil —ya se han excluido el proceso laboral, artículos 81 y 82 LPL—, los “escritos” o “pliegos” de preguntas a las partes en la prueba de “confesión judicial” y su texto, artículos 581 y ss. LEC, y a los testigos, artículos 538 y ss. y 641 LEC, que hacen su resultado tan rígido e inadecuado a la actualidad como ellas). Y todo está “lleno de plazos”, naturalmente.

Consecuencias lógicas del imperio del principio de “escritura” (pero, cuidado, también aparecen en los sistemas con predominio de lo oral: ya se ha comenzado a ver) son los principios de

A) Orden legal de los actos procesales. Supone que cada acto tiene “su lugar”, “su sitio” en el procedimiento, y no cabe alterar tal orden, que es riguroso. Así, por ejemplo, en el escrito de réplica, el demandante civil no puede transformar su demanda, estando limitado a lo que prevé el artículo 548 LEC: “sin que puedan alterar los que hayan consignado en la demanda y contestación”; los medios de prueba han de proponerse en otro plazo; han de practicarse dentro de otro; el “plazo extraordinario de prueba” tiene también límites; las conclusiones han de presentarse también dentro de plazos; etcétera. Todo este mecanismo de “plazos” ya fue estudiado, *supra*. Recordemos que el “orden legal” también existe en los procedimientos orales.

B) El principio de preclusión. Denota que, una vez transcurrido el “momento procesal” (en los procedimientos escritos, léase “plazo”) de un acto procesal, su oportunidad *ha terminado* y el procedimiento, merced al principio de “impulso oficial”, del juez, pasa al “momento procesal” siguiente. Esta “preclusión”, prevista por las leyes, es una prohibición, de retroceder en el procedimiento; si no existiese, éste quedaría a merced de la parte negligente o de mala fe. Por ello, la “recuperación de plazos” o la “admisión de actuaciones fuera de plazo” *debe ser muy limitada*: al contrario de lo que, desafortunadamente, hace el artículo 241 LOPJ [“Las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido sólo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo”; lo cual deja, con la vaga expresión “naturaleza del término o plazo”, al procedimiento al arbitrio de los jueces, y esto nos parece excesivo; la historia nos lo demuestra a través de la aparición de un fenómeno análogo, el del “juicio sumario indeterminado” (Fairén Guillén)]. La “amenaza de preclusiones” es

un elemento, un principio fundamental de cualquier procedimiento admisible. La preclusión final es la llamada "cosa juzgada formal".

C) Consecuencia del principio de "preclusión" rígida es el de "eventualidad": esto es, el de que cuando se abre una "oportunidad legal" para las partes (léase un "plazo" destinado a una determinada actividad: contestación, oposición de excepciones, etcétera), dicha parte deba aprovecharla para exponer toda su argumentación o proponer todas las pruebas, sin poder esperar a que el juez rechace un argumento o fundamento para esgrimir otro, o que un medio de prueba tenga consecuencias desfavorables, para practicar otro. La "eventualidad" se halla mejor en los procedimientos escritos que en los orales; por lo tanto la encontraremos en la LEC, muy fuertemente, ejemplo los artículos 535 y 542, sobre oposición de excepciones; 554 sobre proposición y práctica de la prueba (una excepción al principio, en el artículo 563, "escritos de ampliación"); artículos 668 y ss., sobre celebración de vista de conclusiones o elección de "escritura de conclusiones", etcétera.

En el sistema laboral español la "concentración" del proceso ordinario —de su procedimiento, forma exterior del mismo— en un solo acto, no supone el triunfo del sistema "oral". Hay una demanda preliminar (que no es "definitiva" lo demuestra el artículo 74 párrafo tercero LPL, el cual equipara al "desistimiento" la incomparecencia al juicio oral del demandante, Fairén Guillén) escrita; en ese "juicio" se comienza —si no se trata de un litigio en el cual esté prohibida la disposición extraprocesal y procesal de los derechos—, por un "intento de conciliación" por y ante el juez de lo social; se sigue por una "ratificación o ampliación de la demanda" por el actor; por la contestación a la misma; por la proposición y práctica de las pruebas; por las conclusiones de las partes; en su caso, por las "diligencias para mejor proveer", y después por la sentencia; todo lo cual —excepto la sentencia, naturalmente, que es escrita— ha de constar en un acta ordenada por su contenido y materias (artículo 79 LPL).

El sistema de "preclusiones rígidas" no puede regir en lo penal, para la instrucción, en la que casi todo debe supeditarse a la adecuación de las actuaciones de investigación a la persecución del delito; pero aun así, en el proceso-tipo de la LECRIM vemos preclusiones que favorecen a las partes; así, la del artículo 324, sobre duración de los "sumarios" (de la "instrucción" mal llamada "sumario" *cf. supra*); la de los artículos 118 —en general—, sobre el derecho a la defensa; el 497, plazos de la detención policial; los del artículo 504, los de la prisión provisional. Y en el "juicio oral" tipo, la misma LECRIM prevé preclusiones, al instaurar un "ritmo" del mismo consistente en "petición

del Presidente de la conformidad del acusado, en su caso —práctica de la prueba solicitada previamente, artículo 656 y s.—, conclusiones definitivas de las partes —posibilidad del tribunal de utilizar el artículo 733—, nuevas calificaciones en tal caso —informes de las partes sobre sus respectivas calificaciones—, ‘última palabra’ del acusado —fin de la sesión—, deliberación secreta-sentencia”; mas a fin de que tales preclusiones no perjudiquen la obtención de la “verdad material” (*cfr. supra*), el artículo 728 y s. LECRIM abren al tribunal posibilidades probatorias ulteriores e incluso una “sumaria instrucción suplementaria” (artículo 746-6º LECRIM).

4. *Los principios de publicidad*

Diferenciaremos la “publicidad para las partes” y la “publicidad general”.

A) “La publicidad para las partes” significa que todo cuanto actúa el juez o tribunal y la parte o partes adversas *lo conoce ope legis* la parte.

Se trata del principio de bilateralidad —de contradicción— y de igualdad de las partes ante el juez o tribunal; de un principio fundamental, no ya del procedimiento, sino de todo el proceso, y consagrado por la Constitución, artículo 120-1, por los tratados sobre derechos fundamentales y por las leyes, como principio general, aunque sea por vía de su desarrollo sin enunciarlo como principio.

Se trata de “las partes” y de nadie más expresamente en algún caso; en el del artículo —fundamental— 301 LECRIM, sobre el “secreto del sumario” (“instrucción”), imponiendo correcciones disciplinarias a los funcionarios, abogados y procuradores que “revelaren indebidamente el secreto del sumario”. Las partes y sus defensores “están aislados” del público en general, y deben estarlo de los llamados “medios de información”. [El motivo de conservarse el “secreto del sumario”, cada vez menor, *cfr.* los artículos 118, 504 LECRIM, se halla claramente en la “Exposición de motivos” de la LECRIM, redactada por el mismo Alonso Martínez; se trata de recuperar, frente al supuesto delincuente o delinquentes, la ventaja que éstos han obtenido sobre la sociedad, al preparar y cometer el delito en secreto para ella y preparar su fuga igualmente así; de lo contrario, pueden aparecer inmediatamente las “falsas coartadas” y la fuga... como ya ha ocurrido por indiscreciones de los medios de comunicación”; y la huida que se pretende, de tal “secreto jurisdiccional”, conducirá a otro secreto de la

investigación administrativa que sustituya a aquélla, lo que parece ser ignorado por sus partidarios.]

En el juicio oral *todo* es público para las partes [salvo que ellas mismas, provocando su expulsión, se busquen un "secreto" que, para obviar tal pretexto, no lo debe ser: exponiéndole, a la vuelta del acusado a la sala de sesiones del tribunal, cuanto ha ocurrido en su ausencia StPO de Alemania, Fairén Guillén)]. *Cfr.* el artículo 649 LECRIM y ss.

En materia no penal también puede admitirse el "secreto" provisional de alguna actuación, por razones de peligro de que, de enterarse el contrario, la frustre. Así ocurre con muchos procesos cautelares: artículos 1403 para el embargo preventivo; 1652 y s., información testifical —bastante poco útil, por esta falta de contradicción en cuanto a la idoneidad de los testigos—; en los interdictos de retener y recobrar la posesión.

Pero, en general, debe concluirse que los procedimientos modernos sólo prevén el "secreto" para alguna de las partes, por motivos de "peligro grave", y de modo "provisional" en actuaciones "preparatorias" —como lo es la instrucción penal, artículo 299 LECRIM—, de tal manera que no se pueda irrogar al limitado por el "secreto" un perjuicio irreparable.

La publicidad para las partes puede estar pensada de manera que su presencia y asistencia a las actuaciones procesales sea obligada (necesaria, desde el punto de vista del tribunal o de ellas mismas): así, para efectuar "actos personalísimos" como es la "confesión judicial" civil y laboral; pero se trata de la "publicidad" para ella de alguna actuación, de la que es participante necesaria —el caso de la confesión— y no de una "falta de publicidad general para ella", de tal manera que ignore cuanto ocurre en el procedimiento. La asistencia por medio de procurador legalmente habilitado, hace que, en muchas ocasiones y en lo no penal, la "asistencia" de las partes a las actuaciones del juez o tribunal sea, en la práctica, facultativa. Mas en lo penal esta "asistencia" es fundamental para las partes acusadoras, en el acto procesal de acusar (si no hay acusación formal, no puede haber "juicio oral propiamente dicho") y para el acusado, siempre, operando, salvo alguna discutida excepción ya expuesta, la imposibilidad de la "condena en rebeldía", lo cual es la solución correcta del problema.

Se habla también de "publicidad activa" o "pasiva", según que las personas que presenciaren actividades procesales tengan derecho a intervenir en ellas, o deban limitarse a percibir, a conocer lo que ante ellas ocurre (Schuckert) (los "medios de comunicación" modernos han cam-

biado el panorama; pero este "cambio" está condicionado a que tales medios estén en manos de personas de absoluta imparcialidad y de confianza, lo cual no siempre se da en ellos; que es muy fácil manipular un "juicio oral" y pasar al público tan sólo las secuencias que al fotógrafo o tomador interesen). También puede pensarse en una "publicidad activa" procesal cuando "ciertos actos son accesibles al público", en tanto que mediante la "pasiva" se da cuenta de actos procesales al público" (Alcalá-Zamora Castillo); la segunda es una importantísima faceta de la publicidad preventiva de una demanda en un registro público, la publicación de una sentencia, de edictos llamando a una persona a comparecer en todos los órdenes procesales, órdenes de búsqueda y captura, etcétera.

También puede pensarse en la "publicidad general" en relación con la sede del tribunal. Las "salas", locales de los tribunales, son con frecuencia insuficientes para admitir a todo el "público" que desea asistir a un proceso; los primitivos y cuasi-legendarios tribunales germánicos con funcionamiento al aire libre, ya no existen (Biener); no conocemos otros casos de funcionamiento de un tribunal al aire libre, en una plaza pública, que el del Tribunal de las Aguas de Valencia, vestigio milenario, aunque con proceso muy superior a muchos "modernos"; y alguno arbitral, pirenaico (corresponde al anexo III, artículo 1º al Tratado Hispano-Francés de fronteras de 2 de diciembre de 1856: funciona una vez al año en el Paso de la Piedra de San Martín, facería internacional de los valles de Roncal y Baretous).

La publicidad general puede también ser "inmediata" —de contacto personas del público con el aspecto procesal— y "mediata", cuando lo hace a través de un intermediario (la prensa, televisión, radio) más o menos fidedigno.

B) La publicidad general. Para el "gran público", no interesado directamente en el proceso en cuestión. Se trata, se ha dicho, de "una excepcional virtud desde el punto de vista político, como instrumento de la educación popular", necesario a la "aproximación de la justicia al pueblo" (Couture), de la "democratización de la justicia" (Neuer), basado en la necesidad política de hacer desaparecer la desconfianza popular en la justicia; es un medio de controlar la falibilidad humana de los jueces (Feuerbach); de un medio de que el pueblo controle su propio poder judicial (ello está más o menos acertadamente reconocido en diversas Constituciones: en la española de 1978, artículo 117-1). Es un medio de excitar su propio interés por la justicia (Staley), y emana de la propia soberanía nacional; sería una consecuencia del

principio de separación de poderes estatales y de la correspondiente independencia del judicial (Mittermeier).

Responde a la antigua desconfianza del pueblo en unos tribunales tiránicos (que se adivina, desde Montesquieu): la falta de separación de los poderes estatales llevaba consigo la dependencia de la administración de justicia; lo cual es posible vuelva a suceder históricamente.

Tal desconfianza, que en no escasa parte lo era por el "secreto" del proceso —desaparecido— y por su técnica (lo cual no debe desaparecer: no se puede hacer una justicia que sea popular a expensas de estar ayuna de la técnica indispensable a la especialización), hizo que se declarase pública y generalmente la necesidad de "publicidad de la justicia", que ha llegado hasta convenciones internacionales vigentes (por ejemplo, artículo 6º del Convenio de Roma, de 4 de diciembre de 1950, ratificado por España, de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; artículo 14 del Pacto de Nueva York, de Derechos Civiles y Políticos, de 9 de diciembre de 1966 —también adherida España.

"La importancia de la publicidad del proceso —dice Stalev— es muy conocida y apreciada. Constituye una garantía del procedimiento legal e imparcialidad de los tribunales, tanto como de la veracidad de las alegaciones de las partes y de la "evidencia" de los testigos, debido a la influencia disciplinaria causada por la posibilidad que se concede al pueblo para vigilar los procesos y seguir su desarrollo". "No es posible celebrar un juicio en público —sigue Stalev— sin que el procedimiento sea oral" (y esto es una gran verdad: pero "sin perjuicio de la documentación" —escrita— de los actos procesales. Artículo 229 LOPJ. "La oralidad está implícita, por lo tanto, en la publicidad, y puede ser tratada —ésta— como una garantía implícita de normas constitucionales" (Velu, Stalev): explícita, según el artículo 120-1 de la Constitución española.

El principio de publicidad del proceso se halla, impostado en el terreno del derecho constitucional —él y sus límites para evitar excesos, *cf. infra*—; en el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley (después, de normación procesal, como se ha visto), igualdad de las partes y sus excepciones; contradicción completa y sus excepciones; control de dicha igualdad (mediante la observación "formal" del proceso a través de la publicidad) promoción e incremento de la cultura política y de la moral con sus excepciones (por razón de dicha moral, etcétera, Watson, Jolowicz, Fairén-Guillén). Y ello se advierte mucho más en lo penal que en el resto de los órdenes jurisdiccionales (pese al incremento de esa "pública y racional curiosidad" en materia labo-

ral: en donde se dan los "conflictos colectivos" y pueden darse los conflictos de "masas de intereses difusos").

No obstante, este principio, además de excepciones causadas por las necesidades técnicas del proceso [la deliberación pública de las sentencias, o de los veredictos, a su vez, produjo abusos durante la Revolución francesa; actualmente, en México, en donde la Suprema Corte delibera en público en materia del recurso de amparo —deliberación más bien "formal" que "material"—, se ha solicitado, en el IX Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mazatlán, 1982), su supresión, y la creación de una vista en su lugar], conlleva también inconvenientes, que sería menester prever. "...sería negar la evidencia —decía Alcalá-Zamora Castillo— desconocer que la publicidad se desvía a veces de su verdadero cometido, hasta degenerar en coacción [ya lo hemos comentado, interpolo yo], o se interesa sólo por lo truculento y aun lo morboso, sin que tales riesgos se conjuren siempre mediante las restricciones que por motivos de moralidad, orden público, higiene, respecto a la víctima (está ganando terreno la posibilidad de no publicidad de procesos sobre secretos comerciales o industriales, Watson, Jolowicz), etcétera, según los códigos, conducen al desarrollo de los debates "a puerta cerrada", o sea, en régimen de publicidad circunscrita a determinadas personas". (Y hay publicaciones que hacen su centro de gravedad de "escándalos llevados a los tribunales" con regodeo de una parte insana del público). El principio general español, derivado del artículo 120-1 de la Constitución, es el del artículo ya citado 229 LOPJ:

1. Las actuaciones judiciales serán *predominantemente* (esta palabra de la Constitución es un tanto vaga) orales, sobre todo en materia criminal [en donde una cierta cantidad de "secreto" es necesaria en su fase de averiguaciones, para evitar la impunidad de tantos delitos; no se puede "enmendar la plana" injustificadamente a Alonso Martínez, jurista por encima de su propia época, interpolamos], sin perjuicio de su documentación. [Y ya hemos tratado de lo necesario de la misma; ya apoyada la necesidad de una buena documentación, en aras del buen curso del proceso, por el propio "oralista" Klein, en su obra, la ZPO austriaca aún en vigor en gran medida.]

2. Las declaraciones, confesiones en juicio [expresión que, por llevar implícito el juramento, debe desaparecer del terreno procesal con él], testimonios, informes, ratificación de los periciales y vistas [lo más importante, al final], se llevarán a efecto ante el juez o tribunal con presencia, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley.

Y "la ley" —nos hallamos ante una de las numerosísimas reservas de la ley de la LOPJ—, en materia civil, con excepción del "juicio verbal", de gran porvenir según la doctrina comparada (Jolowicz, Fasching, Cappelletti), se basa, fundamentalmente, en la escritura; la cual, por su propia naturaleza —Stalev—, si no opuesta, sí que es casi incompatible con la "oralidad", y por lo tanto con la "publicidad". Precisa de "un público" con enorme interés —que sea objetivo, no "interezado" o enfermizo— por la administración de justicia, para asistir a una "dación de cuenta" del secretario judicial al juez, que se hará "oralmente", según el artículo 286 LOPJ.

En cuanto a lo laboral, el juicio central es oral, y por lo tanto proclive a la publicidad general; el artículo 76 LPL fija que el juicio se celebrará "en audiencia pública".

Con respecto a lo penal, ya hemos visto la necesidad técnica de que la investigación no sea totalmente expuesta al público en general (ya que entre él puede hallarse, o se halla, el autor o autores de los hechos delictivos); si así se pretende, se trata de supina inocencia, a repercutir en beneficio de criminales. Y con respecto al "juicio oral", la LECRIM prevé que "los debates serán públicos, bajo pena de nulidad" (artículo 680 LECRIM; "No obstante —sigue— (podrá) el presidente mandar que las sesiones se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o al respecto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia". "Para adoptar esta resolución —sigue el artículo 680— el Presidente, ya de oficio, ya a petición de los acusadores [faltan los acusados aquí, interpolamos], consultará al Tribunal, el cual deliberará en secreto, consignándose su acuerdo en auto motivado, contra el que no se dará recurso alguno". "Después de la lectura de esta decisión —dice el artículo 681 LECRIM— todos los concurrentes despejarán el local". "Se exceptúan las personas lesionadas por el delito, los procesados (mal utilizada la palabra), el acusador privado (?), el actor civil y los respectivos defensores". "El secreto de los debates —continúa el artículo 682— podrá ser acordado antes de comenzar el juicio o en cualquier estado del mismo".

Pero esta publicidad general no puede ser la base de que entre el "público" haya uno o varios alborotadores, profesionales o "amateurs", gente incorrecta que exhiba su grosería con desacato al juez o tribunal. Para tales casos, las leyes —las anglosajonas— tienen una institución ejemplar: la del *contempt of the court*: el "desacato al tribunal con ocasión de un proceso"; da lugar a lo que podríamos llamar un "proceso penal incidental ante el mismo juez o tribunal", el cual puede

imponer hasta una determinada pena, en el acto. Hemos propuesto su introducción en España.

Por ahora, tan sólo la LECRIM —vieja en este punto, a reformar, agravando las sanciones— dice que:

El Presidente tendrá las facultades necesarias para conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al tribunal y a los demás poderes públicos, pudiendo corregir en el acto con multa de 25 a 500 pesetas —suma irrisoria, a aumentar mucho— las infracciones que no constituyan delito, o que no tengan señalada en la Ley una corrección especial. El Presidente llamará al orden a todas las personas que lo alteren, y podrá hacerlas salir del local si lo considerase oportuno, sin perjuicio de la multa a que se refiere el párrafo anterior. Podrá también acordar que se detenga en el acto a cualquiera que delinquire durante la sesión, poniéndole a disposición del juzgado competente.

[Aquí es donde debería hallarse el *contempt power*, la potestad de la AP o de la AN para ver y castigar la misma, el delito flagrante cometido].

Todos los concurrentes al juicio oral, cualquiera que sea la clase a que pertenezcan, sin excluir a los militares (esto es un vestigio del fuero militar, interpolamos), quedan sometidos a la jurisdicción disciplinaria del Presidente. Si turbaren el orden con un acto que constituya delito, serán expulsados del local y entregados a la autoridad competente" (artículo 684 LECRIM); "Se prohíben las muestras de aprobación o desaprobación" (artículo 686 LECRIM);

estas excepciones a la "publicidad general", como ya dijimos, alcanzan a la propia parte acusada personalmente.

Cuando el acusado altere el orden con una conducta inconveniente y persista en ella a pesar de las advertencias del Presidente (esto indica que el tribunal actúa cuando ya se ha producido más de un "inconveniencia" del acusado) y del apercibimiento de hacerle abandonar el local, el tribunal podrá decidir que sea expulsado por cierto tiempo o por toda la duración de las sesiones, continuando éstas en su ausencia" (artículo 687 LECRIM).

Esto produce que el acusado, durante su ausencia —que él mismo, con su mala conducta, "se ha buscado"— quede temporalmente privado de su derecho a asistir a su propio juicio; mas su defensa, durante

tal "ausencia", queda garantizada por su letrado defensor; y además, la doctrina está conforme en que, llegado el momento procesal del interrogatorio del acusado, éste debe ser llamado a la sala por el tribunal, e introducido en ella incluso coercitivamente (si no, resultaría muy cómodo hacerse expulsar de la sala, para evitarse los inconvenientes de ser sujeto a un interrogatorio por los acusadores); la Constitución prohíbe los malos tratos, etcétera, y admite el no declarar en su propia contra en su artículo 24, pero no sanciona ni puede sancionar actuaciones dolosas o fraudulentas, contrarias a la mala fe (artículo 11, LOPJ). Además, el interrogatorio penal —las respuestas del acusado al mismo— se pueden considerar como un medio de defensa del mismo (Muñoz Rojas). Y el presidente del tribunal debe enterarle de lo ocurrido en la sesión durante su "ausencia" (StPO de Alemania; nuestra proposición de hacerle "pasar" el "video" de su propia expulsión y motivos de la misma y de lo sucedido en ella durante el periodo que dure su citada expulsión); y además no se le puede privar de "pronunciar la última palabra" en su defensa (artículo 739 LECRIM).

En resumen: el principio de "publicidad general" debe hacer crecer la autoridad de los tribunales —si se trata de un pueblo culto, naturalmente; si no, no merece tal derecho— y esta "autoridad", se transformará en *auctoritas*, por su prestigio: es ella, la que debe guiar a los tribunales, por encima de propagandas interesadas; el "pueblo político", el *demos* de los griegos, tiene la palabra. Sin confundirlo con figuras actuales.

BIBLIOGRAFÍA

GOLDSHMIDT, "Derecho Justicial material", trad. esp. Grossman, *RDP Arg.* IV, 1946; CARNELUTTI *Sistema cit.*, trad. esp. cit., los IV vols.; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal de 10 de octubre de 1882 cit.*, t. I, esp. pág. 35 y ss.; WACH, *Der Rechtsschutzanspruch*, cit., pág. 1 y ss; PRIETO CASTRO *Tratado*, I; SENTÍS MELENDO, "La oralidad y las pruebas en el proceso civil" (trad. esp. de la ponencia general de Capelletti al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Pescara 1970, Milán, New York; PRIETO CASTRO, "Principios políticos y técnicos para una Ley Uniforme", *Actas del I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal*, Madrid, 1956; "Oralidad y escritura en el proceso civil", en PRIETO CASTRO, *Trabajos y orientaciones*, cit.; FAIRÉN GUILLÉN, "Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento", en *Estu-*

dios de derecho procesal (1955; agotado y en reimpresión); FAIRÉN GUILLÉN, "Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político", en *RDPr. Iber.*, 1975, 2-3; FAIRÉN GUILLÉN, "Principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso, en relación con la Ley de enjuiciamiento civil", *RDPr. Iber.*, 1981; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Principios técnicos y políticos de una reforma procesal", en *Estudios de Derecho procesal. Teoría General e Historia del proceso (1945-1972)*, t. II; argumentado en COULTURE, "Las garantías constitucionales del proceso civil", en sus *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, t. I, 1848; SENTIS MELENDO, "Humanización del proceso", en sus *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1967, t. I; FIX ZAMUDIO, VESCOVI y VAZ FERREIRO, STALEV, SCHIMA, THUESEN & LANDO, BAUR, VELU y demás autores de la obra colectiva *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, ed. dir. por Capelletti y Tallón; M. HEUMAN, *Plea bargaining*, Univ. Chicago Press, Chicago y Londres, 1978, *passim*; KLEIN, "Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprozessordnung)", en *Materialien zu den neuen Civilprozessgesetzen* Viena, Ministerio de Justicia, 1897, t. I; KLEIN-ENGEL, *Der zivilprozess Oesterreichs*, 1927; WACH, "Mündlichkeit und Schriftlichkeit", en *Vorträge zur Reichs-civilprozessordnung*, 2ª ed., Bonn, 1896 (trad. española de Krotoschin, Buenos Aires, 1958); CAPPELLETTI, *Povertà, lavoro, libertà e la Giustizia in Italia*, Milán, 1971; BAUR, "Liberalización y socialización del proceso civil", ponencia general al V Congreso Internacional de Derecho Procesal (México, 1972), en *RDPr. Iber.*, 1972 (fundamental, por su influencia en el llamado "Modelo de Stuttgart", modelo procesal y procedimental muy económico, que se ha impuesto en toda Alemania): *Wege zur einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess*, Berlin, 1966; sobre este "modelo" y su práctica, BENDER, *Die Hauptverhandlung in Zivilsachen (ein Bericht über den Versuch der 20. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart, die Ziele der Zivilprozessreform auf der Grundlage der geltenden Gesetze zu erreichen)*; *Deutsche Richterzeitung*, RFA, 1968; BULL, *Prozesskunst (Beratungen zum Prozesserverfolg)*, 2ª ed., Munich, 1975; SENTIS MELENDO, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milán, 1962; GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2ª ed., Bielefeld, 1974; WEYMUTH, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit im schweizerischen Zivilprozess*, Schöfflisdorf, 1931; Naturalmente, los clásicos CALAMANDREI, "L'orità nel processo", en *Nuovo Digesto Italiano*, IX, 1940, y CHIOVENDA, "L'oralità e la prova", en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I (1924); apuntando hacia tendencia pro-nazi, *cfr.* VOLKMAR, "Grundproblemen der Zivilprozessreform", en *Judicium*, II (1929-1930); PICARDI, "Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura", en *Studi in memoria di*

Carlo Furno, 1973; VESCOVI, "Perspectivas de oralidad", en *Rev. Arg. Dcho. Proc.*, 1972-4; DE PINA, "La moralización del proceso", en *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, II, 1958; FASCHING, "Liberalización y socialización del proceso civil", ponencia austriaca al Coloquio LXXXV años de evolución jurídica en el mundo, en *RDPPr. Iber.*, 1972; FASCHING, "Schriftlichkeit und Mündlichkeit im österreichischen Zivilprozess", Viena, 1970 (ponencia al Congreso Internacional de Pescara, 1970); FASCHING, *Zivilprozessrecht*, Viena, 1984; FASCHING, "Die Zivilverfahrensnovelle 1981", en *Juristische Blätter*, Viena, 1982, cuad. 3-4 (todas estas obras explican un cierto retorno al principio de la escritura en la ZPO austriaca, que fue pionera del principio de oralidad); VON HIPPEL, *op. cit.*, 1939; FRIZSCHE, *Wahrheit und Lüge im Zivilprozess*, 1921; CALAMANDREI, "Linee fondamentali del processo civile inquisitorio", en *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda*, 1927; STEIN, "*Das private Wissen des Richters*" (se le citará más ulteriormente), Leipzig, 1983; STEIN, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, Tübingen, 1921; STEIN-JUNCKER, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts* Tübingen, 1928; PFLEGHART, "Offizial und Untersuchungsmaxime im Zivilprozess", en *Schweizerische Juristenzeitung*, XIV; (Naturalmente, las obras, ya clásicas, de CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, y de NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*); COUTURE, "El deber de las partes de decir verdad", en *Estudios, cit.*, III, 1950; CALAMANDREI, "Verità e verosimiglianza nel processo civile", en *Opere Giuridiche*, V, Nápoles, 1972; CALAMANDREI, "Processo e giustizia", en los mismos, t. I; SENTIS MELENDO, "Deberes del juez y cargas de las partes", en *Estudios, cit.*, I; SCHIMA, "Gedanken zur Zukunft des Verhandlungsgrundsatzes", en *Studi in memoria de Carlo Furno*, 1973; tomando posición sobre el básico tema de la obligación "de las partes de decir verdad" (VON HIPPEL), *cfr.* REDENTI, "L'umanità nel nuovo processo civile" (1940), en *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I.

Frente a las afirmaciones de SCHIMA se elevaron voces sobre la limitación que el principio de autoridad del juez" (y no hay que confundir "autoritarismo" con "totalitarismo", ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Estudios*, 1945-1972, t. II) impone al principio dispositivo (lo cual ya era reconocido por KLEIN, *Erl. Bem., cit.*, I). Se ha dicho que ese pretendido "deber de veracidad de las partes (y cuidado, se ha confundido desgraciadamente a menudo ese pretendido "deber", con la "obligación" o la "carga", *cfr.* SANTI ROMANO, *Frammenti de un Dizionario Giuridico*, Milán, 1947), no solamente afecta al interés de las partes, sino también a la posición del tribunal; y deja sin fuerzas a típicas manifestaciones del principio dispositivo. *Cfr.* esp. GRUNSKY, ponencia "ad hoc" a la Reunión "LXXXV años de evolución jurídica en el mundo", *cit.*).

GIULIANI, "Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: 'nuova retorica' e teoria del processo", en *Sociologia del Diritto*, 1986.

Cfr. también, sobre el necesario principio de la tutela de la personalidad humana, CALAMANDREI, "Il rispetto della personalità nel processo", en *Processo e Democrazia*, 2ª ed., Padua, 1954; CARNELUTTI, brillante argumento en "Il difensore", intervención en la Reunión celebrada en 1956 (cfr. PAVANINI, "Il difensore", en *Quaderni dell'associazione fra gli studiosi del processo civile*, Milán, 1960); QUINTANO RIPOLLES, "Naturaleza sustantiva y procesal de la acción privada", en *RDPPr.* (Madrid), 1952; CRUZ PRESA, "El desistimiento de la acción penal en plenario relativamente a la ineficacia de actuaciones inútiles", en *RDPPr.Ib.*, 1958; HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, "El ofrecimiento de acciones en el proceso penal", en *RDPPr.Iber.*, 1976; GÓMEZ ORBANEJA (con HERCE QUEMADA, *Lecciones*, cit.

También en lo administrativo en España, cfr., por ejemplo, trad. de KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, con estudio preliminar de Recaséns Siches y prólogo de Albert Casamiglia, Barcelona, 1979.

Sobre el principio de intermediación, cfr. las op. cit., y especialmente KLEIN-ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs*; FAIRÉN GUILLÉN, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, 1988, 2ª ed.

Sobre el principio de concentración, BERNHARDT, "Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess", en *Festgabe für Rosenberg*, Munich-Berlín, 1948; ALLORIO, "La vita del diritto in Italia", en *JUS*, Milán, 1950, I; SIMSON, "Das neue schwedische Zivilprozessrecht", en *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1944; GRILL, "Zurück zur Zivilprozessordnung", en *Oesterreichische Juristen-Zeitung*, 1948; ADICKES, *Grundlinien durchreifender Justiz Reform*, Berlín, 1908; KIRCH, *Unsere Gerichte und ihre Reform*, Leipzig, 1908; *Libro de Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Madrid, 1950, esp. sesiones de la sección de lo procesal penal; VON KRIES, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Freiburg i. Br., 1892; MITTERMAIER, *Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren*, 1856; BLOMEYER, "Mündliche und schriftliche Elemente im Zivilprozess", ponencia al III Congreso Internacional de Derecho Comparado, Londres, 1950 (mimeografiado); ALLORIO, "La 'Novella' processuale e una proposta di emendamento", en *Giur. It.*, 1948; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO (y otro), *Derecho procesal criminal*, Madrid, 1944; WOLFF, "Die mündliche Verhandlung", en *Judicium*, III, 1931; BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, 1859; FAIRÉN GUILLÉN, "El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje. Sus posibilidades", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, cit., 1983; RAMIRO PODETTI, *Teoría y técnica del proceso civil*, B.A., 1942; CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale penale*, t. III, Padua, 1933; FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley de reforma ur-*

gente de la LEC, *cit.*; argumentado en KLEIN-ENGEL, *op. cit.*, (sobre la audiencia preliminar); NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, Tübingen, 1950; KLEINFELLER, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*, 2ª ed., Berlin, 1910; MARTINETTO, "Profili della domanda orale" en *Studi in onore de Liebman*, t. II, VESCOVI, *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, México, UNAM, 1978; PRIETO CASTRO, "Oralidad y escritura en el proceso civil", en *Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Madrid, 1950; PRIETO CASTRO, "Precisiones sobre oralidad y escritura en el derecho procesal español", en *Estudios. . . cit.*; ROSENBERG, "Empfiehl sich die Einführung des Neuerungsverbots im Berufungsverfahren in den deutsche Prozessrecht nach dem Vorbild der österreichische Zivilprozessordnung?", en *ZZP*, vol. 64, 1950, en donde hace la crítica del sistema austriaco (e implícitamente también del español, que es fundamentalmente parecido de prohibir genéricamente el *ius novorum* en apelación). Sobre la necesidad de una buena protocolización para concentrar sobre la primera instancia y limitar la segunda, *cfr.* desde MITTERMEIER, pasando por KLEIN (*Materialen*) hasta FASCHING, *Zivilprozessrecht, cit.*; también, FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley de Reforma urgente. . . cit.*; "Estudio de la 'comparecencia' en el juicio de menor cuantía, del Proyecto de Ley Urgente de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil, de 31 de mayo de 1983", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, t. I; FAIRÉN GUILLÉN, "Algunas notas sobre la problemática de la expulsión del acusado de las sesiones del juicio oral", en los mismos *Estudios. . .*; argumentado en FASSANO, "L'allontanamento del l'imputato dall'udienza", en *La legislazione dell'emergenza*, Mori, 1980; PERROT, *Le rôle du juge dans le procès civil en Droit Judiciaire français*, Lisboa, 1970; *Dilaciones irregulares en el juicio de mayor cuantía*, Ins.Est.Pol. y dirigido por Guasp (1945); GUASP, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, I, 1943; SCHÖNKE, "*Derecho procesal*", traducción española de la 5ª edición alemana por Prieto Castro, Fairén Guillén y Cabrera Claver, Barcelona, 1950 (la segunda y tercera ed. de SCHÖNKE, mostraban su adaptación al sistema jurídico nacional-socialista alemán); los traductores nos remitimos a la 4ª, en la que el autor suprime ideas y reintroducía otras no nazis (todo ese fenómeno impuesto por una dictadura y su caída) (trad. esp. ed. Bosch, Barcelona); *contrario sensu* sobre la mediación, mediatibilidad o, como se dice actualmente, "mediatez" (¿italianismo, o ignorancia?); FAIRÉN GUILLÉN, "El principio de autoridad del juez en el proceso civil y sus límites (sobre los presupuestos y la audiencia preliminar)", en *RDPr.*, 1951, y en *Revista Legislativa y jurisprudencial* (Santiago de Compostela), 1951, y en *Estudios de derecho Procesal* (1955), *cit.* —sobre la "audiencia preliminar, sobre la concentración".

Sobre el principio de publicidad, ya antiguamente preocupó a distinguidos autores, como garantía, tanto del principio de contradicción, como del control de los jueces por el pueblo (STALEV); Cfr. ALSELM VON FEUERBACH, *Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Giesen, 1821; MITTERMAIER, *Die öffentliche mündliche Strafrechtspflege und das Geschworenengericht*, Landshut, 1819; MAURER (inspirador de los códigos griegos de la Grecia independiente del siglo XIX), *Geschichte des öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahren*, Heidelberg, 1821, etcétera (Nota *quod*: No sin razones históricas se llega a confundir la "oralidad" con los "tribunales de legos". Este equívoco actual, aunque parta de bases históricas, precisa desvanecerlo).

Cfr. sobre el principio de "publicidad", también históricamente —siglo XIX— el muy conocido en España y citado MITTERMEIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 3ª ed., Madrid, 1877.

Más actualmente, CALAMANDREI, "Processo e Giustizia", discurso final al I Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil (Florencia, 1950, ed. 1952, Padua); KLEINFELLER, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses*, 1910; KISCH, "Private und öffentliche Belange in der bürgerlichen Rechtspflege", en *Deutsches Recht*, 1936; PRUPPACHER, *Über die Offiziellmaxime*, Berlín, 1922; NEUER, *Die Öffentlichkeit der zürcherische Gerichte*, Aarau, 1946; COUTURE, *Proyecto de Código de procedimiento civil*, Montevideo, 1945; *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1951; STALEV, en *Fundamental guarantees*, cit.; FAIRÉN GUILLÉN, "Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso", en *Temas*, t. I; "Notas sobre el Tribunal de las Aguas de Valencia (España) y su proceso (la economía procesal en la actualidad)", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, cit., t. II y bibl.; traducción japonesa en "Hokaku Kenkiu" *Journal of Law, Politice and Sociologie*, Facultad de Leyes de Keio, Japón, por Yoichi Ishii, enero de 1985; OPPETIT, "Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en Droit français", en *Fundamental guarantees*, cit.; AUBRY, Le principe de la publicité de la justice et le Droit Public; PERROT, "Le principe de publicité dans la procédure pénale", y DAGOT, "La publicité de la justice et l'application des règles de fond accessoires au litige: diffamation et secrets", todo ello en *Le principe de la publicité de la Justice. Travaux du VIe. Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires*, París, 1969; PELLEGRINI-GRINOVER, *Libertades públicas e processo penal (as interceptações telefônicas)*, 2ª ed., São Paulo, 1982; "Interrogatorio do Réu e Direito au Silêncio" y "O interrogatório do Preso", en PELLEGRINI GRINOVER, *O processo em sua unidade*, São Paulo, 1978; TOLOMEI, *Principii fondamentali del Processo penale*, Padua, 1931; WATSON, en *Fundamental guarantees* cit.; SCHUCKERT, *Der Grundsatz der Volksöffentlichkeit im deutschen Zivilund Strafprozessrecht*, Schramberg, 1936; FAIRÉN GUILLÉN, *Comunicación*

a la *faceria internacional de los Valles de Roncal y Baretous*, Zaragoza, 1946; *Facerías internacionales pirenaicas*, Inst.Est.Pol., Madrid, 1956; CAPELLETTI, "El acta como requisito 'quoad sententiam' del procedimiento probatorio", en *La oralidad y las pruebas*, de SENTIS MELENDO (trad.), Buenos Aires, 1972. Sobre el principio de eventualidad, y el de preclusión, *cfr.* WYNESS MILLAR, *op. cit.*; GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, *cit.*; ROSENBERG-SCHWAB, 12ª ed., pág. 365; SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, *cit.*, pág. 41; KLEINFELLER, *op. cit.*; KLEIN-ENGEL, *op. cit.*; BRIEGLEB, *op. cit.*; FAIRÉN GUILLÉN, "Una perspectiva histórica del proceso: la *litis contestatio* y sus consecuencias", en *Actas del I Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil*, Florencia, 1950; argumentado en CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale civile*, Padua, 1943, I; JUÁREZ ECHEGARAY, "La preclusión", en *Estudios en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1945; PODETI, "Preclusión y prevención", en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1947 (III-IV); FASCHING, *Zivilprozessrecht — Lehr- und Handbuch*, Viena, 1984; FAIRÉN GUILLÉN, *La Ley de reforma urgente de la LEC*, *cit.*; *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, *cit.*; *La bilateralidad del desistimiento en primera instancia*, Barcelona, 1950, y la abundante bibl.; "Líneas generales de un futuro procedimiento civil", en *Temas*, *cit.*, t. II; MANZINI, *Derecho procesal penal*, trad. esp. Sentis Melendo y Ayerra Redín, Buenos Aires, 151 t. I. Finalmente, en cuanto a este principio de publicidad y a su par dialéctico, el del "secreto", *cf.* al autor al cual deberíamos haber citado primero: a BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Firenze, 1950, con el cit. prefacio de CALAMANDREI, *cfr.* también, muy interesante, el § 181 de la *ZPO austriaca y su comentario* por FASCHING, en *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, II, Viena, 1962.

Un tema conectado evidentemente con el de la "publicidad o secreto del procedimiento", es el de la prisión; más eliminada del proceso civil e inexistente en los demás ordinarios, menos en el penal, no entendemos corresponda realmente su estudio a una teoría general del proceso.

Como colofón bibliográfico a este tema, deberemos considerar la que se refiere a la más profunda base del proceso (no ya sólo del procedimiento): la de los "Principios oficial y dispositivo". Para la explicación del doble sentido de ésta, recordemos de nuevo a CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*; otras tantas veces aludida aquí, *cfr.* p. ej., para lo penal, KLEINKNECHT, *Straprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, 34 ed., 1979; BÜLOW, "Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung", en *Arch.civ.Prax.*, t. 64, 1861; SATTA y ANDRIOLI, "La tutela del derecho por el proceso", ponencias al I Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Firenze, 1950 (Padua, 1953); ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "El mandato de seguridad brasileño

visto por un extranjero", en *Bol. del Instituto de Derecho Comparado de México*, 1963; COUTURE, "Las garantías constitucionales del proceso civil", en *Estudios de derecho procesal civil*, M.A., t. I, 1948; GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage (Eine Kritik des prozessualen Denkens)*, Berlín, 1925, y su extracto en español *Teoría general del proceso y Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* (Barcelona, 1936 y Madrid, 1935); ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, 2ª ed., México, 1970; STEIN, *Das private Wissen des Richters (cfr. infra; hay trad. esp. de De la Oliva, Univ. de Pamplona)*; CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, 1954; KLEIN-ENGEL, *Der Zivilprozess. Oesterreichs*, 1927; el colectivo —dirigido por Capelletti, *Acces to the justice*. Firenze, publicado por Giuffrè y Alphen aan den Rijn, 1978-1979 (6 volúmenes); EKELÖF, *Rättegång*, 1957 y siguientes, Uppsala (IV Vols.); CALAMANDREI, "La relatività del concetto di azione", en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939; BÜLOW, *Die Lehre von den Processenreden und die Processvoraussetzungen*, 1868; FAIRÉN GUILLÉN, "Dignidad humana y sevicias: un momento histórico de la lucha contra éstas", *Studi in onore di Tito Carnacini*, Milán, 1984, t. III; "Habeas corpus" y "Manifestación", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, t. I, 1983; GIULIANI, A., "Prova in generale (filosofía del diritto)", en *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, 1988; "L'Ordo iudiciarius" medioevale: un modello puro di ordine isonomico", en *Riv. Dir. Proc.*, 1988; CAPELLETTI, intervención en *Atti dell'incontro di studio su riforme urgenti del processo civile*, Modena, 1986, Milán, 1987; FAIRÉN GUILLÉN, "Los recursos de *greuges*, *firmas de Derecho y Manifestación de personas*, el recurso de amparo y el *mandado de segurança*, garantías históricas y actuales de los derechos constitucionales de libertad de locomoción y de no sumisión a la tortura", en *RDPPr.*, Madrid, 1988-3 y bibl. cit.; *Manifestación aragonesa y habeas corpus inglés*, obra colect. *Modeli storici della procedura continentale*, Perugia, 1989 y en prensa.

Abundantísima y comentada bibliografía procesal puede hallarse en ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Veinticinco años de evolución jurídica en el mundo (1940-1965)*, México, UNAM, 1968.

Sobre "El proceso penal sin instrucción" (?) cfr. SIRACUSANO, en *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, cit., 195 ss.