



FERNÁNDEZ BOIXADER, Narciso, *El abogado ante el sumario*. Madrid, 1964. pp. 532.

En una exposición libre, un tanto de espaldas a la sistemática, que comienza por las cuestiones prejudiciales, para seguir con las de competencia, la recusación y las “acciones” derivadas de los delitos y faltas, el derecho de defensa precediendo las resoluciones judiciales y éstas a las notificaciones, el auxilio judicial y los plazos, etc., la monografía de Fernández Boixader intenta desentrañar las complejidades del instar ante el Tribunal más alto de nación, incluyendo el plenario donde se cuestiona la responsabilidad criminal, todo ello informado, como explica su prologuista (Juan del Rosal), por una mentalidad profesional de sazónada experiencia.

La obra comienza destacando la importancia del principio de irretroactividad de la ley penal que figura en la portada de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Al lado de ese principio figura el precepto tutelar que favorece al perseguido ordenando que las autoridades instruyan al presunto reo de sus derechos y de los recursos que puede hacer valer, norma que parte de una hipótesis opuesta a la presunción del conocimiento universal de la ley.

En un segundo capítulo, el autor intenta desentrañar la naturaleza de las cuestiones prejudiciales que califica de presupuestos procesales con manifiesto olvido de que éstos no se confunden con cualquier problema que surja antes de la sentencia, sino que son condiciones establecidas antes del accionar para hacerle no sólo posible sino eficaz. Se duele el expositor de que tanto el legislador como la doctrina, estén impregnados de confusionismo, probablemente porque lo que llama complicado tecnicismo no sea tema preferido de prácticos que buscan solamente establecer “la oportunidad de su planteamiento y el procedimiento adecuado a su tramitación” (p. 6). Es debido a este punto de vista, que en esta monografía se atiende a la evolución legislativa a partir del Reglamento de 25 de septiembre de 1863, aludiendo indistintamente a las cuestiones previas y a las prejudiciales, y entendiendo por tales el advenimiento causal ajeno a la tramitación del pleito civil o del proceso penal, injerto en el debate, “el cual, por

ser antecedente obligado del fallo, dada su influencia, debe ser resuelto antes que la cuestión principal, con suspensión del curso del proceso de la misma" (p. 7). Ello debió bastar para advertir que este problema debió tratarse, o con motivo de los impedimentos al fallo de fondo, o en relación con la suspensión del proceso, pero nunca en el inicio del estudio procesal.

No obstante la definición ofrecida en primer término, más adelante el autor entra en la distinción de cuestiones que suspenden y cuestiones que no suspenden el proceso, según que estén o no, íntimamente unidas al hecho punible, es decir, se oculta la diferencia entre prejudicialidad y cuestión previa, invocando ejemplos de condiciones determinantes de la culpabilidad o inocencia del procesado (pp. 11 a 14).

El autor continúa exponiendo (y rehusándose al análisis doctrinal) los preceptos de la ley procesal para aludir a la competencia respecto a las cuestiones prejudiciales, a los sujetos facultados para proponerlas ("Las cuestiones previas prejudiciales (sic.) no pueden ser planteadas de oficio", p. 26), y al hecho de que las soluciones recaídas sobre ellas no son susceptibles de casación (sentencias que van desde el 14 de diciembre de 1898, al 3 de marzo de 1955).

A pesar de que el autor ha venido empleando indistintamente los términos cuestiones previas y prejudiciales, al entrar al estudio del momento en que deben promoverse, reconoce que son problemas distintos y acude a la explicación de Jiménez Asenjo, para quien "las cuestiones de previo pronunciamiento son meros accidentes de un proceso, en tanto que las prejudiciales implican en cambio, un proceso autónomo distinto. Así, es previa la amnistía y prejudicial, un estado civil determinado" (p. 28). Pero llegado el momento de los ejemplos, el autor vuelve a la imprecisión, por intentar apoyarse en el carácter suspensivo de la cuestión prejudicial (también la cuestión previa puede suspender cuando se desplaza el procedimiento para estudiar la competencia). La falta de apoyo teórico es determinante cuando se intenta definir el procedimiento específico a que ha de acomodarse la tramitación, debido a que la ley silencia este aspecto. El remedio, naturalmente, es volver la mirada hacia esa doctrina que antes se ha minimizado, de modo que el autor acude a Gómez Orbaneja para distinguir entre cuestiones previas (presupuestos procesales) y prejudiciales (presupuestos de la resolución de fondo).

El ensayo de Fernández Boixadel entra ahora en el estudio de la competencia, siguiendo el camino que la práctica ha impuesto irreflexivamente para distinguir entre jurisdicción (facultad para administrar justicia) y competencia (fuero de cada encargado de la administración de justicia). Como el trabajo no aspira a sentar doctrina, apenas cabe comentar que el autor contempla la distribución legal (pp. 40 a 49), para indicar las reglas generales, las de carácter particular, las atinentes a delitos conexos ("Los diversos delitos imputados a un procesado si tuviesen analogía o relación entre sí y no hubiesen sido objeto de anterior procedimiento, son conexos, debiendo ser sustanciados en un solo sumario" Sentencia de 3 de octubre de 1911), a los casos de acumulación y las excepciones: "Nos referimos a los casos de concursos de delitos cometidos simultáneamente por una misma persona y que a pesar de su indudable conexión no pueden ser motivo de un solo proceso. Por ejemplo, cuando concurren con un delito público, un delito privado" (p. 49).

Al igual que frente a las cuestiones previas y prejudiciales, al entrar en el tema de las cuestiones de competencia, el autor pasa de largo la distinción entre conflictos jurisdiccionales, contiendas funcionales y cuestiones de competencia propiamente dichas,

para limitarse a indagar quién puede proponer las últimas y el modo de dirigir estos conflictos, indicando los casos limitados en que procede el recurso de casación.

En el mismo orden *exegético*, Fernández Boixadel pasa a comentar los casos de recusación sin establecer el previo concepto del impedimento, del que la recusación es mero procedimiento, limitándose a mencionar las causas y la sustanciación.

Con indudable criterio anacrónico, en el capítulo destinado a las acciones, se expresa: "De todo delito o falta nace una acción penal, y puede derivarse también una acción civil" (p. 75). Es patente que el autor se refiere, no al accionar dentro del proceso, sino a la pretensión deducida en juicio. Sin embargo, se trata de un tema fundamental para separar los conceptos de denuncia, querrela y acción que el autor no sospecha siquiera que existan ("Al perjudicado le asisten dos derechos: uno el de mostrarse parte en el procedimiento, y otro el de renunciar o no a las acciones —pretensiones— de restitución, reparación o indemnización", p. 83). El accionar procesal queda indiscutido respecto a la pretensión deducida en juicio civil o en cuanto al derecho de defensa (dentro del que se destaca confusamente el derecho al patrocinio gratuito, p. 87); pero no resulta claro en cuanto al proceso penal (donde la solicitud para que se designe abogado depende de que los perjudicados estuvieren habilitados para defenderse como pobres, p. 95).

La parte siguiente atiende a las resoluciones judiciales pero sin identificarlas por su intrínseca naturaleza y sólo distinguiéndolas en providencias, autos y sentencias, tal como lo hace la ley, indicando su fórmula y redacción, el número de magistrados necesarios para dictarlas, la misión del ponente, la emisión de votos, la notificación de la sentencia y hasta detalles menores ("... bueno será advertir que no basta con que así, sin más, se consigne en el rollo de Sala, por medio de una impresión en tinta violeta, realizada por un sello de caucho, que es como corrientemente se hace, expresando simplemente que no se ha podido hacer la notificación a la parte, y que el funcionario encargado de hacerla extiende la diligencia para hacerlo constar", p. 126), todo con un sello de exposición práctica para abogados postulantes.

Esto último se confirma cuando en la parte final de la obra se incluye un conjunto de 51 formularios. Nada hay en el resto de esta monografía que pueda ofrecer a la ciencia procesal una aportación útil o interesante. Así, de la nulidad, se observa que los artículos 850 y 851 la encubren en el recurso de casación por quebrantamiento de forma (p. 133); de los plazos, se menciona su cómputo pero no la diferencia respecto a los términos (pp. 140 y ss.); de los recursos se dice curiosamente, que son un "movimiento procesal que la ley otorga a aquel que se considera agraviado por una injusticia cometida o por un error padecido en una resolución judicial" (p. 151), y se ofrecen consejos para su proposición, recomendaciones contra su abuso, llegando hasta la simple clasificación de ordinarios (reforma, queja, apelación, súplica y aclaración) y extraordinarios (los restantes). Apenas si tiene alguna importancia la explicación de la procedencia de cada uno, pero sin lograr la indispensable precisión, menos aún su configuración teórica que pudiera permitir una cierta generalización.

La carencia de sistema hace que luego de las costas procesales se presente el estudio de la denuncia y la querrela, continuando con la organización de la policía judicial, la actividad del ministerio fiscal en el sumario y, en forma inconexa, una alusión sobre la prueba, la detención, la prisión preventiva, el tratamiento de detenidos o presos, la libertad provisional y la fianza.

La parte expositiva concluye con referencias a la responsabilidad civil (subsidiaria), el final de la instrucción y el sobreseimiento. Se trata, por tanto, más que de un ensayo

procesal, de un experimento de un abogado práctico, tendiente a comentar el articulado de la ley, en aquellos puntos que mayor interés le han producido. Pero aunque este trabajo quiera sostenerse por su claridad y sencillez, produce un efecto contrario a quienes persiguen un conocimiento efectivo de la normatividad procesal. Los comentarios no llegan a la altura de procedimentalistas como de Vicente y Caravantes o Manresa y Reus, y ni siquiera son aprovechables unos formularios tan elementales que no representan la utilidad práctica que de ellos se espera.

Humberto BRISEÑO SIERRA,  
Profesor de la Facultad de Derecho  
de la U. N. A. M.