JUAN MONTERO AROCA

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Valencia.
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.
España

INTRODUCCIÓN AL

DERECHO JURISDICCIONAL PERUANO

Í N D I C E

LIBRO I

SÍNTESIS DE UNA EVOLUCIÓN

CAPÍTULO 1.º

De la práctica forense al derecho jurisdiccional

Evolución de la disciplina

Los orígenes: la práctica forense:

A) Durante los siglos XVI a XVIII

B) En la primera mitad del siglo XIX

El procedimentalismo:

A) La ley y el procedimiento

B) Método y contenido

El derecho procesal:

A) El proceso como concepto base

B) Sus elementos caracterizadores

El derecho jurisdiccional:

A) El poder judicial (la jurisdicción)

B) La acción

C) El proceso.

LIBRO II

EL PODER JUDICIAL O JURISDICCIÓN

CAPÍTULO 2.º

La potestad jurisdiccional

La división de poderes y el poder judicial en Montesquieu

El apoderamiento de los jueces por el poder ejecutivo:

A) El caso francés como paradigma

B) La situación española antes de 1978

La noción de potestad

La potestad jurisdiccional o jurisdicción

Ambito de actuación de la jurisdicción

Doble significado constitucional del poder judicial:

A) Como órganos dotados de jurisdicción
B) Como organización.

CAPÍTULO 3.º

La función jurisdiccional

La función jurisdiccional

La actuación del derecho objetivo:

A) Teorías subjetivas
B) Teorías objetivas

Noción de pretensión y resistencia:

A) Concepto de pretensión
B) Concepto de resistencia

Actuación irrevocable del derecho

Actuación con desinterés objetivo

La realización jurisdiccional del derecho

CAPÍTULO 4.º

Los principios políticos de la jurisdicción

Principios políticos de la jurisdicción

I. Unidad. Su necesidad teórica

Su sentido práctico preconstitucional

El doble significado constitucional:

A) Clases de tribunales por la competencia
B) Clases de tribunales por la organización:
    a) Ordinarios
    b) Especiales

El funcionamiento de los tribunales

II. Exclusividad:

A) Monopolio estatal
B) Monopolio judicial
C) Sentido negativo del principio

III. Juez legal o predeterminado

Su aspecto positivo:

A) Respecto de los órganos judiciales
B) Como derecho fundamental

El sentido de «juez ordinario»
El aspecto negativo del principio
Los tribunales de excepción.

CAPÍTULO 5.º

Los jueces y magistrados

Los juzgados y tribunales y los jueces y magistrados
Los jueces y magistrados: principios constitucionales
I. Imparcialidad
II. Independencia y sumisión a la ley:
A) Concepto y alcance
B) Garantía formal
III. Inamovilidad
IV. Responsabilidad
Responsabilidad del Estado-juez.

LIBRO III

LA ACCIÓN

CAPÍTULO 6.º

El ciudadano ante el Poder Judicial

Derechos de los justiciables
El punto de partida:
A) El Derecho romano
B) La situación en el siglo XIX
C) La polémica Windscheid-Muther
D) Los dos caminos de la acción
La acción como derecho a la tutela jurisdiccional concreta:
A) Derecho de carácter concreto
B) Ámbito de la tutela concreta
La acción como derecho a la tutela jurisdiccional abstracta:
A) Las formulaciones doctrinales
B) Acción y pretensión
El derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva:
A) Titulares del derecho

B) Contenido esencial del derecho en el ámbito civil

C) Contenido esencial en el proceso penal

“La observancia del debido proceso”

LIBRO IV

EL PROCESO

CAPÍTULO 7.º

El proceso no tiene naturaleza jurídica

Naturaleza y estructura del proceso

Caracteres instrumental, artificial y técnico del proceso

Noción de naturaleza jurídica

Esquema de las teorías formuladas

Doctrinas privatistas:

A) La teoría del contrato de *litiscontestatio*

B) La teoría del cuasi contrato de *litiscontestatio*

Doctrinas publicistas:

A) Categorías jurídicas ya existentes: la relación jurídica

B) Categorías jurídicas propias: la situación jurídica

La razón de ser del proceso

Proceso, procedimiento y juicio (enjuiciamiento)

CAPÍTULO 8.º

Clases de procesos

Clases de procesos:

A) Civil y penal

B) Declaración o conocimiento, ejecución y cautela

La unidad fundamental del proceso

Tutelas ordinaria y privilegiadas:

A) Tutela ordinaria (procesos ordinarios)

B) Tutelas privilegiadas (procesos especiales y sumarios).

CAPÍTULO 9.º

Los principios comunes a todos los procesos

Los principios del proceso (I)

Sentido de la teoría de los principios

La constitucionalización de algunos principios

Principios comunes a todos los procesos

Dualidad de posiciones

Contradicción o audiencia:

A) Derecho fundamental

B) Instrumento técnico

Igualdad de las partes:

A)Igualdad legal

B) Igualdad práctica.

CAPÍTULO 10.º

Los principios del proceso civil

Los principios del proceso civil (II)

El principio de oportunidad y el sistema económico

El principio dispositivo

Las facultades materiales de dirección:

A) La aportación de los hechos

B) La determinación del derecho aplicable

C) La aportación de la prueba

La facultades procesales:

A) Sobre los presupuestos procesales

B) Sobre el impulso del proceso

Los principios relativos a la valoración de la prueba:

A) Valoración legal

B) Valoración libre

Los procesos no dispositivos.

CAPÍTULO 11.º

Los principios del proceso penal

Los principios del proceso penal (III)

La garantía jurisdiccional en la aplicación del derecho penal

La acomodación del proceso a la actuación del derecho penal:

A) El principio de necesidad

B) Las diferencias exteriores

C) Juicio oral y público

Los principios atinentes al titular de la jurisdicción:

A) Quien instruye no puede juzgar

B) La distinción entre juzgador y parte

Los principios relativos a la acción:

A) Los titulares de la acción

B) El contenido de la acción penal

C) La inexistencia de pretensión penal

D) Algunas especificaciones sobre el objeto del proceso

Los principios sobre la prueba:

A) La presunción de inocencia

B) La no obligación de declarar

C) La prueba de oficio

D) La valoración libre.

CAPÍTULO 12.º

Los principios del procedimiento

Los principios del procedimiento

Forma y formalismo

Oralidad y escritura

La oralidad y sus principios consecuencia

La escritura y sus principios consecuencia

LIBRO V

CONCLUSIÓN

CAPÍTULO 13.º

La culminación de la evolución: El Derecho Jurisdiccional

Derecho procesal como ciencia del proceso:

A) La incoherencia doctrinal

B) La inhibición política

El derecho jurisdicción como derecho del poder judicial:

A) Derecho judicial denominación equívoca

B) Objeciones al derecho jurisdiccional

LIBRO I

SÍNTESIS DE UNA EVOLUCIÓN

CAPÍTULO 1.º

De la práctica forense al derecho jurisdiccional

Evolución de la disciplina.— Los orígenes: la práctica forense: A) Durante los siglos XVI a XVIII; B) En la primera mitad del siglo XIX.— El procedimentalismo: A) La ley y el procedimiento; B) Método y contenido.— El derecho procesal: A) El proceso como concepto base; B) Sus elementos caracterizadores.— El derecho jurisdiccional: A) El poder judicial (la jurisdicción); B) La acción; C) El proceso.

EVOLUCION DE LA DISCIPLINA

Los planes de estudios de las facultades de derecho de los países occidentales incluidos en el área del llamado derecho continental cuentan entre sus asignaturas o materias la que suele denominarse “derecho procesal”. Esta misma denominación sirve para designar una rama del ordenamiento jurídico y una ciencia, objeto de estudio e investigación por un sector de juristas. Se trata de una asignatura y disciplina relativamente joven, que todavía no ha encontrado su plasmación definitiva, de la que conviene saber de dónde partimos, por dónde hemos pasado, en dónde estamos y a dónde debemos dirigirnos.

En la búsqueda de los orígenes hemos de resistir a la tentación de hacer arqueología. No dudamos de la conveniencia de conocer el más remoto pasado, pero la historia que nos interesa es aquélla que pueda servirnos para explicar el presente y para atisbar el futuro. La ventaja de los países hispánicos radica en que contamos con una historia en parte común y con una misma tradición jurídica que facilitan la exposición, pero aún respecto de las mismas debemos renunciar a las etapas más lejanas (desde luego al Derecho romano, pero también a los “judicialistas”) para comenzar con la práctica forense.

LA PRÁCTICA FORENSE

Si estamos intentando explicar la evolución de una disciplina jurídica puede ser método adecuado atender a sus etapas como materia propia de los estudios universitarios, y para ello debemos comenzar cuando las universidades estaban ya plenamente consolidadas.

A) Durante los siglos XVI a XVIII

Durante esos siglos las facultades de leyes de las universidades hispánicas no formaban juristas para la aplicación cotidiana del derecho. Las universidades formaban juristas expertos en derecho romano, pero el derecho que, con terminología de la época, debemos llamar patrio, que era el que debían aplicar los tribunales en primer lugar, no se estudiaba en ellas, debiendo aprenderse después, una vez obtenido el título de bachiller o licenciado, por medio de la pasantía en los estudios de abogados. Por eso la Ley 2.ª de Toro de 1505 impuso la necesidad de la pasantía y por lo mismo el ejercicio de la abogacía se condicionó a superar un examen ante la Audiencia correspondiente (examen que se reguló en las Ordenanzas de Abogados de 1495).

Junto al derecho oficial de las universidades, que era el romano, y en el que centraba su atención los grandes juristas teóricos, existía otra corriente que atendía a las denominadas leyes patrias, corriente a la que cabe calificar de práctica en cuanto atendía al derecho cotidiano, el que debía servir para resolver los casos concretos que se planteaban ante los tribunales. Una parte de esa práctica, la que se autodenominaba forense, pretendía explicar cómo se realizaban los juicios ante los órganos judiciales y cuál era la manera de actuar de éstos.

En síntesis, los elementos caracterizadores de esa práctica forense eran:

1.ª) Los destinatarios de los libros de práctica forense no eran los estudiantes universitarios, sino los jueces, escribanos y abogados, respecto de los que se pretendía suplir las deficiencias de la enseñanza universitaria.

2.ª) Los autores de los libros no eran normalmente profesores universitarios, sino prácticos (jueces, escribanos, abogados), personas con experiencia judicial que pretendían transmitir conocimientos no adquiridos científicamente, sino a través de su vida profesional.

3.ª) Esos autores no aspiraban a hacer ciencia sino a enseñar el modo de proceder de los tribunales, el estilo de la curia, la práctica.

4 ª) Las obras de práctica forense están escritas en su mayor parte en español, frente al latín que era la lengua científica de la época y en la que escribían los autores teóricos.

5.ª) Si los juristas teóricos se movían en un ambiente cultural común a toda Europa, pues su objeto de atención era el derecho romano, los prácticos quedaban reducidos a un ámbito geográfico determinado: en lo que ahora nos afecta, a España e Indias. E incluso puede decirse que, dentro de ese ámbito, se reducían al estilo o práctica de curia o curias determinadas.

6.ª) La dificultad para conocer la legislación vigente, ante el maremagnum legislativo producido desde el siglo XIII al XVIII, hizo que la fuente principal de los prácticos no fuera la ley, sino el estilo de los tribunales y la opinión de otros prácticos.

De todo lo anterior resulta que la práctica forense ceñía sus enseñanzas a los trámites procedimentales, a las formas, a la manera de realizar los escritos, a los plazos de los distintos juicios que podían realizarse ante los tribunales. Frente al jurista teórico, estudioso de cuestiones muchas veces abstrusas e inútiles, el práctico forense, apegado a la realidad, pretendía ofrecer la manera de actuar de los tribunales.

En 1583 Gonzalo SUAREZ DE PAZ, catedrático de la Universidad de Salamanca, iniciaba su libro *Praxis ecclesiasticae et secularis cum actionum formulis et actis processum,* diciendo que, después de ocho años de explicar la teoría de los procesos, esto es, civil y canónico, se le ocurrió que sería también de utilidad la práctica, el estilo, el modo común de proceder; y habida cuenta de que *parum prodesse habere theoricam absque praxi* decidió enseñar también la práctica, fijándose en el modo y estilo del foro, y en el año 1572 impartió esas enseñanzas en la Universidad, con gran aplauso de los asistentes y el aula llena de jueces, abogados y estudiantes.

Este es un ejemplo claro de las diferencias entre teóricos y prácticos. Suárez de Paz en una ocasión «descendió» a enseñar práctica. No sabemos cuánto duró su experimento, pero sí que fue excepcional. La práctica era algo de menos categoría, «cosa de escribanos».

De entre los prácticos forenses cabe citar, sin ánimo de exhaustividad ni mucho menos:

MONTERROSO, *Práctica civil y criminal, y Instrucción de escribanos,* Valladolid, 1563.

SUAREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiasticae et secularis cum actionum formulis et actis processum. Hispano sermone compositis,* Salamanca, 1583.

HEVIA DE BOLAÑOS, *Curia Philippica,* Lima, 1603 (que es posiblemente el libro más claro y mejor escrito, obra de un español, nacido en Oviedo, pero que desarrolló toda su vida profesional en Perú).

VILLADIEGO, *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros ordinarios del Reino,* Madrid, 1612.

FERNANDEZ DE HERRERA, *Práctica criminal,* 1671.

Manuel Silvestre MARTINEZ, *Librería de jueces, utilisima, y universal... para abogados, alcaldes mayores y ordinarios, corregidores e... intendentes,* Madrid, 1763-1768 (4 volúmenes).

ELIZONDO, *Práctica universal forense de los Tribunales de esta Corte, Reales Chancillerías de Valladolid y Granada y Audiencia de Sevilla,* Madrid, 1764. En la última edición, la 8.ª, Madrid, 1796, se titulaba: *Práctica universal forense de los Tribunales de España e Indias.*

ALCARAZ Y CASTRO, *Breve instrucción del methodo y práctica de los quatro juicios, civil ordinario, sumario de partición, executivo y general de concurso de acreedores,* Madrid, 1770.

FEBRERO, *Librería de escribanos, é instrucción jurídica theorico practica de principiantes*, parte segunda (la primera se refería a testamentarias y contratos), Madrid, 1786.

CONDE DE LA CAÑADA, *instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios en todos sus trámites, según empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales,* Madrid, 1793.

B) En la primera mitad del siglo XIX

La entrada de la práctica forense en las universidades se inició con las órdenes del marqués de Caballero de 1802 y adquirió carácter definitivo, en España, con el plan de estudios de 1824. Pero no se trata de seguir los planes de estudios sino de comprender el fenómeno.

La entrada de la práctica forense en la universidad se produce dentro de un movimiento más general: el intento de formar a los bachilleres y licenciados en leyes en el llamado derecho patrio, frente al anterior dominio casi exclusivo del derecho romano. En este contexto estamos ante una asignatura más, si bien con ella se pretende sustituir a la pasantía y al examen ante las Audiencias. Con todo, esta asunción por las universidades de la enseñanza no supone un cambio sobre las características que hemos indicado antes, especialmente en lo que se refiere a la falta de actitud científica.

Lo más novedoso en este inicio del siglo XIX es que doctrinalmente se asiste a un auge del valor de la ley, como consecuencia de la ideología liberal, y legislativamente se tiende a la codificación; todo lo cual va a repercutir en las fuentes de los prácticos, que ya empiezan a centrar su consideración en la ley.

En este periodo histórico cabe citar los siguientes autores y obras, también sin ánimo exhaustivo:

GOMEZ NEGRO, *Elementos de práctica forense,* Valladolid, 1825.

ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Biblioteca judicial,* Madrid, 1839.

RODRÍGUEZ, *Apuntes sobre la práctica forense,* Sevilla, 1840, e *Instituciones prácticas, o Curso elemental completo de práctica forense,* Sevilla, 1842.

JAUMAR, *Práctica forense arreglada a las leyes y decretos vigentes y al estilo de los tribunales españoles de ambos hemisferios,* Barcelona, 1840.

Hay que tener en cuenta, además, que continuaron reeditándose algunas de las obras anteriores, especialmente la de FEBRERO.

En la América ya independiente o en trance de lograr la independencia existen varios prácticos de importancia. El primero de ellos es Francisco GUTIERREZ DE ESCOBAR (1750-1805), relator en la Audiencia de Charcas y profesor de la Universidad, autor de una *Instrucción forense y orden de sustanciarse y seguirse los juicios*, denominada también *Prontuario de los juicios*, aunque fue conocida comúnmente como *Cuadernillo de Gutiérrez* que, después de circular manuscrita (al parecer se escribió en 1782) se editó por primera vez en Lima, 1818, y después profusamente hasta la última edición, Lima, 1855. En Argentina hay que citar a Manuel Antonio DE CASTRO y su *Prontuario de práctica forense*, publicado en 1834. Con el antecedente de Manuel DE LA PEÑA, autor de unas *Lecciones de práctica forense*, publicadas en México, entre 1835 y 1837, hay que aludir al mexicano Rafael ROA BÁRCENA (1832-1863) y su *Manual razonado de práctica civil forense mexicana*, 1.ª edición, México, 1859. A pesar de que el primero es anterior a la independencia y el segundo posterior, los dos utilizan las mismas fuentes bibliográficas y legales de cualquier "práctico" español, porque todos respondían a una misma tradición jurídica.

En resumen, la práctica forense apareció como un intento de atender, desde la realidad, a la necesidad de que los juristas que aplicaban el derecho cotidianamente conocieran la manera de actuar de los tribunales, y por eso se limitó a enseñar lo exterior, la actividad judicial reducida a formas, trámites, plazos, clases de juicios, modelos de escritos. A principios del siglo XIX las universidades quisieron hacerse cargo de esas enseñanzas, pero no hicieron sino recoger lo que existía.

No cabe hablar de una consideración científica de los tribunales ni del proceso, sino simplemente de exposiciones de lo que los tribunales hacían; la práctica forense es mera descripción de la actuación de los tribunales. Así en la orden ministerial española de 27 de mayo de 1843, al regularse el examen para el grado de licenciado en leyes, se disponía que la prueba práctica consistiera en que el ejercitante manifestara la acción del demandante y las excepciones del demandado, dijera si al asunto admitía prueba y de qué clases, y formulara todos los trámites del proceso hasta la sentencia, especificando también los recursos; lo mismo debía hacerse con relación al proceso penal.

EL PROCEDIMENTALISMO

La segunda etapa de la evolución es la del procedimentalismo o de los procedimientos judiciales. Su comprensión requiere atender a la concepción de la ley propia de los ideólogos de la Revolución Francesa.

A) La Ley y el procedimiento

Si en el Antiguo Régimen la ley emanaba de la voluntad del soberano *(quod principi placuit),* para Rousseau y para los revolucionarios era la expresión de la voluntad general (art. 6 de la *Déclaration des Droits* de 1789). En este cambio radical se encuentra la base de la hipervaloración de la ley, e incluso de su deificación; también de aquella concepción que verá en los códigos la fuente de todo el derecho, la plenitud del ordenamiento jurídico.

Desde esta posición ideológica se realizan los códigos napoleónicos, y en concreto el *Code de procédure civile* de 14 de abril de 1806 y el *Code d'instruction criminelle* de 17 de noviembre de 1808, y se afronta su estudio por la escuela de la exégesis. Como reacción se pretende desconocer la práctica de los tribunales y la jurisprudencia, hasta el extremo de que Robespierre pretendía borrar la palabra jurisprudencia de los diccionarios de la lengua. Síntesis de esta concepción es la célebre frase de Buguet: «Yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código de Napoleón», frase que puede referirse a todas las ramas del derecho.

La *procédure* era así el conjunto de formas que los ciudadanos debían seguir para obtener justicia y que los tribunales habían de observar para otorgarla (Garsonnet), pero esas formas eran siempre las establecidas por la ley. Esta describía la forma de los actos procesales, y el autor procedimentalista describía, a su vez, cómo la ley describía los actos. Todo se reducía, pues, a descripciones de formas legales, y el mejor sistema para ello era, naturalmente, el de la exégesis.

Los últimos prácticos habían comenzado a reaccionar contra las prácticas de los tribunales poco conformes, e incluso contrarias, a la ley (así el conde de la Cañada), y buscaban algo distinto de la mera exposición del estilo y modo de proceder de los tribunales (como Gómez Negro). En esa reacción se profundiza hasta llegar a los procedimientos judiciales; en éstos se pretenderá explicar la ley, y el método será la exégesis.

El siglo XIX se caracteriza en España y en Perú por un gran movimiento legislativo que, aunque no siempre conduce a la codificación, siempre produce leyes de importancia. Las nuevas leyes habían de ser explicadas y aplicadas, y a ello atenderán los procedimentalistas. Al mismo tiempo la ideología liberal era eminentemente centralizadora y aspiraba a la desaparición de prácticas específicas de los distintos tribunales, lo que se conseguirá con la promulgación de leyes que sustituyan al «maremagnum» de las Recopilaciones. En España la norma de más importancia en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y en el Perú las leyes de enjuiciamiento de 1833 y de 1852. Después, pero siempre del procedimentalismo, se promulgará en España la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en el Perú el Código de Procedimientos Civiles de 1911.

Se asiste así a un cambio de enfoque. Los procedimientos judiciales, según Lastres, serán «las formas solemnes con que se proponen, discuten y resuelven las pretensiones deducidas ante los tribunales», pero esas formas no son ya las impuestas por la práctica, por el estilo de la curia; son las establecidas por las leyes.

B) Método y contenido

En los procedimentalistas, en todos ellos, los españoles y los iberoamericanos, es manifiesta la voluntad de describir las formas legales, y el método de la exégesis es ampliamente utilizado, incluso por los autores que no adoptan la forma de comentarios en el plan de sus obras.

Después de los comentaristas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (sobre todo Manresa, Miquel y Reus y Hernández de la Rúa), la promulgación de la de 1881 produjo la aparición de gran número de comentarios siendo los más destacados e influyentes los de Manresa. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 fue comentada sobre todo por Aguilera de Paz.

Aparte de los comentaristas, los autores destacados desde mediados del siglo XIX hasta los años veinte del actual fueron:

GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, *Tratado académico forense de procedimientos judiciales,* 1ª ed. 1848.

VICENTE Y CARAVANTES, José de, *Tratado histórico, crítico filosófico* de *los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento,* 1856-58, con apéndices en 1867 y 1879.

ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Práctica general forense. Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los tribunales y juzgados y los procedimientos judiciales,* 8ª ed. 1878.

LASTRES, *Procedimientos civiles y criminales,* 1ª ed. 1871.

FABREGAS, *Apuntes de procedimientos judiciales,* 1907.

MIGUEL Y ROMERO, *Tratado de procedimientos judiciales,* Valladolid, 1916, *Derecho procesal teórico,* Valladolid, 1934, y *Lecciones y modelos de práctica forense,* 1908.

La evolución de esta doctrina no fue la lógica. No se fue mejorando con el paso del tiempo y el perfeccionamiento de la investigación. La cumbre la representa José de Vicente y Caravantes y después de él no se avanzó.

En el procedimentalismo argentino, que es el más conocido fuera de sus fronteras, deben citarse.

ESTÉVEZ SAGUÍ, *Tratado elemental de los procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1850.

MALAVER, *Curso de procedimientos judiciales en materia civil y comercial*, Buenos Aires, 1875.

CASARINO, *Apuntes de procedimientos judiciales con sujeción al programa respectivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1894.

MALAGARRIGA y SASO, *Procedimiento penal argentino*, Buenos Aires, 1910.

DE LA COLINA, *Derecho y legislación procesal civil en materia civil y comercial*, Buenos Aires, 1909.

CASTRO, *Curso de procedimientos civiles* (son los apuntes tomados en clases por los alumnos, pero se publicaron en 1926).

En el procedimentalismo peruano debe citarse J. Guillermo ROMERO, *Estudios de legislación procesal*, 6 volúmenes, Lima, 1916.

En España el contenido de la disciplina, según se desprende de las obras no de comentario, abarcaba la organización judicial, la competencia de los tribunales y el procedimiento. Ya en 1848 Gómez de la Serna y Montalbán decían que eran tres las partes capitales: límites a que el poder judicial ve circunscritas sus funciones, organización judicial en sus diferentes líneas y escalas y todo lo que hace relación al modo de proceder de los tribunales. Ese es el esquema base de Vicente y Caravantes, precedido de una larga introducción histórica, y lo mismo cabe decir del último procedimentalista algo conocido, de Fábregas.

En Hispanoamérica ocurre lo mismo; el método de la exégesis es evidente, pues parte de las obras dichas son comentarios a códigos. Debe destacarse, además, el influjo de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, que se ha considerado el "código procesal civil más prolífico del universo" (Alcalá-Zamora), pues determinó la mayor parte de los códigos de procedimientos civiles de todos estos países, aunque en algunos, como el Perú, la influencia procediera de la Ley española de 1881.

En síntesis, los procedimientos judiciales responden a una concepción jurídica más general, que se centra en el estudio de la ley, utilizando la exégesis como método; el procedimiento es el conjunto de formas solemnes reguladas por la ley, por medio de las cuales actúan los tribunales, y el procedimentalista centra en ellas su consideración.

EL DERECHO PROCESAL

La tercera etapa, la del derecho procesal, se inicia en Alemania a mediados del siglo XIX. Ya en el siglo XVIII la entrada del «derecho procesal» en las universidades alemanas había significado un cambio profundo. A principios de ese siglo se escribía para y como prácticos, atendiendo a las fuentes del derecho común y a Mevius, Karpzov, Brunnemann, etc., ateniéndose a las distintas formas procedimentales. Cuando a finales del XVIII se empieza a escribir para la enseñanza

universitaria, el método casuístico se reveló inadecuado, y se intentó hallar un sistema que pudiera recoger la variedad de formas del proceso, pretendiendo descubrir las reglas comunes a las que pudieran atenerse los estudiantes.

A) El proceso como concepto base

Libres los autores alemanes del siglo XIX de la interpretación de un código (las Ordenanzas procesales civil y criminal son de 1877), pudieron plantearse desde la raíz los problemas que la realidad que es el proceso suscita, sin quedarse en las formas del procedimiento. Como destacó Kohler, se atendió a la calidad jurídica del fenómeno procesal y no simplemente al devenir fáctico de los actos judiciales; si un tratamiento del contrato que no tuviera en cuenta su naturaleza de negocio jurídico, no sería científicamente admisible, un tratamiento del proceso, reducido a la descripción del desarrollo temporal de los distintos procedimientos, tampoco era admisible.

Desde este planteamiento cabe registrar dos pasos fundamentales:

1.º) De la polémica entre Windscheid y Muther (1856 y 1857) resultó la autonomía del derecho de acción frente al derecho subjetivo material, siendo concebido aquél como un derecho, de naturaleza pública, frente al Estado en sus órganos jurisdiccionales, a obtener la tutela jurídica. Si el destinatario de la acción no es el demandado, sino el Estado, han quedado distinguidas dos esferas jurídicas; el derecho privado material y el derecho de acción, los cuales tendrán contenido, sujetos y efectos distintos (Capítulo 6.º).

2.º) La obra de Bülow (1868) puso de manifiesto que, aparte de la relación jurídica de derecho material que se deduce en el proceso, éste en sí mismo constituía otra relación jurídica, la cual es siempre de derecho público. Esta relación tiene sujetos, presupuestos y contenido distintos de la primera, se desarrolla de modo progresivo entre el tribunal y las partes, haciendo surgir derechos y deberes procesales (Capítulo 7.º).

A partir de aquí se desarrollará la doctrina procesalista, tanto en Alemania (Wach, Kohler, Hellwig, Kisch) como en Italia (Mortara, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Redenti), de modo que para todos ellos el concepto clave es el de proceso, en torno al que gira todo lo demás.

Científicamente el derecho procesal español encuentra su origen, primero, en la influencia italiana y después en la alemana. Antes de 1936 domina la figura de Francisco Beceña, nuestro primer procesalista científico, al cual se debe el impulso inicial. Su exposición general parte de la consideración del proceso como realidad social, determinante de la «materia prima» del derecho procesal, en cuanto su regulación da lugar a esta rama del derecho, que define como el conjunto de normas reguladoras de los supuestos o condiciones, contenido, forma y efectos de la tutela jurídica

procesal. El juez y la organización judicial se estudian en cuanto «elementos personales del proceso civil».

Si el empuje inicial es de Beceña, la renovación de la ciencia procesal española se va a producir a partir de la publicación en 1941 del primer manual de Prieto-Castro y del inicio de la aparición de los comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en 1943, de Guasp. Vendrán después las obras de Gómez Orbaneja y Fairén como principales impulsores del cambio.

En Argentina el impulso inicial es de Tomás Jofré, pero el año grande del derecho procesal en el Río de la Plata es 1941, cuando se publican el tomo primero del *Tratado de derecho procesal civil* de Alsina, la *Jurisdicción y competencia* de Lascano, la *Teoría y técnica del proceso civil* de Podetti y los *Fundamentos de derecho procesal civil* de Couture. Poco después aparece la Revista de Derecho Procesal y ya más recientemente Morello, Palacio, Colombo, Velez Mariconde, Clariá Olmedo entre los continuadores.

B) Sus elementos caracterizadores

A pesar de matices trascendentes en un conjunto tan grande de autores y obras, los elementos comunes son:

a) *Método:* El sistema sustituye a la exégesis.

1.º) Si los procedimentalistas se limitaron a estudiar la ley, y las formas del procedimiento eran las formas legales, los procesalistas elaborarán sistemas científicos, intentando acomodar la ley dentro del sistema. Wach precisó que la ley no podía quitar a la ciencia la tarea de elaborar un sistema.

2.º) El procesalista no se limita a describir las formas procedimentales, sino que hace teoría del proceso.

3.º) El sistema se centrará en torno al proceso, que es el concepto base. El proceso se concibe normalmente como relación jurídica, estudiándose los principios configuradores, sus sujetos, los actos procesales, sus fases y sus efectos. Los demás conceptos quedan supeditados al de proceso. La jurisdicción interesa considerada desde el punto de vista del proceso, y por eso se resuelve en un presupuesto procesal, el primero de todos.

b) *Autonomía:* Creación de una rama autónoma de la ciencia jurídica, separándola del derecho material.

1.º) La consideración de que el proceso civil era un capítulo, el último, del derecho privado, o de que el proceso penal lo era del derecho penal, está completamente superada, y sólo una visión

arcaica y desfasada del movimiento científico procesal consiente la publicación de obras de derecho administrativo o laboral en las que, al final, se aborda el proceso correspondiente.

2.º) Como toda rama relativamente juvenil de la ciencia jurídica, el derecho procesal se ha formado a base de la conquista de terrenos inicialmente ajenos. Ha atraído así a su campo, y de manera indiscutible, la prueba, la cosa juzgada, la acción, por ejemplo.

En resumen, hoy es un lugar común en la doctrina definir el derecho procesal con referencia al proceso, con lo que el elemento a definir se desplaza a éste, que se convierte en el concepto base que da unidad al conjunto. Los méritos de los procesalistas en el avance de esta rama jurídica son evidentes; ellos han conseguido su autonomía, rompiendo con una dependencia insostenible del derecho material; ellos la han considerado derecho público, abriendo nuevas vías, más adecuadas a la realidad; y ellos han realizado un gran esfuerzo científico, ofreciendo a los tribunales y a los profesionales del derecho un instrumento para la mejor realización de la justicia.

EL DERECHO JURISDICCIONAL

El derecho procesal se define hoy, bien como el conjunto de normas que regulan el proceso, bien como la ciencia jurídica que atiende al estudio del proceso, pero a pesar de estas definiciones, que centran toda la disciplina en torno al proceso, la doctrina ha sido consciente de que otras realidades, aparte de la del proceso, son reguladas por normas que ella misma califica de procesales y, dando un salto en el vacío en la línea argumentativa, incluye dentro del derecho procesal algo más que el proceso; ese algo más suele ser la acción (y/o la pretensión) y sobre todo la jurisdicción, y por esa vía la organización judicial y todo lo relativo al personal judicial.

De lo anterior resulta que el derecho procesal no es sólo el derecho del proceso, pues éste no es ni el único ni el más importante concepto de aquél, a pesar de lo cual la tradición lleva al sector mayoritario de la doctrina española a seguir hablando de derecho procesal. Ahora bien, si se trata de identificar a una rama jurídica atendiendo a su concepto principal, que es el poder judicial o jurisdicción, y no a un concepto subordinado, que es el proceso, dígase de una vez: derecho jurisdiccional.

A) El poder judicial (la jurisdicción)

El arranque de la disciplina se encuentra, pues, en las nociones de poder judicial y de jurisdicción, para comprender después la organización judicial y el personal jurisdiccional. Políticamente no puede desconocerse que en el Estado democrático moderno el poder judicial ha

de ser uno de los poderes públicos, no pudiéndose seguir sosteniendo, como hacía Montesquieu, que el poder de juzgar era en una cierta manera nulo.

El nacimiento del poder judicial como poder político debe repercutir en su tratamiento por la doctrina constitucional, pero sobre todo ha de afectar al derecho jurisdiccional. Este debe partir del reconocimiento de que los principios básicos de la conformación del poder judicial y de la jurisdicción son constitucionales, de la misma manera como constitucionales son los principios informadores de todas las ramas del derecho positivo, pero su desarrollo corresponde a la ciencia jurisdiccional. En primer lugar hay que reivindicar la autonomía del poder judicial frente a los otros poderes del Estado, para después determinar las funciones que le atribuye la Constitución. En segundo lugar hay que determinar claramente lo que sea la jurisdicción, distinguiéndola de la administración, precisando los límites entre una y otra y la solución de sus conflictos.

El esquema de la organización administrativa no es aplicable a la judicial, debiendo estar ésta sustraída de la potestad reglamentaria, y en lo que quepa esta potestad no debe estar atribuida al poder ejecutivo. La organización judicial, en cuanto soporte orgánico del poder judicial, es elemento condicionante del correcto cumplimiento de las funciones de éste, hasta el extremo de que aspectos aparentemente marginales, y nunca estudiados por la doctrina procesal, van a ser determinantes de la eficacia de la justicia (piénsese, por ejemplo, en la demarcación judicial).

La noción de funcionario que nos ofrece el derecho administrativo no puede aplicarse al juez, pues existe en éste una dimensión que sobrepasa lo que aquél sea. De aquí la importancia de estudiar el estatuto jurídico del personal judicial, constitucionalizado en sus principios, sobre todo en lo relativo a la independencia y a la responsabilidad.

B) La acción

Lo anterior no agota, naturalmente, el contenido del derecho jurisdiccional. La segunda noción fundamental es la de acción.

La teoría de la acción en el derecho jurisdiccional debe tender a resaltar los derechos de las partes en un doble sentido: por un lado en relación con el derecho a la jurisdicción y, por otro, respecto de su participación en la actividad jurisdiccional. El proceso no es sólo el instrumento del poder judicial; lo es también de los ciudadanos, y de ahí que haya que contemplar:

a) El derecho a la jurisdicción es un derecho subjetivo público frente al Estado, encaminado a que éste proceda a tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos mediante el proceso.

La constitucionalización de ese derecho, en el art. 139.3 de la Constitución y su expresión más detallada en el art. I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, ha de operar en planos distintos para dar plena eficacia al mismo:

1.º) Habrá de comprenderse, ante todo, lo que el derecho significa, y para ello vid. Capítulo 6.º.

2.º) La existencia del derecho fundamental ha de servir, después, para interpretar todo el ordenamiento procesal.

3.º) La constitucionalización del derecho atenderá, también, a juzgar desde él la constitucionalidad de las leyes orgánicas y procesales.

b) Se enlaza así con los derechos de las partes en el proceso, pues el derecho de acción comporta, no solamente el deber de los órganos jurisdiccionales de realizar el proceso, sino además el de realizarlo conforme a los principios que conforman la intervención de las partes de él; básicamente esos principios son dos: contradicción e igualdad.

C) El proceso

Desde luego el proceso será una de las partes fundamentales del derecho jurisdiccional, siendo concebido bien como el instrumento por medio del que el poder judicial cumple las funciones que le están atribuidas constitucionalmente, bien como el instrumento puesto a disposición de todas las personas para lograr la tutela jurisdiccional a que se refiere la Constitución y que el art. I del Título Preliminar del CPC califica de efectiva.

Desde esta concepción, es evidente la unidad del fenómeno procesal. El instrumento, lógicamente, habrá de acomodarse a la pretensión que haya de satisfacer el órgano judicial, y en este sentido mientras subsista la diferenciación entre intereses públicos y privados, el proceso civil será distinto del penal, pero nunca habrá diferencias absolutas al ser comunes la base de partida y el fin perseguido. Durante bastantes años ya un sector importante de la doctrina procesal, se ha esforzado en construir una parte o teoría general del derecho procesal, sobre cuya necesidad existe hoy acuerdo mayoritario, aunque los frutos alcanzados son todavía modestos, posiblemente porque se ha centrado la atención y el esfuerzo en la parte general del proceso, no en la del derecho jurisdiccional.

Asimismo esta concepción resalta que las leyes procesales pueden conformar el instrumento de tal manera que hagan imposible de hecho el cumplimiento de las funciones del poder judicial e inútil el derecho a la jurisdicción. Cuando se habla de la eficacia del proceso, tema hoy de moda, se

está en realidad cuestionando la eficacia del poder judicial, y de ahí la necesidad de que las procesales estén adecuadas para hacer frente a las necesidades reales de la sociedad.

En conclusión, el derecho jurisdiccional ha de ser el derecho del poder judicial. El Capítulo VIII del Título IV de la Constitución sienta las bases de dicho poder, y en él y en otros artículos de la norma fundamental se regulan los principios informadores del poder judicial, de la acción y del proceso. Normas de rango inferior han de desarrollar la constitucional, y ese desarrollo ha de tender a reglamentar la garantía de justicia contenida en la primera. A todo ese conjunto normativo atiende el derecho jurisdiccional; en torno a él se centra el objeto de estudio de esta rama de las ciencias jurídicas.

LECTURAS RECOMENDADAS:

En el texto hemos ido ofreciendo los libros más importantes de cada época.

Para la evolución de la disciplina con carácter general, ALCALÁ-ZAMORA, *Evolución de la doctrina procesal,* en «Estudios de teoría general e historia del proceso», tomo II, México, 1974, y MONTERO, *Evolución y futuro del derecho procesal,* Bogotá, 1984, y también *Del derecho procesal al derecho jurisdiccional,* en «Trabajos de Derecho Procesal», Barcelona, 1988; para el Perú, MAC LEAN ESTENÓS, *Historia del derecho procesal en el Perú*, en Rev. de Derecho Procesal (Argentina), 1945, II.

Para una visión de conjunto de la formación universitaria *vid.* M. y J. L. PESET, *La Universidad española (siglos XVIII y XIX),* Madrid, 1974, y únicamente del primero *La formación de los juristas y el acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a X/X,* en Rev. Gen. de Leg. y Jur., 1971, tomo 230. Para los planes de estudio en que se inicia la entrada de la práctica forense en la Universidad, M. PESET, *La enseñanza del derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII* (*1808-1833*), en Anuario de Historia del Derecho, 1968; también MONTERO, *Introducción al derecho procesal,* 2ª ed., Madrid, 1979, pp. 198 y ss.

Los procedimentalistas franceses nunca fueron traducidos al español, por lo que hay que manejar las ediciones francesas, y así BONCENNE, *Introduction a l'étude de la procédure civile,* 2ª ed., París, 1859, y GARSONNET*, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale,* París, 1882 a 1897.

El procedimentalista español más importante fue sin duda José de VICENTE Y CARAVANTES, cuyo *Tratado,* citado en el texto, es de lectura obligada para conocer la disciplina en

el siglo XIX. Hay que advertir, con todo, que la obra de este autor es muy superior al nivel medio del siglo.

Los estudios que centraron la discusión sobre la acción han sido publicados en castellano, WINDSCHEID y MUTHER, *Polémica sobre la acción,* Buenos Aires, 1974, y también BÜLOW, *La teoría* de *las excepciones procesales y los presupuestos procesales,* Buenos Aires, 1964. La doctrina italiana, la importante, está toda ella traducida al castellano.

Para Beceña, vid. MONTERO, *Aproximación a la biografía* de *Francisco Beceña,* en «Estudios de Derecho Procesal» Barcelona, 1981. Para la renovación en España, PRIETO-CASTRO, *Exposición del derecho procesal civil de España,* Zaragoza, 1941, y GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* tomo I, Madrid, 1943. Para la renovación en Argentina REIMUNDIN, *Apuntamiento para una introducción a la literatura procesal argentina,* en Revista de Derecho Procesal (Argentina), 1952, 3, SENTÍS MELENDO, *Visión panorámica del derecho procesal civil argentino*, en "Teoría y práctica del proceso", I, Buenos Aires, 1959, más en general, COUTURE, *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispano-americano*, en "Estudios de derecho procesal", I, 2.ª edición, Buenos Aires, 1978.

Para el último intento de construcción de una parte general del derecho procesal, vid. FAIRÉN, *Doctrina general del derecho procesal (Hacía una Teoría y Ley Procesal Generales),* Barcelona, 1990.

LIBRO II

EL PODER JUDICIAL

CAPÍTULO 2.º

La potestad jurisdiccional

La división de poderes y el poder judicial en Montesquieu.— El apoderamiento de los jueces por el poder ejecutivo: A) El caso francés como paradigma; B) La situación española antes de 1978; C) La llamada administración de justicia.— La noción de potestad.— La potestad jurisdiccional o jurisdicción.— Ambito de actuación de la jurisdicción.— Doble significado constitucional del poder judicial: A) Como órganos dotados de jurisdicción; B) Como organización.

LA DIVISION DE PODERES Y EL PODER JUDICIAL EN MONTESQUIEU

En la concepción ideológica base de la Revolución Francesa, la doctrina de la división de poderes no significó la aparición de un verdadero poder judicial. Los revolucionarios partían de una clara desconfianza frente a los tribunales.

Dividir los poderes no supuso equiparar el judicial a los otros. El judicial quedó en buena medida hipovalorado. Ello es así porque la aspiración fundamental del barón de la Bréde era garantizar la libertad de los ciudadanos frente a la monarquía absoluta, y para ello pretendía que en el ejercicio de la soberanía concurrieran las diversas fuerzas sociales por medio de órganos específicos.

La teoría de que si los tres poderes quedasen en manos de la misma persona, o de la misma asamblea, desaparecería la libertad, es sobradamente conocida. Para Montesquieu no existe libertad cuando el poder judicial está unido al legislativo, porque entonces, convertido el juez en legislador, estaríamos ante la arbitrariedad; tampoco existe libertad si el poder judicial y el ejecutivo están unidos, pues el juez entonces tendría la fuerza de un opresor. Pero importa ahora destacar que para este autor lo esencial era determinar la titularidad de la soberanía.

La construcción de Montesquieu se incardina en un país y en un momento histórico. A la vista de las fuerzas sociales existentes en Francia en el siglo XVIII, se trataba de distribuir entre ellas el poder político. El legislativo lo atribuía a dos cuerpos colegisladores, uno integrado por nobles y otro por representantes del pueblo, el ejecutivo quedaba en manos del rey. Estos —los nobles, el pueblo (mejor la burguesía) y el rey— eran las fuerzas sociales del momento y entre ellas se repartía el poder. Ante esta situación la potestad judicial, si se quería mantener la libertad, no podía atribuirse ni al legislativo ni al ejecutivo. Entonces, ¿a quién?

Montesquieu contesta que la potestad judicial no puede ser confiada ni a una concreta fuerza social, ni a una profesión determinada; debe ser confiada a todos, al pueblo. La respuesta viene

condicionada: 1.º) Por la aspiración de limitar el poder para defender la libertad, y 2.º) Por los prejuicios frente a los *parlements* de la época (tribunales, a pesar del nombre). Estos órganos judiciales estaban integrados por la nobleza baja y la burguesía y eran, en alguna medida, un rescoldo del feudalismo frente al poder real absoluto, habiéndose atribuido la facultad de *enregistrement* de las leyes. En virtud de ella, los parlamentos se negaban a registrar las leyes regias (es decir, centralizadoras) y, por tanto, a aplicarlas en los casos concretos, controlando que en ellas no existiera «nada contrario a los intereses de Vuestra Majestad *et de l'Etat et aux lois fondamentales du royaume».*

La potestad judicial, en la concepción teórica de Montesquieu, se atribuía a todos, a personas elegidas por el pueblo para algunos periodos del año. Los tribunales no debían ser permanentes, debiendo actuar sólo el tiempo preciso para solucionar los asuntos pendientes. Esto es, tribunales populares y ocasionales.

Ahora bien, «si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo hasta el extremo de no ser más que el texto preciso de la ley». El juicio, la sentencia, no puede representar el punto de vista particular del juez; éste no es una fuerza social o política; el juez ha de limitarse a aplicar la ley creada por las verdaderas fuerzas sociales; su actividad es puramente intelectual, no creadora de nuevo derecho. Aquí se inserta la tan conocida frase de que el juez no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley.

En esta construcción, pues, el poder judicial, al no representar a una fuerza social, es invisible o nulo, o bien que de los tres poderes el judicial es en cierto modo nulo, quedando sólo los otros dos, que son los verdaderos poderes. Si lo que se pretendía era repartir el poder político entre las diversas fuerzas sociales y para ello se establecen unos órganos específicos, los jueces no son una fuerza social ni la representan. En la lucha entre las fuerzas sociales, el juez debe ser neutral. Para conseguirlo, la potestad judicial no debe atribuirse ni a un órgano permanente, ni a un cuerpo de funcionarios. En realidad no existe el poder judicial.

EL APODERAMIENTO DE LOS JUECES POR EL PODER EJECUTIVO

Aunque otra cosa pudiera parecer, la concepción de Montesquieu condujo a que en Francia el poder ejecutivo subordinara a los jueces, se apoderara del poder judicial, haciendo desaparecer incluso esta expresión.

A) El caso francés como paradigma

a) La concepción napoleónica

La elaboración teórica de Montesquieu no resistió al trasladarse al plano de la realidad. A pesar del número importante de constituciones por las que se ha regido Francia, sólo en tres de ellas se habló de poder judicial: En la primera de 3 de septiembre de 1791, en la senatorial de 6 de abril de 1814 y en la efímera que se dio la II República de 1848. En las demás se ha eludido esta expresión y se ha hablado de *ordre judiciaire,* de *fonction judiciaire* o de *autorité judiciaire;* desde 1848 no se habla en ese país de poder judicial.

En los inicios revolucionarios la influencia del barón de la Bréde es evidente. La elección popular de los jueces se establecía en las constituciones de 1791, de 1793 y de 1795, e incluso antes en el Decreto sobre organización judicial de 16-24 de agosto de 1790. El cambio se produjo en la Constitución de 13 de diciembre de 1799, en la cual el nombramiento pasó a manos del primer cónsul, esto es, de Napoleón.

A partir de aquí el poder ejecutivo se ha apoderado de los jueces y tribunales, y expresión de ello van a ser la Ley sobre organización de tribunales de 18 de marzo de 1800 y la Ley sobre organización del orden judicial y la administración de justicia de 20 de abril de 1810. Napoleón organizó la Administración francesa y concibió a la justicia como una parte de esa Administración. El ministro de Justicia se convirtió en el *grand-juge.*

Los cambios de régimen político no alteraron ya la situación. En la Carta Constitucional de 1814 la justicia emana del Rey y se administra en su nombre por jueces que él nombra. En la Constitución republicana de 1848 la justicia se administra en nombre del pueblo, pero los jueces son nombrados por el presidente de la República.

La Ley de 20 de abril de 1810, que se mantuvo en vigor hasta el fin de la III República, partía de la idea de que la justicia era un simple servicio público, equiparable sin más a cualquier otro, y los funcionarios del mismo, los jueces, eran nombrados y destituidos por el ministro de Justicia atendiendo a criterios de eficacia del servicio, esto es, a criterios políticos. Para acceder a la judicatura se estableció en 1906 el sistema de oposición, pero ello no ha impedido que continuara la concepción administrativa de la justicia.

b) La justificación doctrinal

El apoderamiento de la justicia por Napoleón fue tan completo que hasta la doctrina se apresuró a justificarlo.

Los procedimentalistas franceses partieron ya de negar la existencia del poder judicial. Así para Garsonnet existen dos poderes: el legislativo, que hace las leyes, y el ejecutivo, que las aplica; el judicial entra necesariamente en el ejecutivo, puesto que su función es aplicar la ley. La teoría de los tres poderes podría defenderse en un régimen en el que los jueces fueran elegidos, pero ello no es admisible en un sistema en el que corresponde al poder ejecutivo el nombramiento de aquéllos.

Ahora bien, de esta facultad de nombramiento deriva el que los jueces sean agentes del poder ejecutivo y depositarios de una parte de su autoridad. No importa que los jueces sean inamovibles, pues esta prerrogativa no se justifica por la naturaleza misma del llamado poder judicial.

Entre los procedimentalistas se concluirá que la discusión en torno a la existencia o no del poder judicial carece de interés práctico. Por ello la verdadera discusión se mantuvo entre los autores de derecho público en general, y así:

1.°) El máximo sostenedor de la existencia del poder judicial fue Carré de Malberg, para el cual «por el hecho de que la autoridad jurisdiccional ha recibido una constitución orgánica que hace de ella una autoridad independiente, por el hecho de que la actividad jurisdiccional está sometida a formas especiales y que las decisiones jurisdiccionales tienen una fuerza que no corresponde a las decisiones administrativas, la jurisdicción se encuentra erigida, desde el punto de vista jurídico, en un poder distinto, es decir, en una tercera función de la potestad estatal»

2.º) Pero este autor es minoritario, pues la mayoría de la doctrina, en cantidad y calidad, se coloca en el lado opuesto, en la negación del poder judicial, centrándose en la idea de que la función jurisdiccional es una función del poder ejecutivo.

Se destacó así que los poderes no están subordinados a las funciones, sino que, por el contrario, estando los poderes más allá de las funciones, cada uno de aquéllos puede tener varias de éstas. Lo que importa es el ejercicio de una voluntad política y, desde este punto de vista, la actividad administrativa y la actividad judicial son dos ramas del mismo poder de voluntad. En este sentido decía Hauriou que lo que distingue las decisiones de una y otra actividad son las circunstancias y los procedimientos.

En este orden de cosas Duguit estimaba que la existencia del poder judicial dependía de demostrar que la justicia es un elemento separable de la soberanía del Estado e incorporado a un órgano de representación.

En conclusión, la expresión poder judicial desapareció de la legislación francesa y de su tradición jurídica y también los autores de derecho público han llegado a considerar preferible que la controversia quede definitivamente en silencio.

B) La situación española antes de 1978

Aunque en España la expresión poder judicial se ha mantenido y tiene detrás una cierta tradición jurídica, ello no supone que se haya actuado políticamente partiendo de la existencia de un verdadero poder.

De las numerosas constituciones promulgadas, sólo tres, aparte de la de 1978, se han referido al poder judicial, y una de ellas no llegó a tener vigencia. Desde la de 1812 hasta la actual ha habido variedad de títulos. En la primera Constitución «De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y en lo criminal»; en la de 1837 se habla por primera vez del poder judicial, pero la de 1845 vuelve a «De la administración de justicia», y en la de 1856 (sin vigencia) al poder judicial. La Constitución nacida de la Revolución Democrática, la de 1869, insistió en el poder judicial, que no volvió a utilizarse hasta la de 1978, pues la de 1876 retrocedió a «De la administración de justicia» y la de 1931 se limitó a «De la justicia», que es lo que hizo también la Ley Orgánica del Estado de 1967.

El que en el último siglo se haya guardado la tradición de poder judicial no ha sido consecuencia de las constituciones, sino de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que se dictó bajo la vigencia la Constitución de 1869. Ello no ha supuesto, lógicamente, la existencia de un verdadero un verdadero poder. En este contexto es comprensible que para el primero de los procedimentalistas españoles, para Vicente y Caravantes, «las funciones del orden judicial se reducen a aplicar la ley a un cierto orden de hechos, o mejor, a concurrir a su ejecución, y toda ejecución de ley entra esencialmente a las atribuciones del poder ejecutivo».

En la Constitución de 1812 se partía realmente de la división de poderes y, a pesar de la falta de expresión, de la existencia del poder judicial, por lo menos mitigado. Por ello el nombramiento de los jueces correspondía al rey (art. 171, 4.ª), pero a propuesta en terna del Consejo de Estado (art. 237). De ahí que en la Exposición de Motivos se dijera que la potestad judicial se separa completamente de cualquier otro ejercicio de autoridad soberana y, considerándola parte del ejercicio de la soberanía, se delega inmediatamente por la Constitución a los tribunales. En esta concepción, la inamovilidad de los jueces, establecida en el art. 252, era elemento primordial.

A lo largo del siglo XIX, las diversas constituciones irán proclamando la inamovilidad judicial, pero de hecho ésta no existirá, quedando los jueces sujetos a la arbitrariedad ministerial. Las depuraciones en la judicatura fueron constantes y casi siempre acudiendo a argumentaciones de esta índole: Todos los nombramientos judiciales han sido producto del partidismo del anterior gobierno, por lo que el nuevo gobierno no puede aceptar sin más que sean inamovibles; realizadas por este nuevo gobierno las destituciones y los nombramientos oportunos, ahora sí, ahora ya pueden ser declarados los jueces inamovibles. Naturalmente con todos los gobiernos se realizaba el mismo proceso.

Los jueces quedaron así sujetos a los mismos vaivenes que los funcionarios administrativos, y si en el siglo XIX es común, incluso en la literatura, la figura del funcionario cesante, también lo es la del juez cesante. Hasta la Disposición Transitoria VIII de la LOPJ de 1870 se refiere a ellos. Esta

Ley significó un gran paso adelante, pero siguió posibilitando el apoderamiento de los jueces y tribunales por el poder ejecutivo, pues en manos de éste, a pesar del ingreso por oposición, quedaban los nombramientos, como puede verse en los arts. 123, 128, 133, 138 y siguientes. Ello aparte de que la Ley convirtió a todos los jueces existentes al entrar en vigor en provisionales y de que su aplicación práctica fue escasa, por lo menos hasta el Decreto de Canalejas de 1889.

Durante los siglos XIX y XX la concepción que hemos denominado napoleónica determina la consideración política de los jueces y tribunales. El poder judicial queda reducido a administración de justicia y ésta forma parte de la administración pública, siendo los jueces meros funcionarios. Una y otros quedan en manos del poder ejecutivo.

En este sentido son muy reveladoras las palabras que Azaña, presidente del Gobierno, pronunció en el Parlamento en 1932: «Yo no sé lo que es el poder judicial. Aquí está la Constitución. Yo no gobierno con libros de texto ni artículos, ni con tratados filosóficos y doctrinales; gobierno con este librito, y digo que se me busque en este librito el poder judicial, que lo busquen aquí a ver si lo encuentran... No es sólo una cuestión de palabras, va mucha e importantísima diferencia de decir poder judicial a decir administración de justicia, va todo un mundo en el concepto del Estado».

Con esta situación quiere romper la Constitución de 1978 cuando habla de poder judicial. Los constituyentes eran conscientes de que no se trataba simplemente de un cambio de palabras, sino de algo mucho más profundo que afecta a la concepción política básica que se tiene del Estado. Cuando ahora se habla de poder judicial se está reconociendo que el mismo es partícipe del poder político.

C) La llamada administración de justicia

Si en Francia la expresión “poder judicial” desapareció para ser sustituida por frases en las que no aparece la palabra “poder”, lo que fue consecuencia del apoderamiento del poder judicial por el poder ejecutivo, de modo que aquél se redujo a una parte de la administración pública y aun llegó a considerarse como un servicio público, en los países de lengua española la expresión poder judicial fue sustituida por la “administración de justicia”, al juez se le consideró funcionario y de la justicia se dice que se administra.

Las palabras que se utilizan nunca son neutrales; reflejan la concepción política de quien las emplea, y las palabras utilizadas en las constituciones iberoamericanas de los siglos XIX y XX evidencian que en todos estos países el apoderamiento del poder judicial por el poder ejecutivo fue completo. La manifestación más clara de ese apoderamiento fue que los jueces, todos ellos, fueron nombrados por el poder ejecutivo, bien de modo directo, bien de modo indirecto (con el acuerdo del poder legislativo), bien por personas interpuestas (el poder ejecutivo nombra a los miembros de la

Corte Suprema y ésta a todos los demás jueces). De una u otra forma la realidad fue siempre la misma, la no existencia de un verdadero poder judicial.

Si en los países europeos en el siglo XX se configuró la carrera judicial, en la que se ingresa por oposición (por un examen de conocimientos jurídicos) y en la que el así nombrado goza de inamovilidad absoluta (pues no puede ser separado de la carrera sino por causa prevista en la ley, por el procedimiento legal y siempre con decisión judicial), en los países iberoamericanos lo normal ha sido que no exista carrera judicial en sentido estricto, que en la judicatura no se ingrese por oposición y que el nombramiento sea temporal, por plazo determinado, cesando al término del mismo, o necesitando de ratificación cada cierto tiempo.

Con variantes de un país, a otro los cargos de juez y magistrado se convirtieron en el botín del partido político que gana las elecciones, el cual procedía a nombrar a sus partidarios; los jueces pertenecían así al partido político en el poder, y cuando de éste se apoderaba otro partido político se procedía a una remodelación completa de los jueces.

También en estos países se aprecian cambios constitucionales en los que parece pretenderse la aparición de un verdadero poder judicial, lo que exige romper con el pasado.

LA NOCION DE POTESTAD

Para explicar cómo el poder judicial participa del poder político y cuáles son sus relaciones con los otros poderes en el Estado, es preciso con carácter previo referirse al concepto mismo de poder político. No se trata, evidentemente de rehacer toda la teoría del poder, ni de plantearse temas como los de la naturaleza de ese poder, su subsistencia o sus clases. Se trata sólo de aclarar una base de partida relativa al poder político en una sociedad estatal y democrática.

Si el poder, en general, consiste en la capacidad de hacerse obedecer, de sujetar a los demás a las decisiones adoptadas, es evidente que el poder político atiende a esa capacidad dentro de la sociedad y hay hoy que referirlo al Estado democrático. Y así frente a la concepción históricamente anterior que, de una u otra manera, hacía derivar el poder de Dios, en cuanto los gobernantes recibían de Dios su derecho a gobernar, derivándose de ahí una cierta privatización del poder, el cual estaba vinculado a una familia, la concepción democrática supone desprivatizar el poder y atribuirlo, bajo la expresión de la soberanía nacional, al pueblo. En este sentido se explican, por ejemplo, los primeros artículos de la Constitución de 1812, según los cuales la reunión de todos los españoles constituye la Nación, la cual es libre e independiente, no pudiendo ser patrimonio de persona o familia alguna, y en la que reside la soberanía, teniendo el derecho exclusivo de establecer sus leyes fundamentales.

Cuando el art. 1.2 de la Constitución española de 1978 dice que «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado», o cuando el art. 45 de la Constitución peruana de 1993 dice que “el poder del Estado emana del pueblo” y se refiere a “quienes lo ejercen”, están institucionalizando el poder y en ese fenómeno se distingue:

1.º) *El poder constituyente*: Este poder no pertenece a persona alguna sino al pueblo que intenta encarnarlo en normas, de modo que la relación política de obediencia y autoridad se juridifica. Este poder no reconoce límite jurídico alguno, por cuanto es él el que va a establecer los límites, y no deriva de ningún otro, de modo que es supremo y originario. A la hora de hacer una constitución, el pueblo no está condicionado jurídicamente, pero pretende juridificar el poder.

2.º) *Los poderes constituidos*: La norma fundamental determinara quiénes han de ejercer los poderes derivados de ella, pero esos poderes no son ya ni supremos ni originarios. Los gobernantes no aparecen determinados en la constitución con relación a personas físicas concretas, sino que la norma establece un *status* y fija cómo se accede al mismo y cuáles son sus atribuciones. Naturalmente de la manera cómo se regule esto dependerá que el régimen político sea democrático o no. En todo caso la voluntad soberana del pueblo puede hacer que unos gobernantes accedan al poder por elección popular y que otros no, según la función que les atribuya.

Lo que las constituciones atribuyen a todos los gobernantes es potestad [como se desprende, en la Constitución española, de sus arts. 66 (la potestad legislativa se atribuye a las Cortes Generales), 97 (la ejecutiva la ejerce el Gobierno) y 117.3 (la potestad jurisdiccional corresponde a los juzgados y tribunales) y en la Constitución peruana del art. 138, principalmente]. En las constituciones de otros países no se utiliza esta palabra, pero no se trata tanto de la misma como de su contenido. Lo que debe decirse es que las constituciones colocan a las personas a las que confía el ejercicio de un poder constituido en una situación especial que comporta, necesariamente, la atribución de “algo” que las personas privadas no tienen. Ese “algo” puede llamarse autoridad, o cualquier otra denominación, pero nosotros creemos que la palabra potestad sirve muy bien para designar lo que la constitución atribuye al gobernante.

El contenido de esa potestad puede ser distinto con relación a los tres poderes constituidos, pero los tres ejercen potestad, de modo que cabe dar una noción general de ésta, sin perjuicio de tener que referirla después de modo concreto al poder judicial para obtener el concepto de jurisdicción.

En términos generales la potestad supone una derivación de la soberanía que atribuye a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan, llevando ínsita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo en caso necesario al uso de la fuerza. Actuando conforme a la potestad conferida y dentro de su ámbito, el titular de ella no tiene superior ni iguales; todos están sometidos a él.

Es esta potestad la que hace que el poder legislativo, cuando actúa dentro de su función, esto es, cuando dicta una norma general, vincule a todos y los someta a esta decisión. Es también la potestad la que atribuye fuerza vinculante a los actos del poder ejecutivo. Esta potestad se atribuye también a los jueces y magistrados y respecto de todos los que con ellos se relacionan.

A jueces y magistrados se atribuye, pues, una potestad de derecho público, caracterizada por el *imperium* derivado de la soberanía, lo que los coloca en situación de superioridad, y ello respecto de todos. Hasta aquí en la atribución de potestad son iguales los diversos poderes constituidos por cuanto la noción genérica de potestad es válida para todos.

LA POTESTAD JURISDICCIONAL O JURISDICCION

El paso siguiente consiste en advertir que las constituciones, con referencia a los distintos poderes constituidos, califican la potestad que les atribuye, y hablan de legislativa, de ejecutiva y de judicial o de jurisdiccional. Consecuentemente la potestad jurisdiccional es una potestad cualificada, de modo que partiendo de la noción general de potestad le añade algo a la misma para distinguirla de las demás. Se trata, pues, de establecer ahora qué es lo característico de la potestad jurisdiccional o jurisdicción.

Tradicionalmente se ha venido sosteniendo que el concepto de jurisdicción no es absoluto, válido para todos los tiempos y para todos los pueblos, sino relativo, con relación a un pueblo y a un cierto momento histórico. Esa denominada relatividad de la jurisdicción tiene que cuestionarse en un doble alcance:

1.º) Puede partirse de afirmar que la jurisdicción existe independientemente del Estado y que son sólo circunstancias históricas las que han hecho que en el momento actual el Estado haya recabado para sí el monopolio de la jurisdicción, con lo que el asumirla presupone una existencia anterior e independiente. Desde esta perspectiva se pretende dar un concepto absoluto y se define la jurisdicción como la «determinación irrevocable del derecho en el caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica» (Serra).

Se está aquí prescindiendo de la consideración de la jurisdicción como potestad del Estado y se está llegando a un concepto cierto, pero muy poco preciso jurídicamente y muy poco concreto políticamente. El no referir hoy la jurisdicción al Estado supone negar la realidad hasta el extremo de llegar a una noción inútil prácticamente.

2.º) Admitido que la jurisdicción se resuelve hoy en una potestad del Estado, la consecuencia ineludible es que el concepto de la misma ha de referirse a cada sistema político y a cada ordenamiento jurídico. El punto de partida común es la atribución de la jurisdicción a la soberanía,

pero a partir de ahí en cada sistema y ordenamiento puede llegarse a conclusiones matizadamente distintas.

Naturalmente las diferencias serán más acentuadas cuanto más distintos sean los sistemas políticos, y por lo mismo en los Estados que se conforman como democráticos de derecho no puede haber diferencias esenciales, aunque siempre existirán aquéllas que se derivan de las plasmaciones concretas de cada ordenamiento jurídico.

El concepto de jurisdicción al que ha de intentarse llegar tiene que ser aquél que atienda a la realidad de cada país y en cada momento histórico, es decir, que tome como base de partida la Constitución y comprenda el desarrollo de la misma en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Desde esta perspectiva, la jurisdicción es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y las cortes, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado.

Los términos de esta definición irán siendo explicados en los capítulos que siguen, pero ahora hay que dejar claro que la jurisdicción para existir como tal tiene que referirse a un doble juego de condiciones:

1.ª) La función que se asigna a esos órganos cualifica también la potestad, por lo que hay que estudiar, según la Constitución y la LOPJ, la función jurisdiccional.

2.ª) Los órganos a los que se atribuye la potestad no pueden ser cualesquiera, sino que han de estar revestidos de una serie de cualidades propias que los distinguen de los demás órganos del Estado; estos órganos son los juzgados y las cortes, en los que los titulares de la potestad son los jueces y magistrados.

Es posible que quepa calificar a un órgano de jurisdiccional, por tener las cualidades precisas, y que sin embargo no ejerza, en un momento determinado, función jurisdiccional (esto es lo que sucede con los llamados procesos no contenciosos, en lo que no se ejerce propiamente jurisdicción); por el contrario, aunque teóricamente cabría que la función jurisdiccional se asumiera por órganos no jurisdiccionales, se trata de algo prohibido constitucionalmente (art. 139.1 de la Constitución, al establecer el principio de exclusividad; ver Capítulo 4.º).

En su momento, pues, habrá que estudiar la jurisdicción con relación a los órganos y a la función, pero ahora lo que importa es resaltar la potestad que asumen unos órganos, potestad que les lleva a ser uno de los poderes constituidos.

AMBITO DE ACTUACION DE LA JURISDICCION

Inicialmente la separación de poderes se entendió de modo tal que el poder judicial quedó apartado del conocimiento de todos aquellos asuntos que podían tener trascendencia política en la vida de la sociedad.

Si la separación de poderes no comportaba la equiparación de los mismos, de modo que la hipervaloración de la ley condujo a que el poder legislativo se convirtiera de alguna manera en superior a los demás, era lógico que para un revolucionario francés fuera inconcebible que el poder judicial llegara a controlar la constitucionalidad de las leyes. Asimismo, si la teoría de la división de poderes se concibió para limitar a la monarquía absoluta, pero al rey se atribuyó el poder ejecutivo, no podía admitirse que el judicial llegara a controlar la legalidad de la actuación administrativa.

Son en este sentido muy reveladores los arts. 10 y 13 del Decreto francés sobre organización judicial, de 16-24 de agosto de 1790, esto es, la primera norma en esta materia que dictó la incipiente Revolución. Se decía en ellos: «Art. 10: Los tribunales no pueden tomar parte alguna ni directa ni indirectamente en el ejercicio del poder legislativo, ni obstaculizar o suspender la ejecución de los decretos de los Cuerpos Legisladores, sancionados por el Rey, bajo pena de traición». «Art. 13: Las funciones judiciales son distintas y quedarán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de traición, obstaculizar, de cualquier manera que fuere, las actividades de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones». En este mismo orden de cosas decía la Constitución de 3 de septiembre de 1791, en el art. 3: «Los tribunales no pueden ni inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni asumir las funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones».

El ejercicio de la potestad jurisdiccional quedaba extraordinariamente reducido en su ámbito. Puede decirse que éste se reducía a: 1.º) Los litigios entre particulares (proceso civil) y 2.º) La imposición de las penas (proceso penal). Es por ello por lo que el art. 242 de la Constitución española de 1812 (la de Cádiz, que también estuvo vigente en todos los países hispánicos) decía que pertenece exclusivamente a los tribunales la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales, y esa fórmula se repitió después en la mayoría de las constituciones iberoamericanas del siglo XIX.

La potestad jurisdiccional quedó apartada de todos aquellos supuestos en los que incide directamente la actuación política o el gobierno de una nación. Ni siquiera se le confiaba la tutela de los derechos y libertades fundamentales proclamados por la Constitución; se partía aquí de la idea, falsa como tantas otras de la Revolución Burguesa, de que su proclamación era suficiente para lograr la efectividad práctica.

No vamos a detenernos aquí en la evolución que ha llevado, primero, al control de la Administración, y, después, de la constitucionalidad de las leyes. Vamos a destacar simplemente

que ello no se ha logrado sin resistencias de los controlados. Estas evoluciones son la historia de las limitaciones de las potestades legislativa y ejecutiva a lo establecido en las constituciones, y ello en defensa de la libertad del ciudadano. Ello se ha hecho a base de que los titulares de estas potestades pierdan parcelas de poder. En esta lucha se ha argumentado jurídica y políticamente; se ha dicho que juzgar a la Administración es administrar, lo que suponía la inmisión del poder judicial en el ámbito del ejecutivo, y últimamente hemos oído que el control de la constitucionalidad de las leyes supone que, personas no elegidas por el pueblo, controlen a los representantes de éste; en los dos casos se trataba de mantener parcelas de poder no limitado.

Esta evolución ha conducido a que en la actualidad las constituciones determinen que el ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional sea el siguiente:

1.º) Tutela de los derechos de las personas (con lo que se está pensando básicamente en el proceso civil, y por eso del art. I del Título Preliminar del CPC se refiere se refiere a esa tutela en el ejercicio de derechos e intereses).

2.º) Monopolio en la imposición de las penas (art. 139.10 de la Constitución establece el principio de no ser penado sin proceso judicial).

3.º) Tutela de los derechos y libertades fundamentales (el art. 200 de la Constitución establece como garantías constitucionales las acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data)

4.º) Control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa (el art. 148 de la Constitución establece la acción contencioso-administrativa).

5.º) Control de la constitucionalidad de las leyes (el art. 200 alude a la acción de inconstitucionalidad, el 201 al Tribunal Constitucional y el 202 dice que corresponde a este tribunal conocer en instancia única de la acción de inconstitucionalidad).

Si éste es el ámbito en el que hoy se ejerce la jurisdicción por los órganos dotados de ella habrá de concluirse que el poder judicial es partícipe del poder político en el Estado. De la misma manera hay que sostener que los jueces y magistrados hacen política, naturalmente entendida ésta como incidencia en la vida pública de un país, no como actividad partidista.

La palabra “política” tiene en nuestros países un componente peyorativo, como consecuencia de una tradición que ha visto en su ejercicio algo degradante para el que la hace. Hoy es difícil sustraerse a eje juicio negativo, pero debe distinguirse entre hacer política, que es una noble actividad humana al servicio del interés general, y hacer política de partido, que implica una lucha por el poder. El juez no puede dejar de hacer política, pero no debe hacer política de partido.

El juez tiene que recuperar el orgullo de serlo y ello sólo podrá hacerse cuando cada juez asuma que no está al servicio del detentador de turno del poder político; cuando comprenda que su

función radica esencialmente en la tutela de los derechos de cada uno de los ciudadanos, tutela que debe hacerse frente a todos, incluido el detentador del poder. Cuando los jueces se ven a sí mismos, no como una prolongación del poder ejecutivo, sino como defensores del ciudadano, recuperarán, primero, su propio orgullo y, después, el prestigio social.

DOBLE SIGNIFICACION CONSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL

Hemos dicho que en la Constitución española la referencia al poder judicial puede entenderse en un doble sentido y cabe así hablar de órganos dotados de potestad jurisdiccional en general, que podríamos llamar poder judicial político, y dentro de los anteriores unos órganos concretos con potestad jurisdiccional, que serían el poder judicial organización. Esta distinción puede aplicarse en sus mismos términos a la Constitución peruana.

A) Como órganos dotados de jurisdicción

La Constitución quiere partir del principio de separación de poderes (art. 43), con lo que en alguna medida recoge la concepción de Montesquieu cuando afirmaba que no existe libertad si la potestad de juzgar no está separada de las potestades legislativa y ejecutiva, pero pretende ir más allá y convierte a todos los titulares de la potestad jurisdiccional en partícipes del poder político, los hace poderes públicos, titulares de un poder del Estado que también emana del pueblo (art. 45).

En este primer sentido integran el poder judicial todos los órganos que, revestidos de determinadas garantías, tienen atribuida potestad jurisdiccional.

Esta conclusión de que todos los órganos jurisdiccionales son poder judicial inspira todo el texto de la Constitución, y manifestaciones de ello son, por ejemplo:

1) El art. 143 dispone que los órganos jurisdiccionales son la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica, y luego el art. 152 se refiere a los Jueces de Paz y a los jueces de primera instancia.

2) Las conclusiones de las comisiones parlamentarias de investigación no obligan a los órganos jurisdicciones, dicen los arts. 97 y 139.2, in fine.

3) Los más altos cargos políticos de la Nación responden penalmente ante la Corte Suprema, se deduce del art. 100.

4) Los tribunales controlan la legalidad de las resoluciones administrativas, esto es, el sometimiento del poder ejecutivo a la ley, viene a disponer el art. 148.

5) El ejercicio de la potestad de administrar justicia se ejerce por el poder judicial, a través de sus órganos, dice el art. 138; luego el art. 139.1 añade que de modo exclusivo.

6) Los tribunales militares, que se declaran subsistentes, tienen jurisdicción, conforme al art. 139.1 (la referencia a la llamada jurisdicción arbitral tiene un contenido distinto que luego veremos).

7) Se atribuye función jurisdiccional a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, concibiéndolas como una jurisdicción especial, en el art. 149.

8) El Tribunal Constitucional asume el control de la constitucionalidad de las leyes, según el art. 201.

Se encuentra así en la Constitución referencia a varios órganos jurisdiccionales: Tribunal Constitucional, juzgados, cortes, Corte Suprema de Justicia, tribunales militares, órganos que han de controlar la legalidad de las resoluciones administrativas, Jueces de Paz, jueces de primera instancia y autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas. Todos ellos son soporte orgánico del poder judicial; todos ellos tienen potestad jurisdiccional, no estando sometidos a otra potestad (por lo menos en el ejercicio de la suya).

En este primer sentido puede afirmarse que todos los órganos a los que se atribuye potestad jurisdiccional son poder judicial. La potestad jurisdiccional se ejercitará dentro de un marco limitado de competencia, pero ello no supone disminución de aquélla. Todos estos órganos reciben su potestad de la soberanía popular y, en mayor o menor medida, participan en el poder político; uno controla la constitucionalidad de las leyes, esto es, controla una (la más importante) de las actividades del poder legislativo; otros controlan la legalidad de las resoluciones administrativas; otros imponen penas con carácter exclusivo. Todos aseguran el respeto al derecho objetivo.

B) Como organización

Pero es evidente que la Constitución, ya no en su concepción política, sino literalmente, emplea la expresión poder judicial en un sentido más restringido que el anterior, en un sentido que podemos llamar organizativo y que es el propio de los Capítulos VIII y IX del Título IV. En este sentido el poder judicial es una parte organizada del conjunto de jueces y magistrados que tienen potestad jurisdiccional. El art. 138 habla del poder judicial y de sus órganos jerárquicos, y el art. 143 de que los órganos jurisdiccionales son la Corte Suprema de Justicia, las cortes y juzgados que determine la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Se advierte, pues, que no todas las personas con potestad jurisdiccional integran este poder judicial organización, pues del mismo no forman parte las personas que integran los tribunales

militares, ni las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, quedando fuera, además, los magistrados del Tribunal Constitucional.

Los jueces y magistrados que sí integran este poder judicial organización forman una entidad única, con estatuto jurídico propio y su gobierno se confía al Consejo Nacional de la Magistratura, el cual es al mismo tiempo órgano administrativo rector de las personas dotadas de jurisdicción (jueces y magistrados) y de los órganos jurisdiccionales (juzgados y cortes).

Aspecto importante también es que este poder judicial organización es único para todo el Estado. En este poder judicial organización concurren dos circunstancias que hay que resaltar:

1.ª) *El poder judicial organización* (el conjunto de una parte de los jueces y magistrados con potestad jurisdiccional, precisamente el regulado en la LOPJ) *no tiene potestad jurisdiccional*: ésta se atribuye constitucionalmente a los jueces y magistrados, no al conjunto, sino individual y personalmente. Podrá hablarse de que, por ejemplo, la tutela de los derechos y libertades fundamentales corresponde al poder judicial, pero teniendo siempre en cuenta que esta atribución no se hace a un conjunto organizado de varios cientos de jueces y magistrados, sino, atendidas las reglas de competencia, a órganos concretos o, casi mejor, a jueces y magistrados concretos.

2.ª) *El Consejo Nacional de la Magistratura, órgano de gobierno y administración del Poder Judicial, no tiene tampoco potestad jurisdiccional*, no tiene potestad de juzgar, no es un órgano jurisdiccional. Es un órgano de naturaleza claramente administrativa, aunque independiente de los otros poderes. Si los arts. 138, 139 y 143 atribuyen el ejercicio de la potestad jurisdiccional a los órganos jurisdiccionales, es decir, a juzgados y cortes, los arts. 150 y 154, al hablar de las funciones del Consejo se refieren a selección, nombramientos, ratificación y régimen disciplinario de los jueces y fiscales, pero no aluden, ni podían aludir, a potestad jurisdiccional.

LECTURAS RECOMENDADAS:

La concepción del poder judicial en MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois,* XI y VI; y sobre el mismo PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario,* Bologna, 1974, y PEDRAZ, La *jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu,* en «Constitución, jurisdicción y proceso», Madrid, 1990.

Para el caso francés puede verse DALLE, *El autogobierno del poder judicial,* en Documentación Jurídica, 1985, núms. 45-46, pp. 183-196; BONCENNE, *Introduction a l'étude de la procédure civile,* 2ª ed., París, 1858; GARSONNET, Traité *théorique* et *pratique de procédure civile et commerciale,* 3ª ed., tomo 1, París, 1912, núms. 1 a 7, la 1ª es de 1882, y del mismo *Précis de*

procédure civile, 2ª ed., París, 1893. La cita de las leyes francesas en DUVERGIER, J. B., *Collection complete des lois, décrets, ordonnances...,* colección iniciada en Paris, 1824; CARRE DE MALBERG, *Contribution a la théorie générale de l'Etat,* Sirey, 1920, tomo 1, p 811; en contra HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel, tomo* II, 1922.

Aspectos concretos de la evolución española en, MONTERO, *Independencia y responsabilidad del juez,* Madrid, 1990, y en PAREDES, *La organización de la justicia en la España liberal,* Madrid, 1991. La cita de AZAÑA puede verse en *Diario de Sesiones,* 23 de noviembre de 1932, p. 9699, y vid. TOMAS VILLARROYA, *Gobierno y justicia durante la Segunda República,* en «El poder judicial», tomo III, Madrid, 1983. En general deben verse los tres volúmenes de *El poder judicial* ahora citados y *El orden judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa,* Madrid, 1990.

Para la noción de potestad *vid*. FAIRÉN, *La potestad jurisdiccional,* en Rev. de Derecho Judicial, 1972, núm. 52-52, *y Poder, potestad, función jurisdiccional en la actualidad,* en «Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional», I, Madrid, 1983; MONTERO, *Introducción al derecho procesal,* 2ª ed., Madrid, 1979; ROMANO, *Poteri, potestà,* en «Frammmenti di un dizionario giuridico», Milano, 1953; FROSINI, *Potere (teoria generale),* en Novissimo Digesto Italiano, tomo Xlll; también FERRANDO BADIA, *Estudios* de *ciencia política,* Madrid, 1982; GARCIA DE ENTERRÍA (con T.R. FERNANDEZ), *Curso de derecho administrativo, tomo 1,* Madrid 1995; PEDRAZ, *Sobre el «poder» judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial,* en su libro «Constitución, jurisdicción y proceso», Madrid, 1990 en donde sostiene que la jurisdicción no necesita de legitimidad, porque ésta se resume en la legalidad.

Sobre la relatividad CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código, 1,* Buenos Aires, 1962, núm. 8. En contra SERRA, *Jurisdicción,* en «Estudios de derecho procesal», Barcelona, 1969. También MONROY GÁLVEZ, *Introducción al proceso civil*, Bogotá, 1996.

Por su actualidad GARCIA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración,* 3ª ed., Madrid, 1997.

CAPÍTULO 3.º

La función jurisdiccional

La función jurisdiccional.— La actuación del derecho objetivo; A) Teorías subjetivas; B) Teorías objetivas.— Noción de pretensión y resistencia: A) Concepto de pretensión; B) Concepto de resistencia.— Actuación irrevocable del derecho.— Actuación con desinterés objetivo.— La realización jurisdiccional del derecho.

LA FUNCION JURISDICCIONAL

Cuando se pregunta por la función jurisdiccional, se está en realidad cuestionando el para qué sirven o el qué hacen los órganos dotados de potestad jurisdiccional. Una primera respuesta se encuentra en los arts. 138 y 143 de la Constitución cuando hablan de administrar justicia y, aunque la expresión nos parece incorrecta, por aludir a la desechada idea de la "administración de Justicia", lo aprovechable de ella es que de la misma se desprende directamente que la función es única, por cuanto en ese "administrar justicia" no se distingue entre las varias clases de procesos, esto es, de instrumentos con los que se "administra". En otros países hispánicos se suele utilizar la fórmula de "juzgar y ejecutar lo juzgado", que nos parece más apropiada.

De entrada tiene que quedar claro que una cosa es la función, que es única, y otra el ámbito en el que aquélla se cumple. En efecto, si atendemos a la Constitución, veremos que en ella se habla, con referencia a la función jurisdiccional de la tutela jurisdiccional (art. 139.3), de la necesidad de proceso judicial para la imposición de las penas (art. 139.10), de que se administra la justicia en nombre de la Nación (art. 143), de la acción contencioso-administrativa para la impugnación de resoluciones administrativas (art. 148). No cabe aquí decir que la jurisdicción cumple funciones distintas en todos estos ámbitos, sino que la única función se actúa en diversos ámbitos. Es inadmisible la posible conclusión de que la función es distinta en los diversos tipos de proceso, es decir, de actividad jurisdiccional. La función jurisdiccional ha de ser siempre la misma.

Esa función única se resuelve en "administrar justicia" o, mejor, en juzgar y en ejecutar lo juzgado, esto es, en decir el derecho y en ejecutar lo dicho o, si se prefiere de otra manera, en aplicar las leyes o, mejor aún, en actuar el derecho objetivo.

LA ACTUACION DEL DERECHO OBJETIVO

Tradicionalmente los procesalistas, cuando se han cuestionado el tema de la función de la jurisdicción, lo han hecho desde dos grandes concepciones teóricas que normalmente se vienen

denominando doctrinas subjetivas y objetivas, en las que, de uno u otro modo, pueden incluirse todas las elaboraciones personales.

Los procesalistas no han centrado nunca la naturaleza de función jurisdiccional en el órgano de que emanan los actos, aunque sí lo han hecho en ocasiones los administrativistas. Es evidente que aunque los órganos administrativos no pueden ejercitar función jurisdiccional, porque lo impide el principio de exclusividad jurisdiccional, en ocasiones sí se confía a los órganos jurisdiccionales algo distinto de la función jurisdiccional, como es manifiesto cuando se recuerda lo que es la llamada jurisdicción voluntaria (que no es ni jurisdicción ni voluntaria) o, en los términos del CPC los llamados procesos no contenciosos. Si un órgano jurisdiccional puede realizar una función que no sea jurisdiccional, el criterio del órgano del que emana el acto no puede servir para identificar cuál es la función jurisdiccional.

A) Teorías subjetivas

Se pensaron en torno a lo que podemos llamar manifestación civil de la jurisdicción y conciben la función de ésta como la defensa de los derechos subjetivos de los particulares, la reintegración plena de aquéllos en los casos de amenaza o violación. Así para Hellwig, posiblemente el autor más destacado de esta teoría, la jurisdicción tiene como fin el descubrimiento y declaración de lo que sea derecho entre las partes, y de su ejecución y efectividad; el proceso civil, decía, está al servicio de los intereses de los particulares. En resumen, el Estado con su jurisdicción tutela los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Naturalmente, y ya lo vio Calamandrei, esta concepción parte de la visión política del Estado liberal; para éste la función del derecho mira, en primer término, al mantenimiento del orden entre los coasociados y a la conciliación de los contrapuestos intereses individuales; la justicia aparece así como un servicio puesto a disposición de los ciudadanos para que éstos pidan al Estado que, por medio del poder judicial, haga efectivo lo que ha prometido por el poder legislativo al reconocerles derechos. No puede negarse que esta teoría ha tenido y sigue teniendo un fondo de verdad, pues la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses es un derecho de todas las personas, pero la misma se centra en un aspecto parcial que deja sin explicación buena parte de los supuestos de ejercicio de la potestad jurisdiccional, sobre todo en la actualidad en que la tutela de los intereses colectivos y difusos no presupone el ejercicio de verdaderos derechos subjetivos.

Salvo para el procesalismo civil puro, esta teoría está hoy abandonada, pudiéndose alegar contra ella:

1.º) Que se resuelve en una verdadera tautología y no siempre la actividad jurisdiccional presupone en derecho amenazado o violado, bastando la simple incertidumbre sobre su existencia (A. Rocco).

2.º) Que olvida toda la actividad que se desarrolla dentro de proceso (Zanzucchi).

3.º) No justifica la intervención en el proceso de personas que ni siquiera alegan la tutela de un derecho subjetivo (Alcalá-Zamora).

4.º) Pero sobre todo su defecto fundamental consiste en limitarse a la llamada manifestación civil de la jurisdicción, olvidando completamente la penal. En el proceso penal el acusador no ejercita un derecho subjetivo de naturaleza material penal, respecto del que pida la tutela del mismo; en el derecho penal no existen relaciones jurídicas materiales penales y, por tanto, no se puede pedir la tutela de inexistentes derechos materiales a que se imponga una pena a alguien (ver Capítulo 11.º).

Al rechazarse las teorías subjetivas no se está diciendo que la función jurisdiccional no consiste en la tutela de los derechos de los ciudadanos; lo que se está diciendo es que no consiste sólo en eso. Es indudable que un ámbito de la función radica en esa tutela, pero ese ámbito no es el todo. Lo que se quiere decir es que la función jurisdiccional no se limita a esa tutela, pues llega más allá.

B) Teorías objetivas

Estas concepciones son posteriores en el tiempo y tienen ya un más amplio campo de visión. Estiman que la jurisdicción persigue la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto. En palabras de Micheli, al Estado le corresponde asegurar la actuación del derecho objetivo en los casos en que el mismo no sea voluntariamente observado; cuando tal actuación tiene lugar a través de la intervención del juez, la ley habla de tutela jurisdiccional de los derechos; la norma a aplicar es para la administración pública la regla que debe ser seguida para que una cierta finalidad sea alcanzada, la misma norma es para el órgano jurisdiccional el objeto de su actividad institucional, en el sentido de que la actividad jurisdiccional se ejercita al solo fin de asegurar el respeto del derecho objetivo.

Políticamente esta concepción respondió inicialmente a una idea autoritaria del derecho, que veía en él la voluntad del Estado y en su observancia el respeto a la autoridad; en ella queda en la sombra el interés individual en la defensa del derecho subjetivo, y surgen en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo (Calamandrei). Ahora bien, no todas las manifestaciones de las teorías objetivas deben ser calificadas de autoritarias; algunas son más bien

«sociales», frente al liberalismo-individualista del siglo XIX y pueden englobarse en lo que viene denominándose Estado social de Derecho.

Dados los orígenes, no siempre claros desde el punto de vista político, las teorías objetivas deben manejarse con sumo cuidado, pues con ellas se puede caer con facilidad en una concepción autoritaria de la vida social y económica, sobre todo cuando las mismas se unen a lo que se ha venido llamando socialización del proceso, que en realidad es socialización del ejercicio de la función jurisdiccional.

De estas dos concepciones, la primera, que respondía a un concepto privatista del derecho procesal, es difícilmente aceptable en la actualidad; atendía a un momento histórico que hoy está superado. Las teorías subjetivas no dan una explicación de la función jurisdiccional con relación a todos los ámbitos sobre los que se ejerce la potestad jurisdiccional, con lo que su admisión nos obligaría a un doble esfuerzo y, sobre todo, a algo que parece contrario a la naturaleza de la jurisdicción: a atribuir a ésta por lo menos una doble función, subjetiva para el aspecto privado y objetiva para el resto del ámbito del ejercicio.

La concepción objetiva cubre todas las llamadas manifestaciones de la jurisdicción. Ni siquiera cabe alegar contra ella, que es inadmisible tratándose de intereses privados, en los que la función jurisdiccional no podría ser actuación del derecho objetivo, sino tutela de los derechos subjetivos. Basta para ello tener en cuenta que en estos casos lo que sucede es que la actuación de la ley depende de la voluntad del particular. El principio de oportunidad (véase Capítulos 8.º y 10.º) lleva a que el derecho privado resulte violado y sea precisa su actuación sólo cuando, y en la medida en que, el particular lo decida; en esa medida actuará el juez, pero lo hará aplicando el derecho objetivo. El que la aplicación de éste dependa de la voluntad de un particular, no impide que en cualquier caso la función jurisdiccional se resuelva en la actuación del derecho objetivo.

Además esta concepción es a la que responde mejor a la tradición jurídica hispánica. En la Constitución de Cádiz de 1812 a la potestad jurisdiccional se atribuía la función de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales (arts. 17 y 242), y esta fórmula de «aplicar las leyes» fue pasando por las diversas constituciones española e iberoamericanas. Hoy muchas constituciones ya no emplean esta fórmula, pero esto no impide seguir manteniendo la concepción, pues siempre cabe entender que “administrar justicia” o que “juzgar y ejecutar lo juzgado” ha de hacerse en todo caso bajo el imperio de la ley.

Si sólo dijéramos lo anterior, si sólo dijéramos que la función de la jurisdicción es la actuación del derecho objetivo, habríamos dicho muy poco para caracterizar esa función, pues también la Administración actúa el derecho objetivo y si a ello se añade que la autoridad administrativa también actúa con potestad, la falta de diferencias se acentúa. Hay, pues, que buscar las diferencias por otro lado.

En nuestra opinión las diferencias entre Administración y Jurisdicción se centran en tres aspectos:

1.º) La actuación del derecho objetivo sólo se realiza por la Jurisdicción ante el ejercicio de pretensiones y resistencias, lo que nos obliga a precisar el concepto de unas y otras.

2.º) La Jurisdicción actúa el derecho objetivo de modo irrevocable y ello lleva a determinar lo que se entiende por cosa juzgada.

3.º) La Jurisdicción opera siempre con desinterés objetivo, lo que se explica mediante la imparcialidad objetiva y la diferencia entre autotutela y heterotutela.

El que la jurisdicción sea un pretendido poder-deber del Estado no sirve para identificarla, en el sentido de distinguirla de los otros poderes-deberes del Estado, pues también lo son la Administración e incluso la Legislación. En una concepción del Estado que responda a la idea fundamental de que éste sólo se justifica en tanto que está al servicio de los intereses generales de los ciudadanos o de la Nación, y que ese servicio ha de realizarse con respeto a los derechos individuales de cada uno de los ciudadanos, la conclusión ha de ser siempre que los poderes son al mismo tiempo deberes. El Estado, y dentro de él cualquier poder constituido, no tienen, en sentido estricto, derechos contra el ciudadano; tiene poderes para cumplir sus deberes hacia el ciudadano; el poder no se justifica en sí mismo, sino sólo en cuanto es el medio para poder cumplir con el deber.

NOCION DE PRETENSION Y RESISTENCIA

En la situación actual de la jurisdicción en los países occidentales, la actuación del derecho objetivo por los jueces precisa, en todo caso, que alguien comparezca ante el órgano jurisdiccional y pida que aquél se aplique en un caso concreto. La actividad jurisdiccional no suele iniciarse de oficio, salvo cuando entran en juego intereses públicos y aún entonces el verdadero juicio penal no se inicia sin petición de alguien de que se aplique el derecho objetivo y necesariamente frente a otra persona, siendo uno y otra ajenos al tribunal.

Lo anterior significa que, como ya dijo Guasp, la noción de conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos y las teorías sociológicas que con esta u otra denominación —litigio, controversia, contienda— encuentran en él su base, son materialmente excesivas y formalmente insuficientes para explicar la actividad jurisdiccional:

1.º) Son materialmente excesivas porque si bien es cierto que en la mayoría de las ocasiones en que se acude a los tribunales se hace partiendo de la existencia real de un conflicto, no siempre ocurre así. La actividad jurisdiccional debe ponerse en marcha ante cualquier petición

que se le formule; lo que le importa al juez para actuar no es el conflicto, sino que ante él se ha realizado una petición.

2.º) Son formalmente insuficientes porque la existencia del conflicto no exige *per se* la intervención de los tribunales, por lo menos con carácter general, aunque en algunos casos sí aparece como necesaria dicha intervención.

A pesar de lo anterior, la base sociológica sobre la que descansa la jurisdicción no puede desconocerse, y esta base es indiscutiblemente el interés jurídico. Este aparece, de un modo u otro, en toda actuación jurisdiccional; puede ser individual o colectivo, pero una actuación jurisdiccional que no afectara a un interés, por lo menos, carecería de razón de ser; un bien de la vida, material o inmaterial, debe estar siempre en juego. Existen, desde luego, supuestos de actuaciones en las que difícilmente puede encontrarse un conflicto de intereses, y ello tanto en el proceso civil como en el penal, pero en todos la presencia de un bien de la vida, sobre el que recae una necesidad de un hombre, es constante.

La existencia o no del conflicto de intereses no es lo determinante para la actividad de la jurisdicción. Lo determinante es la existencia de una pretensión y de una resistencia.

A) Concepto de pretensión

Pretensión es una petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de cualquier clase que fuere.

Los elementos que caracterizan esta petición son los siguientes:

a) Es una declaración de voluntad: A lo largo de un proceso se realizan muchas peticiones, pero sólo una de ellas es la pretensión; las demás peticiones son instrumentales, están al servicio de la pretensión (así la petición de que se reciba el pleito a prueba, o de que se cite a un testigo, etc.); la pretensión tiene como objeto directo un bien de la vida y por tanto va a constituir el objeto del proceso.

b) Es una petición fundada: Como dice Guasp, por petición fundada se entiende petición que invoca un fundamento, es decir, acontecimientos de la vida que sirven para delimitar aquélla, fundamentos que han de ser sólo hechos.

Con relación a un mismo bien, puede ejercitarse más de una pretensión; los hechos que constituyen la fundamentación singularizan la pretensión que se interpone frente a las demás posibles. La pretensión no existiría si no estuviera delimitada; en efecto, un sujeto activo puede formular ante un órgano jurisdiccional y frente a un sujeto pasivo la petición de que éste sea condenado a pagar una cantidad de dinero; esta petición no está concretada, pues la cantidad

puede adeudarse por múltiples causas y, por tanto, sin más, no constituye una verdadera pretensión; para que exista ésta es preciso determinar el acontecimiento de la vida en que se apoya la petición, por ejemplo, el hecho del préstamo, de la compraventa, de la prestación de servicios, etc.

c) No es un acto procesal: En primer lugar es evidente que la pretensión no es un trámite y ni siquiera es el trámite con el que se inicia la serie constitutiva del proceso. Como dice Guasp, el trámite no es una actividad determinada, sino el marco formal (el continente) en que dicha actividad se desarrolla, la envoltura procedimental de la misma; el procedimiento no se compone de actos, sino formalmente de trámites, esto es, de estados ideales destinados a albergar dentro de sí una cierta actividad o conjunto de ellas.

Pero la petición tampoco es un acto en sentido estricto, es decir, actividad que se realiza en un momento determinado en el tiempo. Es cierto que en ocasiones, atendida la concreta regulación procesal, la pretensión debe interponerse en un momento único, pero en otras puede interponerse en varios momentos. Como declaración de voluntad la pretensión puede manifestarse al exterior en uno o en varios actos; lo importante de ella no es, pues, su apariencia externa, sino su naturaleza de petición.

d) No es un derecho, no existe el derecho de pretender; al estudiar la acción (Capítulo 6.º), comprenderemos que el supuesto derecho de pretender no existe, principalmente porque no es necesario, porque no añade nada a la acción. Concebida la acción en sus facetas de derecho a la tutela jurisdiccional concreta (teoría concreta) y de derecho a la tutela judicial efectiva (teoría abstracta), la pretensión no es un derecho, no es algo que se tiene, es algo que se hace.

e) Se dirige al órgano jurisdiccional y en ella se reclama una actuación de éste, actuación que, según su naturaleza, determina la clase de pretensión ejercitada; por ello la pretensión puede ser declarativa (y dentro de ella meramente declarativa, constitutiva o declarativa de condena), de ejecución y cautelar. En el Capítulo 8.º nos referiremos ampliamente a estas clases que inciden a la vez en la clase de proceso.

f) La pretensión ha de ejercitarse frente a otra persona, es decir, frente a persona distinta del sujeto activo, la cual debe estar determinada o ser determinable. El que se trata de persona distinta no debe suscitar dudas; es imposible que una persona ejercite una pretensión ante un órgano jurisdiccional frente a sí misma; en el supuesto de que se produzca la confusión de derechos, la actividad jurisdiccional ya iniciada carece de sentido y el proceso ha de extinguirse.

Sí puede despertar dudas el que se trate de persona determinada. Desde luego contra personas absolutamente indeterminadas no puede formularse la pretensión, pero frente a personas relativamente indeterminadas, esto es, determinables, sí puede formularse por lo menos

inicialmente, aunque es imprescindible que a lo largo del proceso se concrete frente a quién se dirige; concreción que no sería posible si concibiéramos la pretensión como un acto único.

B) Concepto de resistencia

De modo correlativo al de pretensión aparece el concepto de resistencia o de oposición a la pretensión. El uno no puede entenderse sin el otro y ambos se complementan. Por resistencia debe entenderse la petición que se dirige a un órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada por otra persona.

Lo que dijimos en torno a la naturaleza de la pretensión es aquí aplicable. La resistencia no es, desde luego, un trámite, pero tampoco es un acto procesal, en sentido estricto, es decir, no es una actividad que se realiza en un momento determinado en el tiempo; lo determinante de ella es que es una petición de sentido contrario a la pretensión y que sin ella no se comprende la actividad jurisdiccional.

No constituyen resistencia dos posibles actitudes del sujeto pasivo de la pretensión. El allanamiento supone que dicho sujeto pasivo se muestra conforme con la pretensión, por lo que la actividad jurisdiccional pierde su razón de ser y debe terminar (art. 333 del CPC); la conformidad puede aparecer después de formulada la resistencia, pero ello no modifica su naturaleza. La reconvención va mucho más allá de la mera resistencia; no se trata ya de dar respuesta a la pretensión del sujeto activo, sino de interponer otra pretensión, que origina una acumulación de pretensiones, es decir, de procesos en un único procedimiento; se trata de la formulación por el demandado de una pretensión contra la persona que le hizo comparecer en juicio, entablada ante el propio juez y en el mismo procedimiento en que la pretensión del actor se tramita (art. 445 del CPC).

La fundamentación tiene caracteres propios en la resistencia. La fundamentación no es necesaria pues el sujeto pasivo puede, aparte de no dar ninguna respuesta, limitarse a negar los fundamentos de la pretensión y a formular petición contraria. Ahora bien, si la resistencia se fundamenta, es aplicable a ella lo dicho sobre la pretensión, es decir, el fundamento estará constituido por hechos.

La resistencia, si no sirve para delimitar el objeto del proceso, en el sentido de que no introduce un objeto nuevo y distinto del fijado en la pretensión, sí puede: 1) Reducir el objeto de la pretensión, lo que sucede cuando el demandado se allana a parte de la pretensión y resiste el resto, 2) Contribuir a determinar la materia sobre la que versará la discusión y prueba procesal, pues los hechos alegados por el demandado también habrán de ser probados, y 3) Completar a lo que debe referirse la congruencia de la sentencia, pues el juez ha de pronunciarse sobre las excepciones del demandado.

Hemos visto, pues, una primera distinción entre Jurisdicción y Administración. El ejercicio de la potestad jurisdiccional exige petición de parte; la actuación del derecho objetivo se realiza siempre frente a dos partes. La Administración puede actuar de oficio, y aun esta será su manera normal de actuar para "promover el bienestar general" (art. 44 de la Constitución); naturalmente puede actuar a instancia de parte, pero esa instancia o petición no es una pretensión; el derecho objetivo no se actúa frente a dos partes.

ACTUACION IRREVOCABLE DEL DERECHO

El segundo de los aspectos diferenciales atiende a la especial eficacia jurídica que implica la actuación del derecho objetivo por órganos dotados de potestad jurisdiccional, frente a la actuación por órganos con potestad administrativa. Esa especial eficacia se resume en que la primera reviste a sus resoluciones de cosa juzgada y la segunda no.

La Administración, como poder público, está sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho, pero la función administrativa no consiste, ni puede consistir, sólo en actuar el derecho objetivo. Actúa sometida a la ley, pero no con el exclusivo fin de aplicarla. El art. 44 de la Constitución establece como deber primordial del Estado "promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia" y luego el art. 45 dice que el poder del Estado, que emana del pueblo, se ejerce "con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen", esto es, el poder está sometido a la ley. Ahora bien, una cosa es el sometimiento al derecho y otra que se actúe sólo para que el derecho sea cumplido. Para la Administración el derecho es cobertura, medio, límite, pero no fin.

El principio de legalidad en la actuación administrativa no supone que la Administración justifique su existencia en el mero cumplimiento de la ley. Las decisiones que debe tomar la Administración (construir un pantano, comprar una obra de arte, mantener una orquesta) no están preestablecidas exactamente en la ley. El principio de legalidad significa sólo que en la ejecución de esa decisión (que habrá de haber sido tomada, esto sí, por el órgano competente y por el procedimiento adecuado) el derecho actuará como límite y como medio.

La Jurisdicción encuentra su razón de ser en la actuación del derecho sin más. El sometimiento del juez al imperio de la ley (que está implícito en el art. 138 de la Constitución), no es cobertura o límite; es fin. El juez no adopta decisiones políticas al servicio de los intereses generales; no construye sistemas de regadío, no decide políticamente, y con responsabilidad sólo política, si urbanizar los barrios periféricos de la ciudad o construir edificios de mero ornato. El juez se limita a aplicar la ley en los casos concretos que le son sometidos mediante la interposición de pretensiones.

Tradicionalmente se ha venido diciendo que el poder ejecutivo ejecuta la ley y el poder judicial la aplica. En los dos casos hay actuación de la norma, pero para la Administración la ejecución se hace al servicio de los intereses generales, mientras que la Jurisdicción la cumple para satisfacer pretensiones y resistencias.

Esta distinta manera de actuar el derecho objetivo hace que el ejercicio de la potestad administrativa sea controlable, y el control consiste en determinar si los intereses generales se han servido ejecutando el derecho de manera correcta, lo que supone básicamente asegurarse de que se han respetado los derechos de los administrados. El ejercicio de la potestad administrativa lleva a lo que se denomina presunción *iuris tantum* de legalidad del acto administrativo; presunción que admite prueba en contrario, prueba de actuación no legal. El acto administrativo es, por tanto, controlable y lo es precisamente por la Jurisdicción (art. 148 de la Constitución).

La potestad jurisdiccional se ejerce exclusivamente para la aplicación del derecho objetivo y después de ella no hay nada más. La aplicación del derecho objetivo en el desempeño de la función jurisdiccional, no puede ser controlada por una instancia posterior; aplica el derecho objetivo de manera irrevocable. Surge así la cosa juzgada, y en virtud de ella se conforma la situación jurídica de acuerdo con el contenido de la sentencia, precluyendo toda posibilidad de ulterior control de su conformidad al derecho. No se trata, como sostiene alguna doctrina, de que las resoluciones con cosa juzgada gocen de una presunción *iuris et de iure* de verdad; es algo diferente. La cosa juzgada no es una presunción de verdad. La fuerza que el ordenamiento jurídico otorga a las resoluciones judiciales no se basa en una presunción, sino que supone un vínculo de naturaleza jurídico pública que obliga a los jueces a no fallar de nuevo lo ya decidido y ello atendiendo a las garantías del órgano, a las garantías del proceso, a como se aplica el derecho y a la seguridad jurídica.

La Constitución confirma la distinción, aunque no sea de manera directa. A la cosa juzgada se refiere el art. 139.13, partiendo de la base de que las sentencias tienen valor de cosa juzgada (aunque parezca atender sólo al proceso penal). El art. 148 supone el control por la potestad jurisdiccional de toda la actuación administrativa.

Hemos aislado así otro elemento importante de distinción de cómo se actúa la ley, pues la Jurisdicción es la única que lo puede hacer de modo irrevocable, con cosa juzgada.

ACTUACION CON DESINTERES OBJETIVO

Toda aplicación de la ley comporta necesariamente un juzgar, en el sentido de decir el derecho, pero el juicio de la Administración opera de manera distinta al juicio de la Jurisdicción. En palabras de Chiovenda: «También la Administración juzga, puesto que no se obra sino sobre la base de un juicio; pero juzga de su propia actividad. En cambio, la Jurisdicción juzga de la actividad

ajena y de una voluntad de ley que concierne a otros». Aparece así la denominada *alienità,* que se ha traducido como «ajenidad» o «terciedad», y que De la Oliva, llama, creemos que con acierto, desinterés objetivo.

Posiblemente el camino más idóneo para comprender esta diferencia sea el de la distinción entre autotutela y heterotutela. Para la mejor logro del bienestar general (art. 44 de la Constitución) la Administración se sirve de la autotutela, y ésta supone aplicar el derecho en asuntos propios, mientras que la Jurisdicción ejerce un sistema de heterotutela, es decir, aplica el derecho en asuntos ajenos.

En general, la autotutela se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto resuelve éste por medio de su acción directa; unilateralmente una de las partes impone su solución a la otra; se trata, pues, de la imposición de una parte sobre otra, sin que exista un tercero entre ellas. Los peligros de este modo de solución de los conflictos son evidentes, tanto que su prohibición general es uno de los primeros postulados de la civilización.

Esta prohibición puede encontrarse en la propia Constitución (caso del art. 17 de la de México), en códigos procesales (así en el art. 1 del *Código de processo civil* de Portugal) o puede contemplarse desde el punto de vista penal (postura del art. 455 del CP español). No faltan, con todo, excepciones a la regla general, casos en los que la propia ley permite al particular acudir a la acción directa; se trata de excepciones contadas: en el derecho penal la legitima defensa (art. 2.23 de la Constitución), por ejemplo; en el derecho laboral la huelga (art. 28 de la Constitución), etc.

Con la Administración ocurre de manera distinta. Justificándolo en la expeditividad y eficacia en la gestión de los intereses generales, y partiendo de la denominada presunción *iuris tantum* de legalidad del acto administrativo, la Administración está capacitada para tutelar por sí misma sus derechos tanto en la vía declarativa como en la ejecutiva, tanto conservando como agrediendo.

La autotutela supone así actuación del derecho en un asunto propio; se es juez y parte. Incluso cuando aparentemente la Administración soluciona conflictos entre particulares, está actuando en caso propio, pues su intervención en esos conflictos sólo se justifica en cuanto persiga un interés general.

La actuación de la Jurisdicción parte de la prohibición de la autotutela entre los particulares. Prohibida la acción directa, el Estado asume la heterotutela de los derechos subjetivos. En la heterotutela la aplicación del derecho objetivo se realiza por un tercero ajeno a las partes, el cual impone a éstas su decisión. El posible conflicto no se resuelve por obra de las partes, sino por obra del tercero, a cuya decisión quedan aquéllas jurídicamente obligadas. La Jurisdicción actúa el derecho sobre situaciones jurídicas ajenas, y respecto de las cuales está desinteresada

objetivamente. No trata de tutelar un interés propio. Con la actuación del derecho no pretende trascender a otros fines; su potestad se reduce a la aplicación de derecho en asuntos de otros.

Hay que distinguir entre imparcialidad del funcionario o de la autoridad administrativa y el interés objetivo. La Administración no está desinteresada en los asuntos en que interviene, pero el funcionario concreto ha de ser imparcial; es decir, interés objetivo y desinterés subjetivo. En la Jurisdicción, en cambio, hay desinterés objetivo y subjetivo.

Hemos establecido una tercera distinción entre la Administración y la Jurisdicción, que es conveniente expresar en términos políticos. Cuando un partido político concurre a las elecciones lo hace ofreciendo un programa; éste es la síntesis de lo que el partido entiende que son los intereses generales y de cuáles son los medios más oportunos para conseguirlos, y con él se hace una propuesta a los ciudadanos. Si los ciudadanos la aceptan y le dan sus votos al programa del partido, la función de éste, una vez en el poder, tiene que consistir en llevar a la realidad el programa, y en ello tiene un verdadero interés parcial; todas las decisiones que adopte deben estar preordenadas para el cumplimiento del programa, aunque ello tenga hacerse con las limitaciones que imponga el derecho; éste operará como límite, no como fin; el fin es el servicio de los intereses generales, de conformidad como los han definido los ciudadanos en la elección popular. La Administración operará, pues, con interés objetivo.

Por el contrario, los integrantes del poder judicial, los jueces y magistrados, no concurren a las elecciones exponiendo un programa de intereses generales y de medios para lograrlos. Para los jueces y magistrados el derecho el derecho opera como fin de su actuación; su función consiste en actuar el derecho objetivo en el caso concreto, y ello han de hacerlo con desinterés objetivo; no tienen un objetivo que esté por encima de esa actuación del derecho objetivo en el caso concreto; su programa sólo puede ser uno: actuar el derecho siempre como terceros ajenos al caso que se les somete.

LA REALIZACION JURISDICCIONAL DEL DERECHO

Si por un lado hay que insistir en que la función jurisdiccional se resuelve en decir el derecho, esto es, en aplicar la legislación o, más técnicamente, en actuar el derecho objetivo en el caso concreto, por otro no cabe desconocer que esa función no puede limitarse a la realización de una operación lógica por un juez indiferente ante los conflictos de la sociedad.

La norma jurídica general que enlaza a un hecho abstractamente considerado una consecuencia jurídica también abstracta, necesita ser individualizada caso por caso para tener sentido. Así la función jurisdiccional no puede reducirse a decir técnicamente el derecho en el caso concreto, sino que participa de la creación del derecho, en el sentido auténtico de la expresión. La

sentencia es norma jurídica individualizada; individualiza la norma jurídica general continuando la labor de creación jurídica.

Ya Bülow, el llamado fundador del derecho procesal, había intuido la distinción entre *lex generalis* y *lex specialis:* «No sólo el derecho subjetivo, sino el objetivo experimenta una transformación por medio del proceso; la ley va del mandato jurídico abstracto (la *lex generalis)* al mandato jurídico concreto (la *lex specialis)* de la sentencia y, finalmente, a la efectiva realización de ésta (la ejecución)».

La labor creadora del derecho por la jurisdicción se manifiesta en planos muy diversos:

a) En ocasiones es la propia ley la que confía a los órganos jurisdiccionales la misión de crear la norma aplicable en el caso concreto, unas veces con carácter general y otras para supuestos específicos. Aunque esto es algo que rara vez se da en los ordenamientos jurídicos en los que se acarrea una larga tradición de juez limitado a pronunciar las palabras de la ley.

El art. 113 del *Codice di procedura civile* italiano dispone, por un lado, que los jueces han de decidir los procesos conforme a los normas del derecho, “salvo que la ley les atribuya el poder de decidir conforme a equidad”, y, por otro, que “el juez de paz decido según equidad las causas cuyo valor no exceda de dos millones de liras” (unos 1.500 dólares), pero normas de este género se da muy pocas veces. En el derecho español la Ley de Propiedad Horizontal de 1960 permite al juez resolver en equidad cuando los copropietarios de un inmueble no logren la mayoría necesaria para tomar acuerdos.

b) Existen otros muchos casos en los que los órganos legislativos, aspirando a la justicia, no configuran la norma general de modo completo, pareciendo más justa una cierta indeterminación. Esta puede referirse o bien al supuesto que se contempla en la norma o bien a las consecuencias de su incumplimiento:

1.º) En el primer caso queda indeterminada la regla que compone la norma, por lo que el juez tendrá que completarla, único sistema para saber qué se ordena al particular en el caso concreto; ocurre así en todos los casos en que la norma se refiere a la naturaleza del negocio, a las buenas costumbres, a la buena fe y equidad o al orden debido y conceptos similares.

Así cuando el art. 1.104 del Código Civil español nos dice que «la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar», prácticamente está dejando la norma en blanco, por lo que el juez de su experiencia podrá deducir que, por ejemplo, el no asegurar un comerciante sus mercancías en 1915 no implicaba imprudencia ni negligencia, y nada impide el que hoy, con el mismo artículo y estimándose que han cambiado las circunstancias base de los negocios, otro juez llegue a solución contraria.

2.º) En el segundo, lo indeterminado no es la regla, el mandato, sino las consecuencias jurídicas, la sanción que supone el incumplimiento. No nos referimos aquí a las normas imperfectas, es decir, a aquéllas que carecen de sanción, sino a las que teniéndola queda indeterminada por estimarse que la predeterminación en la ley podría conducir a resultados injustos.

Así en el art. 1.154 del Código Civil español se deja a la discrecionalidad equitativa del juez la determinación concreta de la «pena», en las obligaciones con cláusula penal, cuando la obligación principal hubiese sido cumplida en parte o de modo irregular.

c) Todavía cabe un paso más cuando el legislador incumple su misión y no regula una nueva relación jurídica (especialmente de derecho privado), obligando a los tribunales a «suplir» su silencio mediante la aplicación de principios jurídicos muy generales. Estas situaciones se dan hoy frecuentemente y han puesto a los jueces ante tesituras difíciles por alejarles de su función.

Dado que la vida social va siempre por delante de la legislación, es hoy cada vez más frecuente la aparición de nuevas relaciones jurídicas que, durante un tiempo, no tienen regulación alguna, pero respecto de las que el juez debe resolver cuando se le formule una pretensión. Este ha sido el caso, por ejemplo, del contrato de *leasing,* de toda una serie de compraventas internacionales *(fas, fob, cif)*, de contratos bancarios o de seguros.

El deber de la jurisdicción de resolver en todo caso se expresa en el art. 139.8 de la Constitución: “El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”. Este principio llega al extremo de que los códigos penales tipifican como delito el no resolver, delito que suele denominarse de denegación de justicia.

d) Pero también en los supuestos en que la norma es completa, en los que aparentemente el juez debe limitarse a su aplicación, hemos comprobado que estamos ante una labor creadora porque la norma general no es susceptible de aplicación directa. La norma individual de la sentencia ha de contener necesariamente «algo más» que la norma general, y «ese algo más» es de creación judicial. Si el término creación parece excesivo puede hablarse de elaboración, formulación o realización; lo importante es comprender que el juicio añade algo a la ley, incluso cuando ésta existe y es completa.

Para finalizar conviene, sin embargo, precisar que la labor creadora que estamos atribuyendo al juez no puede conducir a negar su sometimiento a la ley. Se trata solamente de reconocer que el juez, sometido a la ley, desarrolla una función merced a la cual la norma general se concreta e individualiza en los casos que se someten a su decisión. Nada más, pero nada menos.

LECTURAS RECOMENDADAS:

Sobre la función de la jurisdicción con carácter general *vid*. MONTERO, *Introducción al derecho procesal,* 2.ª ed., Madrid, 1979, y *La función jurisdiccional y el status de jueces y magistrados,* en «Trabajos de derecho procesal», Barcelona, 1988.

a) Teorías subjetivas: HELLWIG, *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts,* I, Leipzig, 1903. Para las citas concretas: CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código,* I, Buenos Aires, 1962; A. ROCCO, *La sentenza civile,* 2.ª ed., Milano, 1962; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile,* I, Milano, 1955; ALCALÁ-ZAMORA, *Los conceptos de jurisdicción y competencia en el pensamiento de Lascano,* en «Estudios de teoría general e historia del proceso», I, México, 1974.

b) Teorías objetivas: MICHELI, *Curso de derecho procesal civil,* I, Buenos Aires, 1970; CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil,* I, Madrid, 1920; CALAMANDREI, *Instituciones,* I, cit; ALLORIO tres trabajos sobre jurisdicción en *Problemas de derecho procesal,* II, Buenos Aires, 1963.

En general el volumen colectivo *Función del poder judicial en las democracias occidentales latinoamericanas*, México, 1977; DE LA RÚA, *Jurisdicción y administración. Relaciones, límites y controles. Recursos judiciales*, Buenos Aires, 1979.

Para la noción de pretensión y resistencia *vid*. sobre todo GUASP, *La pretensión procesal,* en Anuario de Derecho Civil, 1952, luego publicado como cuaderno por Civitas, Madrid, 1981; y ahora en «Estudios Jurídicos», Madrid, 1996, en el texto se sigue el pensamiento de este autor pero con modificaciones de importancia.

Sobre las deformaciones del principio de legalidad, *vid.* NIETO, *La organización del desgobierno,* Barcelona, 1984.

La cita de CHIOVENDA en *Instituciones de derecho procesal civil,* II, Madrid, 1940, p. 11, y la de DE LA OLIVA en *Derecho procesal civil,* I, *(con* Fernández), Madrid, 1995, p. 26; para la autotutela de la Administración GARCIA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo,* I, Madrid, 1995, pp. 486 y ss., y del primero *Democracia, jueces y control de la Administración,* Madrid, 1997; del segundo *De la arbitrariedad de la Administración,* Madrid, 1997.

Para la realización jurisdiccional del derecho, KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho,* Madrid, 1953, pp. 52 y ss.; BÜLOW, *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales,* Buenos Aires, 1964, p. 3. Alberto Vicente FERNÁNDEZ, *Función creadora del juez*, Buenos Aires, 1980.

El fenómeno de la «suplencia judicial» frente al poder legislativo ha sido estudiado especialmente en Italia; pueden verse: ONORATO, *Funzioni e profili: strutturali della magistratura nella fase di transizione,* en «Quale giuztizia» 1987, 37; RODOTA, *Le tentazioni della politica,* en «Quale giustizia», 1974; MANCINI, II *contratopodere dei giudici: contenuto e limiti,* en «Política del diritto», 1972; PIZZORUSSO, *Indirizzi politici della magistratura,* en «La riforma del ordinamento giudiziario e i problemi della giustizia», I, Roma, 1977; GIULIANI y PICARDI, *La responsabilità del giudice,* Milano, 1987, y tantos otros.

CAPÍTULO 4.º

Los principios políticos de la jurisdicción

Principios políticos de la jurisdicción.— I. Unidad. Su necesidad teórica.— Su sentido práctico preconstitucional.— El doble significado constitucional: A) Clases de tribunales por la competencia; B) Clases de tribunales por la organización: a) Ordinarios; b) Especiales.— El funcionamiento de los tribunales.— II. Exclusividad: A) Monopolio estatal; B) Monopolio judicial; C) Sentido negativo del principio.- III. Juez legal o predeterminado.— Su aspecto positivo: A) Respecto de los órganos judiciales; B) Como derecho fundamental.— Su aspecto negativo: Los tribunales de excepción.— El sentido de «juez ordinario».

PRINCIPIOS POLITICOS DE LA JURISDICCION

La potestad jurisdiccional, tal y como quedó configurada en el Capítulo 2.º, está determinada constitucionalmente por tres principios básicos que suelen denominarse:

1.º) *Unidad*: Se refiere a él el art. 139.1 de la Constitución cuando dice que son principios de la función jurisdiccional: la unidad, añadiendo a continuación que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

2.º) *Exclusividad*: Se enuncia en el mismo art. 139.1 de la Constitución, que fija también como principio de la función jurisdiccional: la exclusividad.

3.º) *Juez Legal*: Se plasma en el art. 139.3 de la Constitución de dos maneras; una positiva: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley”, y otra negativa: “...ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

I. UNIDAD. SU NECESIDAD TEORICA

Si la jurisdicción es una potestad que emana de la soberanía popular es evidente que ha de ser necesariamente única; es conceptualmente imposible que un Estado no federal tenga más de una jurisdicción, por cuanto sólo existe una soberanía y sólo puede existir una potestad jurisdiccional que emane de ella.

Teóricamente el ejercicio de esta potestad jurisdiccional podría corresponder a un órgano único, pero, dado que ello es prácticamente imposible, atendida la cantidad de asuntos que deben resolverse, han de existir varios cientos de órganos jurisdiccionales a los que se atribuye potestad

jurisdiccional. Aparece así la organización judicial y dentro de ella pueden existir distintas clases de tribunales.

Lo anterior supone que cuando se habla, como es usual, de jurisdicción civil, de jurisdicción penal, de jurisdicción ordinaria o de jurisdicciones especiales, por ejemplo, se está partiendo de desconocer lo que sea la jurisdicción. Sí es correcto, por el contrario, hablar de tribunales civiles, penales, administrativos, ordinarios, especiales, etc.

La jurisdicción no sólo es única, es también indivisible y, por tanto, todos los órganos jurisdiccionales la poseen en su totalidad. No se tiene parte de la potestad jurisdiccional, sino que ésta o se tiene o no se tiene. Cuando a un órgano del Estado se atribuye jurisdicción, se le atribuye toda la jurisdicción. Lo que puede distribuirse es la competencia.

Lo que entre los tribunales puede distribuirse es el ámbito, la materia, el territorio o la actividad sobre que se ejerce la potestad jurisdiccional. Surge así la noción de competencia; ésta no es la parte de la jurisdicción que se confiere a un órgano, ni la medida de la jurisdicción que se le atribuye; es la parte sobre la que se ejerce la potestad jurisdiccional. Aunque la jurisdicción no se reparta, sí cabe repartir la materia, el territorio y la actividad procesal. Es así posible que la ley disponga que un órgano jurisdiccional conocerá sólo de materia civil y otro sólo de materia penal; también lo es que la misma ley disponga que la potestad jurisdiccional de un órgano se ejerza en todo el Perú, la de otro en una región, departamento, o en una provincia, o en un municipio.

La jurisdicción es también indelegable, lo que supone, primero, que el Estado, en cuanto titular de la misma no puede delegarla (art. 1 del CPC), pero también, segundo, que el órgano al que se le ha atribuido no puede delegarla en otro órgano, sea éste jurisdiccional o no. Naturalmente la competencia en sentido estricto tampoco puede delegarse (art. 7 del CPC).

SU SENTIDO PRACTICO PRECONSTITUCIONAL

Si la unidad jurisdiccional, en este sentido teórico, es consustancial a un Estado no federal, cabe preguntarse por qué la Constitución de 1993 proclama expresamente el principio, mientras que las constituciones de otros países no hacen referencia al mismo. A la unidad jurisdiccional hacen alusión expresa muy pocas constituciones, pero entre ellas sí la hacen la peruana y la española, y hay que preguntarse por qué ocurre así. La respuesta a este interrogante sólo se obtiene históricamente por cuanto la unidad jurisdiccional que declara la Constitución es la plasmación, a nivel de norma fundamental, de una aspiración política y técnica que se corresponde con una determinada situación del inmediato pasado que se pretende que no se repita en el futuro.

Durante el siglo XIX la aspiración se refería a lo que entonces se denominaba fuero único, y en este sentido la Constitución de 1812 decía, en su art. 248, que «en los negocios comunes civiles

y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de procesos». En este siglo lo que se pretendía era acabar con el gran número de tribunales que sólo respondían a privilegios de clase o casta, y los fines perseguidos eran la centralización, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la unidad del sistema judicial.

En esa etapa los fueros privilegiados no significaban un ataque a la independencia judicial y ello por la fundamental razón de que la independencia no existía, ni siquiera en los jueces y magistrados del fuero ordinario. Las peticiones de unidad tenían un sentido principalmente organizativo, pretendían acabar con la multiplicidad de tribunales y especialmente con aquéllos que respondían a privilegios de casta; el caso más evidente fue siempre el de los tribunales militares.

Lograda en buena parte la desaparición de los fueros privilegiados y la existencia de una única organización judicial en momentos históricos distintos según los países, el sentido del principio de unidad cambió de contenido y de denominación. Ahora no se perseguía ya la unidad de fuero sino la unidad jurisdiccional, y su contenido era alcanzar que todos los asuntos fueron conocidos por tribunales integrados por jueces y magistrados independientes.

Durante el siglo XX los jueces y magistrados habían logrado en el ámbito personal una muy relativa independencia. No existía un poder judicial autónomo, sino simplemente administración de justicia, pero la inamovilidad judicial empezó a respetarse, por lo menos en algunos países, y con ella podía hablarse de que los jueces y magistrados tenían un cierto grado de independencia. Ante esta situación el titular del poder político, para evitar que determinados asuntos fueran juzgados por tribunales cuyos titulares podían llegar a creerse independientes, acudió a un doble camino:

1.º) Unas veces procedió a crear un tribunal especial por la competencia, es decir, al que atribuía el conocimiento de los asuntos que quería apartar de los tribunales de competencia general y, además y muy especialmente, dotaba a los jueces y magistrados de este tribunal especial de estatuto orgánico propio, por lo menos en lo relativo al sistema de nombramiento y cese, pretendiendo suprimir totalmente su independencia para poder influir en las decisiones judiciales. Esto es, al no poder determinar íntegramente el contenido de las resoluciones judiciales de los tribunales de competencia general, se procedía a la creación de un tribunal de competencia especial y con estatuto orgánico de su personal jurisdiccional distinto del común. Cada país puede poner ejemplos en este sentido, y en España el caso más conocido es el de los Juzgados y del Tribunal de Orden Público creados en 1963 y suprimidos en 1977.

2.º) Otras veces no se llegaba a la creación de un tribunal especial por la competencia con estatuto propio, sino que se ampliaba la competencia de un tribunal ya existente, el cual podía tener buenas razones para existir si bien dentro de ciertos límites competenciales, pero en el que el titular del poder político tenía influencia para determinar sus decisiones. El caso más destacado de este

camino fue el de los tribunales militares que, en determinados momentos, vieron aumentada extraordinariamente su competencia hasta límites que no tenían nada que ver con lo castrense.

En síntesis, pues, ya en este siglo XX y, sobre todo, en su segunda mitad, cuando desde instancias políticas y técnicas se aspiraba a la unidad jurisdiccional en el fondo lo que se pretendía era la independencia judicial, en cuanto ésta es la garantía máxima para el justiciable. A la postre resultó así que la unidad jurisdiccional acabó concibiéndose más como una garantía de la independencia que como un principio relativo al sistema de organizar los tribunales o, si se prefiere otra forma de decirlo, la opción por un sistema de organización se hacía en atención a defender la independencia judicial.

Naturalmente explicar el principio de unidad jurisdiccional desde la teoría pura carece de sentido, pues es obvio que un estado no federal no puede existir más de un poder judicial o jurisdicción. Cuando una Constitución se refiere a la unidad jurisdiccional la explicación del principio debe buscarse en su historia, en los acontecimientos que han conducido a que los constituyentes creyeran que era necesario plasmar el principio en la norma fundamental. Por lo mismo, cuando la constitución de un país no se refiere a este principio es porque, desde su propia historia reciente, no se ha sentido la necesidad de política de llevar ese principio a la norma de rango máximo.

EL DOBLE SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL

Cuando la Constitución de 1993 establece en su art. 139.1 que la unidad de la función jurisdiccional es principio determinante de ésta, aparte de su contenido político, está partiendo de un error de enunciación, pues la unidad no se refiere a la función (que es necesariamente siempre la misma), sino a la manera de organizar el poder judicial, por lo que es necesario distinguir entre:

A) Clases de tribunales por la competencia

Dado el sentido que la unidad jurisdiccional tiene como garantía de la independencia, en la Constitución no se está prohibiendo la existencia de tribunales diversos por la competencia. La diferencia entre estos tribunales radica únicamente en el modo de atribuirles competencia y así se distingue entre:

a) *Tribunales de competencia general (u ordinarios):* La competencia se les atribuye con carácter general, en virtud de una norma que les confía el conocimiento de todos los asuntos que surjan, de tal forma que la generalidad implica *vis attractiva* sobre los asuntos no atribuidos expresa y concretamente a otros tribunales.

En este sentido hay que interpretar lo que dispone el art. 5 del CPC, que es el ejemplo más claro de norma general de atribución de competencia: los órganos jurisdiccionales civiles tienen competencia para conocer de todo aquello que no esté atribuido por la ley a otros órganos jurisdiccionales

b) *Tribunales de competencia especializada:* Las complejidades del ordenamiento jurídico en los últimos tiempos y cierto mimetismo con relación a otros géneros de actividades de la sociedad —la especialización es hoy artículo de moda—, han puesto de relieve la aparente necesidad de especializar a los órganos jurisdiccionales. La especialización consiste en la atribución de competencia atendiendo a ramas o sectores del ordenamiento jurídico.

En el sistema tradicional de organizar el poder judicial, los órganos de primera instancia tenían competencia para conocer en toda clase de asuntos, tanto civiles como penales, de modo que el Juez de Primera Instancia lo era respecto de todos los órdenes o ramos jurisdiccionales. Una primera especialización consistió en separar el orden penal del civil, estableciendo tribunales distintos para una y otra materia, incluso en primera instancia, pero la especialización fue aumentando y así en la mayoría de los países se separó de lo civil lo laboral, dando esta materia lugar a un orden o ramo propio. No faltan países en los que la especialización es mayor y así existen tribunales de familia o tribunales de ejecuciones hipotecarias.

La especialización tiene caracteres propios cuando se trata de lo contencioso administrativo, pues hay que distinguir entre los países que han asumido un sistema judicial (como el español) o un sistema de Consejo de Estado (como el francés). Si el sistema es judicial propiamente dicho la existencia de tribunales de lo contencioso-administrativo implica que se han formado tribunales especializados por la materia, a los que se atribuye la competencia en virtud de una regla atinente a una rama o sector del ordenamiento jurídico.

c) *Tribunales de competencia especial:* La atribución de competencia se realiza con relación a grupos de asuntos específicos e incluso respecto de grupos de personas, lo que supone la existencia de un regla especial de atribución. El ejemplo más claro suele ser el de los tribunales penales cuya competencia se reduce a delitos determinados (en muchos países se ha dado ello en materia de terrorismo o de narcotráfico); también ha sido frecuente la creación de tribunales de menores de edad, con competencia, por un lado, para conocer de los actos que si fueran ejecutados por mayores serían delito y, por otro, para el ejercicio de la protección del menor.

d) *Tribunales de excepción:* Se trata de tribunales creados con vulneración de las reglas legales de atribución de la competencia, con el fin de que conozcan de un caso particular o de algunos de esos casos, siendo establecidos *ex post facto.* Están prohibidos por la Constitución en el art. 139.3.

Prescindiendo, pues, de los tribunales de excepción, sobre los cuales pesa una lógica prohibición expresa, el principio de unidad jurisdiccional no puede interpretarse en el sentido de que se prohiban los tribunales de competencia especializada o de competencia especial. La reacción contra la situación política anterior no comprende esta distinción en clases de tribunales que tiene una larga tradición en todos los países. Si el art. 143 de la Constitución dice los órganos jurisdiccionales son los que determine su ley orgánica, nada impide que ésta establezca tribunales de competencia especializada o de competencia especial.

B) Clases de tribunales por la organización

Si la unidad jurisdiccional del art. 139.1 no cabe que se refiera propiamente a la función jurisdiccional y si la misma no puede impedir la existencia de tribunales de competencia especializada o especial, el sentido del principio debe buscarse en lo atinente a la organización del poder judicial. En otros países el principio de unidad se está concibiendo como una garantía de la independencia judicial, y si ello es así de lo que se trata es de impedir la creación de tribunales en los que los otros poderes del Estado puedan determinar o influir en las resoluciones judiciales. El principio afecta, pues, a como debe organizarse el poder judicial para que, desde su manera de organizarlo, se procure la independencia de los jueces y magistrados. El principio no tiene sentido en sí mismo; es un medio al servicio de la independencia.

Desde esta perspectiva hay que distinguir dos clases de tribunales.

a) Ordinarios

Para que un tribunal pueda calificarse de ordinario por la organización han de concurrir dos condiciones:

1.ª) Ha de estar regulado precisamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Constitución contiene una reserva de ley, de ley orgánica (art. 106) y precisamente de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 143), de modo que fuera de la misma no puede crearse tribunal alguno.

2.ª) Ha de estar servido exclusivamente por jueces y magistrados que cumplan los requisitos que se derivan de la Constitución, y que son:

1”) *Existencia de un estatuto personal único*: La Constitución proclama la independencia de jueces y de magistrados (art. 139.2) y para garantizarla establece las bases del estatuto personal de los mismos (arts. 146, 147 y Capítulo 5.º), con lo que no podrán crearse tribunales en los que sus jueces y magistrados que tengan estatuto personal distinto del común. Este puede ser uno de los

sentidos del art. 139.2 cuando dice que “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente”.

Debe tenerse en cuenta que esto no impide ni la especialización del personal jurisdiccional, ni siquiera que la entrada en el ejercicio de la función jurisdiccional tenga un único sistema. El art. 150 confía al Consejo Nacional de la Magistratura la selección y el nombramiento de los jueces, pero, al mismo tiempo, el art. 152, permite que la ley establezca la elección de los Jueces de Primera Instancia, con lo que la entrada en la función puede tener distintas vías. Ahora bien, una vez se ha producido el nombramiento, por el Consejo o por elección, no cabe que existan estatutos jurídicos distintos.

2”) *Reserva de ley orgánica para el estatuto*: El art. 143 de la Constitución no puede entenderse en el sentido de que la Ley Orgánica del Poder Judicial se limite a la regulación de los órganos judiciales; en la misma ha de regularse también el estatuto de los jueces y magistrados, titulares de la potestad jurisdiccional, sin perjuicio de que la ley orgánica propia del Consejo Nacional de la Magistratura tenga que regular cómo se efectúa la selección y el nombramiento. Lo que importa destacar aquí es que, primero, existe reserva de ley orgánica para regular el estatuto y, segundo, que esa ley orgánica ha de ser precisamente la del poder judicial, no cualquier otra.

3”) *Condición de técnicos*: La Constitución opta decididamente por unos jueces y magistrados, integrantes del poder judicial, que han de ser técnicos, en el sentido de que han de haber demostrado su conocimiento del derecho como ciencia (con la excepción posible de los Jueces de Paz; sólo posible, pues el art. 152 deja a la ley la determinación de los requisitos para el acceso).

Tradicionalmente ha existido una aspiración a lo que, con terminología anterior al siglo XIX, se llamaba “juez letrado”, esto es, juez licenciado en derecho, y en ese sentido se manifestó el Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz de 1812, pretendiéndose con ello acabar con aquellos jueces que desconocían el derecho que debían aplicar; en el siglo XIX esa aspiración va unidad a la concepción de que todo el derecho se encuentra en los códigos y de que los jueces debían limitarse a aplicar esos códigos, y si no se consiguió la aspiración se debió a razones económicas, pues los estados se declararon incapaces de hacer frente al gasto presupuestario que ello comportaba. Las cosas han cambiado en este final del siglo XX, al haber entrado ahora en juego algo completamente diferente, como la participación popular en la justicia, participación que, en unos casos, se refiere a la existencia de jueces no letrados y, en otros, a la elección popular de los jueces. Se trata, obviamente, de decisiones políticas de gran calado ideológico que cada constituyente debe tomar, asumiendo lo que es realmente aspiración popular y no lo que es mero mito, sin arraigo en la sociedad.

Lo que no está claro en la Constitución es la creación de una verdadera carrera judicial, esto es, la configuración un *cursus* determinado de las situaciones por las que puede atravesar un juez a lo largo de toda su vida profesional. La posibilidad real de esa carrera está fuertemente condicionada por la necesidad de la ratificación cada siete años, a que se refiere el art. 154.2 de la Constitución, pues la misma puede suponer el desconocimiento de la inamovilidad judicial, y ésta forma parte integrante de la misma esencia de la carrera.

4") *Cuerpo único*: Todos los jueces y magistrados de carrera formarán un cuerpo único, esto es, sin posibilidad de que existan jueces y magistrados pertenecientes a cuerpos o sistemas de organización diferentes del común y previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial. No pueden existir varios modelos de jueces, pues ello sí que supondría desconocer lo que es la unidad jurisdiccional. Este puede ser otro de los sentidos del art. 139.2 al prohibir la existencia de "jurisdicción alguna independiente".

5") *Gestión por el Consejo Nacional de la Magistratura*: Todos los jueces y magistrados han de estar adscritos a la gestión del Consejo, que ha de ser configurado como su órgano de gobierno, comprendiendo todo lo relativo a la aplicación del estatuto personal único, de modo que los otros poderes no pueden tener participación alguna en ese campo. Se trata no sólo de la selección y el nombramiento sino, sobre todo, del régimen disciplinario que ha de comprender todas las medidas de esta naturaleza y no sólo la sanción de destitución (art. 154).

b) Especiales

El incumplimiento de alguna de las condiciones antes dicha hace surgir los tribunales especiales. Estos pueden ser de dos clases:

1.ª) *Admitidos por la Constitución*, que serán sólo aquéllos que estén expresamente mencionados en ella; se trata, pues, de los tribunales militares (arts. 139.1 y 173) de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas (art. 149), del Jurado Nacional de Elecciones (art. 178.4) y del Tribunal Constitucional (arts. 201 y 202).

El art. 139.2 se refiere implícitamente a la existencia de jurisdicción militar, el art. 139 emplea la expresión jurisdicción especial y el art. 173 emplea la palabra fuero con referencia a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, y en todos estos casos la palabra jurisdicción se está empleando incorrectamente. El Perú, como Estado unitario (art. 43), sólo puede tener una jurisdicción; lo que puede tener son tribunales especiales por la organización, no incluidos en el poder judicial organización y, por tanto, no ordinarios. Esos tribunales especiales sólo pueden ser los admitidos expresamente por la Constitución y no otros. Las leyes, sean orgánicas o normales no pueden proceder a la creación de tribunales especiales, salvo los previstos en la Constitución.

Tratamiento aparte merece la llamada en el art. 139.1 jurisdicción arbitral, pues la mención de la misma no debe entenderse hecha con relación a la unidad de la jurisdicción, sino respecto de la exclusividad jurisdiccional, y por ello nos remitimos a lo que decimos después, no sin advertir que en cualquier caso los árbitros no pueden contemplarse como un tribunal especial por la organización.

2.ª) *Prohibidos por la Constitución*, que son todos los demás, de modo que desde la organización sólo pueden existir los tribunales ordinarios y los especiales constitucionales, no siendo posible constituir ningún otro tribunal especial.

EL FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES

El principio de unidad jurisdiccional puede referirse también al funcionamiento de los tribunales, y en este sentido su comprensión debe atender a dos planos distintos:

a) En el plano legislativo el principio supone que el legislador ordinario, a la hora de regular los distintos procesos, ha de respetar las garantías mínimas establecidas en la propia Constitución, de modo que no podrá establecer procesos sin esas garantías; en general podría entenderse que a ello alude la Constitución cuando habla del debido proceso (art. 139.3). También aquí podríamos hablar de procesos ordinarios y especiales.

Hasta ahora la distinción entre procesos ordinarios y especiales se hacía por la materia, por el objeto de la pretensión ejercitada. Ordinario es el establecido para conocer de toda clase de objetos sin limitación, teniendo carácter general. El especial tiene objeto específico y determinado, quedando su uso limitado al concreto campo que le marca la ley. El art. 475.1 del CPC es muy significativo en este sentido. A esta distinción no se refiere la unidad jurisdiccional (Capítulo 8.º). Desde ésta, proceso ordinario es aquél que respeta en su regulación las garantías y principios constitucionales; proceso especial es aquél que en su regulación no respeta esas garantías y principios, por lo que está prohibido. En este sentido sólo pueden existir procesos ordinarios.

b) En el plano de la actuación concreta de los tribunales se trata de que éstos han de respetar, en la realización de cualquier tipo de proceso, las garantías mínimas. La unidad de funcionamiento supone aquí respetar en todos y en cada uno de los casos los mínimos constitucionales.

II. EXCLUSIVIDAD

El art. 139.1 de la Constitución se refiere también al principio de exclusividad, que refiere erróneamente a la función jurisdiccional; más correctamente el art. 1 del CPC dice que la potestad

jurisdiccional del Estado en materia civil la ejercer con exclusividad el Poder Judicial. Se enuncia así el principio de exclusividad de la jurisdicción, que se resuelve en dos monopolios, hoy matizado el primero, y en un aspecto negativo.

A) Monopolio estatal

Consecuencia ineludible de atribuir a la jurisdicción la naturaleza jurídica de potestad dimanante de la soberanía popular, es que el Estado tiene el monopolio de aquélla, monopolio que se manifiesta en dos ámbitos distintos: internacional e interno.

a) Ambito internacional

Esta manifestación del principio estaba fuera de discusión hasta hace unos pocos años; hoy los problemas se plantean en el ámbito internacional y pensando en él hay que tener en cuenta que el art. 205 de la Constitución dispone que agotada la jurisdicción interna, es decir, la peruana, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos constitucionales constituidos según tratados o convenios en los que el Perú sea parte, con lo que se ha procedido a admitir una jurisdicción por encima de la nacional.

En cualquier caso esa jurisdicción internacional no es originaria, no proviene de la existencia de un “pueblo” con soberanía propia y que, con poder constituyente, tiene potestad jurisdiccional, sino que la jurisdicción internacional sólo existe de modo derivado, esto es, en cuanto el Estado peruano, por medio de su poder constituyente, ha admitido la existencia de una jurisdicción superior a la del Estado. Aunque políticamente sea ya muy difícil dar marcha atrás, en sentido jurídico estricto si la jurisdicción internacional existe en cuanto que es asumida por una norma peruana, el cambio de ésta puede dejar de reconocer la existencia misma de la jurisdicción internacional.

b) Ambito interno

La soberanía estatal lleva a que no existan jurisdicciones de ámbito territorial inferior al del Estado, por lo menos en los Estados no federales. Las regiones si carecen de soberanía carecen asimismo de jurisdicción. La proclamación hecha en el art. 43 de la Constitución de que el Estado es uno y de que su gobierno es unitario, despliega aquí especial virtualidad, pues lo que se está diciendo es que las divisiones políticas y administrativas inferiores al Estado no tienen poder judicial.

Naturalmente carece hoy de sentido cualquier referencia a potestades jurisdiccionales privadas. Caso distinto es el del arbitraje. En la Constitución gaditana de 1812 se comprendió que la libertad de los ciudadanos frente al Estado, único titular de la jurisdicción, tenía que comprender también el derecho a dirimir sus diferencias por medio de «jueces árbitros» elegidos por las dos

partes, y desde entonces se ha discutido sobre la naturaleza del arbitraje, es decir, sobre su condición jurisdiccional o contractual.

A pesar de que el art. 139.1 de la Constitución se refiera a la jurisdicción arbitral, hay que destacar que jurisdicción y arbitraje son dos manifestaciones de la heterocomposición, en la que los conflictos se solucionan por un tercero que impone su decisión a las partes, pero que en el arbitraje ese tercero es nombrado por las partes para decidir un conflicto determinado, que ha de ser de aquellos sobre los que las partes tienen disposición de sus derechos subjetivos, y que la actuación del árbitro es meramente declarativa, no ejecutiva.

El arbitraje se resuelve así en una manera de disponer de los derechos subjetivos, en la que las partes consienten en someter su conflicto a lo que decida un tercero, que no tiene jurisdicción como potestad estatal, aunque su decisión tiene que consistir en «decir el derecho en el caso concreto», con lo que se produce una mezcla entre contrato como acto de disposición y consecuencias similares a la decisión jurisdiccional, que sólo se entiende desde la libertad.

B) Monopolio judicial

Al mismo tiempo la exclusividad jurisdiccional viene a determinar a qué órganos de los del Estado se atribuye la jurisdicción: a los juzgados y cortes, únicos que quedan investidos de esta potestad.

Prescindiendo ahora de los tribunales especiales constitucionales, los órganos que pueden tener jurisdicción no son ya los juzgados y cortes determinados en *las leyes,* sino solamente los previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este sentido hay que interpretar, primero, el art. 143 de la Constitución. Para el poder judicial organización existe reserva de ley, de ley orgánica y, además, ha de tratarse de la Ley Orgánica del Poder Judicial y no de cualquier otra.

Teóricamente la exclusividad expresa algo de tal modo arraigado en la esencia del Estado moderno, que las constituciones no podrían negarlo, pero prácticamente las negaciones han sido constantes y en todos los países, en los que han proliferado organismos, sobre cuya naturaleza administrativa no existían dudas, pero a los cuales se atribuyó función jurisdiccional .

En España el poder legislativo no tiene potestad jurisdiccional alguna, y en este sentido recuérdese que las comisiones parlamentarias de investigación no vinculan a los tribunales ni afectan a las resoluciones judiciales (art. 76 de la Constitución española). También según el art. 97 de la Constitución peruana las conclusiones de las comisiones de investigación del Congreso no obligan a los órganos jurisdiccionales, y el art. 139.2 añade que la facultad de investigación del Congreso no debe inferir en el procedimiento judicial ni surte efecto jurisdiccional alguno.

Debe tenerse en cuenta, además, la neta distinción que debe hacerse entre acusar ante el Congreso a los altos cargos políticos de la Nación por la infracción de la Constitución y por todo delito que comentan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas (art. 99), lo que puede llevar a que el Congreso lo suspenda, inhabilite o destituya, y lo que es propiamente la acusación penal que puede acabar en una condena por delito, que son funciones del Fiscal de la Nación y de la Corte Suprema, respectivamente (art. 100).

Lo que ocurre con el poder ejecutivo es algo distinto. Naturalmente las constituciones no llegan a decir que el poder ejecutivo tiene potestad jurisdiccional, pero consienten una serie de potestades y privilegios que en el fondo son un ataque al monopolio judicial de la jurisdicción. Es este el caso de la ejecutabilidad de las decisiones administrativas, incluida la recuperación de la posesión, de la potestad sancionadora en la que la Administración actúa como juez y parte, especialmente cuando, por un lado, se despenaliza una conducta y, por otro, se le convierte en ilícito administrativo.

C) Sentido negativo del principio

Junto a los anteriores puntos de vista positivos, la exclusividad puede entenderse también negativamente, significando que la función jurisdiccional ha de ser la única función de los juzgados y cortes. En este sentido no hay norma expresa en la Constitución peruana, pero el principio de exclusividad jurisdiccional en su sentido positivo sólo tiene verdadera virtualidad si se le da, además, este sentido negativo. Y hay que tener en cuenta que esta exclusividad negativa hay que referirla tanto al juez de paz del más modesto de los pueblos como a la Corte Suprema, pues la función de uno y otra es la misma, aunque sea distinta la competencia, y los principios no admiten excepciones con base en la jerarquía.

Este aspecto negativo no puede ser tildado de superfluo, pues previene contra la usurpación de atribuciones de otros poderes y, sobre todo, garantiza la independencia de los órganos jurisdiccionales frente a otros poderes e impide que se atribuyan a aquéllos funciones impropias de su naturaleza, sobre todo aquéllas que por sus implicaciones partidistas pueden contribuir a su descrédito. En muchas ocasiones se incurre en el error de atribuir a un órgano jurisdiccional funciones claramente de naturalezas distintas, generalmente con el argumento de que de esa manera se garantiza mejor un derecho o una actividad de interés político, pero ello se hace siempre a costa de la independencia judicial y del prestigio del poder judicial.

Tradicionalmente se han atribuido a los órganos judiciales funciones no jurisdiccionales precisamente en atención a su independencia, y el caso más destacado es el de la incorrectamente llamada jurisdicción voluntaria. Ahora se está pretendiendo en muchos países todo lo contrario si

bien por razones muy distintas como es el descargar de trabajo a esos órganos. Conviene aquí actuar con prudencia. Hay supuestos en los que la independencia judicial sigue siendo garantía de los derechos, mientras que existen otros en los que independencia no añade nada a esa garantía, de modo que a la hora de realizar un nuevo reparto de competencias no deben adoptarse posiciones maximalistas de todo o nada, sino distinguir en atención a cada caso.

III. JUEZ LEGAL O PREDETERMINADO

Si la declaración solemne del principio de unidad jurisdiccional caracteriza a las constituciones peruana y española frente a otras constituciones, no ocurre lo mismo con el principio del juez legal o predeterminado, enunciado también como del juez natural, pues con una u otra terminología tiene un ámbito mucho más general en el espacio.

El origen del principio debe buscarse en el art. 4 de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, según el cual «les citoyens ne peuvent être distraites des juges que la loi leur assigne, par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par les lois». En la actualidad está recogido en el art. 101 de la Ley Fundamental de Bonn: «Nadie podrá ser sustraído a su juez legal»; en el art. 25 de la Constitución italiana: «Nadie podrá ser sustraído del juez natural preconstituido por la ley»; en el art. 8 de la Constitución belga de 1931: «Nadie podrá ser sustraído, contra su voluntad, al juez que la ley le asigne», etc.

En el derecho constitucional español su antecedente está en el art. 247 de la Constitución de 1812: «Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley», de donde pasó a las siguientes constituciones, pero referido ya sólo a materia penal y así, por ejemplo, el art. 11 de la Constitución de 1869 decía: «Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado sino por el juez o tribunal a quien, en virtud de leyes anteriores al delito, competa el conocimiento, y en la forma que éstas prescriban. No podrán crearse tribunales extraordinarios ni comisiones especiales para conocer de ningún delito».

El principio está hoy recogido, desde puntos de vista distintos, en dos artículos de la Constitución española; en el art. 24.2: Todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, y en el art. 117.6 con la prohibición de los tribunales de excepción. Estos dos puntos de vista pueden enunciarse como aspectos positivo y negativo del principio. A ellos se refiere también la Constitución peruana en el art. 139.3, primero cuando dice que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, y después cuando prohibe que sea juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación.

SU ASPECTO POSITIVO

De la expresión literal, tanto en la Constitución peruana como en la española pudiera pensarse que el principio del juez legal o predeterminado por la ley se refiere sólo al proceso penal, pero eso no es así. Es cierto que en el pasado el principio atendía principalmente a los procesos penales, dados los superiores intereses que en ellos entran en juego (la vida o la libertad de las personas), pero el principio ha de aplicarse en todo tipo de procesos. Una interpretación integradora del art. 24.2 de la Constitución española y del art. 139.2 de la peruana no puede sino llegar a la conclusión de que esa garantía no se limita a un único proceso, por cuanto, además de una garantía procesal en sentido estricto, es también una garantía jurisdiccional, esto es, relativa a la composición y funcionamiento de los tribunales, independientemente del proceso en que éstos conozcan.

En este aspecto positivo hay que resaltar dos funciones del principio:

A) Respecto de los órganos judiciales

El principio del juez legal sirve, en primer lugar, para determinar cómo ha de conformarse la organización del conjunto de órganos a los que se dota de potestad, y descendiendo en esa escala llega a determinar la persona física que ha de conocer de un asunto concreto. Así el principio significa:

a) El órgano jurisdiccional que ha de conocer de un asunto determinado ha de preexistir al mismo; a destacar el rango de la ley creadora del tribunal que, según los arts. 106 y 143, ha de ser ley orgánica. Esto supone: 1) Que queda excluida la delegación legislativa (arts. 101.4 y 104), y 2) Que la ley orgánica ha de ser precisamente la Ley Orgánica del Poder Judicial. Aparte los tribunales especiales constitucionales y los tribunales asumidos en los tratados internacionales, todos los demás tribunales han de estar creados por la LOPJ.

b) La competencia de los distintos órganos jurisdiccionales y en todos los sentidos (genérica, objetiva, funcional y territorial) ha de estar predeterminada y ello en virtud de ley general que excluya apreciaciones subjetivas de cualquier órgano. En la determinación de esta regla debe tenerse en cuenta:

1.º) El esquema básico de las competencias genérica, objetiva y funcional debería establecerse en la LOPJ, si bien su desarrollo puede constar en ley ordinaria.

2.º) Establecida la competencia en virtud de una norma general no cabe alterar esa competencia para un caso concreto (pues supondría establecer un tribunal de excepción), pero sí es posible una alteración general de la competencia con relación a todos los procesos en curso.

Una vez que se ha iniciado un proceso no cabe ni que se desvíe "de la jurisdicción predeterminada por la ley", ni que sea juzgado por órgano jurisdiccional de excepción (art. 139.3 de la Constitución), pero sí ha de ser posible que una ley posterior altere las normas de competencia establecidas en una ley anterior, siempre que esa alteración sea general y referida a todos los procesos en curso.

c) En la designación de la persona o personas concretas dotadas de jurisdicción que han de constituir el órgano, se ha de seguir el procedimiento legalmente establecido. No se trata sólo de que se prohiba ejercer función jurisdiccional a quien no ha sido nombrado en la forma prevista en la Constitución o en la ley, ni de que los órganos jurisdiccionales no le den posesión, bajo su responsabilidad, que es lo que dice el art. 139.19 de la Constitución, lo que obvio, sino de que el titular concreto de un órgano jurisdiccional que ha de resolver en un caso concreto ha de haber accedido a ese órgano precisamente en la forma prevista en la ley.

B) Como derecho fundamental

El principio, en segundo lugar, significa un derecho constitucional de toda persona a que su caso sea juzgado por jueces y magistrados que se ajusten a lo que antes hemos dicho. La cuestión más debatida es si la Constitución, al referirse a la jurisdicción predeterminada por la ley, está constitucionalizando el derecho al juez natural, es decir, el derecho a que la ley establezca unas normas de competencia por medio de la cuales todas las persona hayan de ser juzgadas, ellas o su caso, por el juez o corte que razonablemente le son propias (caso, por ejemplo del juez del *locus delicti,* del juez donde ocurrieron los hechos, del juez del domicilio), o si simplemente se trata de dar completa libertad al legislador ordinario para establecer las normas que competencia que estime oportunas, exigiendo la Constitución que esas normas, sean las que fueren, estén preestablecidas.

El derecho al juez predeterminado por la ley no es, simplemente, un derecho que en su configuración pueda actuar con plena libertad el legislador ordinario, sino que la predeterminación es, en primer lugar, algo que tiene que tener una base constitucional. El legislador ordinario no puede, sin razones objetivas, alterar, por ejemplo, la regla general según la cual es juez territorialmente competente el del lugar en que el delito se hubiere cometido. No se tiene derecho a cualquier juez, siempre que éste esté predeterminado por la ley ordinaria de modo general, sino que el derecho comprende el mantenimiento de la regla general y la alteración de la misma sólo es posible en casos objetivamente distintos. Añádase que el derecho al debido proceso (art. 139.3), a

la publicidad de los procesos (art. 139.4), han de llevar a la inmediación con las fuentes de prueba y a la publicidad en el lugar en el que el delito se cometió.

SU ASPECTO NEGATIVO: LOS TRIBUNALES DE EXCEPCION

Desde el punto de vista negativo el principio del juez predeterminado por la ley o de la, incorrectamente llamada, jurisdicción predeterminada por la ley, supone, por un lado, la prohibición de los tribunales de excepción y, por otro, el derecho de los ciudadanos a no ser juzgados por ellos. Como hemos visto, doctrinalmente se ha venido entendiendo por tribunal de excepción el que se constituye para juzgar de un caso particular, o de casos individualizados, vulnerando las normas legales de competencia y ex *post facto,* con lo que supone ello de privación total del principio del juez predeterminado. Partiendo de que el art. 139.3 de la Constitución prohibe los órganos jurisdiccionales de excepción, importa ahora precisar qué se entiende en ella por tal expresión y cuál es su alcance y contenido.

Se trata fundamentalmente de que en el momento en que se ha producido el hecho que ha de ser conocido jurisdiccionalmente los órganos jurisdiccionales que han de juzgarlo tienen que estar ya establecido por la ley, de modo que, producido el hecho, cualquier persona con conocimientos jurídicos ha de poder decir, aplicando la ley, qué órgano concreto es el que va conocer de la primera instancia, cuál del recurso de apelación y cuál de casación, si este recurso se prevé en la ley. Nada de lo que se refiere a los órganos jurisdiccionales competentes puede establecerse después de que se ha producido el hecho a juzgar.

Naturalmente el derecho constitucional se viola de modo más completo cuando el conocimiento de un caso no se atribuye a un órgano jurisdiccional, sino a un órgano no jurisdiccional o a una comisión, pero también se trata de entre los propios órganos jurisdiccionales. Los tribunales de excepción están total y completamente prohibidos, sin excepción alguna.

EL SENTIDO DE «JUEZ ORDINARIO»

Con lo dicho debe haber quedado aclarado el contenido del derecho al juez predeterminado por la ley, pero, además, hay que precisar lo que significa juez ordinario, habida cuenta de lo que dijimos sobre tribunales ordinarios respecto del principio de unidad jurisdiccional. Este derecho constitucional *no* puede suponer:

1.º) Que el juez o corte que haya de conocer de un asunto determinado tenga atribuida competencia con carácter general y *vis attractiva.* Es evidente que no puede reconocerse a los ciudadanos el derecho a no ser juzgados por un tribunal de competencia especializada o especial,

pues en caso contrario se asistiría al contrasentido de que la Constitución permitiera establecer tribunales de competencia especializada y al mismo tiempo la Constitución concediera a los ciudadanos el derecho a no ser juzgados por ellos. Por reducción al absurdo hay que concluir que juez ordinario no significa juez de competencia general y *vis attractiva.*

2.º) Tampoco puede suponer que el juez o corte que conozca de un caso concreto sea ordinario en el sentido que vimos ante con relación a la unidad jurisdiccional. No pueden quedar excluidos los tribunales especiales que la propia Constitución crea o conserva. Sería igualmente absurdo que la Constitución creara o permitiera subsistir unos tribunales y luego hiciera inútil su existencia al conceder a los ciudadanos el derecho a no ser juzgados por ellos. Sí quedan excluidos los tribunales especiales no admitidos por la Constitución.

Juez ordinario equivale a juez independiente e imparcial, establecido con las garantías constitucionales y legales, que actúa dentro de la competencia y con el procedimiento preestablecido.

LECTURAS RECOMENDADAS:

A) Unidad

Sobre la unidad jurisdiccional antes de la constitución de 1978 *vid*. MONTERO, *Unidad* de *jurisdicción y tribunales especiales,* en «Estudios de derecho procesal», Barcelona, 1981; FAIREN, *Notas sobre jurisdicciones especiales,* en Rev. de Der. Procesal Iberoamericana, 1971, 1; TOHARIA, *Modernización, autoritarismo y administración de justicia en España,* en suplemento de Cuadernos para el Diálogo. Sobre el significado postconstitucional de la unidad, MONTERO, *La unidad jurisdiccional. Su consideración como garantía de la independencia judicial,* en «Trabajos de derecho procesal», Barcelona, 1988, y los trabajos de GONZALEZ PEREZ y MENDIZABAL en los volúmenes *El poder judicial,* Madrid, 1983; RUIZ RUIZ, *El derecho al juez ordinario en la Constitución española,* Madrid, 1991; DE LA OLIVA, *Los verdaderos tribunales en España,* Madrid, 1992.

B) Exclusividad:

Con carácter general *vid.* MONTERO, *Introducción al derecho procesal,* 2ª ed., Madrid, 1979.

B) Juez legal:

Para el origen francés del principio *vid*. RICCI, E. F., *Garanzie costituzionali del processo civile nel diritto francesse,* en Rivista di Diritto Processuale, 1968. En el derecho italiano el art. 25 de su Constitución ha dado lugar a una copiosa bibliografía, *vid.* por ejemplo, ROMBOLI, Il *giudice*

naturale, Milano, 1981; CHIAVARIO, Pro*cesso e garanzie della persona,* Milano, 1977; PIZZORUSSO, Il *principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale,* en Riv. trim. di Dir. e Proc. Civile, 1975. En el derecho alemán *vid.* por ejemplo MARX, E., Der *gesetzliche Richter im sinne von art. 101 Abs. 1 satz 2 Grundgesetz,* Berlín, 1969.

Sobre el principio en la doctrina española *vid*. MONTERO, *Introducción,* cit.; MONTORO, *Tutela efectiva y juez ordinario predeterminado por la ley,* en «El poder judicial» Madrid, 1980; DOMINGUEZ y otros, *El* derecho *al juez natural,* en «La Ley», 23 y 24 de diciembre de 1982; DE LA OLIVA, Cuatro *sentencias del Tribunal Constitucional,* en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1985, 2, y Los *verdaderos tribunales en España,* Madrid, 1992; BURGOS, *El juez ordinario predeterminado por la ley,* Madrid, 1990.

CAPÍTULO 5.º

Los jueces y magistrados

Los juzgados y tribunales y los jueces y magistrados.— Los jueces y magistrados: principios constitucionales.— I. Imparcialidad.— II. Independencia y sumisión a la ley: A) Concepto y alcance; B) Garantía formal.— III. Inamovilidad.— IV. Responsabilidad.—Responsabilidad del Estado-juez.

LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES Y LOS JUECES Y MAGISTRADOS

Si en los capítulos anteriores hemos estudiado la jurisdicción y los principios que la informan, en cuanto potestad del Estado, hay que referirse ahora a los órganos a los que se atribuye esa potestad, es decir, a los juzgados y cortes (art. 143 de la Constitución) y, más concretamente, a las personas que dentro de ellos aparecen como titulares de la misma, esto es, a los jueces y magistrados (art. 146).

En el inicio del Capítulo 4.º, al referirnos al principio de unidad, decíamos que teóricamente la potestad jurisdiccional podía atribuirse a un único órgano, pero también que, dado que ello es prácticamente imposible, era inevitable la existencia de una verdadera organización judicial integrada por varios miles de órganos y de personas.

Los órganos jurisdiccionales, entendidos como conjunto de personas unidas por la atribución de una función específica, que es la jurisdiccional, se conocen tradicionalmente en nuestra lengua como juzgados y tribunales o cortes, aunque también cabe referirse a ellos como tribunales o como tribunales de justicia.

En ocasiones se suele distinguir por la doctrina entre tribunales jurisdiccionales y tribunales no jurisdiccionales. Para nosotros existe aquí una grave confusión. Es cierto que en sentido amplísimo la palabra tribunal se usa con relación a cualquier órgano que, de una u otra manera, juzga actividades humanas, pero cuando ese juzgar es jurídico el término tribunal debería reservarse para designar a los órganos jurisdiccionales. En este sentido jurídico tribunal jurisdiccional es un pleonasmo, y refiriéndose a tribunales no jurisdiccionales se está incurriendo en una *contradictio in terminis.* Es conveniente que en la Constitución o en la Ley Orgánica del Poder Judicial se diga que sólo podrán tener la denominación de juez, juzgado, magistrado, tribunal o corte los regulados en esta misma Ley y los admitidos especialmente por la Constitución; se acabarían así muchos problemas y confusiones.

Dentro de esos órganos la potestad jurisdiccional se atribuye a unas personas determinadas, a las que se denomina jueces y magistrados, aunque también cabe hablar en general de jueces.

Dada la riqueza del idioma español es conveniente, de entrada, realizar alguna precisión terminológica:

1.ª) *Juzgado,* de *iudicare,* es el órgano en el que la potestad jurisdiccional la tiene una única persona, el *juez,* aunque junto a él existan otras varias personas que le auxilian. En el sistema orgánico de los países hispánicos, además de unipersonal, el juzgado suele tener competencia para la primera instancia de los procesos.

2.ª) *Tribunal,* de tribuna, tiene dos sentidos distintos: Por un lado puede emplearse la palabra de modo genérico, comprendiendo a todos los órganos jurisdiccionales (así puede decirse, por ejemplo, «los tribunales ingleses son independientes»), por otro, y ya de modo específico, alude a los órganos jurisdiccionales colegiados, esto es, a aquellos en los que la potestad jurisdiccional la tienen varias personas conjuntamente, a las que se llama *magistrados.* En este sentido se usa con referencia, por ejemplo, al Tribunal Constitucional.

3.ª) *Corte*, alude también a tribunal colegiado. La palabra tiene raíces españolas, pues el rey impartía justicia en su corte, pero en los últimos tiempos el uso de la misma proviene de los países anglosajones, y es la utilizada en muchos países iberoamericanos para designar a los tribunales colegiados, en los que ha desaparecido la palabra *audiencia*, que era el término tradicional para designar a estos tribunales (de oír, el lugar donde se oía a quien pide justicia).

4.ª) *Juez,* de *iudex,* técnicamente designa al titular de un órgano unipersonal, de un Juzgado. Con todo la palabra se suele usar también para designar a todo el personal jurisdiccional, y así se habla de «los jueces españoles» o, con un derivado, de la carrera judicial o de la judicatura.

5.ª) *Magistrado,* con precisión terminológica alude a los titulares conjuntamente de un órgano colegiado, los cuales no tienen potestad de manera aislada. En la terminología hispánica se les llamó a veces también ministros, y aún se hace así por ejemplo en México respecto de los magistrados de la Corte Suprema.

LOS JUECES Y MAGISTRADOS: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Los jueces y magistrados han tenido, tienen y deben tener unas características propias que los distingan de todas las demás personas que están al servicio del Estado. En la Constitución hay conciencia de ello cuando en los arts. 40 a 42 se fijan las bases del estatuto de los funcionarios públicos y cuando en los arts. 146 y 150 a 154 se atiende al estatuto de jueces y magistrados, de modo que uno y otro estatuto no pueden ser iguales.

El punto de partida debe ser aquí la comprensión de las diferencias existentes entre los estatutos de las diversas clases de personas al servicio del Estado. Esas diferencias sólo tienen sentido en un Estado en el que se haya establecido la división de poderes.

En efecto, en una monarquía absoluta en la que todo el poder estaba concentrado en unas manos y en la que todas las demás personas actuaban por delegación del rey, no tenía sentido establecer diferencias de estatuto entre las personas en que se delegaba, entre otras cosas porque la delegación podía referirse a funciones administrativas y jurisdiccionales conjuntamente. La confusión de funciones (por ejemplo en el corregidor o en el Consejo de Castilla) llevaba a que no existieran diferencias entre las diversas personas al servicio de la monarquía; todas eran nombradas por el rey, quedaban sujetas a sus órdenes y podían ser destituidas discrecionalmente.

Sólo cuando se parte de la división de poderes constituidos y a cada uno de ellos se le atribuye una potestad y una función propia y exclusiva, se hace necesario establecer distinciones y así aparecen los que podemos denominar autoridades (o gobernantes) y los que son simples funcionarios. Los primeros tienen atribuida potestad y su estatuto debe regirse por normas de derecho político, mientras que los segundos no tienen potestad y las normas configuradoras de su estatuto personal, aunque tengan base constitucional, son de derecho administrativo.

Aunque en la terminología de la mayor parte de los países iberoamericanos se tiende a llamar funcionario a toda persona que tiene una relación de derecho público con el Estado, y se llega a llamar funcionario incluso al presidente de la República (por ejemplo art. 39 de la Constitución del Perú), es conveniente advertir que al servicio del Estado pueden existir dos grandes grupos de personas:

1.º) *Las autoridades (o gobernantes),* que son los investidos de potestad, tanto legislativa como ejecutiva o jurisdiccional, dentro de los cuales, a su vez, han de existir estatutos distintos atendiendo a la función que debe desempeñarse. Así el estatuto de congresista se regirá por la Constitución (arts. 90 y siguientes) y por el reglamento del Congreso (art. 94); y en el mismo sentido los estatutos del presidente de la República, de los vicepresidentes, de presidente del Consejo de Ministros, de los ministros se regularán en la Constitución (arts. 110 y siguientes). En este mismo orden de cosas el estatuto jurídico de jueces y magistrados se regula en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.º) *Los funcionarios*, que no tienen potestad, y que lo son normalmente de las Administraciones públicas (arts. 40 a 42) y con sus estatutos propios, pero que también pueden serlo del Congreso y del poder judicial. A veces se les llama también trabajadores públicos.

En sentido estricto, esto es, desde la perspectiva constitucional, los jueces y magistrados no pueden calificarse de funcionarios. Es cierto que el apoderamiento del poder judicial por el ejecutivo,

y su conversión en administración de justicia (Capítulo 2.º), llevó a considerar a los jueces y magistrados meros funcionarios, pero si hoy debe partirse de la concepción política del Estado que ve en el judicial un verdadero poder esa equiparación no puede sostenerse.

Desde esta perspectiva de que los jueces y magistrados son autoridades, estando su estatuto regulado por normas de derecho político, hay que preguntarse cuáles son las notas específicas de ese estatuto, las que los diferencian de las demás autoridades. Si estamos a los arts. 139, 146 y 150 y siguientes esas notas son independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento sólo al imperio de la ley, pero conviene dar contenido científico a esta enumeración.

I. IMPARCIALIDAD

La misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto que se somete a su decisión. En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, que es el titular de la potestad, es decir, el juez o magistrados. Esta no calidad de parte ha sido denominada también «impartialidad».

Los conflictos intersubjetivos de interés jurídicos pueden resolverse de tres maneras:

1.ª) Autotutela, que se produce cuando una parte impone su solución a la otra, con lo que se está ante el tomarse justicia por propia mano, lo que está prohibido de modo general.

2.ª) Autocomposición, cuando las dos partes en el conflicto ponen solución al mismo de modo pactado, sin que una se imponga a la otra y sin que se acuda a un tercero que decida coactivamente.

3.ª) Heterocomposición, en que existe un tercero, esto es, alguien que no es ni primero (demandante, acusador) ni segundo (demandado, acusado), es decir, que no es parte, que impone su decisión.

Ahora bien, la imparcialidad no puede suponer sólo que el titular de la potestad jurisdiccional no sea parte, sino que ha de implicar también que su juicio ha de estar determinado sólo por el cumplimiento correcto de la función, es decir, por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena a esa función influya en el juicio. Adviértase, con todo, que así como la no consideración de parte es algo objetivo, la influencia o no en el juicio de circunstancias ajenas al cumplimiento de la función es subjetivo, de modo que no cabe constatar objetivamente la imparcialidad o la parcialidad.

El que un juez no puede ser al mismo tiempo parte en el asunto que debe decidir es algo tan evidente que en muchos ordenamientos jurídicos ni siquiera se llega a disponerlo de modo expreso.

Lo que en las leyes se regula es la imparcialidad en sentido estricto, es decir, la consideración del juez como no parcial, con lo que se hace referencia a algo que no es objetivo sino subjetivo. En efecto, el juez puede tener con una de las partes una relación de parentesco y ello no impedir que en el asunto concreto actúe con imparcialidad, por cuanto dependerá de cada persona el ser o no capaz de actuar con objetividad y cumpliendo la función de actuar el derecho objetivo en el caso concreto. En idéntico caso otro juez podría actuar con parcialidad.

Aunque la imparcialidad sea subjetiva, lo que hace la ley es objetivarla y así establece una relación de situaciones, que pueden constatarse objetivamente, en virtud de las cuales el juez se convierte en sospechoso de parcialidad, y ello independientemente de que en la realidad cada juez sea o no capaz de mantener su imparcialidad. La regulación de la imparcialidad en las leyes no atiende, pues, a descubrir el ánimo de cada juzgador en cada caso —lo que sería manifiestamente imposible—, sino que se conforma con establecer unas situaciones concretas y constatables objetivamente, concluyendo que si algún juez se encuentra en las mismas debe apartarse del conocimiento del asunto o puede ser separado del mismo.

Resulta de lo anterior que la imparcialidad no es una característica abstracta de los jueces y magistrados, sino que hace referencia concreta a cada caso que se somete a su decisión. Por lo mismo la ley tiene que establecer una lista cerrada de situaciones objetivadas que convierten a los jueces en sospechosos de parcialidad. La mera concurrencia de una de esas situaciones obliga al juez a abstenerse y permite a las partes recusarlo, con lo que aparecen la abstención y la recusación que son los instrumentos de garantía de la imparcialidad del juzgador.

Algunos ordenamientos, como hace el peruano, por ejemplo en el art. 313 del CPC, permite al Juez abstenerse del conocimiento de un asunto, por decoro o delicadeza, cuando se presenten motivos que perturben la función jurisdiccional, con lo que se abre una posibilidad de contornos no muy bien definidos que si, por un lado, ofrece la ventaja de permitir al Juez apartarse de un asunto por motivos de conciencia, por otro, deja en la indefinición las razones de la sospecha de parcialidad.

Se ha llegado a cuestionar si la ideología política del titular de la potestad jurisdiccional puede ser causa de abstención y de recusación. En los derechos positivos peruano y español no se ha objetivado esa causa. El art. 153 de la Constitución prohibe a los jueces y magistrados participar en política, sindicarse y declararse en huelga, pero no puede prohibirles tener ideología, y aún esa prohibición, dado su carácter general, tiene más que ver con la independencia que con la imparcialidad, pues la misma se refiere a una actitud general ante la vida y no tanto, aunque también, a prevención o prejuicio ante un caso concreto.

La imparcialidad, en el sentido de desinterés subjetivo, no es exclusiva de jueces y magistrados, y de ahí que los instrumentos para asegurarla tampoco lo sean. Las leyes regulan

también la abstención y la recusación de los funcionarios auxiliares de los titulares de la potestad jurisdiccional y de los funcionarios de las Administraciones Públicas o del poder ejecutivo. A la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y a sus garantías ha de referirse la ley de desarrollo del art. 40 de la Constitución. En todos los casos se trata de garantizar la neutralidad frente a las partes concretas en el proceso o en el procedimiento administrativo.

Ahora bien, hay diferencias, no relativas a las personas, sino a la potestad que ejercitan. La jurisdicción actúa, por su propia esencia, con desinterés objetivo, y la imparcialidad tiende a asegurar el desinterés subjetivo de la persona concreta investida de la potestad jurisdiccional. Con la imparcialidad del funcionario se quiere asegurar el desinterés subjetivo de la persona concreta, pero ello no está al servicio del desinterés objetivo de la Administración. Esta tiene que ser imparcial con relación a los administrados, sin favorecer a uno en perjuicio de otro, esto es, actuando con «objetividad», pero el servicio de los intereses generales supone que la actividad de la Administración se ejerce siempre en asunto propio y, por tanto, no hay desinterés objetivo.

II. INDEPENDENCIA Y SUMISION A LA LEY

Cualquier lectura que se haga de la Constitución lleva a la conclusión de que la característica esencial del estatuto de jueces y magistrados es la independencia; ésta es el principio básico en torno al que gira todo lo demás. La dificultad reside aquí en determinar con claridad lo que sea la independencia.

Lo que la independencia no puede ser es el privilegio de unas personas dentro del Estado y menos dar origen a la creación de una casta. Con ella no se trata de favorecer a jueces y magistrados, sino hacer posible el ejercicio de una potestad y el cumplimiento de una función atribuidas en exclusiva, las cuales están al servicio de los ciudadanos. Cuando se reclama la independencia de los jueces no se está pidiendo nada para los jueces mismos, sino que se está exigiendo algo que sirve para asegurar los derechos de los ciudadanos.

La exacta comprensión de lo que la independencia significa y de su incidencia en el estatuto de jueces y magistrados, obliga a distinguir dos clases de disposiciones relativas a ella. Existen, en primer lugar, disposiciones en las que se establece la independencia, que son propias y exclusivas de jueces y magistrados, que son prácticamente las mismas en todos los ordenamientos jurídicos, y, después, disposiciones que regulan una serie de medidas para garantizar la independencia, que pueden variar de un país a otro. Estas últimas medidas no son necesariamente exclusivas del estatuto de jueces y magistrados, sino que se trata de técnicas que, en algún caso, pueden ser aplicadas a los funcionarios, aunque con distinta finalidad.

La Constitución declara con reiteración que los jueces y magistrados son independientes (arts. 139.2 y 146), con lo que proclama la independencia en los mismos términos en que lo hacen la mayor parte de las constituciones del mundo. En ella no se hace sino asumir algo que está firmemente asentado en el mundo occidental y que ha alcanzado reconocimiento internacional en las declaraciones de derechos (art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, y art. 14.1 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de 1966).

A) Concepto y alcance

Las declaraciones de independencia que se contienen en la Constitución significan, aunque pueda parecer una contradicción, que los jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en el cumplimiento de su función quedan sometidos única y exclusivamente a la ley. Es necesario que los jueces y magistrados sean independientes para que la garantía de los derechos de los ciudadanos, en que se resuelve la actuación del derecho objetivo (que es la función jurisdiccional, como hemos visto en el Capítulo 3.º), se haga sólo con sujeción a la ley, desvinculándose de cualquier otra sumisión o influencia. Esto supone que la independencia comporta:

a) Sumisión exclusiva a la ley

La independencia no supone discrecionalidad, ni que el juez o magistrado quede sujeto sólo a su conciencia a la hora de ejercitar su potestad en el caso concreto. Se *es* independiente para poder quedar sometido sólo a la ley, pero teniendo en cuenta:

1.º) El art. 146.1 de la Constitución después de decir que el Estado garantiza la independencia de los magistrados, añade correctamente que éstos “sólo están sometidos a la Constitución y a la ley”

Sumisión a la ley no supone sumisión al poder legislativo. El juez aplica la ley elaborada por ese poder, pero ello no implica que cualquier acto del Congreso le vincule. Con referencia a las comisiones parlamentarias de investigación el art. 139.2 de la Constitución establece muy claramente que esas comisiones no pueden interferir en el procedimiento jurisdiccional ni sus conclusiones tener efecto jurisdiccional alguno; además el art. 97 añade que esas conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales.

2.º) La sumisión a la ley no supone sujeción a cualquier ley, sino sólo a la ley constitucional. Aunque la declaración de inconstitucionalidad corresponda únicamente al Tribunal Constitucional, el efecto de esa declaración es que la norma queda sin efecto, esto es, se consideraba “borrada” del ordenamiento jurídico, del que deja de formar parte, sin bien no tiene efecto retroactivo, es decir, no

afectará a las actuaciones que de esa ley se hayan hecho en los casos concretos juzgados con anterioridad (art. 204 de la Constitución).

Naturalmente no cabe decir que la sumisión a la ley opera como límite de la independencia, ni que esa sumisión sea una excepción a la independencia, sino que, por el contrario, la independencia sólo se explica, sólo se justifica, sólo sirve para poder actuar el derecho objetivo en el caso concreto, es decir, para que los jueces y magistrados puedan cumplir con su función con la única vinculación de la ley.

La independencia para aplicar la ley se convierte así en elemento esencial en Estado de Derecho. Sólo cuando en un país se respeta de modo real esa independencia judicial, pueden estar los ciudadanos seguros de que los derechos que les reconocen las leyes se harán efectivos. La trascendencia, pues, de la independencia no radica en sí misma, sino que su importancia al servicio de la libertad de los ciudadanos. Por eso la independencia no es principalmente un valor jurídico, sino algo que afecta a la esencia de la vida política; sin independencia judicial no hay verdadera libertad.

b) No sumisión a tribunales «superiores»

Mientras el funcionario actúa de acuerdo con el principio de jerarquía, el juez al aplicar la ley no tiene superiores; ejercitando la potestad jurisdiccional no hay superior ni inferior, no hay jerarquía; cada juez o tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejerce la potestad sólo vinculado a la ley. De ahí que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces y magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales. Es cierto que el art. 138 de la Constitución dice que la potestad jurisdiccional se ejerce por el poder judicial “a través de sus órganos jerárquicos”, pero ello no puede suponer que entre los tribunales exista verdadera jerarquía; si ésta supone capacidad de mando, posibilidad de que el superior vincule la voluntad de inferior, dándoles órdenes para solucionar el caso concreto, esa jerarquía no puede existir en la organización judicial. El “tribunal superior” podrá revocar la resolución del “tribunal inferior”, si contra ella se ha interpuesto el recurso correspondiente, pero esa revocación no implica capacidad para hacerse obedecer. El juez de primera instancia actúa con potestad jurisdiccional propia, no con potestad delegada por un órgano de apelación, ni éste actúa por delegación de la Corte Suprema de Justicia. Como dice el art. 139.1, in fine, de la Constitución “no hay proceso judicial por comisión o delegación”.

Es preciso comprender que el proceso puede regularse de modo tal que exista una primera instancia ante un órgano judicial y, luego, uno o más recursos ante otro u otros órganos judiciales, pudiendo los segundos anular o revocar la decisión del primero, y que ello nada tiene que ver con la independencia. A la hora de que un órgano judicial adopte una decisión sólo está sometido a la ley en sentido amplio, sin perjuicio de que su decisión pueda ser anulada o revocada por el órgano judicial que conoce del recurso. En nuestro sistema jurídico la regulación de recursos no supone que

unos órganos judiciales estén vinculados por el precedente creado por otros órganos, de modo que aquellos pueden seguir sosteniendo su exclusiva vinculación a la ley.

En el mismo orden de cosas tampoco podrán los jueces y tribunales dictar instrucciones de carácter general o particular dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que llevan a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional, pues ello supondría que los tribunales se apropiaran de la potestad de dictar normas generales. Un órgano jurisdiccional no puede pretender dar "órdenes" a otro sobre cómo se aplica la ley. En los países en que existe un Consejo de la Magistratura o similar, como órgano de gobierno del poder judicial, el mismo puede dar instrucciones sobre la actividad administrativa de los juzgados y cortes (régimen de trabajo, horarios, presentación de escritos, registro de pedido de trámite general), pero no puede decirles cómo se interpretan las normas del código civil.

Respecto de los jueces y tribunales se habla de superior e inferior sólo con relación a su actuación administrativa, no sobre la jurisdiccional. Tanto es así que en este orden todos tienen la misma potestad. Cuando se define la competencia como la medida de la potestad que corresponde a un órgano, se está desconociendo lo que es la potestad; ésta, como vimos, por su propia naturaleza es indivisible; se tiene toda o no se tiene. Lo que se divide conforme a la competencia es el ámbito en el que la potestad se ejerce, pero no la potestad misma.

c) No sumisión a entidad alguna

Antes del siglo XIX no se hablaba de independencia de los jueces; es a partir de la división de poderes cuando tiene sentido hablar de la independencia, especialmente habida cuenta de que inmediatamente el poder ejecutivo se apoderó del judicial. La independencia así se proclama como una aspiración frente o contra los otros poderes del Estado y sobre todo contra el poder ejecutivo, que es el que redujo a administración de justicia al judicial, por cuanto era aquél el que controlaba tanto la aplicación de la ley reguladora del estatuto de jueces y magistrados cuanto la potestad reglamentaria sobre el mismo.

Se asistió así desde entonces al intento del poder ejecutivo de determinar o, por lo menos, de influir en las decisiones judiciales y a la defensa por los jueces de su independencia, si bien en esa lucha resultaba vencedor el detentador de turno del poder político que, entre otras cosas, contaba con una legislación que le era favorable.

Las constituciones modernas han pretendido acabar con esa situación. Uno de los medios de proteger la independencia ha sido la creación de Consejos de la Magistratura (o denominación similar), como órgano de gobierno del poder judicial, intentando desapoderar al ejecutivo de las funciones que éste había asumido sobre el judicial. Ese desapoderamiento se ha logrado en parte, pero curiosamente ha creado, al mismo tiempo, la necesidad de proclamar también contra el

Consejo la independencia de los jueces y magistrados y, sobre todo, de prohibirle el dictar instrucciones de carácter general o particular sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico, con lo que la independencia también se proclama y garantiza contra el órgano de gobierno del poder judicial que es, precisamente, aquél que está llamado a tutelar la independencia de los jueces y magistrados.

Naturalmente las declaraciones de independencia no se realizan sólo contra el poder ejecutivo, sino también contra cualquier persona o entidad, de modo que quedan comprendidos los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los medios de comunicación y los grupos de presión. La dificultad reside en cómo se garantiza la independencia frente a los mismos, a lo que las leyes orgánicas del poder judicial dan escasa o nula respuesta.

B) Garantía formal

Proclamada la independencia, el estatuto orgánico de jueces y magistrados se integra en su mayor parte por normas que tienden a garantizarla. Las garantías que denominamos materiales, esto es, las contenidas en las normas de desarrollo del estatuto personal, deben estudiarse respecto de cada país concreto, y aún tener en cuenta que muchas veces una cosa es lo que dispone la ley y otra lo que sucede en la práctica. Cuando en un país la norma dice que los ministros de la Corte Suprema son inamovibles en sus cargos y luego se produce una dimisión de todos esos ministros para dejar que el poder ejecutivo pueda reorganizar completamente la Corte, puede empezar a pensarse que ley y hechos llevan caminos diferentes. Lo que nos importa destacar ahora es la garantía que calificamos de formal y que atiende a la calidad de la norma reguladora del propio estatuto.

En algunas constituciones se han establecido dos tipos de leyes y se ha dispuesto que para determinadas materias se exige ley orgánica. Esta se caracteriza porque para su aprobación o modificación se requiere una votación cualificada en el Parlamento (art. 106 de la Constitución: el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso) y porque ha de referirse a materias determinadas (art. 106: estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución). Desde la necesidad de ley orgánica ha de entenderse que:

a) Los órganos jurisdiccionales han de regularse por ley orgánica, pero, además, no por cualquier ley orgánica, sino precisamente por la ley orgánica del poder judicial.

b) También por ley orgánica, y también precisamente por la ley orgánica del poder judicial, debe regularse el estatuto personal de los jueces y magistrados. Esto parece indudable, pero no ha sido siempre correctamente entendido por lo que deben establecerse dos conclusiones:

1.ª) En la ley orgánica del poder judicial y al regularse el estatuto no pueden establecerse remisiones a otras leyes, sea cual fuere el rango de éstas. Si se admitiera la remisión a otras leyes se estaría permitiendo que el cambio de esta otra ley modificara la regulación de los órganos jurisdiccionales o el estatuto de los jueces y magistrados, con lo que podría burlarse la reserva de ley orgánica.

2.ª) El estatuto de jueces y magistrados no puede regularse en reglamentos, por cuanto la independencia se vería gravemente comprometida si el titular de la potestad reglamentaria pudiera matizar el contenido del estatuto. No caben, desde luego, reglamentos independientes, porque existe la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero tampoco reglamentos ejecutivos, pues esa Ley no puede entenderse que se limita a establecer los principios básicos o líneas directivas del estatuto, dejando a un pretendido titular de la potestad reglamentaria que matice el desarrollo adecuándolo a la realidad diaria; en ese casuismo es precisamente donde aparecen las posibilidades de atacar la independencia. Ni siquiera caben reglamentos normativos, pues el juez no debe estar en situación pasiva frente a la supremacía de nadie, y lógicamente no es lo mismo organizar un Ministerio o el Consejo Nacional de la Magistratura que establecer relaciones de supremacía especial con los jueces. La relación política del juez con el Estado debe venir regulada completamente por la ley orgánica; si aspectos del estatuto pueden ser regulados por norma distinta de la ley, el titular de esa potestad reglamentaria dispondrá de las garantías de la independencia; las declaraciones de independencia quedarán, en cuanto a su efectividad, bajo la potestad de otro poder.

III. INAMOVILIDAD

A lo largo del siglo XIX la batalla de la independencia judicial se libró en torno a la inamovilidad y si en algunos países se acabó estableciendo la misma, en otros muchos países se está todavía muy lejos de haber obtenido un resultado satisfactorio. La inamovilidad no es un fin en sí misma, pues trata sólo de la garantía más importante de la independencia. La experiencia ha demostrado que sólo cabe hablar de una magistratura independiente si, en primer lugar, los titulares de la potestad jurisdiccional son inamovibles en sus cargos. Se ha concluido así que sin inamovilidad no hay independencia.

En el derecho español se ha definido tradicionalmente la inamovilidad como el derecho de los jueces y magistrados a no ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley, debiendo entenderse que esa ley ha de ser la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ese derecho es, por tanto, una de las garantías que condicionan la existencia de independencia.

En sí misma considerada la inamovilidad en muchos países no es una característica exclusiva de jueces y magistrados, por cuanto los funcionarios también son inamovibles; en esos países se ha pretendido desvincular lo que es el servicio del Estado y lo que es la confianza del Gobierno; los funcionarios se conciben así como servidores del Estado, no del Gobierno, por lo que no han de tener la confianza de éste. Con todo, la inamovilidad en un caso y en otro tiene distinto alcance. Para los jueces la inamovilidad es garantía de la independencia, y un ataque a aquélla es un ataque a ésta, lo que llevaría a la inconstitucionalidad de la ley que lo realizara y a la ilegalidad del acto administrativo concreto. Para los funcionarios la inamovilidad es un derecho que tiende, como mucho, a racionalizar el servicio al administrado, pero desde luego no la independencia.

La inamovilidad se califica atendiendo a dos criterios:

1.º) Por su contenido puede ser absoluta o relativa, con lo que se hace referencia a si la inamovilidad atiende a un concreto y determinado destino o si comprende sólo la pertenencia a la carrera judicial y a la categoría.

En algunos países cuando se habla de la inamovilidad judicial lo que se está diciendo es que todos los jueces y magistrados tienen derecho a seguir ocupando un destino concreto y determinado (juzgado de primera instancia de una determinada ciudad o magistrado de un tribunal de apelación, y también cuando en una misma ciudad existen varios tribunales o cortes de apelación precisamente un puesto concreto. En otros países, por el contrario, la inamovilidad se refiere sólo a seguir perteneciendo a la carrera judicial y, dentro de ella, a una categoría determinada, lo que supone una inamovilidad relativa, pues el órgano de gobierno de la carrera puede destinar a un juez o magistrado al órgano judicial que estime más adecuado.

2.º) Por su duración puede ser ilimitada en el tiempo (vitalicia) o temporal, distinguiéndose dentro de esta última entre nombramientos con el limite de la edad de jubilación forzosa y nombramientos por plazo determinado.

En sentido estricto sólo existe verdadera inamovilidad cuando es absoluta e ilimitada o, por lo menos, con el límite de la jubilación forzosa a una edad determinada legalmente. En todos los demás supuestos no hay realmente inamovilidad.

El art. 146 de la Constitución dice que el Estado garantiza a los magistrados judiciales “la inamovilidad en sus cargos”, de modo que “no pueden ser trasladados sin su consentimiento”, y añade, a continuación que esa garantía atiende también a “su permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función”, con lo que parece que está estableciendo la inamovilidad absoluta, pero ello no es así. Y no lo es porque el art. 154 atribuye al Consejo Nacional de la Magistratura la función de “ratificar a los jueces (y fiscales) de todos los niveles cada siete

años", con lo que los nombramientos no se producen de modo ilimitado en el tiempo sino sólo para un tiempo determinado.

Los nombramientos de los jueces y magistrados por tiempo determinado, y con necesidad de ratificación, ha sido el medio utilizado normalmente por el poder político para tener sojuzgados a los integrantes del poder judicial. Si la ratificación es necesaria cada cierto tiempo los jueces y magistrados viven pendientes de la misma y no pueden permitirse actuar con verdadera independencia en el ejercicio de su función. La inamovilidad, hemos dicho, es condición necesaria para la independencia.

Como dice el art. 154 de la Constitución debe distinguirse entre sanción de destitución y ratificación. Es evidente que la inamovilidad no se opone a la posibilidad de que un juez o magistrado sea sancionado con la destitución, aunque para ello tenga que exigirse:

1) Que el régimen disciplinario se atribuya a un órgano de gobierno autónomo del poder judicial, órgano que no puede depender del poder ejecutivo ni del legislativo.

2) Que la ley orgánica del poder judicial determine con toda precisión las causas de destitución y el procedimiento para ello, en el que habrán de observarse todas las garantías con las que se ejerce el poder sancionador.

3) Que exista control judicial de la aplicación que de esa ley realice el órgano de gobierno autónomo, pues se trata simplemente de que todos los actos de naturaleza administrativa sancionadora tienen que estar sujetos al control de legalidad por un órgano jurisdiccional.

El art. 154.3 de la Constitución dice que la resolución final imponiendo la sanción de destitución dictada por el Consejo Nacional de la Magistratura es inimpugnable, con lo que está fijando un acto administrativo exceptuado del control judicial de legalidad. Es posible que ello se haya dispuesto así porque parezca raro que el órgano de gobierno del poder judicial sea controlado por un órgano judicial que es de los gobernados, pero ello conduce a algo muy peligroso política y jurídicamente como es la existencia de actos sujetos a la legalidad que quedan fuera del control.

Siendo la ratificación independiente de la sanción de destitución (como dice el art. 154.2 de la Constitución) puede acabar sucediendo que un juez o magistrado no esté incurso en causa de destitución y que, a pesar de ello, no sea ratificado, con lo que se produce una no continuación en el ejercicio de la potestad jurisdiccional por causas no determinadas en la ley orgánica del poder judicial. La inamovilidad termina por no existir y por este camino la independencia sufre una muy importante quiebra.

IV. RESPONSABILIDAD

En íntima unión con la independencia, la responsabilidad es la otra cara de la misma moneda. En España es ya tradicional repetir las palabras dichas en 1872 por Montero-Ríos, entonces ministro de Justicia: «Sois inamovibles en vuestro cargo, porque sois responsables de vuestros actos». Hoy el art. 117.1 Constitución española se refiere a la responsabilidad como uno de los principios que caracterizan a los titulares de la potestad jurisdiccional. Sólo puede ser responsable quien es independiente, pero independencia sin responsabilidad es inadmisible por poder convertirse en arbitrariedad.

La responsabilidad puede ser de tres clases: penal, civil y disciplinaria, y dentro de ellas cabe, a su vez, establecer dos grupos:

a) *La disciplinaria* o gubernativa, sin referencia a un proceso concreto pero comprendiendo dos tipos de actuaciones: unas en las que no se ve implicada la potestad jurisdiccional, como sería el caso de infracción de la norma de incompatibilidades o la ausencia injustificada del lugar donde se prestan los servicios, y otras en las que entra en juego la potestad jurisdiccional, pero no con relación a un proceso concreto, sino en general, como sería el abandono o el retraso injustificado en el desempeño de la función judicial. Dada la naturaleza de esta responsabilidad, los órganos encargados de exigirla son los de gobierno del poder judicial.

Estamos aquí realmente ante un régimen disciplinario, y de ahí la competencia del órgano de gobierno, que no afecta al ejercicio de la función jurisdiccional en un caso concreto, por lo que los incumplimientos y las sanciones pueden referirse a:

1.º) El estatuto personal del juez o magistrado con los deberes y obligaciones que comporta. Por ejemplo el art. 146 de la Constitución dice que la función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada (salvo la docencia universitaria, y aún ésta fuera de las horas de trabajo), y el incumplimiento de esta incompatibilidad debe ser investigado y sancionado por el órgano de gobierno. Esta responsabilidad no guarda relación alguna con el ejercicio de la función en un caso concreto.

2.º) El primer deber del juez y magistrado es el del ejercicio de la función jurisdiccional, que debe hacerse conforme a lo ordenado en la ley; si un juez demora injustificadamente el dictar sentencia en los asuntos a él encomendados puede estarse ante otra causa de responsabilidad disciplinaria, que también debe exigir el órgano de gobierno del poder judicial. No se trata aquí de que ese órgano controle el contenido de las sentencias, sino sólo el que si éstas se están dictando en el plazo previsto por la ley.

b) *La jurisdiccional*, atiende a la actuación en el desempeño de la potestad jurisdiccional y va referida a los casos juzgados en concreto; puede ser: 1.°) Civil, para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por los jueces y magistrados cuando, en el desempeño de sus funciones,

incurrieren en dolo o culpa, y 2.º) Penal, por delitos cometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional no puede ser controlada por órgano de gobierno alguno, sino en todo caso por órganos jurisdiccionales. La independencia sufriría grave quebranto si la actuación jurisdiccional de un juez en un caso concreto hubiera de quedar sometida al control administrativo, por cuanto el órgano de gobierno podría influir o determinar por este camino las resoluciones judiciales; por eso la llamada responsabilidad jurisdiccional solo puede exigirse por órganos jurisdiccionales.

Las alusiones a esta responsabilidad en la Constitución peruana son manifiestamente insuficientes. El art. 139.7 alude a ella de modo impreciso, y sería necesario recordar que no hay ejercicio de potestad (ejecutiva, legislativa y judicial) sin responsabilidad. Durante demasiado tiempo el ejercicio de la potestad ha sido de hecho irresponsable, de modo que todos los gobernantes se han creído por encima de la ley. El rey absoluto respondía únicamente ante Dios y ante la historia, pero el gobernante democrático también tiene que responder civil y penalmente, y tanto es así que sin responsabilidad no hay sistema político democrático.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE ESTADO-JUEZ

El fracaso práctico de la responsabilidad personal del gobernante ha llevado en muchos países a establecer otro tipo de responsabilidad, la del Estado, distinguiendo entre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y la misma responsabilidad del Estado en cuanto actúa como juez, con referencia a los daños causados por error judicial y a los que sean consecuencia del funcionamiento anormal del poder judicial.

Con carácter general debe tenerse en cuenta que esta responsabilidad del Estado-Juez es: 1) Directa, en el sentido que no es subsidiaria de la del juez o magistrado que hubiere realizado la actividad originadora del daño evaluable económicamente, 2) Objetiva, con lo que no se hace depender de la existencia de dolo o culpa, y 3) Derivada de la actividad jurisdiccional, sin limitación de procesos, pero no de la actuación administrativa que pueda realizar un juez o magistrado.

El art. 139.7 de la Constitución se refiere a “la indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar”, y con ello:

a) Establece dos títulos o supuestos de imputación: error judicial y sólo en el proceso penal (no en otros procesos) y detenciones arbitrarias:

1) El error judicial penal debe entenderse que se produce en la sentencia firme, y puede ser tanto de hecho como de derecho, y habrá de ser declarado como es lógico por un órgano jurisdiccional.

2) La detención arbitraria, que no es simplemente la privación de la libertad con error, sino algo más, pues ha de comportar la existencia de falta de razón objetiva en la detención.

b) Sin perjuicio de el derecho a la indemnización a cargo del Estado en estos dos supuestos, siempre subsistirá la responsabilidad personal y subjetiva de la persona o personas, y tanto civil como penal, que dieron lugar al error y de quienes realizaron la detención arbitraria.

LECTURAS RECOMENDADAS:

Sobre el estatuto, MONTERO, *La función jurisdiccional y el status de jueces y magistrados,* en «Trabajos de derecho procesal» Barcelona, 1988.

Para la imparcialidad, *vid*. Werner GOLDSCHMIDT, *La imparcialidad como principio básico del proceso (La «partialidad» y la parcialidad),* Madrid, 1950.

La independencia judicial ha provocado una gran bibliografía, en número de trabajos que no en calidad; de ella destacamos: C. GUARNIERI, *L'independenza della magistratura,* Padova, 1981; ALVAREZ GENDIN, *La independencia del poder judicial,* Madrid, 1966; MARTINEZ CALCERRADA, *Independencia del poder judicial,* Madrid, 1970; CASTAN, *Poder Judicial e independencia judicial,* Madrid, 1951; GONZALEZ RIVAS, *La independencia judicial,* en «El poder judicial,», Madrid, 1983. Un aspecto concreto en SAINZ MORENO, *La inamovilidad judicial,* en Rev. de Derecho Administrativo, 1976. Muy interesante SIMON, *La independencia judicial,* Barcelona, 1984. Ultimamente MONTERO, *Independencia y responsabilidad del juez,* Madrid, 1990, y GONZALEZ GRANDA, *Independencia del juez y control de su actividad*, Valencia, 1993.

Para las clases de responsabilidad PRIETO-CASTRO, *Tratado de derecho procesal,* I, Madrid, 1952, pp. 341 y ss. También MONTERO, *La independencia, cit*. donde se indica la práctica española que ha conducido, de hecho, a la responsabilidad del juez frente a los titulares de la disciplina y a la irresponsabilidad frente a los justiciables.

Sobre la responsabilidad del Estado-Juez: MONTERO, *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial.* Madrid, 1988; también Ignacio DIEZ-PICAZO, *Poder Judicial y responsabilidad,* Madrid, 1990, GUZMAN FLUJA, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Valencia, 1994; HERNANDEZ MARTIN (y otros), *El error judicial,* Madrid, 1994.

LIBRO III

LA ACCIÓN

CAPÍTULO 7.º

El ciudadano ante el Poder Judicial

Derechos de los justiciables.- El punto de partida: A) El Derecho romano; B) La situación en el siglo XIX; C) La polémica Windscheid-Muther; D) Los dos caminos de la acción.- La acción como derecho a la tutela jurisdiccional concreta: A) Derecho de carácter concreto; B) Ámbito de la tutela concreta.- La acción como derecho a la tutela jurisdiccional abstracta: A) Las formulaciones doctrinales; B) Acción y pretensión.- El derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva: A) Titulares del derecho; B) Contenido esencial del derecho en el ámbito civil; C) Contenido esencial en el proceso penal.

DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES

Cuando se habla de los derechos de los justiciables se está haciendo referencia en realidad a dos situaciones muy distintas:

1.ª) La de todas las personas, sean físicas o jurídicas, con relación a los órganos dotados de potestad jurisdiccional, situaciones en la que las primeras tienen que ser titulares de derechos pero también de deberes y de obligaciones.

En esta perspectiva, que es la que consideraremos a continuación, aparece el derecho fundamental a la jurisdicción, o derecho de acción, pero también otros derechos de menor entidad, como el derecho a la publicidad de las actuaciones judiciales (art. 139.4 de la Constitución), a la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos (art. 139.16 de la Constitución), a formular análisis y críticas de las resoluciones judiciales (art. 139.20 de la Constitución), y verdaderos deberes y obligaciones como la de colaborar con los jueces y tribunales.

2.ª) La de las partes de un concreto proceso, sobre las que recae un conjunto de derechos, cargas, posibilidades, deberes y obligaciones que configuran su estatuto en cuanto han asumido, bien como actor (o acusador), bien como demandado (o imputado), una de las dos posiciones posibles en todo proceso.

Por razones obvias en este tema no puede atenderse a todo el conjunto de derechos y deberes que conforman las dos situaciones, sino que se trata de atender al derecho fundamental de toda persona frente a los órganos a los que el Estado ha dotado de la potestad jurisdiccional.

EL PUNTO DE PARTIDA

Sobre lo que sea el derecho de acción lleva la doctrina debatiendo más de un siglo, habiendo producido, como decía Calamandrei, mil una teoría y todas maravillosas, como las noches de la leyenda, pero sin haber alcanzado un resultado claro.

La claridad tiene que empezar por advertir que el debate doctrinal sobre la acción se inició y se ha mantenido entre procesalistas civiles, lo que supone que se ha reducido al ámbito de la aplicación del Derecho privado, quedando especialmente al margen la actuación del Derecho penal en el caso concreto. Esta limitación del ámbito del debate tiene que tenerse en cuenta en todo lo que sigue.

A) En el Derecho romano

Para comprender el significado de la acción hay que volver al Derecho romano. De éste se ha dicho que no era un sistema de derechos subjetivos, sino un sistema de acciones, y siendo esta afirmación cierta hay que entender su significado.

Hoy está firmemente asentada en la ciencia jurídica la distinción entre derecho objetivo y derechos subjetivos. El primero es un conjunto de normas jurídicas, generales, imperativas y coercibles; estas normas nos dicen quién puede ser considerado propietario, usufructuario, acreedor, heredero, etc. Cuando se habla de los derechos subjetivos se está haciendo referencia a situaciones de poder o de preferencia respecto de cosas o contra personas; los propietarios, usufructuarios, acreedores y herederos, son titulares de derechos subjetivos.

En el Derecho romano no hay definiciones de derecho objetivo y no se conocía el concepto de derecho subjetivo. Este fue concebido muy posteriormente y se refiere a la cualidad moral atribuida a una persona para tener o hacer algo justamente; surge cuando la ley es la fuente del derecho objetivo y, al mismo tiempo, enumera los derechos subjetivos.

En Roma las fuentes creadoras del Derecho eran la jurisprudencia y el Edicto del Pretor. El Edicto no contenía un catalogo de derechos subjetivos, sino un catalogo de formas de reclamar procesalmente, de acciones. Cuando un jurista romano trataba de describir una relación jurídica lo hacía con referencia a la acción.

Veamos algunos ejemplos: a) De derecho real: D. 50, 16, 143: “el haber en su poder se refiere al que tiene acción sobre lo que es objeto del ‘haber’, es lo que puede reclamarse por la acción reivindicatoria”; aquí no se define el derecho de propiedad, sino que se hace referencia a una acción. b) De derecho personal: D. 50, 16, 108: “se entiende por deudor aquél a quien se

puede exigir una cantidad a la fuerza"; la referencia, también aquí, no está hecha al derecho subjetivo, sino al aspecto procesal de la situación jurídica.

En este contexto hay que entender las palabras de Celso (en D. 44, 7, 51, recogidas también en la Instituta de Justiniano, I, 4, 6, 1): *Nihil aliud est actio quam ius persecuendi in iudicio quod sibi debetur*, que no son más que una caracterización incompleta de la *actio in personam* del *ius civile* (Betti), referida además a una época concreta (las primeras décadas del siglo II d. C.).

Estamos ante la que se ha llamado concepción monista de acción. En Roma acción y derecho subjetivo son una misma cosa, y precisamente en ese orden; primero la acción y luego el derecho subjetivo. Dentro de esta concepción se mueven también los glosadores, y así Piacentino, en la primera mitad del siglo XII, tipificaba 191 clases de acciones, cada una con su nombre propio, contenido específico y sujetos activo y pasivo, distinguiendo entre: 1) *Petitio*: Prestación concreta que el demandante reclama (la pretensión material), y 2) *Actio*: Fundamento legal de la *petitio*, por lo que sin acción no hay pretensión. Esto supone la identificación de la acción con el sustrato sustancial de la pretensión, de modo que *actio* y *obligatio* son términos sinónimos.

Esta visión monista, para la que la acción y el derecho subjetivo son una misma cosa, es manifiesta en las Partidas, en la que la relación acción y derecho subjetivo se evidencia en que la acción no es más que la forma de hacer valer ese derecho.

B) La situación en el siglo XX

La visión monista sigue predominando, pero ahora se han invertido los términos; lo primero es ya el derecho subjetivo y después aparece la acción. Así se descubre, por ejemplo, en:

a) Savigny

La acción es el aspecto bajo el que se nos presenta el derecho subjetivo cuando ha sido violado; es un momento del derecho subjetivo. Por ello el origen de la acción se encuentra en la violación del derecho subjetivo y, consecuentemente, su titular es el ofendido y su destinatario o sujeto pasivo aquél que ha realizado la violación.

En la distinción entre derecho público o político y derecho privado, la acción se encuadra en este último, aunque cabe hablar de:

1.º) Acción en general: Noción unitaria, común y genérica que puede incluirse como parte de los procedimientos judiciales y éstos considerarse dentro del derecho público.

2.º) Acciones en concreto: Aquí la noción implica, necesariamente, la existencia de un derecho subjetivo material y la violación del mismo. Sin derecho subjetivo material no existe acción y sin violación de aquél tampoco hay acción, perteneciendo su estudio al civilista.

En estas línea de pensamiento decía Puchta que la acción es el "derecho subjetivo en pie de guerra", y Unger que es "el derecho que abandona la toga para endosarse el *sagum*" (la capa militar).

b) La escuela francesa

Entre los procedimentalistas franceses, y aun entre los exégetas del Código Civil de Napoleón, la acción se concebía como una prolongación del derecho subjetivo, hasta el extremo de que Demolombe llegó a decir que las leyes hablaban de derechos y acciones incurriendo en un pleonasmo. Se comprenden así aforismos tan tradicionales como: *Si no hay derecho, no hay acción*; y *no hay derecho sin acción, y no hay acción sin derecho*. Ya en el siglo XX seguían diciendo Glasson, Tissier y Morel que la acción es el derecho subjetivo en estado de lucha, con lo que demostraban, una vez más, el atraso de la doctrina francesa.

C) La polémica Windscheid-Muther

En esta situación se produce, en los años 1856 y 1857, la célebre polémica sobre la acción, en la que suele situarse el fin de las teorías que hemos llamado monistas y la aparición de las teorías dualistas, esto es, las que distinguen entre derecho subjetivo y acción.

La concepción de Windscheid no es sustancialmente distinta a sus antecedentes científicos. Parte de que la *actio* romana era un *prius* respecto del derecho subjetivo material, mientras que en el derecho moderno la *actio* es un *posterius* respecto de ese derecho subjetivo material. Ahora bien, esto no significaba ya nada nuevo en el siglo XIX en Alemania; era algo incardinado ya en una visión del Derecho desde perspectiva distinta.

Lo que Windscheid pretendía era establecer el significado de la *actio* romana, para que no se confundiera con otros términos jurídicos alemanas (*Klage* y *Anspruch*). Para él la palabra *actio* en el Derecho romano no designaba algo secundario o derivado del derecho subjetivo privado, sino que era expresión primaria de lo que una persona podía exigir de otra, en cuanto esta exigencia estaba judicialmente amparada; consecuentemente no cabía desvirtuar el sentido de esta palabra y utilizarla con significado absolutamente distinto del que tenía en Roma. En cualquier caso el derecho subjetivo y la acción seguían siendo una misma cosa, manteniéndose en el campo del derecho privado.

La acción se separa del derecho material y pasa al campo del derecho público en la obra de Muther. Parte de que en Roma la *actio* no era un apéndice del derecho subjetivo material y tampoco un nuevo derecho surgido de la violación del derecho subjetivo material; la *actio* era el derecho a la fórmula del Pretor y por eso era por lo que el Derecho romano era un sistema de acciones.

Trasladando estas ideas al derecho moderno, la acción es un derecho a la tutela jurídica por parte del Estado. La unidad entre acción y derecho subjetivo material se ha roto y en sus destinatarios se aprecia con especial claridad:

1) El derecho subjetivo material se dirige contra un particular y tiene naturaleza privada.

2) El derecho de acción se dirige contra el Estado, personalizado en sus órganos jurisdiccionales, y tiene naturaleza pública.

Las doctrinas monistas encuentran aquí su fin. Es cierto que después han surgido algunas explicaciones monistas, como la de Satta, pero se trata de algo excepcional. A partir de Muther las concepciones sobre la acción serán dualistas, esto es, partirán del hecho de que una cosa es el derecho material y otra la acción; y serán, además, públicas, pues si el derecho material puede ser privado, la acción siempre quedará incardinada en el derecho público.

D) Los caminos de la acción

La polémica reseñada, y especialmente la obra de Muther, significó la ruptura frente a lo anterior. Desde entonces la doctrina se ha movido por dos caminos distintos que muchas veces se han presentado como contrarios, cuando en realidad son complementarios.

a) Uno de ellos ha pretendido explicar las relaciones entre derecho material y proceso y, más en concreto, cómo se pasa del derecho material al proceso, a la actividad de los órganos dotados de jurisdicción. Se advirtió que la tutela jurisdiccional del derecho privado no se explica simplemente con la referencia a un derecho subjetivo violado, del que se continúa pretendiendo su satisfacción por el obligado, pero ahora por la vía jurisdiccional. Esta falta de explicación es la que ha dado origen a la teoría concreta de la acción.

b) Por el segundo camino se ha querido explicar porqué se inicia la actividad de los órganos jurisdiccionales y se llega hasta el fin del proceso; es decir, porqué un particular puede dirigirse al Estado y exigir la actuación de los órganos dotados de potestad jurisdiccional. Para contestar a esta pregunta surge la teoría abstracta de la acción.

Es evidente que estamos ante caminos distintos que se refieren a problemas diferentes y que pretenden solucionar cuestiones diversas. La mayor parte de las discusiones que la doctrina

ha sostenido responde a que los autores han confundido esos caminos y a que los han mezclado. Durante más de un siglo se ha producido un verdadero “diálogo de sordos”, en el que los interlocutores se han referido a cosas distintas. De ahí la confusión.

LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL CONCRETA

Este es el primer camino de los emprendidos por la doctrina y aspira a explicar cómo se pasa del derecho material al proceso, recordando que ese derecho material es siempre el derecho privado. La teoría concreta parte de tres premisas fundamentales, de las cuales dos no se discuten en la actualidad mientras que una de ellas encuentra oposición generalizada.

a) No se discute que el derecho de acción es un derecho autónomo, distinto del derecho subjetivo material, y lo es tanto por sus presupuestos como por su objeto.

Respecto de los presupuestos debe advertirse que la titularidad de un derecho subjetivo no es suficiente para la existencia del derecho de acción, pues éste puede existir incluso aunque no se sea titular de aquel derecho. Esto se ve de modo evidente en el supuesto de la llamada acción subrogatoria, en el que una persona es el titular del derecho subjetivo y otra la que tiene derecho de acción para pedir a un órgano jurisdiccional que declare la existencia de aquél derecho y que se condene al deudor demandado a realizar la prestación debida.

El objeto del derecho subjetivo material es siempre una prestación (dar, hacer y no hacer), mientras que el objeto del derecho de acción es siempre un acto de tutela a prestar por el juez, acto que puede ser de diversas clases: Declaración (mera, constitución y condena), ejecución y aseguramiento o cautela. Esto supone que el viejo sistema de clasificación de las acciones, en atención al derecho subjetivo material, ha perdido todo su sentido, pues lo que importa es la clase de tutela jurisdiccional.

Hoy es procesalmente muy poco significativo decir que se está ejercitando una acción real o personal o que se interpone una acción cambiaria; lo que importa es si se interpone una acción declarativa o ejecutiva y, dentro de la primera, si es declarativa pura, constitutiva o de condena, pues con ello se está identificando mucho mejor el objeto del proceso. Si un mismo derecho subjetivo material puede dar lugar a acciones muy distintas por su objeto, la alusión a ese derecho subjetivo no aporta nada útil, siendo determinante la clase de acción que se ejercita, pues será ello lo que sirva para fijar la clase de tutela que se pide al juez.

b) También se admite hoy que se trata de un derecho frente al Estado, el cual queda obligado a otorgar la tutela siempre que concurran los presupuestos necesarios. El otorgamiento de la tutela jurisdiccional no es algo discrecional para el Estado, sino algo a lo que viene obligado jurídicamente.

A) Derecho de carácter concreto

El que este derecho de acción tenga carácter concreto significa que se trata de un derecho a obtener, no una sentencia cualquiera, sino la sentencia favorable, la tutela jurídica pedida.

La crítica contra esta afirmación se ha formulado siempre de la misma manera: Concebida así la acción --se dice-- no sabemos si existe o no hasta el final del proceso, incluso no sabemos si se ha ejercitado o no por su verdadero titular, pues también eso es algo que sólo se sabrá al final del proceso. En consecuencia la teoría concreta no puede admitirse --se sigue diciendo-- porque si al final del proceso resulta que el demandante lo pierde, habrá que llegar a la conclusión de que el proceso lo ha iniciado quien no tenía derecho de acción o, dicho de otra manera, si la actividad jurisdiccional la inicia quien tiene y quien no tiene razón (eso es algo que se verá al final), no cabe admitir una concepción que afirma que la acción es el derecho a una sentencia de contenido concreto.

Aquí es donde se encuentra la mezcla de los dos caminos a que hacíamos referencia antes. La teoría concreta no pretende explicar la iniciación de la actividad jurisdiccional, no se refiere al derecho del ciudadano a poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado y obtener una sentencia y, por tanto, la crítica anterior carece de sentido.

Despejada esta crítica hay que seguir afirmando que el derecho de acción lo es a obtener una sentencia de contenido concreto y, por tanto favorable al demandante. La dificultad que se opone a reconocer esto proviene de que el derecho de acción está inescindiblemente unido al proceso.

Los derechos subjetivos privados pueden ser reconocidos fuera del proceso, y de hecho ocurre así normalmente. Si una persona afirma que es titular de la propiedad intelectual de un libro, se trata de una afirmación y de un derecho que puede ser reconocido sin necesidad de proceso; el derecho de crédito de un acreedor contra un deudor puede ser reconocido por éste y pagada la deuda. En cambio el derecho de acción no puede ser reconocido fuera del proceso; dirigido (como veremos a continuación) frente a los órganos jurisdiccionales del Estado, sólo puede ser reconocido en el proceso, en la sentencia, y de ahí que quede siempre sujeto a un condicionante de duda, de que el juez me de la razón.

Ahora bien, esto no quiere decir que el derecho de acción sólo exista si se vence en el proceso. Si es posible hablar de sentencias justas e injustas y de error judicial es porque el derecho de acción existe, aunque luego no se venza en el proceso. Cuando se afirma que “las cosas no son lo que son, sino lo que los jueces dicen que son”, se está incurriendo en un positivismo judicialista de corte totalitario, negador de los derechos de la persona.

Como dice De la Oliva para que se tenga derecho a una sentencia favorable es preciso:

1.º) Que la acción esté reconocida de manera general por el ordenamiento jurídico (la posibilidad general de que se otorgue la tutela pedida). Si en un país no existe divorcio, la acción que lo pidiera carecía de reconociendo general, no pudiendo llevar a una sentencia favorable.

2.º) Que la acción esté reconocida de manera especial, es decir, que en el caso concreto los hechos puedan subsumirse en la norma general. Existiendo divorcio en general, los hechos que se aleguen en el caso concreto han de ser el supuesto de una de las causas del mismo reguladas en la ley, pues si se afirma un hecho no tipificado como causa de divorcio por la ley no podrá nunca obtenerse una sentencia favorable.

3.º) Que las normas reconozcan que el demandante puede pedir la actuación de una de ellas en el caso concreto (legitimación activa). El divorcio sólo lo puede pedir uno de los cónyuges.

4.º) Que exista interés legítimo en obtener la tutela judicial, interés que ha de ser tanto general como frente a una persona determinada (sólo puede pedirse que se declare que no existe servidumbre de paso si alguien ha intentado pasar por la finca).

Frente a esta concepción podrá alegarse que el juez que conozca del caso concreto puede incurrir en error y que el ordenamiento jurídico, por razones de seguridad jurídica, hace que ese error se convierta en firme y en cosa juzgada material, pero esto no puede significar que sea el juez el que crea los derechos materiales subjetivos. El juez simplemente reconoce lo que ya existe, y hay que admitir que en esa actividad puede equivocarse. Sólo así se explica la posibilidad del error judicial y de su indemnización (art. 139.7 de la Constitución).

El que el art. 139.7 de la Constitución admita la posibilidad del error judicial y de que el mismo de derecho a una indemnización por parte del Estado, sólo puede explicarse si se admite que las cosas no son lo que los jueces dicen que son. Es comprensible que la seguridad jurídica lleve a concluir que lo declarado de modo firme en una sentencia no puede ser ya modificado (no pueden revivirse procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, art. 139.13), pero eso no significa que esa declaración se ajuste siempre a la realidad. La justicia puede tener que ceder ante la seguridad jurídica, pero de ello no cabe deducir que lo declarado por los jueces sea siempre lo justo.

Partiendo de que concurren todos los requisitos necesarios, el derecho lo acción lo tiene que ser a una sentencia favorable, no a cualquier sentencia, pues de lo contrario los derechos subjetivos reconocidos por las leyes carecerían de sentido en la realidad.

B) Ámbito de la tutela concreta

Como advertíamos al inicio el ámbito de la teoría concreta se reduce a la aplicación en el proceso por los órganos jurisdiccionales del Derecho privado, y aún hay que añadir que esta limitación hace que quede excluida la parte del derecho civil en que se manifiesta la influencia del Derecho público. Así las cosas debe tenerse en cuenta:

a) En el ámbito del Derecho civil no puede tenerse derecho a obtener una sentencia de contenido concreto y, por tanto, favorable, cuando no puede hablarse de la existencia de verdaderos derechos subjetivos de naturaleza privada.

Los iniciadores de la teoría concreta partieron de dos condicionamientos que limitaron su construcción. El primero de ellos era político, pues se basaron en una concepción liberal en la que la justicia del Estado estaba al servicio del ciudadano, el cual perseguía por medio de la misma los derechos subjetivos que las normas materiales le reconocían, y el segundo era jurídico, pues los procesalistas civiles pretendieron explicar sólo como el orden jurídico privado era tutelado por la jurisdicción. Wach no se planteó nunca su teoría respecto del Derecho público.

El supuesto más claro como ejemplo es el de la declaración de incapacidad de una persona. Nadie puede afirmar que tiene un verdadero derecho subjetivo a que otra persona sea declarada incapaz y, por lo mismo, el derecho de acción no puede tener contenido concreto. La ley puede decir que se confiere legitimación a determinadas personas (los más próximos parientes) para instar la declaración de incapacidad, pero ello no puede suponer que esa personas tengan un verdadero derecho subjetivo y, por tanto, un derecho de acción en sentido concreto. Y la situación se complica aún más cuando se tiene en cuenta que también se confiere legitimación al Ministerio fiscal.

En estos casos el ordenamiento jurídico acude a una técnica diferente. Dado que la actuación del derecho objetivo tiene que seguir realizándose por un juez imparcial, que no puede iniciar el proceso de oficio, lo que se hace es atribuir legitimación al Ministerio fiscal para pedir esa actuación, y es evidente que éste no puede tener derecho a una sentencia de contenido favorable. Se trata, pues, de que se condiciona la actuación del derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales a que alguien pida esa actuación, pero esa petición no implica un derecho de acción en sentido concreto.

b) Cuando se trata de la actuación del Derecho penal la teoría concreta no puede ser aplicable porque no existen derechos subjetivos materiales de naturaleza penal.

Una de las consecuencias de que el Estado haya asumido en exclusiva el *ius puniendi* ha consistido en que los particulares no pueden disponer de la pena, lo que supone que la aplicación del Derecho penal queda fuera de su disposición. Se trata de que: 1) No existe relación jurídica

penal entre los que han intervenido en la comisión del delito, bien como autor, bien como víctima, y 2) El ofendido o perjudicado por el delito no es titular de un derecho subjetivo a que al autor del mismo se le imponga una pena.

La aplicación del Derecho penal, al ser asumida por el Estado, excluye que los particulares tengan derechos subjetivos de contenido penal y, por tanto, menos puede existir un derecho de acción que consista en la obtención de una sentencia de contenido concreto. Más aún, en la mayoría de los países el particular ofendido o perjudicado por el delito ni siquiera puede constituirse como parte acusadora en el proceso penal, al haber asumido también el Estado el monopolio de la acusación, que queda confiada al Ministerio fiscal. El que en España cualquier ciudadano, haya sido o no ofendido o perjudicado por el delito, puede formular la acusación implica sólo que se le confiere la posibilidad de pedir la actuación del Derecho penal en el caso concreto. No se le reconoce un derecho subjetivo material penal, sino sólo un derecho o facultad procesal para, primero, pedir a un tribunal que inicie la averiguación del delito y la persecución de su autor y, después y en su caso, para convertirse en parte acusadora.

LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL ABSTRACTA

El segundo camino de los emprendidos por la doctrina pretende explicar porqué una persona, cumpliendo determinados requisitos, puede promover la iniciación de un proceso o, en otras palabras, la actividad jurisdiccional del Estado. Se habla de teoría abstracta porque la acción se concibe ahora como el derecho a la actividad jurisdiccional, a que en el proceso llegue a dictarse una sentencia sobre el fondo del asunto, sea cual fuere el contenido de ésta.

A) Las formulaciones doctrinales

La teoría abstracta de la acción se inicia con Degenkolb. Su tesis fue una reacción contra la concepción privatista de la acción. Si la acción se hace derivar del derecho subjetivo privado ¿cómo –se preguntaba este autor también de finales del siglo XIX- explicar su eficacia en el caso de derechos inexistente? Si la existencia de ese derecho sólo se conoce con la sentencia y el sentido de ésta depende en gran parte de la actividad procesal ¿cómo explicar en dependencia de aquel derecho la sujeción del demandado al proceso, la validez de éste y la fuerza de cosa juzgada que se produce cualquiera que sea el sentido de la sentencia?

El único elemento indefectible en toda acción es el derecho a sujetar al demandado al proceso, a la actividad procesal respecto de él. Pero este derecho no se funda en el concreto y específico derecho subjetivo privado hecho valer mediante la acción, sino “en el derecho a que el derecho subsista y en el derecho al mantenimiento de la paz dentro de una comunidad fundada en

el derecho y la paz de sus miembros". Prohibida la autotutela es necesario reconocer un derecho al proceso sin exigir otro fundamento que la afirmación del propio derecho.

Según Alfredo Rocco cuando el interés material, que está en la base del derecho subjetivo, queda insatisfecho, la prohibición de la autotutela (del tomarse la justicia por propia mano) hace nacer un interés de carácter secundario a la eliminación de los obstáculos que se oponen a la satisfacción del interés material por el único que puede eliminarlos: el Estado. Este interés secundario es, además abstracto, porque se refiere sólo a la intervención del Estado para la realización de los intereses materiales y es uno y el mismo aunque éstos sean diferentes.

Ese interés, secundario y abstracto, en cuanto reconocido y tutelado por el derecho procesal es el derecho subjetivo de acción, que corresponde a toda persona, a todo sujeto de derechos, con independencia de la existencia en concreto del interés material y de su satisfacción. Naturalmente será necesario afirmar la insatisfacción de un interés material tutelado por el derecho en abstracto, pues sin ello no aparecería el interés secundario, pero la existencia real de ese interés material sólo se conocerá en la sentencia.

El derecho de acción se dirige, por tanto, contra el Estado y tiene por objeto la prestación por éste de la actividad jurisdiccional para la declaración del derecho incierto y para la realización forzosa de los intereses cuya tutela jurídica sea cierta. Su objeto no es la sentencia favorable, sino sólo la sentencia sobre el fondo del asunto.

A partir de estas iniciales formulaciones doctrinales las teorías abstractas se han sucedido con matices de mayor o menor interés. En muchos casos las mismas han dependido del concreto momento histórico en que se han formulado. Especialmente en España, cuando no contaba con una verdadera constitución, el esfuerzo doctrinal consistió en dar una base pseudoconstitucional al derecho a la actividad jurisdiccional, y de ahí algunos excesos en la abstracción.

B) Acción y pretensión

Por el camino de la abstracción se llegó por Guasp a distinguir entre acción y pretensión, de modo que la primera no debía tenerse en cuenta en una sistemática del Derecho procesal, que debía atender a la pretensión, entendida como acto jurídico del actor que, valorado progresivamente por el Derecho procesal y por el material, conduce a la producción de una serie de efectos, fundamentalmente la admisibilidad y la estimación de la misma, dependiendo cada una de la existencia de sus respectivos presupuestos.

La construcción de Guasp ha tenido el valor de destacar el concepto de pretensión, pero en la actualidad:

1.º) El concepto de acción no sólo no se ha abandonado, sino que se ha convertido doctrinalmente en uno de los “temas procesales de nuestro tiempo”, si bien con sentido y contenido muy diferentes de los iniciales.

Lo más importante de esta noción actual de la acción es que la misma tiene que ser unitaria; no existen clases de acciones, sino una única acción. Cuando en la actualidad se sigue hablando de acciones -en plural- es porque no se ha asumido toda la evolución que hemos resumido y porque se está todavía en el concepto romano o, por lo menos, en el del siglo XIX. La acción como derecho a la jurisdicción, a la actividad jurisdiccional del Estado, al proceso (que todas estas maneras puede denominársele) sólo puede ser una y sólo puede existir un concepto.

En este sentido deben entenderse, primero el art. 139.3 de la Constitución (con su referencia a la tutela jurisdiccional) y el art. 2 del CPC (que habla del derecho de acción, en singular), aunque este último parece distinguir entre el “derecho de acción” y el “derecho a la tutela judicial efectiva”. Puede entenderse que el derecho de acción y el derecho de contradicción son expresiones del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque posiblemente sea más claro sostener que el derecho de acción, en tanto que derecho a la tutela judicial, es bilateral, esto es, corresponde tanto a quien pide como a quien contra se pide, es decir, tanto al demandante como al demandado.

2.º) El concepto de pretensión dado por Guasp ha evolucionado en la doctrina posterior, hasta ser asumida su trascendencia sobre todo con relación al objeto del proceso (Capítulo 3.º).

Si no puede hablarse acciones, sí debe hablarse de clases de pretensiones. Siendo uno el concepto de acción, y admitido que este derecho no puede ejercitarse si no es para pretender, adquiere importancia el sistema de clasificación de las pretensiones con relación a la clase de tutela jurisdiccional pedida (Capítulo 8.º).

EL DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER TUTELA JURISDICCIONAL

Posiblemente sin relación con el debate doctrinal en torno al derecho de acción, el constituyente peruano plasmó en el art. 139.3 de la Constitución un derecho fundamental de todas las personas a obtener la tutela jurisdiccional, derecho al que el art. I del Título Preliminar del CPC se refiere diciendo que toda persona tiene derecho a la tutela judicial efectiva, debe entenderse de los jueces y tribunales, para el ejercicio o defensa de sus derechos e intereses, con sujeción a un debido proceso. Por fin, los arts. 2 y 3 del mismo CPC parecieran disponer que ese derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comporta:

1) Desde la perspectiva del demandante, y como derecho de acción, el poder recurrir a un órgano jurisdiccional pidiendo la solución de un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica.

2) Desde la perspectiva del demandado, y como derecho de contradicción, también el emplazado tiene derecho a la tutela jurisdiccional.

3) Los derechos de acción y de contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en el CPC.

Si el derecho de acción se define como el derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto, que lo faculta a exigir del Estado tutela judicial en un caso concreto, especificando que se trata de un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo, y si el derecho de contradicción se define, asimismo, como un derecho constitucional, subjetivo, público, abstracto y autónomo, que permite a un sujeto de derechos emplazado exigirle al Estado que le preste tutela jurisdiccional (que son las definiciones de Monroy Gálvez), nos parece que no estamos ante dos derechos distintos, sino ante un único derecho, el de tutela jurisdiccional efectiva.

En el derecho español el art. 24.1 de la Constitución de 1978 dice que “todas las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”, y esta norma, que atribuye un derecho fundamental, se ha convertido en la “estrella” a la hora de ser citada por las partes en el proceso. Más aún, dado que se trata de un derecho que puede ser argüido ante el Tribunal Constitucional, por medio del recurso de amparo, se cuentan ya por centenares las sentencias de este órgano sobre la interpretación de dicho derecho. Por estimarlo de utilidad para la interpretación del art. 139.3 de la Constitución peruana, vamos a sintetizar la jurisprudencia constitucional española.

A) Titulares del derecho

No es dudoso que el derecho es “predicable de todos los sujetos jurídicos” (STC 4/1982), sean españoles, extranjeros, personas físicas o jurídicas, incluidas las de derecho público (STC 137/1985), siempre que el ordenamiento les reconozca capacidad para ser parte en el proceso (STC 64/1988).

Lo discutible en este sentido sigue siendo la posibilidad de considerar al Estado como titular de este derecho fundamental. En la STC últimamente citada frente al voto de la mayoría un importante voto particular sostuvo que el Estado posee potestades y competencias, pero de ningún modo derechos fundamentales, salvo cuando actúa con sometimiento al derecho privado.

Ahora bien, si en cualquier tipo de procesos el Estado asume la condición de parte, porque así lo impone el Derecho, tendrá que reconocerse que ha de hacerlo con la plenitud de esa condición, lo que ha de llevar a que tenga todos los derechos y deberes propios de las partes.

B) Contenido esencial del derecho en el ámbito civil

Aunque el art. 24.1 de la CE no distingue literalmente entre los distintos ámbitos en que el derecho puede actuarse por un tribunal es conveniente distinguir entre ellos. Aquí lo haremos con referencia a los ámbitos civil y penal (aunque algunos pronunciamientos tienen contenido general).

a) El acceso a la justicia

El primer contenido del derecho se refiere, obviamente, a la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales para que éstos se pronuncien sobre la pretensión que formule un titular del derecho. El derecho a la jurisdicción no es sólo esta posibilidad de acceso, pero ella es presupuesto lógico de todos los otros posibles contenidos del derecho.

De una ya jurisprudencia desbordante interesa destacar por su trascendencia:

1.º) No existen conflictos jurídicos que puedan excluirse de la posibilidad de ser planteados por los ciudadanos y de resueltos por los órganos jurisdiccionales, lo que ha tenido especial trascendencia con relación a los llamados “actos políticos” (STC 45/1990).

El que no puedan existir conflictos jurídicos que queden excluidos de la jurisdicción ha tenido especial incidencia en lo contencioso-administrativo, con la desaparición de los llamados “actos políticos”, que venían siendo excluidos del control judicial de legalidad, pero que no pueden tener sentido en el ámbito civil.

2.º) La posibilidad de plantear una cuestión jurídica a los jueces y tribunales no puede hacerse depender de controles administrativos o de autorizaciones de otros poderes.

c) Las causas legales de inadmisión a trámite de la demanda deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho de acceso (principio *pro actione*) (SSTC 201/1987 y 77/1994, por ejemplo).

No se trata de que el establecer requisitos previos para acceder a la jurisdicción sea imposible constitucionalmente (pues son posibles siempre que persigan servir a finalidades legítimas o de aliviar la carga de litigios, STC 217/1991), pero sí de que no puede excluirse el conocimiento judicial de la controversia (STC 355/1993). La regla general será, pues, que toda demanda civil es, en principio, admisible, y que la inadmisión funcionará como excepción que tiene que estar justificada.

b) La resolución de fondo

El contenido esencial del derecho se ha centrado, en buena medida, en la necesidad de que por el órgano jurisdiccional se dicte “una resolución fundada en derecho, resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas” (STC 9/1981, 121/1994).

1.º) No ha habido dudas en que el derecho no puede suponer el logro de una sentencia favorable (SSTC 19/1981, 146/1991), entre otras cosas porque ello supondría la constitucionalización de todos los derechos subjetivos, convirtiendo al Tribunal Constitucional en la última instancia de la legalidad ordinaria.

2.º) La existencia de la resolución sobre el fondo puede hacerse depender de la concurrencia de los presupuestos procesales o del cumplimiento de los requisitos procesales (SSTC 37/1982, 19/1986, 20/1993).

La apreciación de unos y otros sí puede ser controlada por el Tribunal Constitucional en cuanto supongan la negación del derecho, y debiendo interpretarse unos y otros del modo que resulte más favorable a la efectividad del derecho (SSTC 15/1990, 154/1992).

3.º) La incongruencia puede adquirir relevancia constitucional, por ser contraria al art. 24.1 de la CE:

1”) La incongruencia por exceso, tanto por *extra* como por *ultra petitum* cuando suponga una completa modificación de los términos en que se entabló el debate procesal, por cuanto entonces no se respeta el principio de contradicción (SSTC 20/1982, 77/1986, 60/1990).

Si para que se estime la incongruencia por exceso tiene que haberse producido una vulneración del derecho de defensa (que es lo que dice el Tribunal Constitucional), posiblemente fuera esclarecedor desvincular la incongruencia en sentido estricto de la vulneración del derecho a la tutela judicial y centrar la argumentación en si en el caso concreto se ha producido o no indefensión.

2”) La incongruencia por defecto u omisiva supone también vulneración del art. 24.1 por que si el derecho lo es a obtener una resolución sobre el fondo, se incurre en falta de tutela cuando se deja sin resolver alguna cuestión de las suscitadas por las partes (SSTC 5/1986, 169/1988, 34/1992).

En este caso el problema es más complejo porque es dudoso que la omisión de pronunciamiento atienda a la congruencia en sentido estricto, dado que parece más referirse al requisito de la sentencia que es la exhaustividad. Si no hay pronunciamiento, no hay resolución (aunque sea parcial) y entonces falta uno de los elementos de la comparación, en la que se resuelve siempre la congruencia.

c) La motivación de la resolución

Desde sus inicios la jurisprudencia constitucional ha insistido en que está incluido en el art. 24.1, sobre todo cuando se pone en relación con el art. 120.3 de la CE, el derecho a que la sentencia sobre el fondo sea motivada. De aquí se han desprendido consecuencias claras y otras no tanto:

1.º) Parece claro que el derecho comprende la misma existencia de la motivación (SSTC 176/1985, 13/1987), la suficiencia de la misma (100/1987) y también el que no sea arbitraria pues equivale a inexistencia. En sentido negativo el derecho no comprende el acierto o desacierto de los tribunales (STC 201/1994), lo que supone que la selección de la norma aplicable y su interpretación es una cuestión de legalidad ordinaria y, por tanto, sin relevancia constitucional (STC 50/1984, 24 y 26/1990)

2.º) Los problemas empiezan cuando el Tribunal Constitucional, apartándose de lo que ha sostenido con carácter general, pasa a estimar que es relevante constitucionalmente y, por tanto, que tiene soporte en el art. 24.1:

1”) La selección arbitraria o manifiestamente irrazonable de la norma aplicable en cuanto al fondo (STC 126/1994).

2”) Cuando se decide la cuestión litigiosa incurriendo el tribunal ordinario en un error patente (STC 55/1993).

3”) Cuando decide sobre el fondo del asunto desvinculándose del sistema de fuentes establecido (STC 23/1988, 151/1994)

Si se toman estas afirmaciones de modo aislado parecieran obvias, pero el caso es que hay que advertir que la determinación de cuándo una motivación es o no razonable, de cuándo es errónea y, especialmente, de cuándo el error es patente, y de cómo operan las fuentes en concreto, es algo que el Tribunal Constitucional decide imponiendo su criterio al tribunal ordinario, con lo que a la postre adquiere relevancia constitucional, y deja de ser cuestión de legalidad ordinaria, lo que el Tribunal Constitucional decide caso por caso, con lo que puede convertirse en una última instancia, suplantando la función de los tribunales ordinarios.

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales se contiene en el art. 139.5 de la Constitución, excluyendo únicamente los decretos de mero trámite, pero especificando que se ha de hacer mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

d) La prohibición de la indefensión

La tutela judicial efectiva se conecta a veces con la interdicción de la indefensión, a la que también se refiere el art. 24.1 de la CE, aunque parece faltar precisión pues el término se maneja con sentidos varios:

1.º) En ocasiones el Tribunal Constitucional entiende la indefensión como una cláusula genérica o "fórmula de cierre" en la que se abarcarían todas las vulneraciones de las garantías establecidas en el art. 24.2 y las infracciones procesales graves que no pudieran ampararse en ese párrafo 2 del art. 24 (STC 48/1984).

2.º) Otras veces el Tribunal pretende reducir el ámbito de la indefensión y distingue entre una indefensión jurídico-procesal y otra indefensión material o con relevancia constitucional (SSTC 35/1989, 106/1993, entre otras muchísimas).

Posiblemente habría que estimar que la única indefensión se produce cuando se impide a una parte ejercitar su derecho de defensa, tanto en el aspecto de alegar y demostrar, como en el de conocer y rebatir lo alegado y probado por la contraria, debiendo distinguirse entre:

1) Infracción de norma procedimental que hace relación a la forma en que el legislador ha regulado el proceso, pero que no afecta al derecho de defensa y que ni siquiera debe conducir a la estimación de un recurso, por cuanto la infracción no impide que el acto procesal produzca sus efectos normales (la sentencia se dicta fuera de plazo).

2) Infracción de norma procesal que, sin suponer indefensión, sí afecta a la eficacia del acto hasta el extremo de que el legislador estima que su concurrencia debe posibilitar la interposición de un recurso y su estimación, porque la infracción puede haber influido bien en el contenido de la sentencia bien en que ésta no produzca los efectos que le son propios (contradicción entre los hechos declarados probados en una sentencia).

3) Vulneración del derecho de defensa de las partes que, suponiendo siempre infracción de una norma o principio procesal, llega más allá pues produce indefensión.

3.º) Por último no faltan ocasiones en que el Tribunal Constitucional reconduce la indefensión a requisito necesario para entender vulnerada algunas de las garantías establecidas en el art. 24.2 (SSTC 199/1992, 64/1993).

La doctrina viene sosteniendo la necesidad de distinguir tres conceptos autónomos: 1) El de la tutela judicial efectiva, 2) El de no sufrir indefensión, y 3) Cada uno de los derechos fundamentales garantizados en el art. 24.2. Especialmente sobre estos últimos se está destacando que los mismos carecerán de sustantividad (tanto que podrían ser suprimidos de la Constitución) si para que se produzca su vulneración ha de haber existido indefensión, pues una vez producida ésta ya no hace falta referirse a la violación de otro derecho.

e) La firmeza y la cosa juzgada

Sin demasiada precisión viene diciendo el Tribunal Constitucional que la tutela efectiva incluye también la firmeza de las resoluciones judiciales, la invariabilidad de las mismas para el

tribunal que las dicta y la cosa juzgada material (STC 159/1987), con lo que pudieran confundirse tres cosas:

1.ª) La firmeza de las sentencias sí hace a la tutela judicial efectiva, pues en la misma tiene que incluirse el que la decisión judicial ponga fin a la discusión entre las partes.

2.ª) La invariabilidad de las sentencias, después de firmadas, no es consecuencia ni de la firmeza ni de la cosa juzgada material, sino de la terminación del ejercicio de la potestad jurisdiccional, por lo que puede ponerse en relación con lo que es jurisdicción (art. 117.3) y con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) (como hace la STC 12/1989).

3.ª) Con la cosa juzgada material lo que está en juego es la esencia de la jurisdicción, por lo que el desconocimiento de la misma implicaría, no ya vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, sino privar de contenido a la jurisdicción.

f) La ejecución de lo juzgado

El derecho comprende también el que el fallo se cumpla; "el obligado cumplimiento de lo acordado por los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho" (SSTC 32/1982, 15/1986).

Lo cuestionable en este aspecto se refiere a la ejecución "en sus propios términos" (STC 120/1991), pues no faltan ocasiones en que se ha sostenido que la ejecución genérica o pecuniaria, como sustitutiva de la ejecución específica, es constitucional (STC 58/1983), sin que se haya precisado el alcance del art. 118 de la CE y el del art. 18.2 de la LOPJ con relación a las imposibilidades natural y jurídica.

g) El derecho a los recursos legales

El contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva no alcanza a que el legislador regule algún recurso contra la resolución que se pronuncia sobre el fondo del asunto, pero en el caso de que esté regulado el derecho sí lo comprende, habiéndose insistido en que:

1.º) El legislador es libre a la hora de establecer o no recursos y también de determinar los requisitos de los mismos (SSTC 3/1983, 18/1983).

2.º) Corresponde a los tribunales ordinarios aplicar los requisitos pronunciándose sobre la admisión del recurso, pero el derecho puede vulnerarse tanto cuando el legislador establece requisitos de difícil o imposible cumplimiento (STC 9/1983) como cuando el tribunal ordinario interpreta esos requisitos no en el sentido más favorable a la admisión del mismo (STC 65/1983, 104/1984).

Pueden señalarse dos líneas doctrinales en el Tribunal Constitucional que pueden denominarse expansiva y estricta; para la primera las normas deben interpretarse “en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental” (STC 69/1984), mientras que la segunda estima que sólo existe vulneración del derecho cuando la inadmisión del recurso se ha realizado de forma arbitraria (STC 104/1984). Aparte de que se prefiere la técnica de la subsanación a la de la inadmisión (STC 123/1983) y de que es frecuente la invocación de los “formalismos enervantes” (STC 57/1984).

Si en el derecho español en materia civil no existe un verdadero derecho constitucional al recurso, sí existe en el derecho peruano pues el art. 139.6 de la Constitución se refiere a “la pluralidad de la instancia”, con expresión poco afortunada, a no ser que se entienda que “pluralidad” es “dualidad”.

B) Contenido esencial en el proceso penal

Sin perjuicio de que algo de lo dicho hasta aquí tiene carácter general, el derecho a la jurisdicción en el proceso penal tiene dos importantes especialidades:

a) El ius ut procedatur

El punto de partida radica en que el acusador, sea éste el que fuere, no es titular de una relación jurídica material penal ni de un derecho subjetivo material respecto del acusado, y de aquí se deriva que:

1.º) La acción penal no puede ser más que un simple *ius ut procedatur*, es decir, un derecho al proceso y a la sentencia en que se declare la existencia o inexistencia del derecho de penar del Estado, como ya dijo Gómez Orbaneja, y han recogido las SSTC 46/1982, 108/1983, 1/1985, que hasta utilizan la fórmula latina.

2.º) Ese derecho no es “incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merezcan los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación” (de la querella) (STC 148/1987), de modo que el proceso sólo empezará cuando el juez de instrucción estime que existen elementos para ello.

Así como en el proceso civil toda demanda ha de ser admitida, sin que el juez pueda examinar *in limine litis* las posibilidades de éxito de la misma, en el proceso penal no toda acusación tiene que ser admitida, debiendo el tribunal controlar las posibilidades de éxito de esa acusación. El acusador no puede hacer que se abra un proceso penal con base únicamente en su voluntad y en su afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo. El proceso penal sólo se

abrirá si el juez estima que los hechos imputados pueden ser constitutivos de delito y que existen indicios de que el acusado puede ser el autor de dicho delito.

b) El derecho al recurso

En el proceso penal la tutela judicial efectiva comprende el derecho al recurso (SSTC 42/1982, 116/1988), no porque lo disponga literalmente la Constitución, sino porque el art. 10.2 de ésta conduce a la aplicación del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, según el cual "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo previsto en la ley". Resulta así que:

1.º) El legislador español está obligado a prever como mínimo un recurso (SSTC 145/1985, 7/1986).

2.º) El derecho se refiere al condenado, pero si se articula en nuestro proceso penal y con la igualdad de las partes ha de reconocerse a todas ellas.

3.º) El derecho no específica la clase de recurso, si ordinario o extraordinario, por lo que el legislador español puede establecer cualquiera de ellos (STC 110/1985).

4.º) Cuando se trata de personas que, por gozar de especial protección, están aforadas ante el Tribunal Supremo la contrapartida de esa protección es que no pueden tener derecho a un recurso (STC 51/1985).

En el derecho peruano el art. 139.6 de la Constitución tiene carácter general en su referencia a la pluralidad de instancias.

"LA OBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO"

El art. 139.3 de la Constitución dispone también que "la observancia del debido proceso" es principio y derecho de la función jurisdiccional, mientras que el art. I del Título Preliminar del CPC reitera la expresión aunque diciendo "con sujeción a un debido proceso". Las dos normas peruanas han asumido así una expresión con arraigo en los Estados Unidos, pero carente de verdadera significado en otros países, por mucho que en los mismos se copie.

Como es sabido la Enmienda Quinta (1791) de la Constitución norteamericana dice que "no se privará (a la persona) de la vida, de la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial" (*due process of law*), lo que se reitera en el Enmienda Catorce (1868), referida al poder de los estados de la Unión, conforme a la cual "ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la libertad o de la propiedad sin el debido proceso judicial".

Lo difícil es llegar a saber qué es realmente el “debido proceso”, pues, como dice Alvarado Velloso, la frase es bellísima retóricamente, pero técnicamente, no sólo no dice nada, sino que constituye la negación misma del proceso y de la ciencia procesal. En efecto, incluso en los Estados Unidos se admite que la expresión tiene un sentido flexible y de acomodación a los tiempos, en el que se introducen elementos jurídicos, pero también políticos, sociológicos, éticos y morales de contornos poco definidos, y ello hasta el extremo de que no se define positiva y de modo general lo que sea el debido proceso, sino que la jurisprudencia ha ido y sigue diciendo caso por caso diciendo que una determinada actividad o la falta de la misma en un proceso da lugar a la vulneración del derecho al debido proceso.

Las declaraciones jurisprudenciales de lo que caso por caso es vulneración del derecho al debido proceso pueden caracterizarse de modo positivo en algunos supuestos, de modo que puede decirse que el derecho comporta, por ejemplo, el derecho a la jurisdicción o derecho de acción, entendido como acceso al tribunal, el derecho a ser oído, el derecho a la determinación previa del tribunal, incluso el lugar de realización del juicio, el derecho a la asistencia letrada, el derecho la prueba (a utilizar los medios de prueba procedentes y pertinentes), el derecho a un juez independiente e imparcial, el derecho a una sentencia motivada, y así una larga lista de derechos procesales que no pueden proclamarse con una relación cerrada y exhaustiva.

Así las cosas hay que preguntarse si esta enunciación no es simplemente consecuencia de que el sistema judicial y procesal norteamericano no tenía ni tiene: 1) Una concepción clara de lo que es un verdadero proceso, con los principios esenciales del mismo, los que hacen que el proceso sea lo que es y no otra cosa, y 2) Una regulación del proceso sometida al principio de legalidad, pues el proceso como actividad procesal quedaba abandonada a la construcción jurisprudencial caso por caso. En estas circunstancias era y es lógico que el mandato constitucional se limite a decir que cada juez y en cada caso ha de respetar una inciertas reglas determinantes de la salvaguarda de los derechos de los partes en esa actividad.

El error de partida está en que no se tenía ni se tiene una noción clara de lo que es el proceso ni de los principios que lo conforman, pues si se hubiera tenido se habría comprendido que lo que el constituyente norteamericano pretendía era simplemente proclamar que ninguna persona podía ser privada de la vida, de la libertad o de la propiedad sino por medio del proceso, sin que la palabra debido añada nada al derecho. No existen un proceso debido y otros procesos indebidos; existe verdadero proceso, sin más, o no existe proceso.

Si la ley regulara una actividad en la que las partes en la misma no tienen derecho de defensa, de modo que una persona puede ser condenada sin ser oída, no se tratará de que la ley regula un “proceso indebido”, sino que se estará ante una actividad que no es proceso. De la misma manera, si un juez en un caso concreto condenara sin oír al acusado estaría procediendo

contra el principio básico de contradicción o defensa, con lo que su actividad no sería propiamente procesal.

En muchos ambientes jurídicos de países de tradición jurídica continental se siente una "fascinación" absurda por el sistema jurídico norteamericano. Este sistema puede ser adecuado en su medio, pero desde luego no tiene sentido pretender copiar lo que no puede adecuarse en sistemas jurídicos distintos.

LIBRO IV

EL PROCESO

CAPÍTULO 7.º

EL PROCESO NO TIENE NATURALEZA JURÍDICA

Naturaleza y estructura del proceso.- Caracteres instrumental, artificial y técnico del proceso.- Noción de naturaleza jurídica.- Esquema de las teorías formuladas.- Doctrinas privatistas: A) Teoría del contrato de litiscontestatio; B) Teoría de cuasi contrato de litiscontestatio.- Doctrinas publicistas: A) Categorías jurídicas ya existentes: la relación jurídica; B) Categorías jurídicas propias: la situación jurídica.- La razón de ser del proceso.- Proceso, procedimiento y juicio (enjuiciamiento).

NATURALEZA Y ESTRUCTURA DEL PROCESO

Durante siglos los prácticos forenses y los procedimentalistas se dedicaron a explicar los distintos y muy variados juicios por medio de los cuales actuaban los órganos jurisdiccionales, pero lo hicieron sin llegar a formular el concepto general de proceso. La elevación desde los juicios concretos al concepto de proceso se produce en Alemania durante el siglo XIX y desde entonces cambió radicalmente la manera de considerar el fenómeno procesal.

Como adelantamos en el Capítulo 1.º, para comprender el cambio puede hacerse referencia a lo que decía Kohler. De la misma forma como en el derecho civil se hace verdadera ciencia cuando del estudio de los distintos contratos como institutos aislados se pasa a la consideración general del concepto de contrato para, desde el mismo, atender después a los contratos en particular, el derecho procesal adquiere sentido científico cuando desde la consideración de la variedad de juicios se pasa a la idea general de proceso para, después, estudiar los distintos procesos regulados en las leyes.

Evidentemente en la realidad existen procesos determinados y cada uno de ellos tiene su tramitación, pero conceptualmente cabe elevarse a la idea general de proceso, para desde ella poder entender científicamente lo que hacen los órganos jurisdiccionales y las partes. El proceso así es un concepto, como lo es el contrato, pero sólo cuando se comprende el mismo se está en disposición de entender lo que ofrece la realidad que son procesos en concreto.

Formulada la idea de proceso, y convertido éste en el concepto base del derecho procesal, su estudio se hacía desde tres puntos de vista: función, naturaleza y estructura. El cambio que nosotros estamos introduciendo en ese esquema ya tradicional es convertir al de jurisdicción en el concepto base, con lo que los problemas sobre el proceso se simplifican por cuanto la función no cabe referirla ya al proceso, que es el ente subordinado, sino a la jurisdicción, que es el ente principal.

La función no cabe referirla al proceso por cuanto éste no es sino el instrumento por medio del que actúa el órgano dotado de potestad jurisdiccional. La determinación de la función hay que referirla a los órganos a los que la Constitución dota de potestad jurisdiccional, y por eso estudiamos en el Capítulo 3.º la función jurisdiccional. Si el proceso es un instrumento debe decirse que el mismo no puede tener función propia, y por lo mismo carece de sentido plantearse, primero, la función jurisdiccional para, después, referirse a la función del proceso.

Excluido el tema de la función con referencia al proceso, quedan por resolver las otras dos cuestiones, las relativas a la naturaleza y a la estructura del proceso o, dicho de otra manera, habrá que contestar a estas dos preguntas: ¿qué es? y ¿cómo es el proceso?, entendido éste como concepto general.

CARACTERES INSTRUMENTAL, ARTIFICIAL Y TECNICO DEL PROCESO

Antes de atender a la naturaleza del proceso, es conveniente, con todo, aclarar algunos temas previos en cuanto condicionan la comprensión de aquélla.

a) Al afirmar que el proceso es un instrumento, estamos diciendo algo distinto de lo que la doctrina tradicional quiere decir cuando sostiene la instrumentalidad de las normas procesales, del derecho procesal y, en definitiva, del proceso mismo.

La instrumentalidad a la que se refiere la doctrina tradicional atiende a la distinción entre normas sustantivas o materiales y normas procesales o formales, de modo que éstas se califican de instrumentales tanto porque sirven como medio para la observancia de las primeras (y así se dice que el proceso civil es el medio para la realización del derecho privado y el proceso penal el medio para el cumplimiento del derecho penal), como porque no atribuyen de modo directo derechos

subjetivos y obligaciones, al limitarse a regular el medio por el que se obtiene del Estado-Juez el efectivo cumplimiento de esos derechos y obligaciones.

Cuando aquí hablamos de instrumento nos estamos refiriendo a que el proceso es el medio a través del que los órganos del Estado con potestad jurisdiccional han de cumplir la función que se les asigna constitucionalmente y, también, a que el proceso es el medio por el que los particulares pueden ver satisfecho el derecho a la tutela judicial que se les reconoce constitucionalmente.

b) Las distintas regulaciones de los procesos concretos que se contienen en las leyes son creación artificial del derecho, a diferencia de lo que ocurre con las instituciones jurídico materiales.

La actitud de las normas jurídicas frente a las instituciones materiales y frente al proceso es muy distinta. La ley no crea la compraventa, por ejemplo, sino que se limita a recogerla de la realidad social y a regularla de una manera determinada, de aquella manera que el legislador considera más apropiada en cada momento histórico, si bien no podrá desvirtuarla porque entonces ya no será compraventa. Es por esto por lo que suele decirse que la legislación material o sustantiva va siempre por detrás de la realidad, que ésta crea las instituciones jurídico materiales y luego son reguladas por el legislador.

La ley es la que crea los distintos tipos de procesos, no existiendo éstos antes en la realidad social. Esta realidad a lo máximo que puede llegar es a manifestar la necesidad de que se regulen procesos con uno u otro desarrollo, pero en la realidad no existen procesos que sean luego asumidos por el legislador. Las leyes procesales no pueden ir detrás de la realidad, porque ésta no genera procesos; la legislación puede ir detrás de la necesidad de la sociedad, que desea que se regule de modo distinto el proceso, pero éste sólo existe después de su regulación legal.

c) Por las mismas razones los procesos en concreto son creaciones técnicas de la ley; ésta puede regularlos de muy distintas maneras, atendiendo a cómo en cada época se estima que puede facilitarse el cumplimiento de la función jurisdiccional e, incluso, el ámbito en que ésta se ejerce. Los procesos son así instrumentos técnicos al servicio de los órganos jurisdiccionales, dependiendo su conformación de razones técnicas.

Ahora bien, estas consideraciones no pueden llevarse a sus últimas consecuencias. Ello supone que aunque el ordenamiento jurídico crea los procesos, no es absolutamente libre para hacerlo. A lo largo de los siglos han ido decantándose una serie de principios o de condiciones, sin los cuales hoy no estaríamos ante un verdadero proceso. Por ejemplo, el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído tiene tal fuerza, responde a una concepción tan firmemente sentida, que el legislador no podría regular un proceso desconociendo este principio; el legislador es libre a la hora de determinar cómo se cumple el principio, pero no para desconocerlo.

Igualmente la condición de instrumento técnico no supone reducir el proceso a instrumento técnico neutro, ni siquiera desde el punto de vista político. Esto es hoy especialmente perceptible, cuando estamos asistiendo a la constitucionalización de los principios esenciales del proceso. La técnica es un valor fundamental a la hora de la realización práctica de los fines, por cuanto puede facilitar, obstaculizar e incluso impedir la consecución de aquéllos.

Resulta así que existen tres círculos concéntricos de principios. El del centro, el más pequeño, se refiere a aquellos principios sin los cuales el proceso no es tal, estando incluso por encima del legislador constituyente; el segundo circulo sería el de las garantías constitucionales, aquellas llevadas a la Constitución por estimarse en un momento histórico concreto que deben protegerse con este rango legal, por participar de los valores políticos de la sociedad; el circulo mayor seria el de la regulación concreta de los procesos en la ley ordinaria, teniendo principalmente carácter técnico.

NOCIÓN DE NATURALEZA JURÍDICA

Al iniciar los juristas el estudio de cualquier institución suelen se el problema de su naturaleza jurídica. Tanto es así que puede afirmarse que prácticamente el esquema general para estudiar cualquier institución jurídica es, primero, dar el concepto y, después, hallar la naturaleza. Con todo llama la atención que no suela cuestionarse lo que debe entenderse por naturaleza jurídica. Se asiste así, en multitud de ocasiones, a un desfile de teorías y teorías o de discusiones en torno a un instituto, llenando páginas y más páginas, sin que al lector se le aclare qué sentido tiene ese esfuerzo, qué utilidad va a reportarle. En el fondo lo que se deja sin explicar es lo que debe entenderse por naturaleza jurídica.

Cuando se lee cualquier manual o tratado de Derecho Procesal y se llega al tema de la naturaleza jurídica del proceso, el alumno y el abogado quedan desbordados por la información que se les proporciona. Los autores suelen hacer un gran despliegue de erudición histórica y bibliográfica que a la postre resulta inútil. Empiezan hablando de la *litiscontestatio* en el Derecho Romano, se refieren a los inicios del procesalismo científico, normalmente sin haber leído las obras de los pioneros, y acaban citándose los unos a los otros, a veces incluso de buena fe. El alumno lee todo aquello, se lo aprende de memoria y no entiende nada. El abogado litigante, con ese sentido de autosuficiencia que caracteriza al práctico, termina diciendo para su sayo que son «cosas de profesores».

Y sin embargo el aclarar la naturaleza de una institución jurídica es algo básico si se pretende comprenderla.

Cuando un jurista pretende hallar la naturaleza jurídica de la institución que fuere, está buscando la categoría jurídica general (el género) en la que encuadrar la especie que está estudiando, y su esfuerzo responde, no a un puro deseo de juzgar a las clasificaciones y subclasificaciones, sino a una clara finalidad práctica: se trata de determinar ante el silencio de la ley, ante la laguna legal, qué normas son aplicables supletoriamente.

Un ejemplo entre los muchos que pueden ponerse. El derecho de superficie se encuentra en el ordenamiento español únicamente aludido en el art. 1611 del Código Civil y luego en parte regulado en el art. 16 del Reglamento Hipotecario de 1959. Con esta escasa regulación es evidente que tienen que surgir muchos problemas de aplicación, desde el nacimiento a la extinción del derecho, pero si partimos de considerar que tiene naturaleza real y no personal, parte de los problemas se solucionan; puede así decirse que el derecho de superficie se extingue por las mismas causas de extinción de los derechos reales, aparte de por otras que le sean específicas, con lo que estamos aplicando supletoriamente las normas reguladoras del género para solucionar problemas de la especie.

Cuando los autores discuten en torno a la naturaleza jurídica del proceso están haciendo exactamente esto: buscan la categoría jurídica general (el género) en el que encuadrarlo. Es cierto que en la mayoría de las ocasiones lo están haciendo sin darse cuenta de lo que hacen, de la misma manera que el burgués gentilhombre no sabía que hablaba en prosa, pero ello no impide que esa sea su búsqueda.

De esta perspectiva podemos ya llegar a tres conclusiones previas:

1.ª) La diversidad de teorías en torno a la naturaleza jurídica del proceso adquieren así sentido. Si se afirma que el proceso es un contrato (lo que hoy ya no sostiene nadie, como veremos), se está implícitamente diciendo que, en caso de laguna de la ley procesal, son aplicables supletoriamente las normas reguladoras de los contratos, y así sucesivamente para el resto de las explicaciones.

2.ª) Cualquier teoría que se proponga debe partir del intento de lograr una solución útil, es decir, de determinar la normativa aplicable supletoriamente. Cualquier explicación que no pretenda precisar esa normativa debe ser rechazada por inútil.

3.ª) Si al final reconocemos que el proceso es una categoría jurídica autónoma, no encuadrable en otra más general, tendremos que concluir que el tema de la naturaleza jurídica del proceso no tiene utilidad alguna, por cuanto no existen normas supletorias. En este caso el proceso será el proceso y esta tautología se resuelve descubriendo la razón de ser del mismo, su por qué. Desde esta base podrá incluso cuestionarse la noción fundamental de la disciplina que venimos llamando Derecho Procesal.

Estas conclusiones previas sólo se explican exponiendo las teorías formuladas sobre la naturaleza jurídica del proceso, aunque ahora, partiendo de lo que llevamos dicho, su exposición y lectura deben adquirir un nuevo significado.

ESQUEMA DE LAS TEORIAS FORMULADAS

La discusión en torno a la naturaleza jurídica del proceso nace y se desarrolla fundamentalmente sobre el proceso civil, que ha sido tradicionalmente el más desarrollado. Ello no ha impedido que algunas de las teorías (no las más antiguas y privatistas) se hayan aplicado al proceso penal. Hoy cualquier construcción debe referirse al proceso en general, comprendiendo todas las manifestaciones del fenómeno procesal.

Atendida la noción de naturaleza jurídica la exposición de las teorías no puede hacerse siguiendo un método histórico. Lo razonable es acudir a una sistematización que parta de dos criterios:

1.º) Relativo a si la naturaleza pretende determinarse atendiendo a categorías generales de derecho privado o de derecho público.

2.º) Con referencia a si las categorías a que se remite la naturaleza pertenecen a otras ramas jurídicas o se trata de categorías específicas, que se refieren a la distinción entre las concepciones estática y dinámica del derecho.

Partiendo de estos criterios el cuadro que hay que desarrollar es el siguiente:

A) Doctrinas privatistas.

a) Teoría del contrato de litiscontestatio.

b) Teoría del cuasi contrato de litiscontestatio.

B) Doctrinas publicistas.

a) Categorías jurídicas ya existentes: la relación jurídica.

b) Categorías jurídicas propias: la situación jurídica.

DOCTRINAS PRIVATISTAS

Las teorías privatistas son todas ellas incluibles dentro del grupo que refiere la naturaleza jurídica del proceso a categorías de otras ramas del ordenamiento. Son las más antiguas y por ello se refieren sólo al proceso civil, buscando la categoría más general en el ámbito del Derecho Civil.

A) Teoría del contrato de litiscontestatio

Los romanos, en ésta como en tantas otras ocasiones, no se plantearon problemas abstractos, no discutieron sobre la naturaleza jurídica del proceso. Fue mucho más tarde cuando se intentó explicar el proceso con base en el romano contrato de *litiscontestatio*.

En un momento intermedio entre la justicia privada y la asunción por el Estado de la potestad jurisdiccional, momento que puede hacerse coincidir con los procedimientos formulario y de las *legis actiones*, el proceso se basaba en el contrato de *litiscontestatio*, por medio del cual demandante y demandado se comprometían a sujetarse a un *iudex*, realizando la actividad procesal necesaria para que éste pudiera conocer de la demanda y de la oposición y dictar sentencia, quedando así mismo obligados a cumplir ésta. En ese momento histórico el proceso se basaba en un contrato, y los derechos y obligaciones propios del proceso tenían carácter contractual.

Esta concepción sólo resultaba de posible aplicación al proceso civil (o al más antiguo proceso penal de raigambre privada) y se basaba en estos cuatro fundamentos:

1.º) El Estado no tenía la potestad jurisdiccional; no sólo no tenía el monopolio de la jurisdicción, sino que ni siquiera tenía la fuerza suficiente para someter a los ciudadanos a su jurisdicción. En realidad no debería hablarse aquí ni siquiera de Estado.

2.º) El *iudex* asume su función por obra de las partes. Surgido un conflicto entre dos personas, el Estado tiene únicamente la fuerza suficiente para impedir la justicia privada, pero no para imponer su solución jurisdiccional. Las partes han de buscar la solución del conflicto nombrando una especie de juez-árbitro; los poderes de éste derivan de la sumisión de las partes.

3.º) Dicha sumisión se basa en un contrato, que es además de derecho privado. La institución jurídica más firmemente arraigada en el pueblo romano era el contrato, y a él se acude para someter las partes al juez.

4.º) El contrato de *litiscontestatio* supone que las partes se someten a la sentencia del juez-árbitro; las obligaciones y derechos materiales de las partes van a derivarse de la sentencia, no de la relación jurídico material anterior al proceso. Puede así afirmarse que este contrato era novatorio.

Es evidente que esta concepción del proceso no es hoy admisible, y no lo es porque los fundamentos sobre los que se asentaba han desaparecido. Desaparecieron desde el momento en que el Estado pudo imponer su solución a los particulares. Ya en la Roma postclásica, con la

cognitio extra ordinem, en la que todo el proceso se desarrollaba ante un juez funcionario, titular de la potestad estatal de jurisdicción, el carácter contractual de la *litiscontestatio* desapareció.

Cuando el Estado asume la potestad jurisdiccional, cuando el juez no asume su función por obra de las partes sino en cuanto titular de la potestad estatal de jurisdicción, el contrato carece de razón de ser. Y sin embargo la idea va a persistir; todavía en el siglo XIX los civilistas franceses al hablar de los contratos se refieren al contrato judicial, y así Demolombe, por ejemplo, se preguntaba si la parte que ha vencido en el juicio podría introducir de nuevo la demanda, renunciando a lo obtenido y dejando las cosas como estaban antes del juicio, es decir, *statu quo ante bellum*, y se contestaba que no porque la cosa juzgada procede de un contrato que, desde el inicio de la instancia, se formó entre el demandante y el demandado, de donde, si los contratos no pueden ser revocados, mas que por el consentimiento mutuo de las partes, ese mismo tratamiento deben tener tanto el contrato judicial como los contratos voluntarios.

B) Teoría del cuasi contrato de litiscontestatio

Desaparecidas las condiciones que hacían posible la consideración del proceso como contrato, el paso siguiente no consistió, como era lógico, en ir a una concepción publicista del proceso. El peso de la tradición privatista era tan fuerte que la doctrina mantuvo la *litiscontestatio* como piedra angular, aunque ahora considerándola cuasi contrato. El demandado quedaba sujeto al proceso, no ya porque celebrara un contrato, sino por la voluntad unilateral del demandante; a esta voluntad la ley atribuía el poder de sujetar al demandado al proceso.

La inutilidad de esta concepción se puso pronto de manifiesto. Asumida por el Estado la potestad jurisdiccional, y atribuida a sus jueces funcionarios, la idea del cuasi contrato no añadía nada, no era necesaria para explicar el proceso. De ahí que la litiscontestatio pasara a ser útil sólo con relación al momento en que estaba entablado el proceso, y ello incluso a base de desvirtuar lo que es el cuasi contrato. Se llegó así al extremo de admitir procesos con litiscontestatio, el ordinario, el *solemnis ordo judiciarius* del que es heredero el actual juicio de mayor cuantía español, en el que hay plazo para personarse el demandado y plazo para contestar a la demanda, sirviendo el primero para que el demandado manifieste que comparece, que va a actuar como parte. Frente al ordinario hay procesos sin *litiscontestatio*, que originariamente fueron, primero, los juicios plenarios rápidos y, después, los sumarios; así ya en la Clementina *Saepe contingit* de 1306 el papa Clemente V ordenaba a los jueces eclesiásticos que no exigieran la litiscontestatio. Si la sujeción del demandado al proceso naciera del cuasi contrato, de la voluntad unilateral del demandante, esto hubiera sido imposible

DOCTRINAS PUBLICISTAS

Ya a mediados del siglo XIX se iniciaron en Alemania los intentos de abandonar la concepción privatista del proceso, adentrándose en el derecho público. Las doctrinas publicistas pueden proceder a encuadrar el proceso dentro de categorías generales ya establecidas y estudiadas por otras ramas del derecho, o bien proceden a construir categorías jurídicas propias.

A) Categorías jurídicas ya existentes: la relación jurídica

A mediados del siglo XIX la doctrina alemana puso de manifiesto que un estudio que se limitara a exponer las formas de los diversos procedimientos no era científico. Así como un estudio científico del contrato no podía consistir en una mera descripción formal de los diversos contratos existentes, no cabía referirse al proceso describiendo simplemente procedimientos. El proceso no era un mero devenir fáctico, no era una mera sucesión temporal de actos. El proceso era una relación jurídica y, además, de derecho público.

Con antecedentes en la Filosofía del Derecho de Hegel y en Bethamann-Hollweg, el iniciador de la teoría de la relación jurídica fue Oscar von Bülow en su obra *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, publicada en 1868. Este es un libro afortunado en la historia del Derecho Procesal; su contenido central, basado en el Derecho romano, es hoy ilegible para un procesalista, pero en unas pocas páginas iniciales y otras finales sitúa la doctrina, casi unánimemente, el nacimiento del Derecho Procesal científico.

Para Bülow el proceso civil (que fue el estudiado por él) no puede quedar referido a relaciones de derecho privado; «desde que los derechos y obligaciones que se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que también a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público, y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública».

Las objeciones a esta teoría, tal y como fue formulada por su iniciador, son concluyentes a la hora de cuestionarse su admisión o rechazo. Téngase en cuenta que:

1.º) El deber del Estado de tutelar los derechos e intereses legítimos de las personas no nace de la relación jurídico procesal; es hoy evidente que tiene su origen en el monopolio por el Estado de la potestad jurisdiccional.

2.º) No está claro que el juez asuma deberes concretos frente a las partes, pues más bien parece que se trataría de un deber público general de cumplimiento de la función; ahora bien, lo que sí está claro es que esos deberes o deber no nacen del contrato de derecho público, ni de la

relación jurídico procesal, sino del propio status del juez, de su condición de juez a quien el Estado ha confiado la potestad jurisdiccional.

3.º) Más específicamente, el juez no asume el concreto deber de juzgar y de ejecutar lo juzgado como consecuencia del contrato o de la relación jurídica. Esto está hoy fuera de discusión. Ese deber nace del monopolio por el Estado de la potestad jurisdiccional y del reconocimiento a las personas del derecho de acción.

4.º) Sobre todo el sometimiento a la sentencia no nace para las partes de la relación jurídica; el Estado y su potestad no necesitan de ese sometimiento para explicar la razón de obligar de las sentencias.

5.º) Los presupuestos procesales no son necesarios para el nacimiento del proceso; aunque falten hay actuación procesal. Los presupuestos, por el contrario, condicionan la posibilidad de que el juez entre a conocer del fondo del asunto, dictándose, en su caso, una sentencia meramente procesal, de absolución de la instancia.

A partir de Bülow la teoría de la relación jurídica conoció un desarrollo extraordinario. Con acomodaciones más o menos amplias fue desarrollada especialmente por Kohler y Hellwig y después por la mayoría de la doctrina alemana, y lo mismo cabe decir de la doctrina italiana a partir de Chiovenda. Sus partidarios han sido y son no sólo procesalistas civiles, sino también penales; entre estos últimos en Alemania primero Birkmeyer y von Kries y luego Graf zu Dohna y Peters, por ejemplo, y en Italia desde Manzini y Florian hasta Vannini y Leone, asimismo, por ejemplo.

Con todo, y aun reconociendo su condición mayoritaria en la doctrina, la teoría de la relación jurídica no dice nada respecto de la naturaleza jurídica del proceso. La existencia de vínculos entre las partes y el juez no supone, sin más, que el proceso sea una relación jurídica; la mera existencia de esos vínculos no da lugar a una relación de hecho regulada por el derecho, en la que se reconocen derechos y obligaciones derivados directamente de ella.

Pero incluso admitiendo a efectos dialécticos la teoría, sus partidarios deberían admitir también dos cosas:

1.ª) Que en la mayoría de los casos el que un autor se declare partidario de ella no supone nada práctico a la hora de estudiar el Derecho Procesal; ya lo dijo Goldschmidt cuando se refería al «significado ornamental» que tiene en las construcciones generales de los que se dicen partidarios de ella, y

2.ª) Que para la finalidad de la búsqueda de las normas aplicables en caso de laguna legal, la teoría de la relación jurídica carece en absoluto de utilidad; ante la falta de una norma

procesal para un problema concreto ¿cuándo se ha visto a un juez preguntarse qué norma, de las de la relación jurídica en general, aplica subsidiariamente?

A pesar de todo lo anterior hay que reconocer que esta teoría ha hecho posibles tres aciertos fundamentales, aciertos en los que se basa su subsistencia durante más de un siglo:

1.º) Significó, frente a las doctrinas privatistas, el nacimiento con carácter autónomo del Derecho Procesal, y ello se alcanzó partiendo de la distinción entre relación jurídico material y relación jurídico procesal. Puso de manifiesto que el proceso tiene sujetos, presupuestos y contenido distintos de la relación material deducida en el proceso.

2.º) Permitió distinguir entre procedimiento y proceso. Como puso Hellwig de manifiesto cabe hablar de actividad procesal, primero, en el sentido de mero proceder, de procedimiento, como una serie de actos que se realizan uno tras otro y, en segundo lugar, como relación, como el conjunto de nexos jurídicos que existen entre el juez y las partes.

3.º) Supuso un gran adelanto respecto de la sistemática de exposición y estudio del Derecho Procesal. La teoría de la relación jurídica permitió abandonar la exégesis e iniciarse en el método del sistema. Ya había algo más que meros procedimientos regulados en la ley, sin conexión los unos con los otros. La idea del proceso como relación jurídica permitió estudiar, en general, sus sujetos, sus presupuestos, su objeto, sus actos, etc.

Con la teoría de la relación jurídica de los «Procedimientos Judiciales» se pasó al «Derecho Procesal».

B) Categorías jurídicas propias: la situación jurídica

Como hemos visto la naturaleza se ha buscado en categorías ya existentes, poniendo de manifiesto, una vez más, la «juventud» del Derecho Procesal como ciencia jurídica autónoma. Con todo no han faltado teorías que han partido para explicar esa naturaleza de categorías propias. Algunas de ellas no han tenido la repercusión que se merecían por la originalidad de su formulación, aunque han servido para destacar que el proceso no necesita acudir fuera del mismo para ser explicado -así las concepciones de Briseño y Lois-, pero otra ha influido, aunque sólo sea en aspectos parciales, en el desarrollo de nuestra ciencia. Nos estamos refiriendo a la *teoría de* la *situación jurídica* de James Goldschmidt.

La teoría fue expuesta en una obra aparecida en 1925, *El proceso como situación jurídica,* y resumida después en algunas publicaciones menores. Goldschmidt realiza, en primer lugar, una acerba crítica de la teoría de la relación jurídica, poniendo de manifiesto el «significado ornamental» a que antes nos hemos referido, para iniciar su exposición constructiva distinguiendo

una doble perspectiva en la consideración de las normas jurídicas: por un lado son un conjunto de imperativos dirigidos a los ciudadanos (y también al propio Estado y a sus órganos), lo que supone una consideración estática del derecho, propia de lo que viene denominándose derecho material o sustantivo, pero, por otro, las normas son medida o módulo para el juicio del juez, y desde esta consideración dinámica del derecho, la que conviene al Derecho Procesal, son promesas o amenazas de una conducta determinada del juez, es decir, de una sentencia con contenido determinado, con base en la que se formará la cosa juzgada, que es el fin del proceso.

Los lazos jurídicos que nacen entre las partes en el proceso no son relaciones jurídicas (concepción estática), sino que derivan de una situación jurídica (concepción dinámica), siempre cambiante y siempre la misma. En sus palabras la situación jurídica es «el estado del asunto de una parte contemplado desde el punto de vista de la sentencia que se espera conforme a la medida del derecho», o también «la expectativa jurídicamente fundada a una sentencia favorable o contraria y, consecuentemente, la expectativa al reconocimiento judicial de la pretensión ejercitada, como jurídicamente fundada o infundada».

Si el fin del proceso es la obtención de la cosa juzgada favorable, a lo largo del mismo se pasa por diversas situaciones jurídicas, es decir, estados de una parte con respecto a su derecho bajo el punto de vista de la sentencia que se espera conforme a las leyes. Estos estados son expectativas procesales de obtener una sentencia favorable o desfavorable. La parte que se encuentra en situación de proporcionarse por un acto una ventaja procesal tiene una posibilidad procesal; por el contrario, si la parte tiene que realizar un acto para prevenir una desventaja, le incumbe una carga. La situación procesal, definida de otro modo, es el «conjunto de expectativas procesales, posibilidades, cargas y liberación de cargas de una parte».

Como estamos viendo la elaboración de categorías propias llega al extremo de introducir una terminología específica. Para Goldschmidt en sentido procesal derechos son las expectativas de una ventaja procesal, la dispensa de una carga y la posibilidad de llegar a tal situación por la realización de un acto procesal. Procesalmente no hay obligaciones para las partes; hay cargas. Si la obligación presupone una parte contraria que tiene derecho a exigir (es un imperativo del interés ajeno), la carga es un imperativo del interés propio, no existiendo parte contraria que exija (es decir, el demandado no tiene, por ejemplo, la obligación de contestar a la demanda, pues nadie tiene derecho a exigírselo; el demandado tiene la carga de contestar a la demanda, es un imperativo de su interés, pues si no lo hace perderá la oportunidad de realizar alegaciones opuestas a las del demandante).

Se habrá observado que, en este resumen de la teoría de la situación jurídica, hemos aludido repetidamente a las partes, no al juez; la situación jurídica se refiere siempre a las partes, dejando en la sombra al juez, que es sólo un espectador para el que se hace (hacen las partes) el

proceso. Junto a esta crítica fundamental hay que añadir que Goldschmidt, que elabora magistralmente una sistematización de los actos procesales, no los tiene en cuenta al definir el proceso, siendo así que la situación jurídica avanza en virtud de los actos procesales.

La concepción de Goldschmidt no ha cosechado muchas adhesiones en general, aunque aspectos parciales gocen de gran difusión (como el relativo a los actos procesales), en especial el concepto de carga, que hoy puede considerarse definitivamente adquirido por la ciencia procesal y que reiteradamente ha sido calificado de genial.

Ahora bien, toda esta construcción no tiene utilidad para la búsqueda de la naturaleza jurídica del proceso en el sentido tradicional, en el sentido de hallar la categoría general y las normas supletorias. En nuestra opinión la concepción de Goldschmidt sirve, sobre todo, para poner de manifiesto que el proceso no forma parte de otra categoría más general del derecho; en su obra la finalidad característica de la naturaleza jurídica se ha perdido. A partir de él está ya claro que no vale la pena buscar el género del proceso.

LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO

En el desarrollo de las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del proceso, hemos pasado desde aquella que lo encuadraba en el derecho civil como contrato, hasta aquella que lo concibe como categoría autónoma. En este último caso lo importante es advertir que la finalidad específica de la búsqueda de la naturaleza jurídica -la remisión a unas normas en caso de laguna en la ley procesal- se ha perdido. No cabe extrañarse, pues, de que los autores en muchos casos o bien hagan referencia a la relación, a la situación e incluso a la institución jurídica, sin extraer luego consecuencia práctica alguna, o bien soslayen el tema, limitándose a hacer una exposición de las distintas teorías sin tomar partido. En ambos casos se trata de algo inútil.

En la actualidad no es preciso acudir a categorías extraprocesales para explicar el proceso. Este constituye por sí solo una categoría autónoma, con lo que no importa ya buscar su naturaleza jurídica en sentido clásico, esto es, encuadrándolo en una categoría más general. Lo que ahora importa es descubrir su razón de ser, precisar su porqué.

Para nosotros se trata de un instrumento necesario. Si los órganos jurisdiccionales han de cumplir la función señalada constitucionalmente, y si no pueden hacerlo de manera instantánea, necesitan de un estímulo, de alguien que excite su actividad, la acción) de la realización de una serie de actividades, sucesivas en el tiempo, cada una de las cuales es consecuencia de la anterior y prepuesto de la siguiente, a cuyo conjunto llamamos proceso. Este, por tanto, es el medio jurídico, el instrumento, con el que los órganos jurisdiccionales cumplen la función asignada constitucionalmente.

Con todo la afirmación de que el proceso es el instrumento con el que los órganos jurisdiccionales cumplen su función no es suficiente. Es preciso llegar más allá y sentar otras dos afirmaciones complementarias de la anterior:

1.ª) Es el único instrumento para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la cual no se realiza fuera del proceso o, dicho de otra forma, la jurisdicción sólo actúa por medio del proceso o bien fuera del proceso no se ejerce jurisdicción. Ello es así por la correlación e interdependencia entre jurisdicción y proceso.

A los órganos jurisdiccionales suelen atribuirse otras funciones que no pueden calificarse de jurisdiccionales, como es el caso del Registro Civil en España o de la llamada «jurisdicción voluntaria». En estos supuestos la actividad que realizan los jueces no es jurisdiccional y, por lo tanto, no es procesal. En nuestra opinión no existen los «procesos voluntarios», ni los «procesos de jurisdicción voluntaria», ni los "procesos no contenciosos", terminología con la que se está incurriendo en una *contradictio in terminis.* La actividad jurisdiccional o procesal exige la existencia de pretensión y resistencia (de partes enfrentadas), de cosa juzgada y de desinterés objetivo.

2.ª) Es también el único instrumento puesto a disposición de las partes para impetrar de los tribunales la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos. El proceso no puede verse sólo desde el punto de vista del juez, sino que debe verse también desde la óptica de las partes; para éstas es asimismo medio, camino, método e instrumento para que el derecho objetivo se realice en su caso concreto.

Con todo ha de tenerse en cuenta que las garantías de actuación de las partes en el proceso, especialmente los principios de contradicción o defensa y de igualdad, no constituyen sólo derechos de las partes que el tribunal debe respetar, sino que son también garantía de la correcta actuación del derecho objetivo. Para un juez el derecho de las partes a ser oídas no es sólo un derecho subjetivo ajeno a respetar, es también regla fundamental organizadora de su actividad, dirigida a conformar el proceso de la manera más adecuada para obtener la mejor actuación de la norma.

PROCESO, PROCEDIMIENTO Y JUICIO (ENJUICIAMIENTO)

Partiendo de la noción de proceso como instrumento necesario para que los órganos jurisdiccionales cumplan su función, la precisión de este concepto exige distinguirlo de otros muy próximos.

a) Proceso y procedimiento

Históricamente los «procedimientos judiciales» consistieron en describir la previsión legal respecto de los actos que debían realizar las partes y el órgano jurisdiccional; recordemos que la *procédure* era el conjunto de formas que los ciudadanos debían seguir para obtener justicia y que los tribunales habían de observar para otorgarla. Procedimiento, en este sentido histórico, equivale a forma.

El paso dado por los procesalistas consistió en percatarse de que limitándose a describir las distintas formas procedimentales, reduciéndose a la descripción del desarrollo temporal de los distintos procedimientos, no se estaba haciendo ciencia, que lo importante era darse cuenta de la calidad jurídica de lo que hacían las partes y el juez, de que era preciso hallar un sistema que abarcara la variedad de formas. Surgió así la noción de proceso; en éste lo importante no era ya la forma.

La distinta manera de entender la disciplina, según se llamara «procedimientos judiciales» o «derecho procesal», nos da ya una primera visión de las diferencias entre proceso y procedimiento, pero a ello hay que añadir:

1.º) El término procedimiento no es exclusivo del ámbito judicial, sino que es aplicable —refiriéndonos exclusivamente a su contenido jurídico— a todas las funciones del Estado, y así se habla de procedimiento legislativo y, sobre todo, administrativo (existe una ley de procedimiento administrativo, pero no puede existir una ley que regule el proceso ante la administración).

2.º) Procedimiento, pues, hace referencia a forma, a sucesión de actos, y ello sin precisar si esa actividad es la de los órganos jurisdiccionales, pues puede ser también la de los órganos administrativos.

3.º) Cuando se habla de procedimiento judicial se está destacando la forma de la actividad judicial, el «lado extremo de la actividad procesal» (Prieto-Castro), «una consideración meramente formal del proceso» (Gómez Orbaneja) o «el fenómeno de la sucesión de actos en su puro aspecto externo» (De la Oliva).

4.º) Aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere,* en el segundo destaca la nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan. Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional.

Con base en lo dicho puede llegarse a las siguientes conclusiones:

1. La función jurisdiccional se ejerce sólo a través del proceso.

2. Jurisdicción y proceso son realidades correlativas e interdependientes; sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional.

3. Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento.

4. Existen procedimientos judiciales que no son la forma externa de un proceso (en aquellos casos en que el juez no actúa jurisdiccionalmente).

5. Un solo procedimiento judicial puede ser la forma externa de dos o más procesos.

b) Proceso y juicio (enjuiciamiento)

En el presente siglo los procesalistas han centrado su atención en el proceso, hasta el extremo de que se ha tendido a olvidar que en el final del mismo estaba el juicio. El estudio del proceso se ha centrado de tal manera en sí mismo, que no se ha destacado suficientemente que, a la postre, no es más que un instrumento de los órganos jurisdiccionales para juzgar.

En la tradición jurídica española la palabra proceso es nueva, tanto que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en su redacción originaria, la empleaba una sola vez, en el art. 308, y además éste fue derogado por el RD-ley de 2 de abril de 1924. Se empleaba la palabra proceso en el sentido de colección de pliegos de papel, en el mismo sentido en que Calderón de la Barca hacía decir a Pedro Crespo ante la pregunta de don Lope: «¿Qué es proceso? Unos pliegos de papel que voy juntando, en razón de hacer la averiguación de la causa». Después de la ley 34/1984, de 6 de agosto, la palabra proceso se utiliza en la LEC, pero a base de introducir, una vez más, una clara discordancia interna.

En el derecho medieval juicio era sinónimo de sentencia, como se desprende la Partida III, título XXII, ley 1.ª: «Juicio en romance tanto quiere decir como sentencia en latín», pero hoy el derecho positivo hace equivaler juicio a proceso. Con precisión terminológica no puede afirmarse que juicio denote proceso o procedimiento, sino que se refiere a la acción de juzgar. En cambio la palabra enjuiciamiento hace referencia a la dinámica que conduce al juicio, incluido éste, es decir, tanto al juicio como al camino que a él conduce, tanto a la sentencia como al proceso. El término enjuiciamiento, aparte de ser el tradicional español, comprende al mismo tiempo el proceso, el procedimiento y el juicio.

LECTURAS RECOMENDADAS:

Para la noción general de naturaleza jurídica *vid.* LOIS, *Sobre* el *concepto de naturaleza jurídica,* en Anuario de Filosofía del Derecho, 1956. La referencia a la categoría más general por

ejemplo en GUASP, *Comentarios,* I, cit., p. 17, y en COUTURE, *Fundamentos de derecho procesal civil,* 3.ª ed., reimpresión de Buenos Aires, 1966, p. 125.

Las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del proceso vienen más o menos desarrolladas en todos los manuales. Para las fuentes pueden verse: a) Contrato: DEMOLOMBE: *Cours* de *Code Napoleón,* tomo XXX, Paris 1879, núm. 383; b) Cuasi-contrato: RODRIGUEZ, *Apuntes sobre la práctica forense,* cuaderno 2, Sevilla, 1840, p. 45, y todos los autores del siglo XIX, como ORTIZ DE ZUÑIGA, DE VICENTE Y CARAVANTES y MANRESA, y ya en el siglo XX FABREGA y DOMINGUEZ y DE PINA.

Para la teoría de la relación jurídica *vid.* BÜLOW, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales,* Buenos Aires, 1964, trad. de Rosas (el original alemán es de 1868); para su desarrollo en Alemania un breve resumen en DE LA OLIVA y FERNANDEZ. *Derecho procesal civil,* I, Madrid, 1995, pp. 325-31; para tiempos más recientes POHLE, *La letteratura tedesca del dopo guerra nel campo del diritto processuale civile,* en Jus, 1952.

La relación jurídica en Italia *vid*. CHIOVENDA, *Principios* de *derecho procesal civil,* tomo 1, Madrid, 1922, trad. de Casáis; CARNELUTTI, *Sistema,* cit., núm. 357. Entre los procesalistas penales FLORIAN, *Elementos de derecho procesal penal,* Barcelona, 1934, trad. de Prieto-Castro, y MANZINI, *Tratado* de *derecho procesal penal,* tomo 1, Buenos Aires, 1951, trad. de Sentís y Ayerra. En España GOMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1976, que la refiere también al penal, *Derecho procesal penal,* Madrid, 1987.

La teoría de la situación jurídica fue expuesta por James GOLDSCHMIDT en el libro *Der Prozess als Rechslage,* Berlín, 1925, hay 2.ª ed. de 1962, pero no existe traducción al castellano. Pueden verse las obras de Goldschmidt escritas directamente en castellano *Teoría general del proceso,* Barcelona, 1936, y *Problemas políticos y jurídicos del proceso penal,* Barcelona, 1935, aparte del *Derecho procesal civil,* Barcelona, 1936, trad. de Prieto-Castro y notas de Alcalá-Zamora. De su hijo WERNER, *Explicación* de *la teoría de la situación jurídica,* en Revista de Derecho Procesal, 1953. Para la noción de carga, por ejemplo, SENTIS MELENDO, *La carga procesal,* en «Teoría y práctica del proceso», Buenos Aires, 1945, III.

Los conceptos finales del Capítulo en ALCALA-ZAMORA, *Proceso, procedimiento y enjuiciamiento,* en «Estudios de derecho procesal», Madrid, 1934, *y Aciertos terminológicos e institucionales de la doctrina procesal hispana,* en «Estudios de teoría general», II, cit.; CARNELUTTI, *Volvamos al juicio,* en «Cuestiones sobre el proceso penal», Buenos Aires, 1961, trad. de Sentís; GAPOGRASI, *Giudizio, processo, scienza,* verità, en «Opere» V, Milano, 1959.

Las frases textuales en PRIETO-CASTRO, *Tratado de derecho procesal civil, 1,* Pamplona, 1985, p. 51; GOMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil,* I*,* Madrid, 1976, p. 14; DE LA OLIVA, *Derecho,* cit. I, Madrid, 1995, p. 132.

CAPÍTULO 8.º

CLASES DE PROCESOS

Clases de procesos: A) Civil y penal; B) Declaración o conocimiento, ejecución y cautela.— La unidad fundamental del proceso.— Tutelas ordinaria y privilegiadas: A) Tutela ordinaria (procesos ordinarios); B) Tutelas privilegiadas (procesos especiales y sumarios).

CLASES DE PROCESOS

La pregunta ¿qué es? la hemos planteado en la lección anterior con relación al proceso como concepto general, y con relación al mismo la hemos respondido diciendo que es el instrumento por medio del que los órganos jurisdiccionales del Estado cumplen la función de actuar al derecho objetivo en el caso concreto. Desde otra perspectiva el proceso, siempre como concepto general, es también instrumento por medio del que el ciudadano desarrolla el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, tanto en las leyes como en la realidad de la actuación de los tribunales advertimos inmediatamente la existencia, no de un único tipo de proceso, sino la de varios, como consecuencia de que el instrumento se adecua, por un lado, al derecho objetivo que actúan los tribunales y, por otro, a la variedad de pretensiones que formulan los ciudadanos.

Si los derechos subjetivos que están en juego, atendido el derecho objetivo material que los regula, y si la variedad de pretensiones que pueden interponerse ante los órganos jurisdiccionales, han hecho que incluso existan clases de tribunales y que, además, los mismos se estructuren en ramos u órdenes jurisdiccionales, las mismas razones llevan a que el instrumento que es el proceso se adecue, con lo que han de surgir necesariamente varias clases de procesos.

Advertida la existencia de varias clases de procesos hay que añadir inmediatamente que esa variedad responde a criterios muy distintos, algunos de los cuales atienden a la misma esencia de lo que es el instrumento, mientras que otros se basan en necesidades accidentales; es decir, hay criterios de distinción que no responden a un momento histórico y a un país determinados, sino que su existencia se impone al mismo legislador, mientras que otros criterios son contingentes y se basan en las circunstancias de tiempo y lugar.

Atendiendo ahora a los criterios que responden a la misma esencia del fenómeno procesal, hay que distinguir entre:

A) Civil y penal

Desde el punto de vista más general, el criterio base de distinción es aquél que se refiere a si con el proceso el tribunal tiende a actuar el derecho penal o cualquier otra rama del derecho objetivo. Estamos así ante pena o no pena o, si se prefiere, proceso penal o proceso civil. Este el criterio base y todos los demás que atienden al derecho objetivo a actuar por medio del proceso están subordinados a él; todos los procesos son así o penales o civiles.

Aunque sea difícil marcar los perfiles históricos, parece demostrado que en un primer momento existía un solo proceso, a través del cual se conocían cualesquiera pretensiones. Frente a la «justicia privada», que se manifestaba en todos los órdenes de la vida, el incipiente Estado logró que los enfrentados por cualquier interés resolvieran la contienda acudiendo a un juez-árbitro nombrado por ellos. Esta es la fase del proceso como contrato. Después el paulatino fortalecimiento del poder estatal significó, por un lado, que la jurisdicción fuera asumida por él pero, también, que el delito se concibiera como ofensa a la comunidad y que del simple resarcimiento del daño se pasara a la pena. El Estado se convirtió en el único titular del *ius puniendi y* en éste predominaron los intereses públicos sobre los privados.

Indicio de civilización fue darse cuenta de que el delito supone algo distinto del conflicto civil y, consecuentemente, que el proceso en el que va a actuarse el derecho penal, con la imposición de la pena, no puede estar regido por los mismos principios que el proceso en el que va a actuarse el derecho privado, resolviéndose sobre quién es el propietario de un bien, por ejemplo.

Aparecen así las dos clases fundamentales de procesos: penal y civil, los cuales responderán a principios distintos, aunque como luego veremos se trata, en todo caso, de manifestaciones del fenómeno procesal. Las diferencias entre uno y otro radican en el criterio base que distingue entre necesidad y oportunidad.

a) Necesidad

Este principio supone que el interés de la comunidad es el dominante y, consiguientemente, que:

1.º) No existe relación jurídico material penal en la que sean parte los que han intervenido en el hecho delictivo, bien como autor, bien como víctima. El ofendido o perjudicado por el delito no es titular de un derecho subjetivo a que al autor del mismo se le imponga una pena, por cuanto tal negado derecho subjetivo supondría de hecho la titularidad del *ius puniendi,* el cual corresponde sólo al Estado.

2.º) No existe aplicación del derecho penal por los particulares; el derecho penal se aplica sólo por el Estado y dentro de él sólo por los tribunales y precisamente por medio del proceso, de modo que los términos delito, proceso y pena son correlativos.

3.º) En todos los casos en que exista un hecho aparentemente delictivo se ha de poner en marcha el instrumento procesal, exista o no persona privada que asuma la posición activa de parte acusadora; precisamente con esa finalidad se crea la figura del Ministerio fiscal, al que se sujeta en su actuación al principio de legalidad.

Con el principio de necesidad se evitan dos riesgos importantes en el enjuiciamiento penal y en la imposición de las penas:

1.º) Se impide, por un lado, que los particulares las inflijan pero, también, que dispongan de ellas, llegando incluso a perdonarlas, con lo que perdería su razón de ser todo el sistema penal del Estado. La voluntad de los particulares no es determinante a la hora de la persecución del delito, ni siquiera cuando son ofendidos por éste (salvo supuestos excepcionales); los particulares no disponen ni del proceso ni de la pena.

2.º) Se obliga a que todos los hechos aparentemente delictivos, en cuanto sean conocidos, lleven a poner en marcha el proceso y con ello se intenta que ningún delito quede impune. Si el Estado considera que un acto debe ser tipificado como delito y en general, no puede luego consentir que dejen de perseguirse actos concretos que quedan subsumidos en la norma general. El interés público, el de la comunidad, impone que el derecho penal se actúe de modo necesario.

b) Oportunidad

Frente a la necesidad, la oportunidad significa que es el interés del individuo el que predomina y, por tanto:

1.º) Cuando se trata del derecho privado, el punto de partida es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de los derechos subjetivos, de modo que se reconoce la existencia de relación jurídico material de la que existen unos titulares, activo y pasivo.

2.º) El derecho privado se aplica por los particulares; los tribunales por medio del proceso civil pueden proceder a la actuación de ese derecho, pero estadísticamente ello es algo excepcional. Ante la perturbación del interés privado, el proceso civil no es el único sistema para su restauración, pues los particulares pueden acudir a otros sistemas de solución de sus conflictos.

3.º) La iniciación del proceso civil queda en manos de los particulares, siendo ellos los que han de decidir si es oportuno o no para la mejor defensa de sus intereses el acudir a los tribunales, de modo que el proceso sólo puede iniciarse cuando el particular lo pida.

El principio de oportunidad responde a una concepción política que atiende a la libertad del ciudadano para decidir tanto qué relaciones jurídicas materiales contrae como la mejor manera de defender los derechos que le corresponden. Por ello uno de los modos de desconocer esa libertad consiste en regular procesos civiles que no estén determinados por la oportunidad. Era así muy sintomática la que se denominaba «penalización del proceso civil» propia de los países comunistas, en la que, negada la distinción entre lo privado y lo público, el proceso civil se regía por principios muy próximos al de necesidad.

B) Declaración (conocimiento), ejecución y cautela

En el Capítulo 3.º dijimos que para definir la función de la jurisdicción se utiliza en los países hispánicos la fórmula "juzgar y ejecutar lo juzgado", y correlativamente con esas dos subfunciones suele hablarse de la existencia de dos procesos: proceso de declaración o conocimiento y proceso de ejecución. De la misma manera, y con referencia a las clases de pretensión, suele hablarse de pretensiones declarativas y de pretensiones ejecutivas.

Como estamos viendo desde varios puntos de vista puede llegarse a la conclusión de la existencia de otra manera de establecer clases de procesos; esta otra manera no tiene nada que ver con la anterior pero se produce dentro de ella, y así cabe hablar de procesos civiles de declaración y de ejecución y de procesos penales de declaración y de ejecución. Al proceso cautelar no se refiere la vieja fórmula hispánica pero cada vez con más fuerza la doctrina viene poniendo de manifiesto que se trata de un *tertium genus* que se corresponde también con una subfunción de la jurisdicción y con una clase de pretensión.

Aparecen así tres clases de procesos: declarativo (o de conocimiento, o de declaración, o de cognición), de ejecución (o ejecutivos) y cautelar (o de aseguramiento).

a) Proceso de declaración o conocimiento

El *juzgar* de los jueces y tribunales se concreta en *decir* el derecho en el caso concreto, en declarar, pero ello puede hacerse de tres maneras distintas que se corresponden con las tres clases de pretensión que pueden ejercitarse:

1.ª) *Pretensiones mero declarativas (o declarativas puras)*

Cuando la petición de la parte que interpone la pretensión se satisface con la mera declaración de la existencia (positiva) o inexistencia (negativa) de una relación jurídica ya existente, la declaración del órgano jurisdiccional, la sentencia, agota su fuerza con la declaración, no necesitándose ejecución posterior. La sentencia que el juez dicte estimando la petición no originará un título ejecutivo, pues el actor quedará satisfecho con la simple declaración judicial.

Para que la pretensión pueda triunfar no basta con que el demandante sea titular del derecho material alegado, es preciso además que acredite un interés jurídico suficiente en lograr la declaración del órgano jurisdiccional. Los tribunales no pueden realizar declaraciones retóricas de derechos, y de ahí que el actor haya de encontrarse en una situación tal que sin la declaración judicial pudiera sufrir un daño, daño que puede ser evitado precisamente con la declaración judicial. Lógicamente se exige, además, que la declaración se pida frente a la persona con la que esa declaración crea una situación de certeza.

En el Derecho hispánico no existía un reconocimiento claro de esta manera de tutela jurisdiccional. Históricamente existió la llamada acción de jactancia, en virtud de la cual el actor se dirigía contra una persona que se «jactaba» de poseer un derecho contra él para que lo ejercitara judicialmente; el juez concedía plazo al jactancioso para que presentara la demanda correspondiente, y si éste no lo hacía se le condenaba a «guardar perpetuo silencio». El reconocimiento primero jurisprudencial y después legal de la pretensión mera declarativa hizo inútil la acción de jactancia, lo que no ha impedido que en algunos países todavía se regule esa “acción” (por ejemplo en Guatemala).

2.ª) *Pretensiones constitutivas*

Aquí la petición de la parte se dirige a obtener la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, esto es, a obtener un cambio sobre una situación existente. En el caso anterior (y también en el siguiente, como veremos) se pide al juez que declare un efecto jurídico que ya se ha producido, mientras que aquí es la sentencia la que produce el cambio. Cuando se ejercita una pretensión declarativa de propiedad, por ejemplo, la relación jurídica de propiedad ya preexistía y se le está pidiendo al juez que la declare, mientras que si le pide al juez que disuelva una sociedad, que en su momento se constituyó legalmente por tiempo indefinido, la sentencia no recogerá un estado jurídico anterior sino que lo extinguirá, creando otro nuevo (los que eran socios dejarán de serlo).

Posiblemente los ejemplos más claros se basan en la distinción nulidad y anulabilidad, y en la nulidad del matrimonio, por un lado, y el divorcio, por otro. Si concurrió alguna de las causas de nulidad, el matrimonio no existió, pero dada su apariencia jurídica es necesaria una sentencia que así lo declare; en el divorcio, por el contrario, se parte de que el matrimonio era válido y la sentencia constitutiva extingue una situación jurídica anterior y crea otra nueva (el casado para a ser soltero). De aquí que suela decirse que la mera declaración produce efectos *ex tunc* (desde antes) *y* la constitución efectos *ex nunc* (desde ahora) (aunque esto no sucede siempre).

En las pretensiones constitutivas hay que distinguir dos supuestos. Unas veces son necesarias en el sentido de que, teniendo la parte derecho al «cambio» éste sólo puede producirse por la jurisdicción y por medio del proceso; de modo que si la parte quiere el «cambio» el ejercicio

de la pretensión es para ella necesario; es el caso del divorcio o de la declaración de incapacidad de una persona. Otras veces la pretensión constitutiva no es necesaria, en el sentido de que las partes de la relación jurídica material podrían lograr el «cambio» por sí mismas, si bien se precisaría la voluntad concorde de todas ellas; es el caso de la disolución de una sociedad, que puede realizarse por todos los socios, pero si uno de ellos se niega habrá de acudirse a la jurisdicción y al proceso.

A destacar, por último, que la sentencia que estime la pretensión constitutiva, al no precisar de ejecución, no será título ejecutivo; frente a la sentencia el demandado no tendrá obligación de realizar prestación alguna. La inscripción de la sentencia en el Registro Civil, por ejemplo, no es propiamente una ejecución, sino una simple documentación, y de ahí que pueda realizarse incluso de oficio, sin petición de parte.

3 ª) *Pretensiones declarativas de condena*

Lo que se pide al órgano jurisdiccional es una declaración de la que arranque el derecho a obtener una prestación del demandado. La pretensión no se satisface sólo con la declaración, sino que es precisa una actuación posterior que haga coincidir el ser con el deber ser; esa actuación posterior puede realizarse voluntariamente por el condenado, y estamos ante el cumplimiento, y en el caso de incumplimiento aparece la ejecución forzosa.

La sentencia de condena produce un doble efecto: es un título ejecutivo y, además, contiene una declaración irrevocable del derecho. Dicho de otra forma: es título ejecutivo y produce cosa juzgada; efectos que son distintos y que no siempre coinciden.

Con relación a estas tres pretensiones y al proceso de declaración o conocimiento en que se conocen y deciden hay que hacer dos advertencias:

1.ª) Estas tres pretensiones no se conocen en tres procesos distintos; no existe un proceso meramente declarativo, otro constitutivo y otro de condena, sino que existe un sólo proceso de declaración, a través del cual pueden ser interpuestas, conocidas y decididas cualquiera de estas tres pretensiones, e incluso varias de ellas conjuntamente si se produce un fenómeno de acumulación.

2.ª) No todas las pretensiones son posibles en los dos procesos antes estudiados; en el proceso civil (y en sus especies) son posibles todas las pretensiones declarativas, pero en el proceso penal sólo caben las pretensiones declarativas de condena. Los tribunales no pueden perseguir la finalidad de declarar sin más la existencia del delito (si bien hay que reconocer que las sentencias absolutorias sí son simplemente declarativas), y de la misma forma no cabe que por medio del proceso penal se pretenda crear, modificar o extinguir una relación o situación jurídica.

b) Proceso de ejecución

La segunda subfunción de la jurisdicción es ejecutar lo juzgado y para ello surge el proceso de ejecución. Su existencia y regulación va a variar en los distintos tipos de procesos, pero en principio puede definirse como aquel en el que se realiza por el órgano jurisdiccional una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a lo establecido en el título.

La incardinación de este tipo de proceso con el primer criterio estudiado supone:

1.º) Proceso civil: Cuando se trata de pretensiones de condena la mera declaración no basta para satisfacer a la parte. Si la sentencia declara que el demandado adeuda una cantidad al demandante y lo condena a pagarla, la sentencia por sí sola no satisface al demandante. La satisfacción se alcanzará cuando se realice la prestación declarada en la sentencia; es necesaria, pues, una actuación posterior que acomode la realidad fáctica al deber ser proclamado en la sentencia. Esa actividad posterior puede realizarse de dos maneras:

1") Cumplimiento: El condenado cumple voluntariamente la prestación; esta actividad no tiene carácter procesal.

2") Ejecución forzosa: Si el condenado no cumple voluntariamente, aparece el proceso de ejecución.

Junto a este caso, en que el proceso de ejecución parte de una sentencia de condena, el ordenamiento concede a determinados títulos creados fuera de la actividad judicial, la posibilidad de acceder al proceso de ejecución sin que sea necesaria declaración judicial previa.

2.º) Proceso penal: Aunque ha habido dudas sobre el carácter judicial de la ejecución de sentencias penales, principalmente en lo relativo a la ejecución de penas de privación de libertad, hoy no puede seguir manteniéndose que esa ejecución corresponda al poder ejecutivo, sin perjuicio de que la mayor parte de las constituciones y leyes ordinarias de muchos países no lo hayan admitido todavía así. En la actualidad es ya bastante común la existencia de Jueces de Vigilancia Penitenciaria (o similares).

Lo que importa destacar aquí es: Primero, que el único título ejecutivo es la sentencia, y Segundo, que el único sistema de ejecutar las penas es el del proceso de ejecución forzosa, no existiendo el cumplimiento voluntario (salvo en los casos de penas de multa).

c) Proceso cautelar

La satisfacción de las pretensiones interpuestas ante los órganos jurisdiccionales puede no alcanzarse de modo completo con los procesos de conocimiento y ejecución. Estos procesos, por su propia naturaleza de sucesión de actos, necesitan un período de tiempo más o menos largo para realizarse, tiempo que, por su mero transcurso o por la actividad del demandado, puede hacer inútil

la resolución que se dicte. Para suplir esta deficiencia aparece una tercera subfunción de la jurisdicción, llamada de cautela o de seguridad, que se realiza a través del proceso cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las otras dos subfunciones. Se define así el proceso cautelar como «aquel que tiene por objeto facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de sus resultados» (Guasp).

Naturalmente entre las medidas cautelares a adoptar en el proceso civil (el embargo preventivo, por ejemplo, que asegura la solvencia del demandado) y en el proceso penal (la prisión provisional, por ejemplo, que asegura la presencia del imputado) existen claras diferencias, pero en los dos casos se trata de una tercera subfunción autónoma de la jurisdicción, en cuanto no es ni declarativa ni ejecutiva, que se realiza por medio de un proceso propio.

LA UNIDAD FUNDAMENTAL DEL PROCESO

Es evidente que el criterio de clasificación que atiende a la declaración, ejecución y cautela presupone la existencia de una concepción unitaria del proceso. Sin embargo, el criterio que asume la distinción entre proceso civil y proceso penal ha llevado a entender, en alguna ocasión, que en realidad existen dos derechos procesales, uno civil y otro penal, entre los cuales no existen nexos de conexión. Esta pretendida ruptura de la unidad procesal desconoce la noción de jurisdicción como potestad del Estado y la del mismo proceso como instrumento de aquella, pues el que el instrumento se acomode al derecho objetivo a actuar en el caso concreto no impide que los conceptos básicos sean los mismos en una y otra manifestación.

a) La llamada zona intermedia

Conviene advertir de entrada que entre los procesos civil y penal, regidos, respectivamente, por los principios de oportunidad y de necesidad, existe una zona intermedia en la que los principios se entremezclan dando lugar a procesos civiles determinados en buena medida por la necesidad y a procesos penales influidos por la oportunidad. Esta mezcla de principios atiende a razones políticas y en cada país y momento da lugar a una zona intermedia más o menos amplia.

El proceso penal, cuando se trata del enjuiciamiento de los delitos llamados privados (normalmente calumnia e injuria contra particulares) y también de los semiprivados o semipúblicos (en muchos países se trata de calumnia o injuria contra funcionario público, autoridad o agente, agresiones, acoso o abusos sexuales, descubrimiento y revelación de secretos, abandono de familia, propiedades intelectual e industrial, etc.), precisa declaración expresa del ofendido para que se inicie (que en los privados requiere la forma de querella y en los semiprivados basta denuncia), de modo que la necesidad es sustituida por la oportunidad y ello hasta el extremo de que en el proceso por delitos privado ni siquiera interviene el Ministerio fiscal.

También en el proceso civil existen materias en las que aparece como determinante el interés público. El legislador considera que algunas cuestiones matrimoniales, las de paternidad y filiación y las de incapacitación, no pueden abandonarse al libre juego de los intereses privados, por lo que sustituye el principio de oportunidad por el de necesidad, de modo que los tribunales son los únicos que pueden actuar el derecho en el caso concreto y la iniciación del proceso no depende siempre de la voluntad de los particulares sino que a veces se legitima al Ministerio fiscal para pedir la incoación del proceso, el cual será siempre parte en esos procesos.

Consiguientemente cabe distinguir así cuatro tipos de proceso:

1. Proceso civil dispositivo

a) Proceso oportuno

2. Proceso penal por delitos privados

Zona intermedia

3. Proceso civil no dispositivo

b) Proceso necesario

4. Proceso penal por delitos públicos

Los extremos —números 1 y 4— representan la vigencia completa de los principios de oportunidad y necesidad, respectivamente, mientras que el centro —números 3 y 2— implican, por un lado, procesos civiles en los que influye decisivamente el interés público determinando su configuración y, por otro, procesos penales en los que el interés privado aparece más fuerte que el público. El que la zona intermedia sea relativamente poco importante en cantidad, no obsta para su gran importancia cualitativa, a nivel de principios, y para que sean motivos políticos los determinantes de su ampliación o reducción.

b) La tesis unitaria

Si lo anterior es ya muy sintomático respecto de la unidad del fenómeno procesal, sin perjuicio de sus manifestaciones, debe tenerse en cuenta, además, que la ruptura de los nexos entre los procesos civil y penal, dando lugar a dos derechos procesales, sólo adquiere algún limitado sentido (y ni aun así, pero admitámoslo a efectos dialécticos) cuando se parte de que el concepto base es el de proceso. Es en este contexto en el que, sobre todo por los procesalistas penales italianos, se ha intentado demostrar que si entre los procesos civil y penal existe una coincidencia

externa o formal, las diferencias aparecen cuando se atiende a los caracteres esenciales de uno y otro.

Ahora bien, cuando se parte de que el concepto que da unidad al sistema es el de jurisdicción, de modo que el de proceso es un concepto subordinado, los intentos de ruptura pierden toda razón de ser. La tesis unitaria no pretende sostener que exista un único tipo de proceso; parte precisamente de la existencia de los procesos civil y penal, y reconoce sus diferencias, pero afirma que esas diferencias no son suficientes para desvirtuar el punto de arranque que es la jurisdicción y la noción única de proceso como instrumento de los órganos jurisdiccionales para cumplir su función.

Lo que ha ocurrido es que el estudio del proceso civil está más avanzado que el del proceso penal por dos razones: 1.ª) Porque la autonomía del proceso civil frente al derecho privado se logró antes que la del proceso penal frente al derecho penal y, por tanto, antes se empezó a estudiarlo con ese carácter autónomo, y 2.ª) Porque desde entonces y hasta hoy mismo se ha incidido con mayor cantidad de estudios (y, consiguientemente, con mayor calidad) en el primero que en el segundo.

Esta situación de hecho ha llevado a que los conceptos generales sobre el proceso se formaran en torno al proceso civil y que luego se intentara trasladarlos al proceso penal. En ese traslado se ha incurrido, sin duda, en excesos, y de ahí que en alguna medida la reacción de los procesalistas penales esté justificada, si bien no cabe combatir un exceso con otro, y exceso existe cuando se pretende la ruptura del fenómeno procesal.

Para explicar la unidad es muy aleccionadora la metáfora del tronco y de las ramas que utilizaba Carnelutti y que hoy puede adaptarse así:

1. Las raíces del árbol son el concepto de jurisdicción, concepto único, aunque dentro del mismo pueda hacerse referencia a los ámbitos en que se ejerce la función.

2. A ras de tierra se encuentra la noción de acción o derecho a la jurisdicción.

3. El tronco del árbol es común a todas las clases de procesos.

4. A buena altura ese tronco se divide en dos grandes ramas: civil y penal.

5. Cada una de esas dos ramas va a producir tallos o ramas secundarias que son los procesos que vamos a enumerar a continuación.

Mientras subsista la diferenciación entre intereses públicos y privados (y hay que esperar que nunca desaparezca uno en favor del otro), subsistirá la distinción entre el proceso penal y el civil, pero no podrá tratarse de diferencias absolutas porque, a la postre, uno y otro han de referirse

a la jurisdicción y a la acción y porque del proceso siempre podrá darse un concepto unitario, sin perjuicio de la existencia de manifestaciones específicas de ese concepto común.

TUTELAS ORDINARIA Y PRIVILEGIADAS

Partiendo de la existencia de los procesos civil y penal y, al mismo tiempo, de la de los procesos de declaración o conocimiento, de ejecución y de cautela, podría pensarse que ya tenemos clasificados todos los tipos posibles de procesos, en el sentido de que mezclando los dos criterios —y constatando que pueden existir procesos civiles de declaración, de ejecución y de cautela y también procesos penales de declaración, de ejecución y de cautela— obtendríamos el cuadro completo de la variedad de procesos existentes.

Teóricamente la conclusión anterior es razonable, pero prácticamente no han sucedido así las cosas. Por muy diversas circunstancias la mezcla de los dos criterios anteriores no explica todo el fenómeno procesal actual, pues en todos los derechos positivos y también en el peruano la situación es mucho más complicada. Una de las razones de la complicación, la que creemos más destacada, es la que atiende a la distinción entre lo que podemos considerar tutela judicial ordinaria y tutelas judiciales privilegiadas.

Si se pretendiera regular racionalmente tanto el proceso civil como el penal podría concluirse que con establecer un proceso declarativo, otro ejecutivo y otro cautelar habría suficiente, por cuanto quedarían cubiertos todos los derechos objetivos a actuar en el caso concreto y todos los tipos de pretensiones que pueden interponer las partes. Tendríamos así una única manifestación de la tutela judicial, de modo que todos los asuntos y todas las personas serían tratados por igual. Sin embargo, lo que está sucediendo en la realidad obliga a distinguir entre:

A) Tutela ordinaria (procesos ordinarios)

Con referencia al proceso el calificativo de ordinario supone que por medio de ese proceso los órganos jurisdiccionales pueden conocer objetos de toda clase sin limitación alguna, habiéndose establecido con carácter general. Este proceso debería ser único y daría lugar a la tutela judicial que estamos calificando de ordinaria.

Ahora bien, tanto en materia civil como en penal, y sorprendentemente desde el punto de vista de la racionalidad de la organización, no existe un único proceso ordinario sino varios.

1.º) En materia civil se partía originariamente en el derecho común (en el español y en los que tienen en éste su origen) de la existencia de un único proceso ordinario, pero ante la complejidad, duración y coste del mismo se fueron regulando otros procesos ordinarios con la

aspiración de hacerlos menos complejos, más breves y más económicos, y así se ha llegado a la situación actual en la que existen varios procesos ordinarios.

En el derecho peruano el art. 475, 1, del CPC pone de manifiesto la existencia del proceso ordinario por excelencia, pero también es ordinario el proceso abreviado cuando se refiere el art. 486, 6, a los que no tienen vía procedimental propia y a los inapreciables en dinero. Entre estos dos procesos las diferencias son de tramitación, pero los dos están previstos para que por ellos se conozcan todo tipo de objetos, distinguiéndose casi únicamente por la cuantía del asunto. Se está partiendo en ellos de la idea, muchas veces falsa, de que cuanto menos importante económicamente es un asunto menos complicaciones procedimentales necesita para que sea resuelto por los órganos jurisdiccionales.

Estos dos procesos ordinarios pertenecen a la clase de procesos de declaración o conocimiento, y en el proceso de ejecución no existen, a su vez, varios procesos ordinarios que se correspondan con los primeros, sino que todas las sentencias dictadas en los procesos ordinarios de conocimiento se ejecutan de la misma forma. En el proceso de ejecución existen varias ejecuciones ordinarias pero éstas atienden a la clase de obligación a ejecutar, distinguiendo entre hacer, no hacer y dar.

En este orden de cosas no cabe hablar de procesos cautelares ordinarios, pues todas las medidas que pueden adoptarse están referidas a objetos determinados, por lo que siempre hay en ellas un elemento de especialidad.

2.º) En materia penal tampoco existe un único proceso ordinario, refiriéndose aquí la distinción fundamental a delitos y faltas (o contravenciones) y ello sin perjuicio de que en la mayoría de los países se ha procedido luego a establecer más de un proceso ordinario por delito, generalmente a atendiendo a la importancia de la pena a imponer por el delito cometido.

La existencia de varios procesos ordinarios, tanto en civil como en penal, supone que en todos ellos se presta por los órganos jurisdiccionales la tutela judicial que calificamos de ordinaria. Basado el acudir a uno u otro proceso ordinario bien en la cuantía económica del asunto bien en la pena establecida, puede estimarse que se trata de motivos razonables de diferenciación, por cuanto los mismos no suponen realmente la configuración de tutelas privilegiadas por el asunto o por las personas.

B) Tutelas privilegiadas (procesos especiales y sumarios)

Como si no bastaran los varios procesos ordinarios, todos los legisladores han ido regulando procesos especiales que son aquellos que se establecen, bien para conocer de pretensiones que tienen objetos específicos, bien para enjuiciar a personas determinadas, quedando su uso limitado

al concreto objeto o persona que marca la ley. Si los procesos ordinarios se establecen con carácter general, los especiales se conciben como tutelas privilegiadas.

Las razones del privilegio pueden ser muy variadas; unas veces se trata de que el legislador entiende que parcelas del ordenamiento jurídico material requieren tratamiento procesal propio, otras de que la aplicación de los procesos ordinarios a la actuación de determinadas normas materiales conduciría a éstas a la ineficacia, otras de que determinadas personas requieren protección procesal diferenciada, etc. En ocasiones es manifiesto que determinados grupos sociales (propietarios, grandes acreedores) han obtenido un acceso privilegiado a la tutela judicial.

En todos estos casos suele tenderse a lograr un procedimiento más sencillo y expedito que el de los procesos ordinarios, y de ahí que estemos hablando de privilegios, pues de lo que se trata es de que determinados asuntos o personas no se sometan al procedimiento que se estima «normal» sino de que tengan procedimiento propio. En la configuración de ese procedimiento generalmente no se trata de crear uno ex *novo,* sino más bien de aprovechar una tramitación de proceso ordinario suprimiendo en ella trámites, acortando plazos y, en general, simplificando.

a) En el proceso civil

En el proceso civil las tutelas privilegiadas han consistido, bien en regular procesos especiales en los mismos códigos procesales civiles, huyendo de los ordinarios, bien en regular procesos especiales fuera de esos códigos, con lo que la huida ha sido todavía mayor. Se ha llegado así a una situación de proliferación procedimental en la que se tramitan más asuntos por los procesos especiales que por los ordinarios, con lo que todo el sistema procesal civil ha quedado subvertido y las tutelas privilegiadas tienen más importancia cuantitativa que la ordinaria.

Esas huidas de los procesos ordinarios y de los códigos procesales civiles se han producido tanto en los procesos de declaración o conocimiento como en los de ejecución y cautelar. En los primeros existe una verdadera selva pues los legisladores en muchos países, cada vez que regulan una institución jurídica material, se sienten en la «necesidad» de dotarla de un proceso especial, con el ánimo de que esa regulación sea eficaz. En el proceso de ejecución el privilegio suele consistir, nada menos, en convertir un documento en título ejecutivo con el que puede iniciarse la ejecución sin haber obtenido antes una sentencia declarativa de condena. En el proceso cautelar se trata de dotar de medidas especificas a determinadas materias, medidas que se niegan en los procesos ordinarios.

Aún dentro de estas tutelas privilegiadas es necesario distinguir dentro de los procesos de declaración o conocimiento entre varias clases de procesos, lo que hace necesario aclarar el sentido de varias palabras que suelen utilizarse sin precisión técnica, incluso en los códigos:

1.º) Procesos ordinarios que son, al mismo tiempo, plenarios:

Históricamente el inicio de la evolución se encuentra en el *solemnis ordo iudiciarius* que dio lugar al proceso declarativo ordinario, en torno al cual se construyó todo el ordenamiento procesal. Para la regulación del mismo se partió de considerar que las partes tenían que disponer de toda la amplitud posible en el uso de los medios de ataque y defensa, planteando sin limitaciones el litigio que las separaba; en ese contexto de falta de limitaciones se reguló un proceso lento, complicado, formalista y caro. Ese juicio era ordinario y plenario y fue el antecedente del actual juicio de mayor cuantía.

Ordinario con referencia a un proceso, supone que por medio de él los órganos jurisdiccionales pueden conocer objetos de toda clase sin limitación alguna, habiéndose establecido con carácter general. Lo contrario a ordinario es especial.

Plenario significa que no existe limitación de las alegaciones de las partes, que pueden someter al órgano jurisdiccional con toda amplitud el conflicto que las separa, por lo que no hay limitaciones del objeto de la prueba, que puede referirse a todas las alegaciones, ni de los medios de prueba que pueden usar las partes; todo ello conduce a que el órgano jurisdiccional no tenga su cognición limitada a un aspecto parcial del litigio, por lo que la sentencia que dicte desplegará todos los efectos propios de la cosa juzgada material, no siendo posible otro proceso posterior entre las mismas partes y sobre el mismo objeto. Lo contrario a plenario es sumario.

2.º) Procesos plenarios especiales:

Frente a juicio ordinario su par alternativo es juicio especial. El art. 486, 6 del CPC antes citado ya indica que existen contiendas judiciales que tienen tramitación especial y con ello hace referencia a este tipo de juicios, que son aquéllos que se establecen para conocer de pretensiones que tienen objetos específicos y determinados, quedando su uso limitado al concreto objeto que marca la ley. Si los juicios ordinarios sirven para conocer de cualquier objeto procesal, los especiales tienen cada uno de ellos objeto determinado. Aparecen así las tutelas privilegiadas.

El privilegio suele radicar en regular procedimientos más simplificados que los de los procesos ordinarios, y las razones del mismo son muy variadas. Algunas veces responde a la conveniencia de que determinadas parcelas del ordenamiento jurídico material tengan tramitación procesal propia, pero la mayor parte de las ocasiones se trata de huir de los procesos ordinarios, que se consideran ineficaces, posibilitando que algunos grupos sociales obtengan una tutela judicial más rápida y con ello más acorde a sus necesidades.

Los juicios especiales son así el par alternativo de juicios ordinarios, pero siguen siendo plenarios. Su denominación completa sería juicios declarativos plenarios rápidos especiales.

3.º) Procesos sumarios especiales:

Lo contrario de juicio plenario es juicio sumario. Si plenario es juicio sin limitaciones, sumario es igual a juicio con limitaciones de las alegaciones de las partes, del objeto de la prueba, y en ocasiones incluso de los medios de prueba, y de la cognición judicial, por lo que al centrarse el juicio en un aspecto parcial del conflicto existente entre las partes, cabe la posibilidad de acudir a un juicio plenario posterior en el que se plantee con toda amplitud el conflicto. El privilegio alcanza aquí cotas aún mayores.

En la práctica existe la tendencia a hacer sinónimas las palabras sumario y urgente o rápido, pero técnicamente ello es incorrecto. De esta tendencia se hace eco el Título III de la Sección Quinta del CPC que habla, no ya de proceso sumario, sino de proceso sumarísimo. Es cierto que un juicio sumario para ser eficaz ha de tener una tramitación rápida o urgente, pero ello es una consecuencia de esencia, no la esencia misma; ésta se basa en las limitaciones dichas.

La razón de ser de los juicios sumarios se explica dando un paso más en la evolución que llevó a los juicios especiales. El legislador puede estimar que en determinadas materias ni siquiera el juicio especial es suficiente para hacer frente con eficacia a una necesidad social y, para simplificar la tramitación, limita el contenido de la contienda a un aspecto concreto del litigio existente entre las partes, acudiendo a lo que puede denominarse una tutela judicial provisional. Terminado el juicio sumario las partes pueden, si lo estiman conveniente, acudir a un proceso plenario para contender sobre la totalidad del conflicto que las enfrenta.

b) En el proceso penal

En el proceso penal la proliferación de procesos especiales no ha alcanzado las cotas de exageración que en el civil, pues los privilegiados de la sociedad han estado convencidos de que el proceso penal no les afectaba, y por ello no se han dado procesos especiales. Sí se han otorgado privilegios respecto de algunas actividades procesales concretas (prueba testifical) y, sobre todo, los titulares de poder político se han cuidado de asegurarse de que su persecución penal dependa de su propia autorización (art. 93, párrafo III, de la Constitución). En esta materia penal no pueden existir procesos sumarios.

LECTURAS RECOMENDADAS:

Para la distinción de procesos y acciones declarativas y de ejecución *vid*., por ejemplo, PRIETO-CASTRO, *Tratado* de *derecho procesal civil,* tomo 1, Pamplona, 1985; de pretensiones GUASP, *Derecho procesal civil, 1,* Madrid, 1976, y para las clases de procesos:

a) Declarativo: PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, en Riv. trim. Dir. e Proc. Civile, 1979, y *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva,* en Riv. Dir. Proc., 1991; BOTANA LOPEZ, *La acción declarativa,* Madrid, 1995.

b) Ejecución: BECEÑA, *Los procedimientos ejecutivos en el derecho procesal español,* en Revista de Derecho Privado, 1920; FERNANDEZ, *El proceso de ejecución,* Barcelona, 1982; GARCIA DE ENTERRIA y T.-R. FERNANDEZ, *Curso de Derecho administrativo,* II, Madrid, 1993.

c) Cautelar: SERRA-RAMOS, *Las medidas cautelares en el proceso civil,* Barcelona, 1974; Varios, *El sistema de medidas cautelares,* Pamplona, 1974; GARCIA DE ENTERRIA, *La batalla por las medidas cautelares,* Madrid, 1995; y CALDERON, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil,* Madrid, 1992.

De la zona intermedia y la tesis unitaria se ha ocupado especialmente ALCALA-ZAMORA, *Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso y La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal, los* dos *en* «Estudios *de* teoría general *e* historia del proceso», I, México, 1974, donde se hallará la bibliografía completa.

La metáfora del tronco y las ramas procede de CARNELUTTI, *Prove civile e prove penali,* en Rivista di diritto processuale civile, 1925, II. La última gran aportación es la de FAIREN, *Doctrina general del Derecho procesal,* Barcelona, 1990.

FAIRÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953; GONZÁLEZ GARCÍA, *La proliferación de procesos civiles*, Madrid, 1996.

CAPÍTULO 9.º

LOS PRINCIPIOS COMUNES A TODOS LOS PROCESOS

Los principios del proceso (I).— Sentido de la teoría de los principios.— La constitucionalización de algunos principios.— Principios comunes a todos los procesos.— Dualidad de posiciones.— Contradicción o audiencia: A) Derecho fundamental; B) Instrumento técnico.— Igualdad de las partes: A) Igualdad legal; B) Igualdad práctica.

SENTIDO DE LA TEORIA DE LOS PRINCIPIOS

Cuando a finales del siglo XVIII se produce la entrada del «derecho procesal» como asignatura en las universidades alemanas, el método casuístico, que consiste en la explicación de las singulares regulaciones de cada procedimiento, se reveló inadecuado desde el punto de vista docente. Hubo que buscar otro método. Esta búsqueda coincidió con el auge del iusnaturalismo racionalista, y de ahí resultó que la tarea de incluir en un sistema la variedad de las regulaciones procedimentales se hizo bajo este condicionamiento filosófico. Se llegó así al método de los principios.

Inicialmente este método, dentro del iusnaturalismo racionalista, significó que los principios se entendieron como máximas derivadas de la razón natural, de la naturaleza de las cosas, dotadas de un valor apriorístico respecto de la regulación jurídica positiva. Consecuentemente eran aquellos principios los que debían determinar el contenido de las normas positivas o, dicho al revés, la norma positiva concreta debía ajustarse al sistema de principios concebido apriorísticamente.

Naturalmente no es éste el sentido en el que nosotros estamos hablando aquí de principios del proceso. Hoy cuando se habla de tales principios se hace referencia a las ideas base de determinados conjuntos de normas, ideas que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas en ella. Su valor no es sólo teórico; las repercusiones prácticas de los principios pueden manifestarse en diversos campos: 1) Como elemento auxiliar de la interpretación; 2) Como elemento integrador de la analogía, para los supuestos de laguna legal; y 3) Como marco teórico para las discusiones de *lege ferenda.*

Por nuestra parte hemos elegido este método por dos razones: 1.ª) Porque en algún caso los principios han sido constitucionalizados, lo que les ha otorgado naturaleza normativa en un doble sentido: son de aplicación directa y sirven para determinar el contenido de las futuras leyes procesales, y 2.ª) Por el valor didáctico de su exposición y aprendizaje, pues con ellos se está dando una visión resumida pero completa del fenómeno procesal.

Con todo, a la hora de exponer los principios hay que tener en cuenta, y advertir inicialmente, el riesgo de su hipervaloración. Los principios no se realizan siempre en los procesos concretos de manera absoluta, en forma pura, pues lo normal es que las leyes no sean simplemente el mero reflejo de un principio, sino un compromiso entre el principio y la realidad social en que debe aplicarse.

LA CONSTITUCIONALIZACION DE ALGUNOS PRINCIPIOS

La consideración del proceso como instrumento de la jurisdicción no supone atribuir a aquél carácter exclusivamente técnico. Algunos principios del proceso, en cuanto ideas base de conjuntos de normas, son un reflejo de la ideología que produjo esas normas. El apoliticismo, o el carácter exclusivamente técnico, no puede predicarse del proceso penal, atendidos los valores que entran en él en juego, pero tampoco cabe negar una cierta influencia política en el proceso civil.

Tradicionalmente se vienen sosteniendo dos posturas en torno a la condición técnica o política:

1.ª) Para un sector de la doctrina las normas reguladoras del proceso civil son un derecho técnico, de modo que las reformas de las leyes procesales se explican sólo por la intención de adecuarlas al pensamiento dogmático jurídico o a las necesidades prácticas del momento. Unicamente así se explica, se dice, que los códigos procesales civiles subsistan a pesar de los cambios de régimen político.

2.ª) En el otro extremo se ha venido proclamando la dependencia del proceso de la ideología política, con lo que se pretendía ponerlo al servicio de una ideología determinada. En este sentido se manifestaron, sobre todo, los juristas comunistas y fascistas, los dos con el fin de garantizar el predominio del interés de la comunidad en contra del individuo para construir un Estado totalitario.

Naturalmente las exageraciones en uno u otro sentido son siempre deformadoras. Es evidente que los principios procesales reflejan la ideología socio-política dominante en un país determinado, pero tampoco cabe desconocer que el proceso supone siempre la investigación de un caso litigioso, la aplicación del derecho objetivo al mismo y la obtención de una solución conforme al ordenamiento jurídico, por lo que es obvio que consideraciones racionales, de técnica, han de confluir en el desarrollo de los principios, y ello hasta el extremo de que afirmamos en el Capítulo anterior las condiciones artificial y técnica del proceso.

Como ocurre en todos los órdenes de la vida pública, el pretender desterrar la política del derecho se basa en una opinión deformada de lo que aquélla sea, pero pretender reducir todo el derecho a política se basa en un concepto totalitario de ésta, desconocedor de las garantías de aquél.

La mejor prueba de la mezcla de la política y de la técnica en el proceso la tenemos en el fenómeno de la constitucionalización de algunos principios del mismo. Si la constitución es el compendio de las opciones políticas básicas de una sociedad, en los últimos tiempos se han ido elevando a ese rango algunos principios del proceso, e incluso del procedimiento, con el intento de reforzar la garantía que para el ciudadano representa el proceso.

En realidad llevar a las constituciones principios procesales penales es algo relativamente antiguo, bastando remitirnos a la Constitución de Cádiz de 1812 para demostrarlo; recuérdese que esta Constitución dedicaba su Título V (arts. 242 a 308) a la regulación «De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal», siendo especialmente minuciosa en la determinación del proceso penal. Por otra parte ya destacaba Goldschmidt en 1935 «que los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución».

Si es cierto que la constitucionalización de los principios básicos del proceso penal tiene una larga tradición, dado que en el mismo son más evidentes los elementos ideológicos y se concede especial valor a los derechos de la persona que pueden verse afectados por ese proceso, en los últimos tiempos, desde la II Guerra Mundial, el fenómeno de la constitucionalización se ha extendido también al proceso civil, y la doctrina, especialmente Couture, ha puesto de manifiesto que los códigos procesales civiles son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la constitución.

El fenómeno de la constitucionalización del proceso en los últimos tiempos no significa simplemente un aumento en la cantidad de las normas elevadas a este rango legal; cabe registrar también un cambio cualitativo que se aprecia en muy distintos órdenes:

1.º) Si en las constituciones antiguas los principios tenían un sentido programático, en las modernas, además de servir para determinar el contenido de las futuras leyes, son de aplicación directa e inmediata por los tribunales.

2.º) Algunos principios procesales, no todos, los que suponen garantías de derechos fundamentales tienen además la protección especial del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (aunque esta protección es diferente en los diversos países y respecto de varias maneras de entender el amparo).

3.º) La constitucionalización de los principios ha adquirido tal alcance que se habla ya de la existencia de un derecho constitucional procesal, lo que supone la aparición de una orientación metodológica que se propone profundizar en el estudio de la dependencia de la regulación procesal de los valores sociales y políticos recogidos por las constituciones.

Suele hoy distinguirse entre derecho procesal constitucional, parte del derecho procesal que tiene por objeto el estudio del proceso constitucional, y derecho constitucional procesal, que estudia las normas procesales recogidas en las constituciones.

Por encima de la constitucionalización hay que registrar un fenómeno de internacionalización de algunos principios procesales. Este fenómeno tiene gran interés para el Perú habida cuenta de que el art. 205 de la Constitución dispone que "agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte". Consecuentemente, se habrán de tener en cuenta algunos de los textos internacionales de los llamados derechos humanos.

Estos textos internacionales son: 1) Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (en sus arts. 10 y 11.1), 2) Convención de salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (art. 6), y 3) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (art. 14).

PRINCIPIOS COMUNES A TODOS LOS PROCESOS

A la hora de exponer los principios creemos que debe partirse de la distinción entre proceso y procedimiento, atendidos los conceptos que de uno y de otro dimos en el Capítulo 7.º. En este Capítulo y en los dos siguientes atenderemos a los principios del proceso y en el Capítulo 12.º estudiaremos los principios del procedimiento.

Con referencia ahora únicamente al proceso, el criterio base diferenciador de los principios se centra en la distinción entre comunes y específicos. Hay algunos principios que son consustanciales con la idea misma de proceso, hasta el extremo de que si alguno de ellos se desvirtúa, en una regulación concreta de derecho positivo, esa regulación no da lugar realmente a un proceso. Otros principios, por el contrario, son reglas conformadoras de los procesos en concreto, de modo que la opción por una u otra no atiende a la misma esencia del proceso sino a la manera de desarrollarlo en un determinado derecho positivo.

Si fuéramos rigurosos en la terminología no distinguiríamos entre principios comunes y principios específicos, sino entre principios (que atienden a la esencia) y reglas conformadoras (que se refieren a los accidentes). Ahora bien, después de siglos de hablar de principios del proceso, mezclando verdaderos principios y reglas conformadoras, el intento de rigor en la terminología llevaría más bien a la confusión.

Los principios comunes parten de que el proceso es un *actus trium personarum,* en el que necesariamente concurren dos partes parciales y un tercero imparcial, y atiende a la intervención de cada uno de esos sujetos en el proceso.

Respecto del titular de la potestad jurisdiccional ya dijimos en el Capítulo 5.º los requisitos que en él han de concurrir para que estemos realmente ante un tercero imparcial, por lo que ahora basta con remitirnos a lo allí dicho.

Con relación a las partes parciales sólo cabe hablar de proceso cuando las mismas están en situación de dualidad, contradicción e igualdad, integrado cada uno de estos términos con lo que después diremos sobre ellos.

No pueden confundirse principios comunes del proceso con principios del proceso que han sido constitucionalizados en un determinado ordenamiento jurídico. Normalmente los principios comunes tendrán rango constitucional, pero esta norma puede haber llegado más allá. Por ejemplo en la Constitución peruana se han recogido principios relativos a la organización del poder judicial, como el de unidad jurisdiccional, que no hace a la esencia del tercero imparcial.

DUALIDAD DE POSICIONES

Para que pueda constituirse un verdadero proceso es necesaria, por lo menos, la presencia de dos partes, que aparecerán en posiciones contrapuestas; al que formula la demanda se le llama actor o demandante (civil) y al que ejercita la acusación acusador (penal); a aquél contra el que se interpone la pretensión se le llamaba demandado (civil) y, si lo ejercitado contra él es una acusación, acusado (penal). Esta es la doctrina tradicional sobre la dualidad de partes, pero nosotros estamos hablando de dualidad de posiciones porque, si no puede existir un proceso con una sola parte, sí puede darse con más de dos.

Un proceso con una sola parte, sea civil o penal, es inimaginable, exigiéndose además que las dos estén claramente identificadas. Sucede así, por ejemplo, que si existiendo un proceso civil entre dos partes una de ellas muere y la otra le sucede a título universal o particular en el objeto del proceso, éste no puede continuar; de la misma forma, si el acusado muere, el proceso penal ha de terminar.

Lo que nosotros estamos diciendo es que cabe un proceso con más de dos partes, en el que todas ellas asuman con plenitud los derechos, cargas y deberes procesales, y esto sin que exista una tercera posición distinta de demandante o acusador y de demandado o acusado.

a) Proceso civil

El principio de dualidad está firmemente asentado en la doctrina. Lo discutido es cómo debe explicarse el fenómeno de que, en ocasiones, existan más de dos personas en un proceso. En efecto, no es raro que en un proceso civil aparezcan en la posición de demandante o de demandado más de dos personas, y este supuesto suele ser explicado por la doctrina tradicional diciendo que esas varias personas forman una parte única pero compleja, esto es, que la parte procesal la compone el conjunto de esas personas, con lo que se habla de principio de dualidad de partes.

Por el contrario, en nuestra opinión es más correcto decir que, manteniendo el principio de dualidad, éste debe referirse a las posiciones no a las partes, pues cada posición puede estar ocupada por más de una parte y todas ellas poder actuar con plena autonomía procesal en la defensa de su derecho.

Veamos un ejemplo. Se ha constituido una sociedad por diez personas y una de ellas quiere pretender en juicio la declaración de nulidad del acto constitutivo; para que esa declaración judicial sea posible el socio demandante debe dirigir su demanda contra los otros nueve socios, todos los cuales han de ser necesariamente demandados. En este supuesto la posición de demandado estará ocupada por nueve personas y cada una de ellas ha de tener completa libertad de actuación procesal, de modo que cada una habrá de contestar a la demanda y podrá hacerlo como lo estime más conveniente para la defensa de sus intereses.

En este caso no creemos que pueda sostenerse que los nueve demandados componen conjuntamente la parte procesal demandada, sino que cada uno de ellos es parte y como tal puede adoptar defensa propia. Naturalmente no decimos que en el proceso civil pueda haber una tercera o más posiciones, distintas de las de demandante y de demandado, sino sólo que las dos posiciones pueden estar ocupadas por más de una parte, con lo que estaremos ante lo que suele denominarse proceso con pluralidad de partes. Esto es lo que parece que no acaba de entenderse en los arts. 92 y siguientes del CPC.

b) Proceso penal

La pluralidad de partes es aquí todavía más peculiar. En los países donde el Ministerio fiscal tiene el monopolio de la acusación no existen problemas en la posición activa, pero en los países en que, como sucede en España, junto al Fiscal pueden acusar otras personas (el ofendido por el delito y aun cualquier ciudadano) ocurre que la posición de acusador puede estar ocupada por más de una persona. En este caso no es necesario que acusen varios, sino que es sólo posible; pero, si el supuesto se da, tendremos una posición activa ocupada por varias partes acusadoras, las cuales podrán actuar con autonomía.

Desde el punto de vista pasivo, la situación es muy diferente. Aunque es posible que existan varios acusados por el mismo delito, nunca podrá decirse que la parte acusada es única pero

compleja, porque si el juicio del tribunal respecto de la existencia del hecho y de su calificación jurídica ha de ser el mismo para todos, cada uno de los acusados ha de ser enjuiciado individualmente en lo que se refiere a su participación en el hecho e individualizado respecto de la condena o de la absolución y de la pena a imponer. En realidad en este supuesto lo que ocurre es que existe un proceso respecto de cada uno de los acusados; aunque todos los procesos se realicen conjuntamente en un procedimiento único.

En conclusión, la enunciación correcta del principio es dualidad de posiciones, no de partes. La dualidad es condición indispensable para la existencia del proceso y condiciona su estructura.

CONTRADICCION O AUDIENCIA

El principio de contradicción tiene plena virtualidad cuando se le considera como un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional, mientras que el derecho de defensa se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial, y en que conozcan y puedan rebatir sobre todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.

A) Derecho fundamental

El aspecto más importante es su consideración de derecho fundamental y de ahí su constitucionalización, aunque ello se haya hecho con lenguaje inexpresivo. Al mismo se refiere el art. 139.14: “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”.

A pesar de lo que pudiera parecer, e incluso de las palabras textuales del art. 139.14, en la primera parte que hemos transcrito la garantía contenida en el mismo no se limita al proceso penal. Es cierto que las garantías siguientes del mismo apartado (“Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”) sí tienen contenido específicamente penal, pero el derecho de defensa es general y atiende a todos los procesos.

En el examen de este primer aspecto, como derecho fundamental, hay que contemplar dos parcelas distintas:

a) Sujetos afectados

A pesar de la terminología que suele utilizarse es evidente que el derecho de audiencia o de defensa se reconoce a todas las partes, no sólo al demandado o acusado, sino también al demandante o acusador. La posibilidad de indefensión se refiere tanto a unos como a otros.

Ciertamente los problemas se han referido históricamente al demandado (civil) y más precisamente al acusado (penal), y de ahí que hasta los brocardos se refieran a «nadie puede ser condenado sin ser oído», con lo que se atiende a una visión pasiva del proceso, pero la prohibición de la indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías son generales y aplicables a todas la partes.

b) Contenido del principio

Dos son los puntos importantes que debemos examinar, aunque no son, desde luego, los únicos:

1.º) El contenido fundamental del principio que es la *necesidad de ser oído,* no juega de manera igual en todos los procesos:

1") *Proceso civil*

El principio se cumple cuando se ofrece a las partes la posibilidad real de ser oídas, sin que sea necesario que éstas hagan uso de esa posibilidad. No significa, pues, vulneración del principio que el proceso se celebre en rebeldía del demandado, pues éste tiene el derecho a ser oído, pero no se le impone obligación alguna (por eso el CPC regula el proceso en rebeldía y el art. 458 habla de notificación válida de la demanda).

La posibilidad real de ser oído supone, en primer lugar, la regulación de citaciones y emplazamientos adoptando las máximas garantías para que lleguen a conocimiento de la parte; en segundo lugar, la existencia de recursos que permitan declarar la nulidad de lo actuado ante la falta de notificación, especialmente cuando la otra parte ha impedido, usando de mala fe, que el demandado tuviera conocimiento de la existencia del proceso, y, por último, distinguiendo entre incomparecencia y rebeldía, es decir, entre el demandado que teniendo conocimiento del proceso no comparece voluntariamente y aquel otro que no tuvo conocimiento del mismo, por lo menos a los efectos del llamado recurso de audiencia.

2") *Proceso penal*

Si el ser oído debe ser considerado un derecho renunciable cuando se trata del proceso civil, no creemos que deba calificarse de tal en el proceso penal. Los intereses en juego son muy diferentes y las consecuencias —pena frente a no pena— imponen distinta regulación. La presencia del acusado es para el Estado, titular del *ius puniendi,* un deber ineludible y para aquél un derecho

no renunciable; sólo así se comprende que no pueda celebrarse el juicio en rebeldía. Pero conviene que distingamos entre procedimiento preliminar y juicio oral.

En el procedimiento preliminar no puede regir en toda su plenitud la contradicción, y por ello —y por otra causas— es perfectamente lógico que esa procedimiento o instrucción tenga que realizarse aun con la rebeldía del imputado. Otra cosa debe ocurrir en el juicio oral, en el que la contradicción plena conduce inevitablemente a la suspensión ante la ausencia del acusado. Para la sociedad el derecho de éste a ser oído es inviolable; para el acusado se trata de un derecho irrenunciable. Con toda corrección el art. 139.12 de la Constitución eleva a rango fundamental “el principio de no ser condenado en ausencia”.

2.º) Junto al anterior contenido fundamental hay que hacer referencia a que la parte ha de *conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.* Hemos aludido a dos clases de materiales:

1”) *De hecho*

No parecen existir problemas en este aspecto y todos los procesos están regulados de tal manera que las partes tienen la posibilidad real de conocer los materiales de hecho alegados por la otra parte y aquellos que pudieran ser aportados por el tribunal, en los casos en que existe investigación oficial. Si un tribunal llegara a admitir una alegación de parte que se mantuviera secreta para la otra, estaríamos claramente ante un supuesto de indefensión, y lo mismo cabe decir de los materiales aportados por el tribunal.

2”) *De derecho*

En todos los procesos es de aplicación el clásico brocardo *iura novit curia,* de acuerdo con el cual el tribunal conoce el derecho, no estando vinculado por las alegaciones jurídicas que le hagan las partes. Así el juez puede estimar correcta una de las opiniones jurídicas formuladas por las partes, pero puede también estimar que las dos no son aplicables en el caso enjuiciado y formular su propia calificación jurídica de los hechos (art. VII del Título Preliminar del CPC). Es lo que se ha llamado «tercera opinión». La validez de esta manera de actuar del juez no se discute; lo que se cuestiona es cómo se hará valer esa opinión sin vulnerar el derecho de defensa.

La vigencia del principio *iura novit curia* es algo admitido en todos los procesos, pero no en todos ellos se regula de modo adecuado la combinación del mismo con el derecho de defensa. Si las partes tienen derecho a conocer todos los materiales que pueden influir en la resolución judicial y derecho a poder debatir sobre esos materiales, no puede el juez aplicar la norma jurídica que estime adecuada sin dar antes a las partes la posibilidad de debatir sobre su “tercera opinión". Esto es algo que se olvida frecuentemente en la regulación de los códigos concretos.

B) Instrumento técnico

El segundo aspecto, menos importante pero también a resaltar, se refiere a que la contradicción es un eficaz instrumento técnico; como decía Calamandrei, es técnicamente el dispositivo psicológico más apropiado para garantizar la aplicación exacta de la ley y la imparcialidad del juez; y ello no sólo para la mejor defensa de las partes sino también para el interés público de la justicia. Tanto es así, que no ya en los procesos en que se ventilan intereses privados, sino incluso en los referidos a interés colectivo la ley ha creado un órgano público (el Ministerio fiscal) encargado de sostener la acusación; se trata de mantener un debate entre sujetos parciales ante un juez imparcial.

Cuando se trata de la actuación de normas materiales imperativas o de *ius cogens*, las que quedan fuera de la disposición de las partes, el ordenamiento jurídico podría haber permitido al juez aplicarlas de oficio, con lo que no existiría proceso. No es esta la solución elegida. Para la aplicación de esas normas por medio del proceso, el ordenamiento lo que hace es convertir al Ministerio fiscal en parte, con lo que el juez mantiene su situación de tercero imparcial. Por ello pueden existir procesos civiles no dispositivos.

IGUALDAD DE LAS PARTES

Este principio, que completa los anteriores, requiere conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de alguna de ellas. Así entendido el principio no es sino consecuencia de aquel otro más general, enunciado en todas las constituciones, de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, que hoy se recoge en la peruana en el art. 2.2.

El problema radica en que, así como la igualdad de los ciudadanos ante la ley no ha pasado de ser un enunciado meramente teórico de las constituciones, la igualdad de las partes en el proceso es sólo un principio, no un hecho; las desigualdades sociales, culturales y económicas convierten el principio de igualdad en algo que hay que buscar, no en algo que se nos dé ya conseguido.

El estudio del principio requiere, pues, distinguir dos planos: uno relativo a en qué medida las leyes procesales consignan formalmente la igualdad y otro sobre la realización práctica de la igualdad legal.

A) Igualdad legal

La existencia del principio de contradicción se frustraría si en la propia ley se estableciera la desigualdad de las partes. El contradictorio tiene únicamente sentido cuando a las partes se reconocen los mismos derechos, cargas y deberes procesales.

a) Proceso civil

Los códigos procesales civiles suelen estar basados en la ideología liberal y, consiguientemente, responde a la concepción de que todos son iguales ante la ley y de que las partes son iguales en el proceso. Esto es manifiesto en el proceso de declaración o conocimiento.

Se ha afirmado que la igualdad es necesaria en el proceso de conocimiento, cuando se trata de determinar cuál es el interés concreto protegido, pero que una vez que se ha alcanzado la decisión las posibilidades de discusión del condenado son muy limitadas, tanto que se ha sostenido que en el proceso de ejecución el ejecutado no es verdadera parte o, en último caso, que entre las partes no debe haber igualdad. En nuestra opinión estas opiniones responden a una visión deformada de lo que realmente ocurre en la ejecución.

Naturalmente si por medio de una sentencia declarativa de condena se ha decidido ya quién es titular del derecho y quién de la obligación, en el proceso de ejecución no podrá el ejecutado volver a plantear las cuestiones debatidas y resueltas en la declaración, pero ello no supone que las partes no estén en situación de igualdad en la ejecución. En este proceso, en los diferentes actos que lo componen, las partes han de poder actuar con plenitud de derechos procesales; los derechos materiales estarán ya resueltos pero en el proceso ha de existir contradicción e igualdad entre las partes.

Es en el proceso laboral donde se han iniciado las reformas para lograr la igualdad de hecho entre las partes, y así cabe registrar en su regulación toda una serie de medidas que tienden a colocar a la parte socialmente más débil en condiciones de paridad inicial frente a la más fuerte: oralidad en el procedimiento, rapidez, gratuidad del proceso declarativo, consignaciones para recurrir, ejecución provisional, facilidad para acordar medidas cautelares, etc., son manifestaciones de ese intento de igualdad real. Ahora bien, todas esas medidas no tienen porqué ser exclusivas de este proceso y nada impediría trasladarlas a los civiles ordinarios y, sobre todo, normalmente no se resuelven en la concesión de verdaderos privilegios procesales.

Es en la regulación del proceso contencioso-administrativo en el que la igualdad se ve más comprometida. Los privilegios de la Administración radican tanto en el proceso ya iniciado cuanto en el acceso al mismo. La técnica de la autotutela convierte al ciudadano siempre en el demandante, recayendo sobre él las cargas de alegar y probar, mientras que la Administración asume privilegios de muy dudosa constitucionalidad. Esos privilegios no se dan sólo en el proceso administrativo, sino en todos los procesos civiles en los que la Administración es parte, y en todos lo más grave es que

algunos privilegios no tiene razón alguna de ser y podrían ser eliminados sin perjuicio alguno para la Administración.

b) Proceso penal

Hay que distinguir entre las dos fases del proceso que atienden a criterios distintos:

1.º) En el procedimiento preliminar o instrucción: En la regulación tradicional de esta fase se ha partido normalmente del principio de que en la misma no puede otorgarse plena igualdad al, primero, sospechoso y, después, imputado, aunque en las leyes que se están dictando en los últimos años se está ampliando la posibilidad de intervención del imputado en la instrucción.

2.º) En el juicio oral: La tendencia es aquí manifiesta a la igualdad, sin atribuir al Fiscal (o al acusador particular) posición preponderante, por lo menos de modo expreso en las leyes.

Los problemas de la actualidad respecto de la igualdad de las partes se refieren a que parece querer desconocerse que el Ministerio fiscal es una parte en el proceso penal, y ello hasta el extremo de que quiere convertírsele en el instructor de la causa, sustituyendo al juez de instrucción. Con ello lo que se logra es que el Fiscal, que insistimos en que es una parte en el proceso, se le convierte en instructor y en acusador en el juicio oral, con lo que la instrucción no sirve para preparar el juicio, sino para preparar la acusación, dejando que sea el acusado el que prepare la defensa. Se trata, por tanto, de que el Estado, por medio del Fiscal y con todos sus medios personales y materiales, prepara la acusación, mientras que el acusa, con sus limitados medios, prepara la defensa.

B) Igualdad práctica

La quiebra del principio de igualdad se produce cuando atendemos a lo que sucede en la práctica. Si la igualdad de los ciudadanos ante la ley no ha pasado todavía de las constituciones a la realidad, lo mismo sucede con el principio de igualdad de las partes en el proceso, en el que muchas veces la lucha por la justicia se convierte en algo tan desigual como la vida social. Si la pretendida igualdad es difícil de alcanzar en las relaciones jurídicas materiales, entre el gran grupo financiero y sus clientes, lo mismo sucede cuando esas relaciones dan lugar a conflictos que deben resolverse jurisdiccionalmente.

a) Desde diversos sectores se ha pretendido corregir la desigualdad acudiendo a remedios que nosotros consideramos inadmisibles. Básicamente esos sistemas son tres:

1.º) La igualdad de hecho no puede lograrse en el proceso por el camino de establecer legalmente una desigualdad de signo contrario; lo que se ha denominado igualdad por compensación. La concesión de privilegios procesales a una de las partes (piénsese, por ejemplo,

en que una parte pudiera proponer prueba y la otra no, que el recurso sólo fuera posible a una de las partes, etc.) sería, primero, inconstitucional, pero, sobre todo, absurdo. Legalmente la igualdad puede pretenderse utilizando el derecho material, pero no el procesal. En la ley reguladora de los arrendamientos rústicos, utilizando otro ejemplo, puede políticamente decidirse que se debe proteger a los arrendatarios, pero la protección no puede consistir en que el arrendador no pueda acudir a los tribunales en defensa de sus derechos, de los que la ley le conceda.

2.º) Tampoco puede corregirse la desigualdad dejando al criterio del juez la conformación del proceso del procedimiento, para que lo acomode a las especialidades del caso concreto. Quienes así opinan están destruyendo otro de los pilares de la propia existencia del derecho, la seguridad jurídica. El principio de legalidad es consustancial con la idea de proceso; la certeza del derecho exige que la persona que pretende pedir justicia sepa exactamente cuáles son los actos que debe realizar para obtenerla, qué derechos y qué cargas le comporta la condición de parte procesal.

3.º) En tercer lugar ha venido pretendiéndose por algunos (aunque hoy esta opinión está ya muy desacreditada) que el juez debe abandonar su actitud de imparcialidad y convertirse en protector de la parte más débil. Si llegara a admitirse esto, entraría en quiebra la existencia de la misma jurisdicción. Una cosa es conceder al juez facultades para corregir y subsanar los defectos en que hayan incurrido las partes en la realización de los actos procesales, e incluso que instruya a las partes de los presupuestos que condicionan la validez del acto, y otra cosa muy distinta que se convierta en abogado de una de las partes frente a la otra. Como dice Baur, el juez puede aconsejar y ayudar, pero no puede ser, a la vez, juez y abogado para los débiles. Quien tal cosa exigiera, aunque fuese de buena fe, se estaría mostrando partidario de una justicia clasista, aunque de signo contrario.

Llama poderosamente la atención el art. VI del Título Preliminar del CPC: “El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado el proceso”, pues, aparte de no acabar de entenderse cómo el sexo de una de las partes, por ejemplo, puede afectar al proceso, no se dice en esa norma qué es lo que el juez puede y deber hacer en concreto para evitar la desigualdad, con lo que pudiera ocurrir que estemos ante una de esas normas que responden a mitos o buenas intenciones pero que, luego y al llegar a la práctica, lo dejan todo a la indeterminación.

b) Para nosotros la igualdad puede lograrse, en lo posible, mediante una serie de medidas complementarias que, respetando lo que es esencia del proceso, se refieran a:

1.º) Reconocido en el art. 139.3 de la Constitución el derecho de acción, es decir, el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado, deben entenderse derogados por la Constitución todos los obstáculos y limitaciones legales a ese derecho en cuanto no supongan un encauzar razonablemente el ejercicio del mismo.

2.º) La simplificación de los diversos tipos procesales, lo que ha de lograrse mediante la supresión de la mayor parte de los procesos especiales, no es simplemente una medida lógica de racionalización del sistema procesal, sino algo exigido constitucionalmente en cuanto esos procesos responden mayoritariamente a tutelas privilegiadas incompatibles con la igualdad. En el sentido opuesto la tutela privilegiada puede ser un instrumento para obtener la igualdad real, si se utiliza en sentido contrario hasta el que ahora se ha venido usando.

3.º) En el proceso civil, y en sus derivados, la igualdad de las partes no puede lograrse estableciendo desigualdades procesales de signo contrario, sino que el legislador, partiendo del conocimiento de la desigualdad real de las partes, debe favorecer todas aquellas instituciones que puedan servir para poner a la parte socialmente más débil en condiciones de paridad, y desechar aquellas otras que contribuyen a convertir la igualdad de derecho en desigualdad de hecho. Se trata así de fomentar la ejecución provisional, las medidas cautelares o la oralidad procedimental y de suprimir formalismos inútiles, evitar recursos meramente dilatorios, etc.

La reforma debe ser especialmente importante en el proceso contencioso-administrativo en el que, además de la desigualdad inicial entre las partes, el proceso está regulado para favorecer a la Administración demandada. Las medidas cautelares, la ejecución provisional y la ejecución son los aspectos más importantes a modificar, partiendo de la idea de que la Administración debe ser reducida a la condición de parte.

4.º) En el proceso penal se producen las desigualdades socialmente más peligrosas y, al mismo tiempo, las más difíciles de combatir porque los remedios sólo legales son insuficientes. Lo más preocupante es que la “fascinación” por el sistema procesal penal de los Estados Unidos está llevando en muchos países a la consagración legal de una evidente desigualdad entre el Fiscal y el acusado. Ese sistema parte del presupuesto de que el acusado debe preparar íntegramente su defensa, lo que en la realidad es sólo posible para aquellas personas que disponen de medios económicos, y se deja a los menos favorecidos por la fortuna en una situación de clara indefensión.

5.º) La duración del proceso es otro de los grandes problemas actuales, y en todos ellos. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no se está respetando y las medidas que se están adoptando tendentes a su «aceleración», basadas en suprimir trámites y abreviar plazos, suponen en muchos casos minoración de garantías fundamentales.

LECTURAS RECOMENDADAS:

Sobre el carácter técnico-político de los principios pueden verse:

a) SERRA, *Liberalización y socialización del proceso civil,* en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1972, 2-3. Al argumento de la permanencia de las leyes procesales se había

referido ya ALCALA-ZAMORA, *Liberalismo y autoritarismo en el proceso,* en «Estudios de teoría general e historia del proceso», II, México, 1974, p. 255.

b) CAPPELLETTI, *Processo e ideologie,* Bologna, 1969; CORDERO, *Ideologie nel processo penale,* Milano, 1966.

c) CHIOVENDA, *Le reforme processuali e le correnti del pensiero moderno,* en «Saggi di diritto processuale civile», I, Roma, 1930 (el trabajo es de 1906) (existe traducción castellana); BAUR, *Liberalización y socialización del proceso civil,* en Rev. de Der. Pro. Iber., 1972, 2-3.

Respecto de los tres principios esenciales del proceso, los que hacen a su misma existencia:

a) Dualidad: La tesis de la dualidad de posiciones la he expuesto antes en *Introducción, cit*., 2.ª ed., Madrid, 1979. Sobre la pluralidad de partes en los procesos civil y laboral *vid*. mis trabajos *La intervención adhesiva simple,* Barcelona, 1972, y *Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes, y* también *Las partes en el proceso de trabajo: capacidad y legitimación,* los dos últimos en «Estudios de derecho procesal», Barcelona, 1981.

b) Contradicción: CALAMANDREI, *Proceso y democracia,* Buenos Aires, 1960, p. 147, trad. de Fix. La calificación de derecho natural en GUASP, *Administración* de *justicia y derechos de la personalidad,* en «Estudios Jurídicos», Madrid, 1996. Para el proceso penal MONTERO, *La ausencia del imputado en el proceso penal,* en Rev. Der. Proc. Ibero., 1977, 2-3.

El carácter de instrumento técnico fue resaltado por CALAMANDREI, *Proceso y democracia,* V*,* cit.

c) Igualdad: Para GUASP este principio no es esencial, *vid. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* I, Madrid, 1943, p. 94, y *Administración de justicia,* cit.

Sobre la igualdad por compensación COUTURE, *Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo,* en «Estudios», I, cit., pp. 274 y ss., y FIX ZAMUDIO, *Introducción al estudio del derecho procesal social,* en Rev. Der. Proc. Iber., 1965, 3, pp. 41-3. La referencia a BAUR es la de *La socialización del proceso,* Salamanca, 1980.

CAPÍTULO 10.º

LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL

Los principios del proceso civil (II).- El principio de oportunidad y el sistema económico.- El principio dispositivo.- Las facultades materiales de dirección: A) La aportación de los hechos; B) La determinación del derecho aplicable, C) La aportación de la prueba.- La facultades procesales: A) Sobre los presupuestos procesales; B) Sobre el impulso del proceso.- Los principios relativos a la valoración de la prueba: A) Valoración legal; B) Valoración libre.- Los procesos no dispositivos.

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y EL SISTEMA ECONÓMICO

El sistema procesal civil encuentra su apoyo ideológico en la concepción liberal de la sociedad, que se manifiesta principalmente en el aspecto económico, en la distinción entre intereses públicos e intereses privados. En el proceso civil el interés que la parte solicita que sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional es privado, siendo preponderante en él la autonomía de la voluntad. El titular de ese interés es el individuo, no la sociedad y, por tanto, se trata de un derecho o interés disponible. La distinción entre derecho público y derecho privado es fundamental y también el que el proceso civil es el instrumento destinado a la satisfacción o tutela de intereses privados.

La diferente naturaleza de los intereses en juego presupone la existencia de dos tipos de procesos. Frente a un proceso necesario, en el que por tratarse de intereses públicos el principio de necesidad determinará su nacimiento y contenido, ha de existir otro proceso en el que, por tratarse de intereses privados, la voluntad de las partes es el elemento determinante tanto de su nacimiento como de su contenido y extinción. Estos dos modelos básicos se corresponden con los procesos penal y civil; en el primero predomina el interés público, siendo su realización necesaria, como veremos en el Capítulo siguiente; en el segundo lo determinante para la iniciación del mismo es la voluntad del individuo, el cual, atendiendo a razones de oportunidad, acudirá o no al proceso para la defensa de sus intereses.

En los países con régimen comunista las cosas habían sucedido de muy distinta manera. En ellos se negaba la distinción entre intereses públicos y privados y, por tanto la razón principal de ser de una regulación del proceso civil distinta de los otros tipos de proceso. Frente a una concepción liberal de la economía, en la que prácticamente todo es privado, se estableció un sistema radicalmente opuesto. En frase de Lenin: “No reconocemos nada privado; para nosotros todo el campo de la economía reviste carácter de derecho público y no de privado”. La

consecuencia fue la desaparición de la libertad, pero en lo que nos importa ahora que el proceso civil se sujetara a principios propios de la necesidad.

La conformación del proceso civil se encuentra, pues, en el régimen económico que se asuma en la Constitución. A la vista de los arts. 2.16, 58, 59 y 60 de la Constitución, principalmente, creemos indudable que hay que partir del reconocimiento de la distinción entre intereses privados y públicos. El art. 2.16 reconoce el derecho a la propiedad privada, y éste es uno de los pilares del principio de oportunidad en el proceso civil, hasta el extremo de que puede afirmarse, con razón, que si el proceso penal gira en torno al derecho a la libertad, el proceso civil lo hace sobre el de propiedad. El fundamento del derecho de propiedad reside, aparte del goce de la cosa, en que el propietario pueda decidir libremente el destino económico que a la cosa quiere dar, lo que implica autonomía de la voluntad. El que hoy a este derecho no se le atribuya carácter absoluto, el que venga limitado su contenido por ley, atendida su función social, no puede suponer desvirtuación de su esencia.

Por otra parte los arts. 58 y 59 empiezan declarando que “la iniciativa privada es libre” y que el estado garantiza “la libertad de empresa, comercio e industria”, y todo ello “en una economía social de mercado”. Esto supone que la Constitución peruana establece un régimen económico capitalista o liberal, sin perjuicio de que existan matizaciones, derivadas de la palabra “social”, y de que la libertad no pueda lesionar la moral, la salud o la seguridad pública. El reconocimiento del pluralismo económico, en el art. 60, presupone la admisión de la propiedad y de la libre empresa y, por tanto, de un sistema económico liberal y, desde luego no en tránsito hacia el socialismo.

Resulta así que la Constitución se asienta en una concepción que reconoce a los particulares la disposición de sus intereses, su autonomía de la voluntad, su libertad para decidir tanto que relaciones jurídicas materiales contraen como la mejor manera de defender los derechos subjetivos que tienen, y de ahí se deriva el principio de oportunidad, con el contenido que vimos en el Capítulo anterior. Este principio es el determinante de toda la regulación posterior del proceso civil, y el mismo debe entenderse asumido por el CPC cuando en el art. IV del Título Preliminar dice que “el proceso se promueve sólo a instancia de parte”.

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Tradicionalmente dentro del principio dispositivo se han venido confundiendo dos cosas distintas. El proceso civil en la concepción liberal individualista del siglo XIX —la que ha informado la mayor parte de los códigos procesales— era «cosa de las partes» en un doble sentido: significaba, primero, que las partes tenían la disposición del objeto del proceso y, además, que

esta disposición se extendía al proceso mismo. Dicho de otra manera, el principio dispositivo ha venido incluyendo dos principios distintos: el principio dispositivo en sentido estricto (o *Dispositionsmaxime),* esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción y, en segundo lugar, el de aportación de parte (o *Verhandlungsmaxime),* por el que las partes tienen también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba.

Advertida esa confusión, hay que deslindar claramente los dos principios. El dispositivo se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo deducido en el proceso, en la titularidad particular del mismo, en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y, en definitiva, en la libertad. Como decía Calamandrei el deducir un derecho en vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo y, por consiguiente, el condicionar la tutela jurisdiccional a la petición del interesado es un consecuencia lógica de la autonomía negocial reconocida al particular sobre su propia esfera jurídica. Partiendo de este fundamento el principio debe significar:

1.º) La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte; el particular debe ser libre para medir el interés que le mueve a luchar por su derecho o a dejarlo ignorado o insatisfecho.

2.º) La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes o, en otras, palabras, la determinación del objeto del proceso corresponde al actor mediante la pretensión y la determinación del objeto del debate al demandado por medio de la resistencia.

3.º) Los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y de la sentencia, intereses privados, deben ser congruentes con la pretensión y la resistencia formuladas.

4.º) Si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin, disponiendo del interés o intereses cuya satisfacción se solicitaba.

El principio dispositivo así configurado informa y debe seguir informando al proceso civil, sin perjuicio de que puedan irse matizando aquellos casos de irrenunciabilidad de derechos que la defensa de intereses, tanto colectivos como particulares, haga necesarios, y también aquellos otros de ejercicio abusivo o antisocial. Sin perjuicio también, lógicamente, de regular un proceso civil no dispositivo, referido principalmente al estado civil y condición de las personas.

LA LLAMADA PUBLICIZACIÓN DEL PROCESO

El principio dispositivo determina quién inicia el proceso y también que son las partes quienes fijan su objeto, pero a partir de aquí es preciso atender a cómo deben repartirse las facultades materiales y procesales en la dirección de ese proceso.

En la concepción propia del siglo XIX se partía de la idea de que la naturaleza privada de los intereses en juego en el proceso civil debía significar que las partes tenían que ser también las "dueñas del proceso". Esta idea proviene de la desconfianza del liberalismo individualista frente a toda actividad del Estado y ahora, en concreto, frente a los órganos jurisdiccionales del mismo. Estos, en esa concepción, están al servicio de los particulares para solucionar, cuando y como aquellos juzguen conveniente, los conflictos de intereses. De ahí la limitación extraordinaria de las facultades del juez en los procesos regulados en el siglo XIX; Manresa, el autor principal de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, consideraba que "la mejor ley de procedimientos es la que deja menos campo al arbitrio judicial", por cuanto este arbitrio "es incompatible con las instituciones liberales".

Frente a la idea de que el proceso es "cosa de las partes", a lo largo del siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de Menger, pueden resumirse, como han destacado Sprung y Cipriani, en estos dos postulados: 1) El proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y 2) El proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia. Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.

A partir de Klein puede seguirse toda una evolución en la que, de una u otra forma, se destaca la función social del proceso, su conversión en un fenómeno de masas, en torno al que se consagra la expresión publicización del mismo, y sobre la que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo. En ese debate se ha llegado a sostener (por Cappelletti) la conveniencia de suprimir el principio de la iniciación del proceso a instancia de parte, como se hizo en los países comunistas.

Sin llegar a ese extremo, sí es común que hoy la doctrina incida en el aumento de los poderes del juez a costa de los poderes de las partes, y manifestación de ello es por ejemplo el *Codice di procedura civile* italiano de 1940, de corte claramente autoritario, y lo son muchos de los códigos promulgados con posterioridad. En ese sentido el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica llega decir en su art. 1 que el tribunal puede iniciar el proceso de oficio, si bien sólo

cuando así se disponga expresamente, sin perjuicio de que luego, en el texto de su articulado, no se encuentra ni una sola ocasión en que así se disponga expresamente.

Naturalmente que en el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego. La publicización del proceso tuvo su origen en un momento y en un país determinado y se plasmó en una Ordenanza Procesal Civil que, al menos, debe calificarse de antiliberal y autoritaria, y opuesta a su alternativa que es la concepción liberal y garantista del proceso civil. El conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a unos jueces como el austríaco o el italiano de sus épocas fuertemente sujetos al poder ejecutivo, sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil.

No se ha destacado lo suficiente que los códigos en que se han concedido mayores facultades a los jueces se han promulgado precisamente en países y momentos en que esos jueces eran menos independientes, de lo que ha resultado que, a la postre, con la concesión de esas facultades se estaba favoreciendo la injerencia del poder ejecutivo en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Una cosa es reconocer que el proceso civil ya no es sólo el reducto de la clase media de un país, es decir, el medio previsto por el legislador para que los poseedores debatan en torno al derecho de propiedad, y otra muy distinta configurarlo como un fenómeno de masas en el que no importan tanto los derechos individuales del ciudadano sino los intereses públicos o sociales. Por ello en los últimos años estamos asistiendo a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente en un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos, en el medio jurídico para que las partes debatan en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que los separan. Y ello sin dejar de asumir la realidad social de la proliferación de los procesos y de la búsqueda de nuevas soluciones.

LAS FACULTADES MATERIALES DE DIRECCIÓN

El reparto de las facultades materiales de dirección del proceso entre el juez y las partes atiende a quién debe aportar los elementos que pueden influir en la decisión que ha de adoptar el juez al final del mismo. Esos elementos se refieren a los hechos y a las pruebas, y a ellos atiende el llamado principio de aportación.

A) La aportación de los hechos

Respecto de los hechos el principio de aportación significa que corresponde a las partes la facultad de dirección que se refiere a que los hechos han de ser afirmados por las partes, pues a ellas se atribuye la determinación del objeto del proceso y del objeto del debate.

a) El objeto del proceso

Prescindiendo ahora de los elementos subjetivos de la pretensión (de quien pide y de quien frente al que se pide, es decir, del demandante y del demandado), los elementos objetivos de esa pretensión son lo que se pide (o *petitum*) y la causa de pedir (la *causa petendi*). El principio dispositivo supone que el juez debe ser congruente con lo que se pide por las partes, pero también que no puede tener en cuenta más que los hechos aducidos como causa de pedir de esa petición.

Con toda corrección el art. VII del título Preliminar del CPC dice que el juez "no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".

La individualización de la pretensión, es decir, el distinguirla de todas las demás posibles, consta de dos elementos:

1.º) Subjetivos: Las partes del proceso, quien formula la pretensión (actor o demandante) y aquél contra el que se formula (demandado).

2.º) Objetivos: Son lo que se pide y la causa de pedir. La petición determina el objeto del proceso civil porque, tratándose de derechos subjetivos privados, el demandante tiene completa libertad para fijar lo que pide.

El demandante puede fijar, primero, la clase de tutela jurisdiccional que pide (declaración, constitución o condena) y, después, el bien concreto que pide, mientras que el demandado puede admitir la petición allanándose a ella. El juez puede pronunciarse sólo sobre lo que se pide y queda vinculado por las admisiones hechas por el demandado.

La causa de pedir son siempre hechos, acontecimientos de la vida que suceden en un momento en el tiempo y que tienen trascendencia jurídica, esto es, que son el supuesto de una norma que les atribuye consecuencias jurídicas. Esos hechos han de ser aportados en todo caso por el demandante, pues de lo contrario se estaría destruyendo uno de los pilares del principio dispositivo y con él de la autonomía de la voluntad y de la libertad de los particulares para ejercitar los derechos subjetivos que cada uno estima que le son propios.

El proceso civil se basa en que sólo el demandante puede aportar los hechos que fijan la causa de pedir del proceso civil. La parte es así la única que puede decidir si acude al proceso (por

el ejercicio del derecho de acción) y la única que decide los términos de la pretensión que ejercita; elemento determinante de esa pretensión es lo que pide y el porqué lo pide; ese porqué han de ser hechos y los mismos sólo puede aportarlos la parte. El juez no puede tener nunca la facultad de aportar hechos al proceso para determinar la causa de pedir de la petición, y tampoco podrá apartarse de esa causa de pedir a la hora de estimar o desestimar la pretensión.

b) *El objeto del debate*

Frente a la pretensión del demandante, el demandado, al formular su resistencia, puede limitarse a negar los hechos afirmados por aquél, pero también puede afirmar hechos que sirvan de fundamentación a su resistencia y petición de absolución. Los hechos afirmados por el demandado no servirán para determinar el objeto del proceso (que es siempre y sólo la pretensión), pero sí sirven para:

1.º) Ampliar los términos del debate: Si el demandado fundamenta su resistencia, esto es, si alega hechos propios, esos hechos amplían la materia sobre la que se debate en el proceso.

2.º) Completar a lo que debe referirse la decisión judicial: Si el demandado alega hechos propios, la decisión del juez no puede ya referirse sólo a la pretensión del demandante (petición y fundamentación), sino que ha de atender también a la fundamentación de la resistencia.

Todos los hechos, tanto los que sirven de causa de pedir de la petición del actor, como los que fundamentan la resistencia del demandado, tienen que ser aportados al proceso por las partes. El juez no puede delimitar, mediante aportaciones propias de hechos, ni el objeto del proceso, ni el objeto del debate.

Si el juez pudiera aportar hechos atentaría a la misma esencia de lo que es un proceso civil, pues con ello se estaría convirtiendo en parte. Suele decirse que esta imposibilidad de aportación de hechos por el juez se basa en la imparcialidad del mismo, de modo que si llegara a admitirse esa aportación se convertiría en parcial. En realidad lo que impide esa aportación no es el principio de imparcialidad del juez, sino la existencia de funciones o papeles incompatibles en el proceso. En éste cada uno de los sujetos que intervienen en él tiene un papel que cumplir y la mezcla de esos papeles llevaría a que el juez, bien adoptara el papel de parte (si investigara los hechos para aportarlos), bien asumiera el papel de testigo (si ha tenido conocimiento de los mismos extrajudicialmente). Juez y parte y juez y testigos son papeles incompatibles.

c) El tema de prueba

La distinción anterior entre objeto del proceso y objeto del debate precisa completarse atendiendo al tema de prueba (no al objeto de la prueba, que es cosa diferente), esto es, a lo que debe probarse en un proceso concreto para que el juez declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. El tema de prueba son:

1.º) Los hechos afirmados por una o por otra parte: La prueba ha de referirse a los hechos afirmados por el actor, pero también a los hechos afirmados por el demandado, cuando éste no se ha limitado a negar la fundamentación de la petición del actor, sino que ha efectuado afirmaciones propias de hechos. La prueba sólo puede referirse a esos hechos; si un hecho no ha sido afirmado al menos por una de las partes, ese hecho no existe para el proceso.

2.º) Los hechos controvertidos: Dentro de los hechos afirmados por las partes, la necesidad de prueba sólo puede referirse a los hechos que, después de las alegaciones, resulten controvertidos. Los hechos afirmados por las dos partes, o afirmados por una y admitidos por la otra, han de ser estimados como existentes por el juez, el cual no podrá desconocerlos en la sentencia (art. 190, 2 CPC).

El principio de aportación de parte supone también que éstas tienen la facultad de admitir como existentes los hechos afirmados por la contraria, quedando los mismos fijados para el juez, que ha de partir de su existencia a la hora de dictar sentencia, sin que pueda desconocerlos. Si las partes delimitan el objeto del proceso y el objeto del debate, esto es, si pueden afirmar los hechos que estimen conveniente para fundamentar su pretensión y su resistencia, no puede negarse estas otras consecuencias: 1) Los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen, y 2) Los hechos afirmados por las dos partes, o afirmados por una y admitidos por la otra, existen.

El art. 188 del CPC, al referirse a la finalidad de los medios probatorios, parte de esta concepción: los medios de prueba se refieren a los hechos expuestos por las partes y, aun dentro de los mismos, a los puntos controvertidos.

B) La determinación del derecho aplicable

Los antiguos brocardos *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius* ponen de manifiesto el deber y facultad del juez, primero, de conocer el derecho y, segundo, de aplicar en el caso concreto que juzga la norma adecuada. Esta facultad y deber no esta sujeta a discusión doctrinal y no lo está porque la normas jurídicas no sirven para delimitar el objeto del proceso.

Los anteriores brocados tienen su origen en los glosadores (no son romanos) y sirven también para poner de manifiesto la distinta posición del juez ante los hechos y ante el derecho. Un hecho no afirmado al menos por una de las partes no existe para el juez y un hechos afirmado por las dos partes existe para el juez; por el contrario, el juez no puede dar por existente una

norma aducida por las dos partes si esa norma realmente no existe, y no puede dejar de tomar en cuenta una norma existente, aunque no haya sido aducida por las partes. Las normas existen o no independientemente de que las partes las aduzcan y la conformidad entre ellas no puede crearlas.

Normalmente en el proceso civil las normas reguladoras de la demanda disponen que en la misma el actor realizará una fundamentación en derecho de lo que pide (art. 424.7 del CPC), y lo mismo se ordena para la contestación de la demanda al demandado (art. 442.1 del CPC), aunque no siempre es así. Cuando se trata de procesos relativos a asuntos de escasa entidad económica, en los que no se exige la intervención de abogado, las leyes de algunos países permiten la presentación de demandas y de contestaciones de la demanda sin fundamentación jurídica, y esto sólo es porque esa fundamentación no añade nada a la individualización del objeto del proceso y porque el juez debe aplicar la norma que legalmente corresponda.

La alegación de una norma general y abstracta (un determinado artículo del CC, por ejemplo) no puede servir para distinguir un proceso civil de otro, para individualizarlo, y de ahí que suela entenderse que los Tribunales no tienen ni necesidad ni obligación de ajustarse, en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos, a las alegaciones de derecho de las partes, y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues a ello les autoriza la regla del aforismo *iura novit curia*. Según el art. VII del Título Preliminar del CPC “el Juez debe aplicar el derecho que corresponda, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente”.

Siendo esto lo normal en los supuestos ordinarios (el actor pide que se condene al demandado a pagarle una cantidad, afirma unos hechos determinados y dice que los mismos dieron lugar a una relación jurídica de permuta, con cita de un artículo del CC, el juez puede condenar a esa cantidad diciendo en la sentencia que la relación jurídica lo fue de compraventa y cita otro artículo del CC), no falta algún supuesto en lo que la situación se presenta de modo no tan evidente. Lo que debe tenerse en cuenta en cualquier caso es que la regla no puede llegar a la negación del principio dispositivo, esto es, no puede conducir a entender que el juez puede condenar a lo no pedido por la parte, a más de lo pedido o a basarse en razones distintas de las aducidas por la parte.

Cosa distinta es que el cambio del punto de vista jurídico pueda llegar a entenderse como indefensión de las partes, que no han podido conocer ni alegar en torno al mismo. La “tercera opinión”, la del juez, ha de haberse puesto antes en conocimiento de las partes, dando a éstas la oportunidad real de alegar sobre la misma. Lo que entra en juego entonces no es el objeto del proceso, sino el derecho de defensa (Capítulo 9.º).

C) La aportación de la prueba

Suele entenderse que el principio de aportación de parte significa también que los hechos controvertidos, es decir, los afirmados por una parte y negados por la otra, han de ser probados por las partes, sobre las que recae una doble carga: 1) De ellas ha de partir la iniciativa para que el proceso se reciba a prueba, esto es, para que en el proceso llegue a realizarse prueba, y 2) Los únicos medios de prueba que se practicarán son los propuestos por las partes. El no levantar alguna de estas cargas hará que sobre la parte recaiga las consecuencias derivadas de que los afirmados por ella no lleguen a probarse.

Este pretendido segundo sentido del principio de aportación de parte no se basa en el principio de oportunidad, ni entendido de modo correcto afecta al principio dispositivo. Es cierto que tradicionalmente ha venido afirmándose que la prueba es “cosa de las partes”, porque son éstas las que mejor saben como se defiende más adecuadamente su interés, y también lo es que las partes tienen el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, pero no pueden desconocerse dos consideraciones:

1.ª) Si la prueba tiene por objeto, principalmente, convencer al juez de la realidad de una afirmación de hechos efectuada por la parte (o, como dice el art. 188 del COC, “producir certeza en el Juez”), el que aquél no pueda decidir cuándo el proceso está necesitado de prueba y qué medios son los más adecuados va contra la lógica.

La determinación de cuando existen hechos controvertidos no debería sustraerse de la apreciación del juez, pues es éste el que cuenta con más elementos de juicio para determinar si sobre un hecho existe conformidad entre las partes o si el hecho, por ejemplo, no necesita ser probado por ser notorio. Y lo mismo cabe decir de los medios concretos de prueba, pues un hecho determinado puede probarse mejor por el reconocimiento judicial (no propuesto por la parte) que por la prueba pericial (sí propuesta).

2.ª) En los casos en que el proceso civil se entabla entre partes que comparecen asistidas por abogado, podría concluirse que la asistencia letrada las coloca en la posibilidad de saber que es lo que más les conviene, adoptando sus propias decisiones, pero cuando el proceso no exige la intervención de abogado y éste efectivamente no asiste a una de ellas, el juez debería de poder suplir las omisiones y los errores de las dos partes, sin que ello llegue a afectar a su imparcialidad.

Cabe pensar incluso en distinguir entre aquellos medios de prueba que podrían significar una aportación del conocimiento privado del juez (principalmente la prueba testifical) y aquellos otros cuya finalidad es apreciar hechos ya aportados al proceso (principalmente la prueba pericial), pero en cualquier caso lo que no tiene sentido es excluir las facultades probatorias del juez. Por ello acertadamente dice el art. 194 del CPC que el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

LAS FACULTADES PROCESALES

La dirección formal del proceso atiende a quién asumirá en el mismo las facultades de controlar la regularidad o formal o técnica de los actos procesales y de impulsar el procedimiento para que éste se desarrolle pasando de una fase a otra. En otras palabras, la dirección formal no se refiere ni afecta al contenido del proceso; afecta al proceso en sí mismo considerado y básicamente ha de resolver quién, si el juez o las partes: 1) Debe controlar la admisibilidad de la pretensión y, por tanto, si es posible dictar o no una sentencia de fondo al concurrir los presupuestos necesarios para ello (no el contenido de la sentencia, sino su misma existencia), y 2) debe impulsar el proceso haciéndolo avanzar por la fases previstas legalmente.

No basta con decir en un código que la dirección del proceso está a cargo del Juez (arts. II y 50 del CPC), sino que es necesario que efectivamente se regulen en el mismo las facultades concretas del juez. Hoy parece claro que la dirección formal es propia del Juez, pero debe estarse a lo que decimos a continuación para ver si ello es efectivo.

A) Sobre los presupuestos procesales

La teoría de los presupuestos procesales tiene su origen en Oscar von Bülow que, partiendo de la consideración del proceso como relación jurídica, los concebía como “elementos constitutivos de la relación jurídica procesal”, esto es, como las prescripciones que deben fijar “la admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda relación procesal”. Un defecto en cualquiera de ellos impediría el surgir del proceso. Los presupuestos se refirieron así a todo el proceso y condicionaban la existencia del mismo.

El paso siguiente consistió en poner de manifiesto que la amplitud con que se entendían era excesiva. Los presupuestos se refieren sí a todo el proceso, pero no pueden ser condicionantes de la existencia del proceso mismo, pues si los presupuestos se examinan y se resuelve sobre su existencia en el proceso, es que ya ha existido éste. Por eso Goldschmidt y Rosenberg refirieron los presupuestos a la sentencia sobre el fondo.

Los presupuestos atienden a condiciones que, si bien referidas al proceso como conjunto y no a actos procesales determinados, lo que condicionan es que en el proceso pueda llegar a dictarse una resolución sobre el fondo del asunto. El órgano judicial puede haber tramitado todo el proceso para advertir, en el momento de dictar sentencia, que en ésta no puede decidir sobre la pretensión planteada ante la falta de alguna de esas condiciones.

Bülow, siempre concibiendo el proceso como relación de Derecho público, entendía que la validez de la relación procesal es una cuestión que no puede dejarse a la voluntad de las partes, al no ser una cuestión privada, sino que el control de la existencia de los presupuestos puede

realizarse por el juez de oficio. No se trata de que los controle sólo el juez, sino que él puede hacerlo si las partes no oponen las oportunas excepciones procesales.

Advertido, con todo, que no ocurre así en todos los Ordenamientos jurídicos se distinguió por Rosenberg entre:

1) Presupuestos: Que son aquellos que un Ordenamiento jurídico permite que sean controlados de oficio por los órganos jurisdiccionales, e

2) Impedimentos: Los que han de ser alegados por alguna de las partes (lógicamente por el demandado) para que puedan ser tenidos en cuenta por el juez.

Las condiciones determinan, en todo caso, la posibilidad de que el juez pueda dictar una sentencia sobre el fondo del asunto, pero el que en un Ordenamiento jurídico existan más presupuestos que impedimentos, o viceversa, depende de como en ese Ordenamiento se han repartido las facultades entre el juez y las partes en general o respecto de cada proceso concreto. La vieja concepción del siglo XIX llevó a que en la regulación del proceso civil el juez tuviera pocas facultades de control de los presupuestos procesales, de modo que existían más impedimentos procesales; conforme se han ido dictando leyes nuevas las facultades del juez han ido aumentando y su control de los presupuestos.

Aunque no siempre se manejan con suficiente precisión los términos, no es lo mismo presupuesto procesal que requisito procesal. Si los primeros se refiere a todo el proceso, los segundos atienden a actos procesales en concreto. Ante la falta de un presupuesto (o impedimento) el juez no puede dictar sentencia de fondo; ante la falta de un requisito se producirá la ineficacia de un acto determinado.

La confusión proviene de que en ocasiones la determinación de la concurrencia de los presupuestos tiene que realizarse en momentos iniciales, bien del proceso bien de algún recurso, esto es, sin esperar a llegue el de dictar sentencia, y entonces puede llegarse a la inadmisión de ese acto inicial, no por la falta de un requisito sino por la de un presupuesto. El ejemplo más claro es el de la demanda, que puede ser inadmitida por el juez ante la falta del presupuesto de la competencia que, evidentemente, se refiere a todo el proceso, y que no consiste en que falta un requisito de la demanda misma como acto.

Un aspecto concreto del control de los presupuestos procesales es el relativo a la inadmisión *in limine* o inicial de la demanda, pues debe tenerse en cuenta que una cosa es que el juez controle en ese momento la concurrencia de los presupuestos (determinando cuáles son insubsanables y cuáles subsanables) y otra que pueda inadmitir la demanda por razones de fondo.

Es evidente que el juez ha de poder no admitir a trámite una demanda cuando él no es competente por razón de la materia para conocer de la misma, pero también lo es que en el inicio del proceso el juez no puede atender a las posibilidades de éxito de la pretensión interpuesta en ella. La regla general ha de ser que el juez ha de admitir todas las demandas, pues en ello está en juego el derecho de acción, constituyendo la inadmisión la forma más clara de indefensión. La decisión del juez sobre la admisión de la demanda puede atender a la concurrencia de los presupuestos y al cumplimiento de los requisitos procesales, pero no a la cuestión de fondo, a si la pretensión tiene o no posibilidades de éxito (salvados supuestos excepcionales).

La distinción que se efectúa en los arts. 426 y 427 del CPC entre inadmisibilidad de la demanda e improcedencia de la misma no esta muy clara, pues, por ejemplo, la falta de competencia debería ser causa de inadmisión (no subsanable), pero, sobre todo y respecto de la improcedencia, la posibilidad de la misma por falta de legitimación o de interés, supone un pronunciamiento precipitado y sin oír al demandado que no siempre será fácil de justificar, aparte de los riesgos evidentes que supone.

B) Sobre el impulso procesal

La alternativa entre el impulso de parte y el impulso oficial no se refiere a quién inicia el proceso y ni siquiera a en manos de quién queda la iniciativa para continuarlo por medio de los recursos o de la ejecución, pues a todo ello atienden los principios ya examinados.

La iniciación del proceso depende siempre el principio dispositivo, por lo que corresponde a las partes. También son éstas las que pueden o no interponer recursos contra las resoluciones dictadas, sin que existan recursos de oficio. De la misma manera la ejecución de la sentencia se iniciará siempre previa petición de parte.

Cuando se habla del impulso se está haciendo referencia a quién, las partes o el juez, hace avanzar el proceso dentro de una instancia o dentro de la ejecución; el impulso, pues, presupone que las instancias o la ejecución ya se han iniciado, a petición de parte, y atiende a los pasos que han de darse dentro de cada una de ellas. En el impulso de parte el proceso avanza a instancia de parte, pues son éstas las que deben solicitar del juez que declare terminada una fase procesal y que abra la siguiente, mientras que cuando rige el impulso de oficio el juez dicta las resoluciones precisas para hacer avanzar el proceso sin esperar a que exista petición de parte.

En la actualidad el impulso oficial rige en todos los procesos por cuanto se ha entendido que ha de quedar dentro de las facultades del órgano jurisdiccional, presupuesta la incoación bien en virtud del principio dispositivo bien del de oficialidad, el hacer que el proceso se desarrolle por sus

fases normales. Adviértase, con todo, que el impulso no se refiere a la continuación del proceso por medio de los recursos y de la ejecución, que siempre exigen petición de parte.

El impulso de oficio se establece en el art. II del Título Preliminar del CPC, pero en él se admite la posibilidad de que en algunos casos rija el impulso de parte. Este es el caso del art. 480 que, para las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por causal, dice expresamente que el proceso sólo se impulsará a pedido de parte.

LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A LA VALORACION DE LA PRUEBA

Estos principios hacen referencia a la eficacia de los medios de prueba para fijar la certeza de las alegaciones de hecho realizadas en el proceso. Para determinar esa eficacia dos son los sistemas posibles, tanto conceptual como históricamente; el primero de ellos es el germánico, místico, informado, inicialmente, por el dogma primitivo de la superstición religiosa intolerante y ciega y, después, por la experiencia; el segundo es el romano clásico, inspirado en criterios lógicos de razón práctica (Furno).

A) Valoración legal

El primero de esos sistemas, el de la *prueba legal,* que asume el principio de valoración legal, establece que la valoración viene establecida por la ley de manera abstracta. Este sistema, propio de los pueblos germánicos, no se ha basado siempre en los mismos fundamentos, sino que cabe distinguir una clara evolución en su justificación:

1.º) Inicialmente se basó en la creencia de la intervención divina en todos los acontecimientos humanos. El juez debía simplemente constatar a cuál de las partes favorecía la divinidad, después de invocarla y de realizar los actos regulados en la ley para conocer la manifestación de Dios en el caso que estaba siendo juzgado. Esta era la justificación de las ordalías.

2.º) En la época del proceso común (siglo XIII en adelante) el fundamento cambia y la prueba legal encuentra su razón de ser, por un lado, en la limitación de las facultades del juez, característica del sistema político, pero también, y sobre todo, en una concepción filosófica que prefería las abstracciones apriorísticas al examen del caso concreto. Para descubrir la verdad se prefería el criterio general y apriorístico sobre el razonamiento individual de cada juez.

3.º) Se estaba ya en lo que Stein denominó condensación en forma legal de máximas de experiencia. El legislador parte de que su valoración es un criterio de uniformidad o de normalidad, derivado del *id quod plerumque accidit.*

4.º) Hoy los defensores de la prueba legal pretenden justificar su subsistencia en la seguridad jurídica, en la consideración de que ofrece mayor seguridad y garantías para los justiciables. Estos —se dice— realizan escrituras públicas, entre otras cosas, porque saben que llegada la hora de un proceso el documento público tiene un valor fijado por la ley que el juez no puede desconocer.

A las razones anteriores habría que añadir que en la actualidad lo más correcto sería distinguir dos fundamentos de la prueba legal: en unos casos su razón de ser sería la disposición del objeto del proceso por las partes (declaración de parte y documentos privados reconocidos) y, en otros, sus razones se encontrarían en la condensación de máximas de experiencia y, sobre todo, en la seguridad jurídica (documentos públicos).

B) Valoración libre

Las reglas de valoración desaparecieron primero en el proceso penal, principalmente por obra de la Revolución Francesa, que estableció la valoración libre ya en 1791 para consagrarla definitivamente en el art. 342 del *Code d'instruction criminelle* de 1808. En este sistema de *prueba libre,* correspondiente al principio de libre apreciación, no existiendo reglas legales, la valoración corresponde íntegramente al juzgador, al cual deja la ley en libertad para formar su convencimiento y sólo con base en él se determinarán los hechos probados. Este sistema tiende hoy a hacerse general en las legislaciones de todo el mundo, haciéndose hincapié en su mayor racionalidad.

Importa destacar que prueba libre, o libre valoración, no significa apreciación arbitraria o discrecional, sino en todo caso razonada. De ahí el acierto del derecho español que no emplea estas expresiones sino la de «sana crítica» o «criterio racional» y la del peruano que se refiere a "apreciación razonada". Con estas expresiones no se refleja un tercer sistema de valoración de la prueba, sino que se destaca que la racionalidad debe estar en la base de la valoración del juez.

El art. 197 del CPC establece la regla de la apreciación o valoración libre de la prueba, pero luego se descubren en su regulación algunas claras manifestaciones de la prueba legal. Por ejemplo, excluir a determinadas personas de ser testigos (art. 229) o establecer cuando un documento privado adquiere fecha cierta (art. 245) son manifestaciones evidentes de la prueba legal. Si el Juez pudiera valorar la prueba según "su apreciación razonada" estas normas carecerían de sentido, pues en la razón del Juez estaría el dar más menos valor a la declaración como testigo del pariente de la parte o el entender cuándo un documento acredita también la fecha. En el fondo de todo se está reconociendo que determinadas normas legales de valoración son inevitables.

LOS PROCESOS CIVILES NO DISPOSITIVOS

Los principios que hemos enunciado hasta aquí se refiere al proceso civil que podemos considerar normal, el llamado dispositivo, que atiende a la actuación jurisdiccional de las normas de derecho privado, disponibles para las partes; existe, con todo, otro proceso civil, el llamado no dispositivo, que encuentra su origen en la existencia de normas civiles de *ius cogens*, de normas imperativas, no disponibles por los particulares.

Desde este punto de vista hay que atender a la existencia de normas imperativas en el derecho civil. De normas que configuran situaciones jurídicas, en las que lo determinante no es la autonomía de la voluntad de los particulares, sino la aplicación en sus exactos términos de esas normas. Nos estamos refiriendo a aquellas parcelas del derecho civil en las que el legislador estima que entran en juego intereses públicos que han de predominar sobre los intereses privados; es decir, hablamos del estado y condición civil de las personas y de la capacidad de las mismas, parcelas en las que se ha producido una suerte de publicización.

Cuando se trata de las normas imperativas civiles reguladoras de las parcelas del ordenamiento material indicadas, no puede decirse que la aplicación de las mismas se realice normalmente por los particulares, ni que éstos tengan la disposición de las consecuencias jurídicas previstas en ellas. Estas simples constataciones tienen que llevar a la conclusión de que en proceso civil en el que se trate de la actuación de esas normas de *ius cogens,* no puede responder plenamente al principio de oportunidad y a sus consecuencias.

El problema básico de los procesos no dispositivos es que no existe un único proceso de esta naturaleza. Dado que la publicización incide con diversa intensidad en las varias parcelas del derecho civil, no puede decirse como consecuencia que todos los procesos que versan sobre esas varias materias quedan sujetos a unos mismos principios. Pueden indicarse, con todo, algunas características comunes a los procesos no dispositivos.

a) Determinación concreta de la legitimación

La legitimación ordinaria en el proceso civil radica simplemente en la afirmación por el actor de su titularidad de un derecho subjetivo y en la imputación al demandado de la titularidad de la obligación. En las relaciones materiales dispositivas la ley no puede descender a precisar quienes están legitimados activa o pasivamente, sino que esa legitimación se tiene cuando existan las afirmaciones de titularidad del demandante y frente a un demandado concreto. Todo lo demás de lo que pueda debatirse será el tema de fondo del proceso.

Por el contrario, cuando se trata de las materias reguladas de modo imperativo, lo normal es que sea la ley la que determine de modo concreto quienes quedan legitimados para pedir la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que tenga siempre que afirmarse la

titularidad de derecho subjetivo alguno, que muy buen puede no existir. El divorcio lo puede pedir sólo uno de los cónyuges y la interdicción las personas fijadas en el Código Civil.

Todas estas normas, aún contenidas en el CC, no son materiales, sino procesales; no otorgan derecho material alguno, no sirven para configurar la relación jurídica material, sino que afectan sólo a la precisión de a quienes se atribuye la facultad procesal de pedir la actuación del derecho objetivo en el caso concreto. Así la interdicción, con sus causas y efectos, quedaría inalterada si una nueva regulación del Código Civil ampliara o restringiera las personas que pueden pedirla.

a) El Ministerio fiscal como parte

Manteniéndose en los procesos no dispositivos formalmente la vigencia de los principios dispositivo y de aportación de parte, las cosas cambian radicalmente cuando al Ministerio fiscal se le convierte en parte en ellos. En lo que ahora nos importa es indiferente que el Fiscal tenga sólo legitimación pasiva o que la tenga también activa, pues de lo que trata es de que el Fiscal tiene todos los poderes inherentes a la condición de parte, es decir, podrá aportar hechos al proceso y proponer medios concretos de prueba.

La conversión del Ministerio Fiscal en parte permite seguir diciendo que el proceso se configura según los principios dispositivo y de aportación de parte, aunque sea sólo de modo formal, pues al juez no se le aumentan las facultades. El juez sigue siendo el tercero imparcial que actúa el derecho objetivo en el caso concreto dentro del ámbito delimitado por las partes, pero al ser el Fiscal parte si procedimentalmente las cosas pueden seguir pareciendo iguales, procesalmente han sufrido una completa transformación pues los poderes dispositivos de los particulares han quedado muy mermados. Esa merma puede ser extrema si el Fiscal tiene legitimación activa (arts. 481, 574 y 583.

c) Exclusión de la terminación anormal

Suele decirse que una vez iniciado el proceso no dispositivo, el mismo ha de finalizar por sentencia contradictoria, quedando excluidas las posibilidades de terminación anormal, lo que supone que no son posibles los actos de disposición del objeto del proceso, tanto bilaterales (transacción) como unilaterales (desistimiento de la pretensión y allanamiento), ni los de disposición del proceso mismo (desistimiento del proceso). Conviene, con todo, distinguir entre una y otra disposición, pues dado que la influencia de la publicización de las normas materiales no es siempre la misma existen grados, no pudiendo establecerse una regla general.

Lo que estamos diciendo es que si en algunos casos, por ejemplo el juicio por interdicción, no puede existir acto de disposición alguno del objeto del proceso, en otros esa disposición es en parte posible, por ejemplo en el proceso de separación matrimonial.

d) No admisión de hechos

Si en el proceso civil dispositivo la admisión de hechos por la parte contraria a la que los ha afirmado, implica que el juez en la sentencia tiene que partir de la existencia de los mismos, debiendo referirse la prueba sólo a los hechos controvertidos, es decir, a los hechos afirmados por una parte y negados por la otra, este esquema lógico no puede aplicarse en los procesos no dispositivos. En la mayoría de los casos no habrá lugar ni a cuestionarse el valor de la admisión de los hechos por las partes, dado que el Ministerio fiscal, teniendo la condición de parte, no habrá admitido los hechos afirmados por las otras, con lo que los habrá convertido en controvertidos, pero la cuestión sí podrá suscitarse en los procesos no dispositivos de intensidad menor, cuando el Fiscal no es parte.

La regla general de la que debe partirse es la de que la consecuencia jurídica prevista en la norma sólo podrá declararse por el juez si se ha probado la concurrencia del supuesto fáctico correspondiente (art. 190, 2 del CPC). Estos supuestos fácticos no pueden quedar establecidos por la afirmación de una parte y la admisión de la contraria, pues si así pudiera suceder carecería de sentido el establecer causas, o por lo menos requisitos. Naturalmente cuanto más simples sean esas causas o requisitos más fácilmente podrá fijarse su existencia, que es lo que ocurre en la separación y el divorcio, sobre todo en el caso de acuerdo entre los cónyuges.

LECTURAS RECOMENDADAS

Sobre el régimen económico de la Constitución *vid.* DIEZ PICAZO, *Propiedad y Constitución,* en «Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales». Madrid, 1977; GARCIA COTARELO, *El régimen económico de la Constitución española,* en «Lecturas sobre la Constitución española», I, 2ª, Madrid, 1978, y el núm. 3 monográfico de la revista Derecho Privado y Constitución, de 1994.

El principio dispositivo ha sido muy estudiado. Recomendamos CARNACINI, *Tutela jurisdiccional y técnica del proceso,* en Revista de la Facultad de Derecho de México, 1953, núm. 12, trad. de Romo; CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código,* I, Buenos Aires, 1962, trad. de Sentís; LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo,* en Riv. Dir. Processuale, 1961.

Partiendo de la distinción entre facultades materiales y procesales de dirección, respecto de las primeras *vid*. CORDON, *En torno a los poderes de dirección del juez civil,* en Rev. de Der.

Privado, 1969; GUASP, Juez y *hechos en* el *proceso civil,* Barcelona, 1943; MONTERO, *Poderes del juez y poderes de las partes,* en Un «Codice tipo» di procedura civile por L'America Latina, Padova, 1990.

Respecto de las facultades procesales: a) Presupuestos: BÜLOW, *La teoría* de *las excepciones procesales y los presupuestos procesales,* Buenos Aires, 1964, trad. de Rosas (el original alemán es de Giesse, 1868); la distinción, presupuestos e impedimentos procesales es de ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil,* II, Buenos Aires, 1951, pp. 44 y ss.; b) Impulso: SERRA, *Impulso procesal,* en «Estudios de derecho procesal», Barcelona, 1969.

Sobre la valoración de la prueba: FURNO, *Teoría de la prueba legal,* Madrid, 1954, trad. de González Collado; GIMENEZ CONDE, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación,* Salamanca, 1978, MONTERO, *La prueba en el proceso civil,* Madrid, 1998; PICÓ Y JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil,* Barcelona, 1996.

CAPÍTULO 11.º

Los principios del proceso penal

Los principios del proceso penal (III).- La garantía jurisdiccional en la aplicación del derecho penal.- La acomodación del proceso a la actuación del derecho penal: A) El principio de necesidad; B) Las diferencias exteriores; C) Juicio oral y público.- Los principios atinentes al titular de la jurisdicción: A) Quien instruye no puede juzgar; B) La distinción entre juzgador y parte.- Los principios relativos a la acción: A) Los titulares de la acción; B) El contenido de la acción penal; C) La inexistencia de pretensión penal; D) Algunas especificaciones sobre el objeto del proceso.- Los principios sobre la prueba: A) La presunción de inocencia; B) La no obligación de declarar; C) La prueba de oficio; D) La valoración libre.

LA GARANTÍA JURISDICCIONAL EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL

La aplicación del derecho privado no la realizan sólo los tribunales, pero el derecho penal sí se aplica exclusivamente por ellos, de modo que signo de civilización es la existencia de estos tres monopolios:

1.º) El Estado ha asumido en exclusiva el *ius puniendi*; los particulares han quedado excluidos de la aplicación del derecho penal y hasta el extremo de que no pueden disponer del mismo, ni positiva (acordando de modo privado la imposición de penas) ni negativamente (decidiendo su no imposición cuando se ha cometido un delito).

2.º) Dentro del Estado el derecho penal lo aplican sólo los órganos jurisdiccionales, titulares únicos del *ius puniendi*; los órganos legislativos y los administrativos no pueden ni declarar la existencia de un delito ni imponer penas.

3.º) Los órganos jurisdiccionales para aplicar el derecho penal han de utilizar necesariamente el medio que es el proceso, no pudiendo imponer penas de cualquier otra forma.

El resultado de estos tres monopolios es la llamada garantía jurisdiccional, que forma parte del principio de legalidad en materia penal. Este principio, formulado inicialmente por Feuerbach, se articula hoy en cuatro garantías: 1) Criminal o *nullum crimen sine legge*, 2) Penal o *nulla poena sine legge,* 3) Jurisdiccional o *nemo damnetur sine legale iudicium*, y 4) De ejecución o las penas se ejecutan en el modo previsto en la ley. Pues bien, lo que estamos diciendo es que la garantía jurisdiccional tiene en realidad un doble componente, pues por un lado atiende a que la pena se

impone sólo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso.

La garantía jurisdiccional penal nos sirve, pues, para determinar que el derecho penal lo aplican sólo los tribunales y que lo hacen por medio del proceso, pero no nos dice nada más y, especialmente, no nos resuelve cómo ha de conformarse ese proceso, salvo que ha de tratarse de una actividad que pueda calificarse realmente de proceso.

La constatación de la existencia de los monopolios nos lleva a una conclusión inicial que tiene gran trascendencia en cuanto que condiciona todo lo que hemos de decir a continuación. Esa conclusión puede enunciarse diciendo: 1) No existe relación jurídica material penal entre los que han intervenido en la comisión del delito, bien como autor, bien como víctima, y 2) El ofendido por el delito no es titular de un derecho subjetivo a que al autor del mismo se le imponga una pena. El *ius puniendi* ha sido asumido en exclusiva por el Estado, y los particulares no tienen derechos subjetivos de contenido penal.

Puede decirse que el Estado produjo una cierta "expropiación" de los derechos subjetivos penales, de modo que éstos no existen en manos de los particulares. El único que tiene derecho a imponer penas es el Estado y para él no se trata de un verdadero derecho, sino de un deber que ha de cumplirse conforme al principio de legalidad y sin intervención de discrecionalidad alguna.

El segundo monopolio añade a lo anterior la aparición de una alternativa entre la que hay que decidirse políticamente por una de sus opciones, en cuanto que puede o no reconocerse al ofendido por el delito el derecho procesal a promover el ejercicio por los tribunales del *ius puniendi* de éstos; no se trata de reconocer al particular ofendido por el delito un derecho subjetivo material penal, sino un derecho o facultad procesal para, primero, pedir a un tribunal que inicie la averiguación del delito y la persecución de su autor y, después, para convertirse en parte acusadora.

Por último, el tercer monopolio significa que el derecho penal ha de aplicarse por medio del proceso, y con ello se trata de que el instrumento por medio del que los órganos jurisdiccionales aplicarán el derecho penal tiene que estar constituido del forma que responda a los que son principios esenciales del proceso, pero no puede suponer que ese proceso tenga que ser exactamente igual al proceso en el que se actúa el derecho privado. La naturaleza del derecho material a aplicar condiciona la manera de configurar el proceso.

Esto es, todo proceso, se aplique por él el derecho objetivo material que fuere, ha de responder a unos principios esenciales que hacen que "algo" sea proceso y no otra cosa, pero eso no puede suponer que todos los procesos hayan de ser iguales también en los principios que podemos considerar condicionados por el tipo de derecho objetivo material que han de actuar.

LA ACOMODACIÓN DEL PROCESO A LOS IMPERATIVOS DE LA ACTUACIÓN DEL DERECHO PENAL

Explicamos antes (en el Capítulo 9.º) los principios esenciales a todo proceso, pero en este momento conviene insistir en que los condicionantes del derecho objetivo material a aplicar influyen en la conformación de los procesos, y para ello puede ser útil recordar los dos principios base que sirven para conformar dos tipos de proceso, y especialmente el principio de necesidad.

A) El principio de necesidad

El delito supone algo distinto del conflicto civil y, consecuentemente, el proceso penal no puede estar regido por los mismos principios que informan el proceso civil. El elemento clave consiste en percatarse de que la actuación del derecho penal tienen que estar determinada por el que podemos llamar principio de necesidad, conforme el cual:

1.º) La existencia de un hecho aparentemente delictivo ha de suponer la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, pues es la legalidad la que debe determinar cuándo ha de iniciarse el proceso penal, el cual no puede depender de criterios de oportunidad. El proceso penal no puede dejarse en su inicio a la decisión discrecional de nadie, sino que aquél a quien se le atribuya por la ley la competencia para pedir de incoación del proceso ha de quedar sujeto a la legalidad estricta.

2.º) Una vez iniciado el proceso penal, éste ha de tender a llegar a su fin normal en la sentencia, no pudiendo terminar por actos discrecionales de nadie. El proceso penal no puede ser revocado, suspendido, modificado o suprimido sino en los casos en que así lo permita una expresa disposición de la ley, sin que ello pueda dejarse a la decisión discrecional de persona alguna.

Consecuencia de la necesidad del proceso es también, por ejemplo, que las admisiones de hechos realizadas por las partes no pueden servir para determinar la existencia de los hechos mismos de modo que quede vinculado el juzgador a tenerlos por existentes, pues con ello se estaría realmente disponiendo de la pena; así mismo tampoco deben ser admisibles las reglas legales de valoración de la prueba, en cuanto podrían ser utilizadas por las partes para conformar la sentencia a través del medio de dejar preconstituidas fuentes de prueba.

La conformación de la actuación del derecho penal como un verdadero proceso, no puede significar que éste quede sometido a los mismos principios que informan el proceso civil. La actuación del derecho penal ha de hacerse, sí, por medio de un proceso, pero nadie puede con

sentido sostener que sus principios han de ser los mismos que determinan la actuación del derecho privado por los tribunales.

B) Las diferencias exteriores

Una vez aclarado que el proceso penal tiene que ser distinto del proceso civil y antes de examinar sus principios específicos, conviene atender a lo que ya desde un primer instante se nos aparece en él como diferente. Desde la mera apariencia exterior pueden constatarse algunos elementos que aparecen como propios del proceso penal y que cualquier persona puede apreciar aun careciendo de los más elementales conocimientos jurídicos.

a) Creación artificial del Ministerio fiscal

Si hubiera de mantenerse el esquema normal del proceso civil, también en el penal aparecería como parte acusada aquella persona a la que se imputa la comisión de un delito y como parte acusadora el ofendido por el mismo. Este no tendría derecho subjetivo a la imposición de una pena, pero sí quedaría legitimado para instar el ejercicio por el tribunal del *ius puniendi*. Con todo, este esquema de acusador = ofendido por el delito y de acusado = a quien se imputa la comisión del delito, se quebró, y para siempre, cuando se reconoció que la persecución de los delitos no puede abandonarse en manos de los particulares, sino que es una función que debe asumir el Estado y ejercerla conforme al principio de legalidad. Se produjo así la creación del Ministerio Público o Fiscal.

El Ministerio fiscal es, por consiguiente, una creación artificial que sirve para hacer posible el proceso, manteniendo el esquema básico de éste, y de ahí que se le convierta en parte acusadora que debe actuar conforme al principio de legalidad. Con ello estamos indicando dos de los caracteres esenciales de la figura: Es una parte, si bien pública, que responde a la idea de que el delito afecta a toda la sociedad, estando ésta interesada en su persecución, y su actuación ha de basarse en la legalidad.

En lo sí hay que insistir es en que la atribución de la condición de parte acusadora al Ministerio Público y sujeta a la legalidad, no convierte a éste en titular del *ius puniendi*. El derecho de castigar sigue siendo monopolio de los tribunales, pero para que éstos puedan ejercitarlo por medio de un verdadero proceso es necesario que alguien formule la acusación y con ese fin se crea al Ministerio Público.

b) Actividad preparatoria pública

Sobre todo en el siglo XIX se decidió que el sistema de aplicación por los tribunales del derecho penal fuera el proceso, y éste se partió en dos fases bien delimitadas: Una preparatoria o

de instrucción y otra enjuiciadora o juicio en sentido estricto, que como luego veremos debe ser oral. La primera fase recibió nombres distintos en los varios códigos, pero por mi parte la llamaré procedimiento preliminar y no entraré por ahora en su naturaleza jurídica. La segunda fase también se llamó de modos distintos en los varios códigos, pero ahora la llamaré juicio.

El proceso civil comienza cuando ante un tribunal se presenta una demanda en la que una parte, el actor, formula una pretensión contra otra, el demandado. Naturalmente, la presentación de la demanda ha de estar precedida de una actividad preparatoria, realizada por el abogado del futuro actor, pero esa actividad es privada y las leyes no la regulan; de la misma manera, el abogado del demandado debe realizar la actividad privada que le permita contestar a la demanda y tampoco esa actividad tiene regulación legal. Por el contrario, las leyes procesales penales de todos los países sí regulan la actividad preparatoria del proceso penal y le atribuyen naturaleza pública, con lo que están introduciendo un elemento desconocido en el proceso civil.

La primera fase o procedimiento preliminar se justifica atendiendo, sobre todo, a dos finalidades:

1.ª) La preparación del posterior juicio exige una actividad previa de averiguación y dejar constancia de la perpetración del delito con todas sus circunstancias, incluido quien en su autor, asegurando su persona y las responsabilidades pecuniarias, actividades todas ellas en las que predomina el interés público, por lo que han de realizarse por un órgano público sometido al principio de legalidad. Esas actividades no pueden dejarse ni en manos de los particulares ni en manos de un órgano público que actúe discrecionalmente, a pesar de que por medio de ellas no se trata de juzgar, sino de preparar el juicio.

2.ª) El verdadero enjuiciamiento sólo debe ser sufrido por el imputado cuando existan elementos suficientes para ello, elementos que deben ser necesariamente determinados antes de la apertura de la segunda fase. El juicio sólo debe ser realizado cuando razonablemente se haya llegado a la constatación, no de va a obtenerse una sentencia condenatoria, pero sí de que existen indicios suficientes de que el hecho existió, de que es delictivo y de que de él es autor el imputado. Lo más destacado, con todo, es que la decisión relativa a la apertura de esta segunda fase no va a quedar en manos de los acusadores, sino que se confiará a un órgano judicial. Como luego veremos el juicio oral no podrá existir si no existe acusación formulada por un acusador, pero la existencia de acusación no será suficiente para la apertura de la fase.

C) Juicio oral y público

Si nos mantenemos en la teoría pura tenemos que reconocer que la segunda fase del proceso puede ser tanto oral como escrita, y no cabría desconocer que han existido procesos

penales, que han cumplido todos los presupuestos y requisitos para que sobre ellos pudiera decirse que eran y son verdaderos procesos, en los que ha predominado la escritura. Con todo, hoy, partiendo de los textos fundamentales internacionales de reconocimiento de derechos humanos la segunda fase tiene que resolverse en un proceso oral. El procedimiento preliminar no puede dejar de ser escrito, por razones obvias, pero la fase segunda del proceso se sobreentiende oral y pública.

En este sentido puede leerse en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, que "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial... para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal" (art. 10), y también que "toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público, en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa" (art. 11.1).

De la misma manera se dice en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, que "toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley... La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios..." (art. 14.1) y que toda persona tiene derecho "a hallarse presente en el proceso" (art. 14.2, d).

No es del caso referirse ahora a la que podemos llamar protección de los derechos humanos en ámbitos regionales, principalmente el europeo y el americano, pues lo que nos importa es resaltar que en los tratados de ámbito universal se está partiendo, más o menos expresamente, de que:

1.º) El proceso penal tiene que realizarse públicamente, con asistencia del público en general y en especial de los medios de comunicación social, y la publicidad sólo es posible con plenitud si el proceso se realiza en acto concentrado y oral. A pesar de lo que las normas concretas de un determinado país puedan disponer acerca de la publicidad de los juicios, si el procedimiento es escrito difícilmente puede lograrse la verdadera publicidad; el proceso no será secreto, pero tampoco será público(Capítulo 12.º).

2.º) El "ser oída públicamente" o el "hallarse presente en el proceso", sólo tiene sentido si se parte de un proceso oral, es decir, de la existencia de una audiencia concentrada en el tiempo y en la que se practican los medios de prueba, con base en los cuales se formará la convicción de los que tienen que dictar la sentencia, con independencia de los actos de investigación que se hubieren realizado en la fase de procedimiento preliminar.

En cualquier caso, en todo lo que sigue vamos a presuponer que la segunda fase del proceso penal se sujeta al principio de oralidad y a los principios consecuencia del mismo, es decir, a la concentración y a la inmediación, pues aún en el caso de que se estimara que los tratados internacionales de derechos humanos permiten que el procedimiento sea escrito, por nuestra parte nos inclinamos decididamente por la oralidad. Al mismo tiempo hay que advertir también que los principios que iremos resaltando a continuación se refieren a esa segunda fase, por cuanto ella es realmente el verdadero proceso, siendo discutible la naturaleza jurídica de la primera.

LOS PRINCIPIOS ATINENTES AL TITULAR DE LA JURISDICCIÓN

No es del caso advertir que los principios políticos de la potestad jurisdiccional, más todo lo relativo al estatuto de los jueces, no puede desgajarse del conjunto para referirlo de modo aislado a los tribunales penales y a la actuación del derecho penal. Así el principio del juez natural o predeterminado por la ley, tanto en lo relativo a la conformación de los órganos a los que se dota de potestad jurisdiccional, como respecto de su consideración de derecho fundamental de los ciudadanos, no puede referirse sólo a la actuación de un tipo de derecho material en el caso concreto, aunque sea cierto que cuando ese derecho es el penal el principio adquiere una relevancia especial dados los intereses que entran en juego.

De la misma manera no parece necesario insistir aquí ni en la inamovilidad, ni en la independencia ni en la responsabilidad de los jueces, pues si lo hiciéramos así tendríamos que realizar un esfuerzo que no parece proporcionado al fin que se persigue, además de no ser necesario para explicar cómo ha de configurarse el proceso penal. Por el contrario, sí es necesario resaltar la imparcialidad por cuanto a ella se hace referencia reiterada por la doctrina a la hora de destacar caracteres que se dicen propios y exclusivos del proceso penal.

A) Quien instruye no puede juzgar

Viene presentándose como específico de la jurisdicción, cuando se trata de la aplicación del derecho penal, un aspecto de la imparcialidad del juzgador que suele enunciarse diciendo que quien instruye el procedimiento preliminar no puede luego formar parte del órgano jurisdiccional que ha de realizar la segunda fase del proceso o juicio oral. Antes de ver lo que esto significa realmente conviene recordar lo que dijimos en el Capítulo 5.º respecto del significado de la imparcialidad.

Si recordamos las causas de impedimento, abstención y de recusación advertiremos que las mismas pueden ser de dos tipos:

1.º) Unas de esas posibles situaciones atienden a las relaciones del juez con las partes del proceso, y así las leyes se refieren, por ejemplo, al parentesco de consanguinidad o afinidad entre el juez y una de las partes o su abogado, al vínculo matrimonial o situación de hecho asimilada, a la amistad íntima o a la enemistad manifiesta y algunas más de esta índole.

2.º) Otras de esas situaciones se refieren a posibles relaciones entre el juez y el objeto del proceso, y así suele enunciarse el tener interés directo o indirecto en el pleito o causa, lo que se interpreta en el sentido de que el juez puede obtener algún beneficio o sufrir algún perjuicio según sea el contenido de la resolución que en el proceso llegue a dictarse.

Es evidente que en estos casos, independientemente de que un juez determinado no se viera influido por esas situaciones a la hora de declarar el derecho en el caso concreto y de que otro juez sí, la ley tiene que presuponer que el juez es sospecho de parcialidad y, por tanto, que no puede ser considerado un tercero imparcial. Esto es, la ley no entra a considerar cuál será el ánimo de cada juez determinado si se encuentra en una de esas situaciones, sino que le basta con que se constate que concurre la causa para llegar a la conclusión de que ese juez no puede ser considerado imparcial.

Las leyes suelen incluir entre las causas de impedimento, de abstención y de recusación dos que requieren explicación propia, la primera como medio para entender la segunda, que es la que aquí nos importa.

a) Haber conocido el proceso en otra instancia

Puede leerse en las leyes que es causa de impedimento y de recusación el haber conocido el proceso en instancia anterior, con lo que viene a decirse que no puede integrar el órgano jurisdiccional para conocer de un recurso el juez que ha dictado la resolución sujeta a impugnación por medio de ese recurso. Esto es algo elemental, pero lo que nos importa resaltar ahora es que esta causa no se relaciona propiamente con la imparcialidad, sino que responde a la naturaleza misma de lo que son los recursos.

Si la imparcialidad presupone que en el cumplimiento de la función jurisdiccional el juez no puede estar condicionado por circunstancia alguna ajena a la función misma, el hecho de haber dictado la resolución recurrida no se refiere propiamente a la imparcialidad, pues el juez no se encuentra relacionado ni con las partes ni con el objeto del proceso. Esta causa de impedimento, de abstención y de recusación no es homogénea con las anteriores, es algo distinta a las mismas, pues no existe en ella circunstancia ajena a la función jurisdiccional; el juez que ha dictado la resolución impugnada también al conocer del recurso se limitaría a aplicar la ley en el caso concreto y su juicio no estaría influido por motivos exteriores al proceso.

La causa, por el contrario, guarda relación directa con lo que es un recurso. La conformación de un proceso en una primera instancia y en recursos posteriores, tengan éstos la naturaleza que fuere, responde a la posibilidad de error judicial y a la conveniencia de que un mismo asunto sea examinado por más de un órgano jurisdiccional, siendo el segundo de categoría superior al primero y pudiendo sustituir la resolución de éste por otra que se estime más ajustada a derecho. Si esto es así, y lo es, iría en contra de la misma conformación del proceso en una primera instancia y en recursos posteriores, el que pudiera conocer de uno de los recursos el juez que había dictado la resolución impugnada.

b) Instrucción y enjuiciamiento

La segunda causa a la que aludimos aquí puede enunciarse diciendo que el juez que ha realizado la primera fase de un proceso penal no puede, luego, ser el juez que decide la segunda fase, de modo que existe incompatibilidad entre instruir y juzgar. En los últimos tiempos ha venido sosteniéndose que esta causa de impedimento, de abstención y de recusación se relaciona también con la imparcialidad, y así se viene repitiendo acríticamente que el juez que ha realizado la instrucción o procedimiento preliminar acometería la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible.

Estamos ante una elaboración legal que ha sido asumida por la doctrina sin haberse replanteado algunos conceptos elementales. En efecto, entre las causas ordinarias que los legisladores estiman que ponen en riesgo la imparcialidad del juez y esta otra existen diferencias fundamentales, lo que se constata simplemente advirtiendo que el juez que debe fallar, después de haber instruido, no verá su ánimo influido por nada ajeno al proceso mismo, pues no puede decirse que tenga relación con las partes ni con el objeto del proceso. En el peor de los casos su ánimo vendrá influido por el conocimiento de los hechos obtenido en el ejercicio de su función, pero no podrá hacerse mención de circunstancias ajenas a la función.

La imparcialidad, pues, no puede ser la razón de la existencia de la regla según la cual quien instruye no puede luego juzgar. La razón se encuentra en la misma configuración del proceso dividido en dos fases, una de averiguación y otra de verdadero juicio, en las que se cumplen funciones incompatibles, en sentido similar a como es incompatible que una misma persona juzgue en la primera instancia y también en los recursos posteriores.

El juez que realiza el procedimiento preliminar va realizando actos de averiguación y, con base en los mismos, va aplicando el derecho material penal para que la instrucción misma avance, y así dicta el auto de incoación, el de procesamiento, el de prisión preventiva y el de apertura del juicio oral, de modo que ha ido formándose una convicción, no influido por circunstancias ajenas a las actuaciones mismas y a su función, sino en atención al correcto ejercicio de ésta. Sin embargo, lo que la ley ordena es que la convicción que debe llevar a la

sentencia absolutoria o condenatoria ha de formarse única y exclusivamente con las pruebas practicadas en el juicio oral y concentrado que constituye la segunda fase del proceso, y esto no sería posible si el mismo juez que ha instruido fuera luego el que dictara la sentencia.

Puede así concluirse que la función propia de la instrucción, típica del procedimiento preliminar, es incompatible con la función de juzgar, propia del juicio oral, con lo que estaremos ante incompatibilidad de funciones, no ante el principio de imparcialidad del juez.

Otra cosa es, naturalmente, que algunos tribunales internacionales e incluso constitucionales de países concretos, a la hora de tener que fundamentar sus resoluciones en la regla dicha, y al no encontrarla expresada literalmente ni en los convenios internacionales de derechos humanos ni en la respectiva constitución, hayan acudido al principio más general del juez imparcial, al no encontrar otra base legal más clara. Y lo mismo cabe decir de las legislaciones ordinarias, las cuales, establecida la regla de la incompatibilidad entre instruir y juzgar, han propiciado su aplicación utilizando los mecanismos de la abstención y de la recusación, a pesar de que utilizar un remedio procesal no puede suponer atribuir naturaleza igual a la causa de ser pariente del acusado que a la de haber instruido el procedimiento preliminar.

B) La distinción entre juzgador y parte

Si la regla de que quien instruye no puede juzgar parece razonable, aquella otra según la cual no se puede ser parte y juez al mismo tiempo es obvia, atendido sobre todo que se corresponde con la misma esencia del proceso, en el que han de existir dos partes parciales y un tercero imparcial, de modo que el juez no puede ser al mismo tiempo acusador. Más en concreto:

1.º) No puede haber proceso si no hay acusación y ésta ha de ser formulada por persona distinta de quien ha de juzgar.

Estamos ante algo obvio, pues no existe verdadero proceso si se confunden los papeles de juez y de acusador, y lo es hasta el extremo de que esta elemental consideración es la que ha llevado a que el Estado se desdoble en el proceso penal, de modo que, por un lado actúa como acusador (Ministerio fiscal) y, por otro, como decisor (juez o tribunal). Es tan elemental está consecuencia que ni siquiera es precisa una norma constitucional que así lo disponga expresamente; al decidirse políticamente que el derecho penal se actúa por los tribunales y por medio del proceso, está ya implícito que los papeles de acusador y de juzgador no pueden confundirse en una única persona. Si hay proceso es porque hay dos partes parciales y un tercero imparcial.

2.º) No puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada.

La misma existencia del proceso tiene que presuponer que el juzgador no puede determinar qué hechos son los que se imputan ni a quién se imputan, pues si así fuera el juzgador se convertiría en acusador. Estamos, otra vez, ante algo obvio, para lo que ni siquiera hace faltar aludir a principio alguno, se llame o no acusatorio, bastando con decir que el derecho penal se actúa por medio del proceso, pues con ello ya se está diciendo que el objeto de ese proceso no puede determinarlo el juez que luego ha de conocer del mismo.

Los problemas, pues, no pueden provenir de algo tan elemental como lo anterior. Los problemas provienen de la gran confusión en que están inmersas la doctrina y la jurisprudencia de muchos países, confusión que les está llevando a mezclar lo que es proceso, lo que es el principio de contradicción y, sobre todo, lo que es el derecho de audiencia o de defensa. Toda la confusión generada proviene de que no manejan un concepto claro de proceso, pues si se manejara no se podría hablar de la existencia de dos tipos de proceso, uno acusatorio y otro inquisitivo, como si fuera posible un proceso en el que el juez fuera al mismo tiempo el acusador.

El llamado proceso inquisitivo, en el que una misma persona asumía los papeles de acusador y de juez, no era un verdadero proceso, sino que respondía a una etapa de la evolución de la aplicación del derecho penal en la que ese derecho se actuaba en el caso concreto, sí, por los tribunales, pero no por medio del proceso. El llamado principio acusatorio, que se caracteriza esencialmente porque se dividen los papeles de acusador, que se atribuye al Ministerio fiscal, y de juez, no añade nada a la misma idea de proceso, no significa un proceso que se cualifica de alguna manera.

Cosa distinta es que parte de la doctrina y alguna jurisprudencia internacional y constitucional carezca de una noción clara de proceso, y crean que la palabra acusatorio califica al proceso, cuando la realidad es que éste si no es acusatorio no es proceso, con lo que el calificativo no añade nada, no califica, siendo simplemente un pleonasmo.

LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A LA ACCIÓN

En el Capítulo 6.º atendimos a lo que en general el derecho de acción y realizamos algunas matizaciones cuando se trata de la misma en el proceso penal. Conviene ahora desarrollar algunos conceptos.

A) Los titulares de la acción

La no existencia de relación jurídica material penal y la negación de los derechos subjetivos penales, ni siquiera por quien ha sido el ofendido por el delito, ha llevado en la mayoría

de los países a que la acción penal sea pública, en el sentido de que puede ejercitarse sólo por un órgano publico, al que se llama Ministerio fiscal.

Se lleva así a sus últimas consecuencias la que hemos llamado “expropiación” de los derechos subjetivos penales, pues el ofendido por el delito, no es ya que no tenga derecho material a que se imponga una pena al autor del mismo, sino que ni siquiera tiene derecho procesal a instar del órgano judicial la persecución del delito. Los riesgos de esa “expropiación” son evidentes. Asumida con carácter exclusivo la acción penal por un órgano dependiente o incardinado en el poder ejecutivo, la consecuencia puede ser que éste influya o decida el ejercicio de dicha acción o su no ejercicio, por razones políticas y no con base en la legalidad.

El riesgo de que el Ministerio fiscal use políticamente de la acción penal ha llevado a que en España, por el contrario, cuando se dice que la acción penal es pública se entienda que corresponde a cualquier persona, bien al ofendido o perjudicado por el delito (acusación particular), bien a cualquier ciudadano (acusación popular). Más aún, la consideración de que la acción penal es pública tiene rango constitucional (art. 121 de la Constitución española).

No puede negarse que el reconocimiento de legitimación a los particulares para instar la incoación de un proceso penal supone también riesgos, sobre todo el de utilización de la acción por razones de venganza o chantaje, pero no puede desconocerse que esos riesgos, que la experiencia demuestra que no son excesivos, están ampliamente compensados, primero, porque se trata de una opción política a favor de la libertad y de la responsabilidad de los ciudadanos y en contra de los monopolios del Estado, y, segundo, porque puede evitar que la persecución de los delitos se realice o no con base en decisiones en las que primen el favor o la enemistad política.

B) El contenido de la acción penal

Si en el proceso civil el actor tiene derecho, concurriendo los presupuestos y requisitos procesales, a que su demanda sea admitida, a que se le de curso, a que se realice el proceso y a que se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto, no ocurre lo mismo en el proceso penal. En éste el reconocimiento del derecho de acción, tanto se trate del Ministerio fiscal como de los ciudadanos, no puede suponer un derecho incondicionado a la apertura y a la plena sustanciación del proceso, llegándose en todo caso a dictar sentencia sobre el fondo del asunto, sino que hay que distinguir entre primera fase o procedimiento preliminar y segunda fase o del juicio oral.

La incoación de la fase instructora no es una consecuencia inevitable de la presentación de una denuncia o de una querella; el juez puede no admitir ni una ni otra cuando llegue a la conclusión de que los hechos relatados por el denunciante o el querellante, aun siendo ciertos, esto es, aun admitiendo hipotéticamente que fueran verdad, no son constitutivos de delito. Esta es

una consecuencia que se deriva de que en el proceso penal los órganos judiciales tienen que ir realizando calificaciones jurídicas penales de las que depende el inicio del proceso y su avance.

En el proceso civil la admisión de la demanda y el desarrollo completo del proceso puede efectuarse sin que el juez tenga que realizar calificaciones jurídicas materiales de los hechos. La demanda se admitirá si cumple los requisitos procesales, pero el juez en ese momento no puede entrar a considerar si la demanda está bien fundada y si es posible o no que llegue a dictarse una sentencia estimatoria de ella. De la misma manera el proceso puede realizarse íntegramente sin que el juez tenga que realizar pronunciamiento alguno sobre el derecho subjetivo afirmado por el demandante. Sólo en el momento de dictar sentencia ha de efectuarse por el juez una aplicación del derecho material o sustantivo; a lo largo del proceso el juez se limita a aplicar las normas procesales.

En el proceso penal las cosas suceden de modo muy distinto. Ya en el momento de la admisión de la denuncia o de la querella, y se propongan éstas por el Ministerio fiscal o por un ciudadano, el juez tiene que, desde el derecho penal, decidir si los hechos denunciados tienen o no la consideración de delictivos, y si llega a la conclusión de que no tienen ese carácter debe proceder a no incoar al procedimiento preliminar. Si existe la posibilidad de que los hechos denunciados sean constitutivos de delito, el juez de instrucción ordenará la incoación del procedimiento preliminar, pero el proceso irá cumpliendo sus fases en tanto en cuanto la calificación penal se mantenga, de modo que el juez puede no abrir la segunda fase o de juicio oral tanto porque los hechos no son constitutivos de delito, como porque la misma existencia de los hechos ha sido desvirtuada, como también porque el imputado aparece de los actos de investigación realizados como no autor de esos hechos. Todo esto se tiene que hacer procediendo a aplicar normas penales sustantivas, no simplemente procesales.

C) La inexistencia de pretensión penal

Todo lo que venimos diciendo conduce a la conclusión de que en el proceso penal, ahora ya en la segunda fase del mismo, no existe pretensión en el sentido en que ésta suele entenderse en el proceso civil. También podría decirse que el objeto del proceso penal no consiste en la pretensión, mientras que ésta es el objeto del proceso civil.

En el proceso penal, como en todos los procesos, es necesario que alguien acuda a un órgano jurisdiccional e inste la aplicación del derecho objetivo en el caso concreto, de modo que el juicio no puede incoarse de oficio por el propio órgano jurisdiccional. En este sentido no cabe duda de que estamos ante una pretensión. Lo que estamos ahora diciendo es que esa pretensión, que

tiene que consistir en una petición fundada, se refiere únicamente a la actuación del derecho penal en un caso concreto.

Los elementos comunes identificadores de la pretensión (sujetos activo y pasivo, causa de pedir y petición) no puede referirse al proceso penal y, por tanto, en éste no hay pretensión en el sentido en que esta palabra se emplea para el proceso civil.

a) Para la determinación del objeto del proceso penal es indiferente quien sea el acusador, importando sólo la persona del acusado, y esa indiferencia proviene de que el acusador no puede alegar un derecho subjetivo penal, no puede afirmar ser el titular de una relación jurídica material penal, pues nadie tiene un interés propio protegido por la ley a la imposición de una pena concreta. El acusador tendrá derecho a acusar, si es un ciudadano, y tendrá el deber de acusar, si es el Ministerio fiscal, pero en ningún caso se podrá atribuir el derecho a penar.

Desde el punto de vista del acusado las cosas son muy distintas. La determinación de quién sea éste sí ha de integrar la individualización del proceso, y por ello no podrá quedar dentro de las funciones del juzgador. El tribunal sólo podrá realizar el proceso contra quien resulte acusado, y en ello va comprometida la esencia misma de lo que es el proceso.

b) Respecto de la petición conviene tener en cuenta que:

1.º) No cabe en el proceso penal más clase de tutela judicial que la de condena; el juicio declarativo o de conocimiento penal es siempre de condena, no existiendo ni declaración pura ni constitución. El acusador, sea quien fuere, no tiene la posibilidad de decidir libremente entre las clases de tutela judicial, pues existe sólo una y su petición ha de referirse a ella, de modo que la realidad misma de esa petición es inútil. Si existe sólo una, no hace falta de que se formule expresamente.

2.º) La petición que se refiere a la pena tampoco sirve para delimitar el objeto del proceso, tanto que puede igualmente considerarse innecesaria. La delimitación cuantitativa y cualitativa de lo pedido por la parte activa tiene sentido cuando ésta tiene la disposición de un derecho subjetivo, pero si la delimitación cualitativa y cuantitativa viene impuesta por la ley y tanto el acusador como el juez están sujetos a la legalidad, dicho está que carece de utilidad la existencia de petición de una pena concreta.

Y lo mismo puede decirse desde el punto de vista del acusado; su admisión de una pena concreta no puede servir para delimitar ni para disponer del objeto del proceso. Una vez más hay que decir que si la petición de la parte acusadora vincula al juez respecto de la pena, se estaría admitiendo la disponibilidad de la pena, esto es, ante la concesión al acusador y al acusado de sendos derechos subjetivos penales.

c) La causa de pedir es el hecho que ha sido imputado al acusado y aquél sí determina el objeto del proceso. La determinación del hecho acusado no puede quedar en manos del tribunal enjuiciador y, por tanto, que éste no puede introducir hechos en el juicio oral. Naturalmente, la calificación jurídica no atiende al objeto del proceso, estando determinada por la máxima *iura novit curia*.

En síntesis, en el proceso penal no existe pretensión en el sentido civil, ni es ésta la que sirve para identificar el objeto del proceso. Cuando parte de la doctrina se esfuerza para conseguir que exista verdadera pretensión en el proceso penal, lo que está haciendo en el fondo no es pretender que el proceso penal sea un verdadero proceso, sino que éste se conforme según principios propios del proceso civil y, más en concreto, según el principio dispositivo.

D) Algunas especificaciones sobre el objeto del proceso

De lo anterior tenía que haber quedado claro cuál es el objeto del proceso penal, pero a la vista de algunas dudas suscitadas en parte de la doctrina y en alguna jurisprudencia internacional y constitucional, conviene realizar alguna precisión relativa al objeto del proceso, para especificar qué es lo que no lo constituye.

a) Calificación jurídica

Desde los glosadores, que acuñaron el brocardo *iura novit curia*, se viene admitiendo que la calificación jurídica que hagan las partes respecto de los hechos no puede vincular al juez, el cual tiene, por un lado, el deber de conocer el derecho y, por otro, el de calificar jurídicamente los hechos sin quedar vinculado por las calificaciones de las partes. Esto es algo perfectamente admitido en el proceso civil, en el que rige el principio dispositivo, y a pesar del mismo la calificación que hagan las partes no sirve para determinar el objeto del proceso. El juez no puede "introducir" hechos en el proceso, pero puede y debe calificarlos jurídicamente, aun en contra de las calificaciones de las partes.

Si esto es así en el proceso civil, carece de sentido jurídico sostener que el juez penal no puede calificar los hechos de modo distinto a lo realizado por las partes. No hace falta ni aludir al principio de legalidad que informa el proceso penal, para comprobar que es absurdo sostener que el juez penal no puede hacer lo que sí puede hacer el juez civil. Al término del juicio oral, cuando ya se ha practicado toda la prueba, y manteniendo los hechos afirmados por las partes, sin introducir en ellos variación alguna, el juez sentenciador ha de poder entender que existe error en la calificación jurídica, bien de la acusación, bien de la defensa, y ha de poder dictar sentencia con la que él estima que es la calificación correcta, y ello tanto suponga beneficio como perjuicio para el acusado.

Cosa distinta es que las partes, todas ellas y no sólo el acusado, tengan derecho a ser oídas respecto de la calificación jurídica que el tribunal estima correcta, pues corresponde al derecho de audiencia o defensa de las partes el tener conocimiento y poder alegar en torno a todos los elementos que puedan influir en la decisión judicial.

b) Pena determinada

En el proceso civil la parte demandante puede determinar la cantidad y calidad de su petición, porque ello es consecuencia de su disposición del derecho material.

Si las partes de una relación jurídica material tienen la plena disponibilidad de la misma, en el sentido de que pueden o no pedir la tutela judicial, es obvio que también tienen la disponibilidad parcial que supone determinar lo que piden. Por decirlo con un ejemplo, si el demandante puede no demandar también puede determinar que es lo que pide y así si a él se le deben 100 puede, sin embargo, demandar por 50. La disposición conduce a la congruencia, en el sentido de que el juez no podrá pronunciarse sobre lo no pedido ni conceder en la sentencia cosa distinta de lo pedida. En el mismo sentido el juez no podrá conceder menos de lo admitido por el demandado; esto es, pedido por el demandante 50 y admitido por el demandado al contestar a la demanda que él efectivamente debe pero sólo 25, el juez ve determinado el ámbito de su decisión a pronunciarse entre 25 y 50.

En el proceso penal las cosas tienen que ocurrir de modo diferente. Si las partes no tienen la disponibilidad del derecho material, porque nadie tiene derechos subjetivos penales, parece obvio que la petición concreta de pena que haga el acusador no puede vincular al juez y que tampoco le vinculará la admisión concreta de pena que haga el acusado. La concreta pena a imponer no viene delimitada por las peticiones y admisiones de las partes, sino por el principio de legalidad. Si se dice que la petición concreta de pena hecha por el acusador impide al juez imponer la pena legalmente establecida, se estaría sosteniendo, expresa o implícitamente, la disponibilidad de la pena por la acusación, con lo que a la postre el *ius puniendi* no sería algo exclusivo del órgano jurisdiccional sino que, por lo menos, estaría compartido por la acusación. En el mismo sentido la conformidad del acusado con una pena concreta no puede vincular al juez y por la misma razón. La congruencia técnicamente sólo tiene sentido en el proceso civil, esto es, en un proceso en el que las partes tienen la libre disposición de la relación jurídica material y de sus derechos subjetivos u obligaciones, pero carece de contenido cuando se debate en el proceso la actuación de un derecho objetivo del que no se deducen derechos subjetivos propiamente dichos para las partes, sin que ésta tengan disposición alguna.

Nuevamente hay que decir que una cosa es que el juez pueda imponer pena distinta de la pedida o de la admitida y otra que pueda hacerlo sin oír a las partes, sin concederles a éstas la posibilidad de alegar en torno a los elementos que puedan servir para determinar el contenido de la decisión judicial. No puede existir principio alguno que impida al juez imponer pena superior a la pedida o inferior a la admitida, pero esas dos posibilidades exigen que sobre ellas se oiga a antes a las partes pues, en caso contrario, se vulnerará el principio de contradicción o, más precisamente, el derecho de audiencia de una o de otra de las partes.

c) Condena sin acusación

Si no puede haber juicio oral sin acusación, nada impide que exista condena sin acusación, después de que el juicio se haya realizado por haberse formulado la acusación en su momento inicial. El verdadero proceso, es decir, la segunda fase o juicio oral, no puede iniciarse si no hay acusación, pero una vez que el proceso se haya realizado y, sobre todo, que se hayan practicado las pruebas, la retirada de la acusación por los acusadores no puede vincular al tribunal a dictar sentencia absolutoria, pues ello supondría tanto como decir que el acusador tiene derecho subjetivo a la imposición de la pena y que puede renunciar a él cuando lo estime conveniente.

La existencia de actividad jurisdiccional sin acusación formulada por persona ajena al tribunal convertiría a éste en acusador, y con ello en realidad se estaría desvirtuando la misma esencia de lo que es el proceso, pero una vez formulada la acusación y practicadas las pruebas, el mantenimiento o la retirada de la acusación no puede vincular al juzgador, por cuanto aunque éste dicte sentencia condenatoria ello ya no supone que sea él quien formule la acusación, sino que simplemente lo que sucede es que el mismo queda sujeto a la legalidad atendidos los hechos que ante él se han probado y respecto de la persona que fue acusada y que ha podido defenderse en el juicio.

Es por esto por lo que:

1.º) La ley puede ordenar expresamente que “no podrá desistirse de la acción pública después de la apertura del procedimiento principal”, que es lo que dice el parágrafo 156 de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

2.º) La ley puede decir que la petición de absolución hecha por el Ministerio Público, o la retirada de la acusación, serán irrelevantes para el tribunal, el cual podrá dictar sentencia condenatoria, que es lo que puede leerse en el Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba (Argentina).

LOS PRINCIPIOS SOBRE LA PRUEBA

La actuación del derecho penal en el caso concreto influye también sobre la regulación de la prueba y lo hace decisivamente y no sólo sobre el sistema de valoración de la misma.

A) La presunción de inocencia

Partiendo de que no estamos realmente ante una presunción en sentido técnico, un concepto aprovechable de esta llamada presunción de inocencia, proclamada en el art. 2.24 de la Constitución, puede derivarse de los convenios internacionales de derechos humanos en los que se viene a decir que la persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley, lo que significa básicamente que:

a) Existencia de la regla de que todo acusado es inocente mientras no se declare lo contrario en sentencia condenatoria, lo que impone que a lo largo del proceso debe ser tratado y considerado inocente.

El que el acusado es y debe ser tratado como inocente supone:

1.º) Se trata de una garantía procesal, en cuanto que no afecta ni a la calificación de los hechos como delictivos ni a la responsabilidad penal del acusado, sino que atiende a la culpabilidad del mismo, de modo que ha de resultar probado que ha participado en los hechos.

2.º) Esa garantía procesal no se refiere ni a los actos del procedimiento ni a la forma o requisitos de la sentencia, sino que sirve para determinar el contenido del pronunciamiento absolutorio o condenatorio de la sentencia misma. El contenido de la sentencia lo determina generalmente la aplicación de normas o principios de derecho material penal, pero esto no ocurre siempre pues a veces son normas o principios procesales los que determinan ese contenido, y este es el supuesto más claro en ese sentido.

3.º) La garantía, pues, comprende todos los elementos del hecho por los que puede condenarse en la sentencia, elementos que son objetivos, en cuanto la prueba ha de referirse necesariamente a lo constatable por medio de los sentidos, no a los elementos subjetivos o *animi*.

b) Conclusión de que el acusado no necesita probar nada, siendo toda la prueba de cuenta de los acusadores, de modo que si falta la misma ha de dictarse sentencia absolutoria.

Además debe tenerse presente que esta regla debe completarse con el añadido de que ha de probarse de determinada manera:

1.º) La presunción de inocencia sólo puede entenderse desvirtuada cuando en el proceso se ha practicado prueba válida y ésta es de cargo, de modo que hay que distinguir entre:

1”) Existencia de actividad probatoria en la segunda fase del proceso o juicio oral y de que la misma se ha practicado con observancia de las normas constitucionales y legales que regulan la admisibilidad de los medios de prueba y su práctica. El tema de más actualidad en ese apartado es el prueba ilícita.

2”) Constatación de que los medios de prueba que se practicaron dieron un resultado de cargo en contra del acusado, lo que supone distinguir entre interpretación de los resultados probatorios y valoración de la prueba.

La labor de interpretar la prueba es anterior a la de valorarla y consiste en establecer el contenido de la misma, de modo que antes de entrar a valorar, por ejemplo, si lo que el testigo ha dicho es verdad debe dejarse establecido qué es lo que el testigo ha dicho, o antes de valorar un informe pericial debe quedar fijado qué es lo que dice el dictamen. La presunción de inocencia sólo quedará desvirtuada si existió actividad probatoria válida y si en ésta su contenido fue de incriminación.

2.º) La prueba ha de haberse practicado en la segunda fase del proceso o juicio oral, pues en el procedimiento preliminar no existe verdadera prueba sino simples de actos de investigación, con base en los cuales se acordará o no la apertura de la segunda fase y podrán utilizarse por la acusación y por la defensa las fuentes de prueba para introducirlas en el juicio proponiendo en él los oportunos medios de prueba.

c) Aunque ha existido alguna confusión doctrinal el principio *in dubio pro reo* no forma parte de la presunción de inocencia, sino que debe ser incardinado en la valoración de la prueba.

La presunción de inocencia, como derecho fundamental, exige la existencia de actividad probatoria para que quede desvirtuada, lo que puede constarse objetivamente, mientras que la regla *in dubio pro reo* presupone esa actividad y atiende al problema subjetivo del juez en la valoración de la prueba, ordenándole que en caso de duda sobre la culpabilidad del acusado se incline por la absolución.

d) La presunción de inocencia sí está íntimamente relacionada con la motivación de las sentencias que cumple dos finalidades complementarias: 1) Hacer públicas las razones de la decisión adoptada, y 2) Permitir su posible control por medio de los recursos. La motivación supone que han de ir poniéndose en relación los medios de prueba con los hechos que en la sentencia se estiman probados, de modo que cada afirmación que por el juez sentenciador se haga con relación a éstos cuente con el soporte de un medio concreto de prueba.

La motivación no se refiere sólo a los fundamentos de hecho en que se sustenta la sentencia (art. 139.5 de la Constitución), sino que exige que los hechos declarados probados se pongan en relación uno a uno con los medios de prueba. Esto es, no basta con decir que un

hecho se declara probado, siendo necesario especificar qué prueba ha determinado la certeza del juez.

B) La no obligación de declarar

El acusado ha de tener la obligación de comparecer cuantas veces sea citado por el órgano judicial, y esa obligación es exigible coactivamente de modo que el incumplimiento de la citación puede llevar a la detención, pero el acusado no tiene obligación de declarar ni en el procedimiento preliminar ni en el juicio oral.

Aparece así el que pudiéramos calificar de derecho al silencio, que no es sino una manifestación de la presunción de inocencia, y que introduce una diferencia de mucho calado con el proceso civil. En éste puede imponerse a las partes, a las dos, las cargas de: 1) Pronunciarse expresamente, en los actos de alegación, sobre los hechos afirmados por la parte contraria, de modo que el silencio o aun las respuestas evasivas pueden llegar a entenderse como admisión de los hechos a los que se refieran (art. 442 del CPC), y 2) Contestar de manera categórica a cada una de las posiciones que se le formulen en la prueba de declaración de parte, de modo que la negativa a declarar o las respuestas evasivas pueden llevar a que el juez tenga a la parte por confesa (art. 218 del CPC). Estas dos cargas no pueden imponerse al acusado en el proceso penal, el cual tiene derecho a no declarar.

En las normas reguladoras del proceso penal no sólo no puede imponerse al acusado obligación ni carga alguna relativa a la declaración, sino que incluso no puede permitirse que el juez extraiga consecuencia alguna negativa para aquél del ejercicio de su derecho al silencio. En el proceso civil se ha llegado a hablar de los efectos probatorios de la actitud de las partes en el proceso o de deberes de las partes de lealtad y probidad o de buena fe, pero ni los efectos ni los supuestos deberes pueden referirse al proceso penal y al acusado, al que por el contrario debe reconocérsele el derecho incluso a mentir, sin que del ejercicio de ese derecho pueda extraerse consecuencia perjudicial alguna.

C) La prueba de oficio

Partiendo de que el objeto del proceso penal ha de ser determinado por los acusadores, lo que en concreto ahora significa que son éstos los que deben fijar los hechos de que se acusa a una persona determinada, de modo que el órgano judicial que ha de dictar la sentencia no puede convertirse en investigador, en el sentido de que no podrá salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de la acusación, pues ello comportaría su conversión en acusador, nada se opone a que el juzgador acuerde de oficio la práctica de medios concretos de prueba.

En el proceso civil el principio de aportación de parte no se opone a que la facultad de dirección material relativa a la iniciativa para probar y para determinar los medios concretos de prueba que deben practicarse, se atribuya también al juez, y así ocurre en muchos ordenamientos procesales. Si esto es así, no acaba de comprenderse porque una parte de la doctrina quiere privar al juez penal de la posibilidad de acordar medios de prueba a practicar en el juicio oral. El único extremo dudoso sería el relativo a cómo puede haber llegado a conocimiento del juzgador la noticia de la fuente de prueba.

Si en cualquier proceso el juez pudiera utilizar sus conocimientos privados de los hechos y de las fuentes de prueba, para introducirlas en el proceso a través de los medios de prueba, estaríamos ante la utilización de la ciencia privada y con ella ante un juez que sería al mismo tiempo testigo y además secreto. Tampoco aquí se trataría de problema alguno relativo a la imparcialidad, sino ante algo tan sencillo como es la incompatibilidad entre las funciones de testigo y de juez. Si el juez ha tenido conocimiento de los hechos por las afirmaciones de las partes acusadoras y si del mismo proceso se desprende la existencia de fuentes de prueba relativas a esos hechos, nada puede impedir que utilice los medios de prueba ordinarios para introducir las fuentes en el proceso.

En este sentido se decantan los códigos antiguos y los modernos:

1.º) En Alemania el parágrafo 244, ap. 2 de la Ordenanza Procesal Penal dice que “el Tribunal extenderá de oficio con el fin de indagar la verdad, la práctica de la prueba a todos los hechos y medios de prueba que fueren de importancia para la resolución”.

2.º) En el Código Procesal Penal italiano de 1988 el Ministerio Público y las partes proponer los medios de prueba (art. 493), pero terminada la práctica de los mismos el juzgador puede, si lo considera absolutamente necesario, ordenar de oficio la práctica de nuevos medios de prueba (art. 507).

El procesalista que no sea capaz de razonar por sí mismo se encuentra en una situación en la que es fácil que llegue a tener doble personalidad. Por un lado se viene sosteniendo que deben aumentarse los poderes del juez civil, terminando con el juez espectador, hasta reconocerle la facultad de que ordene pruebas de oficio y, al mismo tiempo y por otro lado, se dice que hay que limitar los poderes del juez penal, hasta el extremo de que no pueda ordenar pruebas de oficio, con lo que se le convierte en un juez pasivo. Se está incurriendo en el absurdo de afirmar y de negar una misma cosa, con lo que algunas personas pueden estar muy próximas a la esquizofrenia.

D) La valoración libre

En contra de lo que tradicionalmente se ha venido manteniendo el llamado sistema de la prueba libre no se introdujo inicialmente para dar al proceso un elemento de racionalidad, sino para dejar en libertad absoluta el jurado, de modo que por prueba libre se entendió íntima convicción, con lo que ésta condujo a la arbitrariedad, a la falta de motivación y a la irresponsabilidad. Por el contrario, cuando hoy se defiende la valoración de la prueba conforme a la sana crítica lo que se esta propiciando es la valoración de la prueba realizada por el juez, no por reglas legales apriorísticas, sino expresándose siempre en la sentencia la relación existente entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del que se ha desprendido la convicción judicial.

La valoración de la prueba radica siempre en una operación mental consistente en un silogismo en el que: 1) La premisa menor es una fuente-medio de prueba (el testigo y su declaración, por ejemplo), 2) La premisa mayor es una máxima de la experiencia, y 3) La conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar. Partiendo de esta constatación, en el sistema legal de valoración lo que se dice es que las máximas de la experiencia que constituyen la premisa mayor son impuestas por el legislador, mientras que en el sistema de libre valoración esas máximas se determinan por el juez en atención a su conocimiento de la vida.

Debe tenerse en cuenta otra circunstancia. En algunos casos las máximas legales se refieren a la existencia de un principio de seguridad jurídica que quiere imponerse al juez, y así ocurre, por ejemplo, con los documentos públicos o con los documentos privados reconocidos. Cuando unas personas hacen un documento público y aún cuando ese documento es privado, lo que están pretendiendo es que si en el futuro surge entre ellas un proceso en el que se cuestione un hecho, ese hecho pueda venir establecido por la existencia de una máxima de la experiencia fijada en una norma que se imponga al juez, y por este camino parece claro que las reglas legales de valoración sólo podrán existir en el proceso civil, en el que las partes tienen la disposición de sus derechos subjetivos, mientras que no podrán existir en el proceso penal en el que no existen derechos subjetivos de los que disponer.

Valoración libre no es, pues, igual a valoración discrecional, ni esta valoración se resume en la íntima convicción o en la conciencia del juez. Valoración libre es aquella en la que el juez fija las máximas de la experiencia conforme a las que concede o no credibilidad a un medio de prueba, y esa fijación ha de expresarse de modo motivado en la sentencia.

LECTURAS RECOMENDADAS

MONTERO, *Los principios del proceso penal*, Valencia, 1997, y *Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal,* en JUSTICIA 1981, especial.

GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1936; ASENCIO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1991; DE DIEGO DÍEZ, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción*, en Justicia, 1988, I; V.V. *Los principios del proceso penal*, Cuaderno del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992; RUIZ VADILLO, *Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal*, en La Ley, 1987, 4; ESPARZA, *El principio del proceso debido*, Barcelona, 1995; ARMENTA DEU, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, 1995; DE LA OLIVA y otros, *Derecho procesal penal,* Madrid, 1997.

Sobre la valoración de la prueba: FURNO, *Teoría de la prueba legal,* Madrid, 1954, trad. de González Collado; MONTERO, *La prueba en el proceso civil,* Madrid, 1996; Varios, *La prueba en el proceso penal,* Madrid, 1992; VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal,* Madrid, 1993.

CAPÍTULO 12.º

Los principios del procedimiento

Los principios del procedimiento.— Forma y formalismo.— Oralidad y escritura.—La oralidad y sus principios consecuencia.— La escritura y sus principios consecuencia.— La constitucionalización de la oralidad.

FORMA Y FORMALISMO

El procedimiento es el aspecto exterior de la actividad jurisdiccional, la forma que han de adoptar los actos procesales, y puede configurarse atendiendo a dos sistemas distintos:

a) Libertad en las formas procesales

En este sistema se deja a las partes que acuden ante un órgano jurisdiccional en libertad de dirigirse al mismo en la forma que consideran más oportuna y persuasiva, sin necesidad de seguir un orden o modos preestablecidos. La libertad puede también teóricamente atribuirse al juez, el cual quedaría facultado para dar a cada proceso la tramitación que estimara oportuna, haciendo las indicaciones necesarias a las partes. Este sistema no parece que haya tenido realidad práctica en ningún país, pero a la primera de las modalidades, la libertad de las partes, se aproximó la ideología de la Revolución Francesa que, por el Decreto de 3 de Brumario del año 2 (24 de octubre de 1793), simplificó extraordinariamente las formas procesales y suprimió la profesión de abogado.

La experiencia no duró demasiado; la ley de 27 de Ventoso del año 8 (18 marzo de 1800), sobre organización de los tribunales, restableció la abogacía, aunque limitando el número de abogados que podrían actuar ante cada tribunal y, sobre todo, la decisión de los cónsules de 18 de Fructidor del mismo año 8 (5 de septiembre de 1800) supuso el restablecimiento de las Ordenanzas procedimentales de Luis XIV de 1667 y los reglamentos posteriores, con derogación expresa del Decreto del año 2. No mucho después Napoleón promulgaba el *Code de procédure civile (14* de abril de 1806) y el *Code d'instruction criminelle* (17 de noviembre de 1808). El intento fue un fracaso evidente.

b) Legalidad de las formas procesales

Frente al anterior sistema, al que hay que calificar de utópico, los derechos positivos oponen este otro según el cual los actos que conducen al pronunciamiento judicial deben, para tener

eficacia, ser realizados en el modo y con el orden establecidos en la ley. Así puede deducirse del art. 139.3 de la Constitución al proclamar como principio y derecho que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, y lo dispone también, por ejemplo, el art. IX del Título Preliminar del CPC, aunque este último pareciera como si lo desvirtuara al admitir que el Juez puede adecuar las formalidades procesales al logro de los fines del proceso.

La razón del principio de legalidad debe buscarse en la especial naturaleza de la resolución a la que están preordenadas todas las actividades procesales; la certeza del derecho exige que el individuo que pretende pedir justicia sepa exactamente cuáles son los actos que debe realizar para obtenerla, y por ello las formas procesales —aunque otra cosa pudiera parecer— tienden a hacer más simple y más rápido el proceso, estableciendo al mismo tiempo una garantía para los derechos y libertades individuales. La forma es la condición necesaria para la certeza, el precio de la seguridad, decía Montesquieu.

La justificación de la existencia de la forma no explica, sin embargo, la aparición del formalismo. Antes al contrario, el formalismo significa incerteza e inseguridad, lo contrario de la forma. Por eso decía Satta que forma y formalismo son términos que no tienen nada en común, aunque la pobreza del lenguaje parezca indicar lo contrario. El formalismo es la negación de la forma.

Se ha explicado el formalismo como formas vacías. Para Chiovenda las formas residuales eran formas que habían nacido de las necesidades de un momento histórico, pero que el paso del tiempo y el cambio de necesidades no habían conseguido suprimir las formas antiguas, que habían quedado como cuerpos sin alma, sin justificación racional, aunque el legislador o no comprendía su inutilidad o no se atrevía a suprimirlas porque la fuerza de la costumbre las hacía aparecer unidas a la vida del pueblo.

Los problemas de la forma y del formalismo son hoy dos y contrapuestos:

1.º) Por un lado existe siempre el riesgo de que el legislador incurra en exceso formal, es decir, en formalismo, al regular el procedimiento, lo que suele suceder cuando se aceptan formas del pasado que en la actualidad han perdido su razón de ser o cuando se la forma no tiene justificación fuera de ella misma.

2.º) Por otro, y por el contrario, se está produciendo en la práctica, con el estímulo del propio legislador, el desprecio de la forma hasta extremo lindante con la deslegalización formal y la inseguridad jurídica. Con el argumento falaz de que lo que importa en el proceso es lograr la justicia material en la decisión judicial, se está llegando a propiciar el desconocimiento de los requisitos formales de los actos procesales, pretendiendo convertir en «formalismo enervante», lo que no es sino condición de seguridad jurídica; se olvida así que si importante es el resultado, también lo es el

cómo se logra el mismo. La justicia material que debe lograrse en el proceso no es cualquiera, sino precisamente aquélla que se obtiene por el camino previsto en la ley.

La manera de llegar a la decisión judicial en el proceso no es indiferente. El legislador, después de siglos de experiencia, llega a plasmar en la ley una manera, la que le parece la más adecuada, para realizar ese proceso, y el juez no puede separarse de la misma, pues ello implicaría pretende imponer su experiencia personal sobre la experiencia colectiva plasmada en la ley.

El legislador puede establecer en el código las formas (mejor que las formalidades) que estime adecuadas a cada momento histórico y a las necesidades de un lugar y de un tiempo, y no puede luego decir, por un lado, que esas formas son imperativas y, por otro, que Juez las adecuará a los fines del proceso. Esto es algo contradictorio y negador de la seguridad jurídica.

La forma sólo puede entenderse cuando se concibe como modo para asegurar el acierto de la decisión judicial, no como obstáculo que ha de ser superado para alcanzar esa decisión y para que la misma se acomode a la norma material.

ORALIDAD Y ESCRITURA

En nuestra opinión todo el problema del procedimiento, de la forma, puede resumirse en dos principios: oralidad y escritura, aclarando inmediatamente que cuando nos referimos a la oralidad incluimos dentro del principio aquellos otros que se derivan de él, es decir, inmediación, concentración y publicidad, y lo mismo con los principios contrarios derivados de la escritura, esto es, mediación, dispersión, preclusión y secreto.

Desde el inicio hay que dejar bien sentado, por evidente, la imposibilidad práctica de configurar un procedimiento de manera totalmente oral o escrita. De ahí que no se trate de exclusividades sino de prevalecimientos. Resulta así que el problema de los principios de oralidad o de escritura es un problema de límites. Si en un procedimiento escrito la palabra ha de ser la forma de realización de algunos actos procesales, y si de un procedimiento oral la escritura no puede estar totalmente ausente, todo se reduce a determinar cuándo, por prevalecer una forma u otra, podemos correctamente decir que estamos ante un procedimiento oral o escrito.

Tradicionalmente el elemento base para diferenciar un procedimiento oral de otro escrito se ha centrado en la manera de aportar las partes los hechos al proceso y de formular la pretensión; con lo que se atendía no a un conjunto de caracteres sino a un único elemento.

En este sentido se habían pronunciado autores fundamentales, y así Chiovenda, partiendo de la imposibilidad de configurar un procedimiento totalmente oral, hablaba de proceso mixto, precisando que éste sería predominantemente oral o escrito atendiendo al momento de aportación

de los elementos fácticos por obra de las partes, es decir, de la interposición de la pretensión con su fundamentación correspondiente; allí donde la pretensión ha de ser presentada necesariamente en forma escrita, estamos ante un proceso escrito, aunque las partes tengan la posibilidad de ilustrar oralmente el contenido de los escritos. De aquí la distinta manera como operan los escritos de uno y otro procedimiento; en la escritura son la forma de las deducciones, mientras que en la oralidad los escritos son meramente preparatorios, anuncio de las deducciones que se van a hacer en la audiencia y medio básico para poner al demandado en situación de defenderse.

Más recientemente en España Prieto-Castro ha persistido en esta línea, diciendo que el principio de oralidad determina que (salvo algunas excepciones) únicamente lo que de palabra se aporte al proceso puede ser valorado por el juez y tenido en cuenta en la resolución final; y la presencia del otro principio, el de escritura, significa que tan sólo (salvo algunas excepciones) lo aportado de esta forma puede producir esos resultados, y para significarlo así viene empleándose el brocardo *quod non est in actis non est in mundo.*

La doctrina que calificamos de tradicional, junto a lo anterior, destacó que con las palabras oralidad y escritura sintetizaba un conjunto de caracteres del procedimiento, un sistema completo de principios inseparables los unos de los otros, pero en todo caso quedaba claro que la oralidad significaba en primer lugar y principalmente que la pretensión había de formularse oralmente, y que por escritura había de entenderse que la pretensión se realizaba por escrito.

En la actualidad centrar la oralidad y la escritura en un único elemento como base imprescindible nos parece unilateral, y estimamos que no puede hacerse depender de él la naturaleza del procedimiento. Este será oral o escrito atendiendo a un conjunto de principios, en los que, junto a la forma oral o escrita de los actos procesales, hay que resaltar otros de tanta o mayor importancia. La oralidad y la escritura son dos modos de hacer el proceso, el conjunto del mismo, no la forma de un único acto procesal.

LA ORALIDAD Y SUS PRINCIPIOS CONSECUENCIA

Después de casi diez siglos de predominio de la escritura en el proceso de la Europa continental, predominio heredado en los países de tradición jurídica hispánica, el siglo XIX vio aparecer un movimiento tendente a la oralidad, que se reflejó con mayor fuerza en los procesos penales, sin que faltaran muestras en el proceso civil. En éste el primer código que abandonó la escritura fue el código de procedimiento civil de Hannover de 1850, pero sobre todo hay que destacar las ordenanzas procesales civiles alemana de 1877 y austríaca de 1895. Estas son las que han servido de modelo, principalmente la segunda, en un movimiento renovador de las legislaciones europeas que todavía, un siglo después, no ha culminado.

En este contexto la oralidad significa:

A) Forma oral de los actos procesales

Naturalmente el principio de oralidad significa, en primer lugar, que en los actos procesales predomina lo hablado sobre lo escrito, como medio de expresión y comunicación entre los diferentes sujetos que intervienen en el proceso. Hoy no cabe admitir que el momento típico para distinguir entre un procedimiento oral y otro escrito sea el de las deducciones de las partes, es decir, el de los actos de alegación de las partes, por medio de los que formulan la pretensión y la resistencia. Esto conduciría a que un proceso civil en el que la demanda y la contestación se hicieran por escrito, pero en el que todos los demás actos fueran orales, habría de ser calificado de escrito, y negaría a la mayor parte de los procesos penales la condición de orales.

El predominio del acto procesal oral no puede impedir la existencia de actos escritos, sea cual fuere el contenido de éstos, pero en todo caso lo paradójico es que probablemente este elemento es el que menos sirve para caracterizar un procedimiento de oral. De ahí la importancia de los siguientes.

Si hubiera que destacar algo que normalmente caracteriza al procedimiento oral diríamos que esta clase de procedimiento suele acabar con una audiencia oral en la cual el juez se pone en relación directa con las pruebas personales (testigos y peritos) y con las partes, sin perjuicio de que esta audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia.

La tendencia a la oralidad es manifiesta en el nuevo CPC, en cuyo art. 202, al regularse la audiencia de pruebas, se dispone que será dirigida personalmente por el Juez, bajo sanción de nulidad; esto es, después de unos escritos preparatorios, básicamente la demanda y la contestación, se cita para una audiencia en la que han de realizarse de modo oral las pruebas. Esto no impide la existencia de pliego de posiciones (art. 213) o el que la parte declare ante Juez distinto por exhorto (art. 219), con lo que la oralidad está matizada.

B) INMEDIACIÓN

La oralidad implica, en segundo lugar, inmediación, es decir, la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellos elementos alguno interpuesto. Esta exigencia es particularmente importante con relación a las pruebas, hasta el extremo de que normalmente se ha venido concibiendo la

inmediación solamente como la exigencia de que el juez que ha de pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas.

Con excesiva frecuencia se viene hablando de la inmediación cuando en realidad se trata únicamente de la imposición legal de que el juez presida el acto de práctica de la prueba, sin perjuicio de que luego pueda ser otro juez el que dicte la sentencia. Hay que distinguir entre la verdadera inmediación y esa presencia del juez, que son cosas muy distintas. La inmediación sólo existe cuando quien dicta la sentencia ha de haber estado presente en la práctica de la prueba y forma su convicción con lo visto y con oído, y no con el reflejo documental del acto de prueba.

La inmediación es parte esencial del procedimiento oral, tanto que puede afirmarse que no se trata de principios distintos y autónomos, sino de los dos aspectos de una misma realidad.

Uno de los efectos de la inmediación es la imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas físicas que componen el órgano jurisdiccional durante la tramitación de la causa, y en especial que sólo pueden concurrir a dictar la sentencia los magistrados ante los que se ha desarrollado la audiencia oral en la que el juez o tribunal se pone en relación directa con las pruebas y con las partes.

El principio de inmediación se proclama en el art. V del Título Preliminar del CPC: “Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad”. Ahora bien, una vez proclamado el principio se establecen, por lo menos, dos excepciones:

1.ª) Según el mismo art. V la actuación de los medios probatorios puede realizarse por comisión, con lo que cabe dirigir exhorto a Juez distinto del que conoce del proceso para que ante él se practique prueba.

2.ª) Conforme al art. 50 “el Juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable”, de modo que no siempre dicta sentencia el mismo juez que ha presidido la audiencia de pruebas.

La diferencia entre la inmediación real y la prevista en el Código peruano puede verse atendiendo a lo dispuesto en el art. 98 de La Ley de Procedimiento Laboral española: “Si el juez que presidió el acto del juicio no pudiese dictar sentencia, deberá celebrarse nuevamente”, norma que la llevado, por un lado, a que el Juez promovido tenga que dictar siempre las sentencias de los asuntos en que presidió el acto de la audiencia y, por otro, a que si el Juez no puede dictar la sentencia (por ejemplo en caso de muerte) la audiencia tiene que celebrarse de nuevo. Dado que en España no se producen separaciones de la carrera judicial, aún en el supuesto de que el juez

sea jubilado por alcanzar la edad prevista en la ley (70 años), ese juez ha de dictar la sentencias de las audiencias realizadas por él.

C) Concentración

Decir oralidad es también decir concentración, y lo es tanto que se ha sostenido que lo que caracteriza a un procedimiento oral es más la concentración que la mera oralidad de los actos procesales.

Con relación a la actividad procedimental, que es lo que ahora nos interesa, la concentración supone que los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objetivo evidente de que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el juez y las pruebas permanezcan fielmente en la memoria de éste a la hora de dictar la sentencia. El ideal de todo procedimiento es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, del ofrecimiento y actuación de la prueba e incluso de la resolución del asunto, y que si este ideal es difícilmente conseguible, la tarea del legislador y del tribunal consiste en aproximar lo más posible el procedimiento al ideal.

La influencia de la concentración sobre la forma del proceso es evidente, y de ahí que haya sido considerado la principal característica exterior del proceso oral. Al mismo tiempo se ha señalado su influencia sobre la brevedad de los pleitos, frente a la escritura que supone necesariamente dispersión de los actos procesales en el tiempo. De aquí que se haya dicho (Alcalá-Zamora) que si las mayores ventajas del procedimiento oral obedecen al principio de concentración, sería preferible hablar de proceso concentrado en vez de proceso oral. Con todo, lo que importa es tener en cuenta que la concentración no es sin más una consecuencia de la oralidad.

Al principio de concentración se refiere el art. V del Título Preliminar del CPC al disponer que “el proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales”, pero una norma de esta naturaleza es una mera proclamación de deseos. La concentración no depende de decirle el legislador al Juez que ha de “procurador” que no existan muchas audiencias, sino regulando el proceso de tal manera que sólo pueda existir una o unas pocas audiencias.

Un segundo aspecto de la concentración es el relativo al contenido del proceso, esto es, a las cuestiones previas, incidentales y prejudiciales se concentren en el acto único de la audiencia para que pueda decidirse de todas ellas conjuntamente, sin que la decisión de fondo pueda ser dilatada hasta que se resuelve sobre estas cuestiones, pues lo contrario afecta a la duración del proceso.

Suelen indicarse también como principios derivados del de oralidad los de economía procesal y de celeridad, si bien los mismos no pueden elevarse a la categoría de principios. En efecto, la economía procesal suele utilizarse como una vaga regla en virtud de la cual el juzgador acaba haciendo lo que le parece más adecuado incluso en contra de lo dispuesto en el texto de la ley. Si se tiene experiencia forense siempre se recuerdan múltiples procesos en los que la referencia hecha por el Juez a la economía procesal es una manera de decir que no va a cumplir lo que dispone la ley.

La celeridad procesal no es un principio, sino una consecuencia. Una cosa es que el legislador ordene al Juez que sea diligente en la realización del proceso y que realice la actividad dentro de los plazos previstos en la ley, declarando éstos improrrogables, apercibiéndole con sanción disciplinaria, lo que no es más una consecuencia obvia del deber del juez, y otra muy distinta que el legislador le diga al juez que debe tomar las medidas necesarias para que los procesos se resuelvan con rapidez, pues una norma de este género es otra vaguedad. La celeridad sólo podrá alcanzarse atendida la regulación del proceso que se contenga en el código y los medios personales y materiales de que disponga el órgano jurisdiccional para cumplir con esa regulación. Es decir, la celeridad no puede ordenarse por el legislador; basta con que el poder político posibilite que el juez cumpla con lo previsto en la ley.

D) Publicidad

Por último, la oralidad supone necesariamente publicidad, entendida ésta en su verdadera significación.

Cuando se habla del principio de publicidad suele distinguirse entre publicidad para las partes y publicidad general, pero se trata de una distinción que carece de sentido. La llamada publicidad para las partes se refiere en realidad al principio de contradicción o audiencia, pues si un acto procesal fuera secreto para las partes no se estaría haciendo referencia a la forma del proceso, al procedimiento, sino que se estaría colocando a aquéllas en situación de indefensión. La verdadera publicidad, la que aquí consideramos, es la que se refiere al público, y respecto de ella afirmamos su carácter político y su dependencia de la oralidad.

Ya es sintomático que en las constituciones y en los textos internacionales más importantes se haya recogido la garantía de la publicidad del proceso. Así lo ha hecho también el art. 139.2 de la Constitución declarando el principio y derecho “de la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley”. Esta declaración por sí misma sería inútil por no añadir nada a la situación precedente y porque, al remitir las excepciones a las leyes ordinarias, sin establecer en la propia Constitución los criterios fundamentales que hacen admisible una excepción, está estableciendo un

principio vacío de contenido. Para darle utilidad hay que poner en relación el art. 139.4 de la Constitución (derecho a un proceso público), con el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en donde se establece que las excepciones tienen que justificarse en intereses que, desde el plano constitucional, merezcan protección preferente a la publicidad.

Sin oralidad no hay publicidad. En un procedimiento escrito las normas legales pueden establecer la publicidad, pero son normas de imposible cumplimiento en la práctica. Sólo un proceso oral y concentrado permite la publicidad y con ella la fiscalización popular del funcionamiento de la justicia.

Cuando se habla de publicidad el principio debe acomodarse a los tiempos. Hoy no tiene sentido decir que la publicidad permite que el público entre en el local de la audiencia para presenciar la realización del acto procesal; en la actualidad la publicidad no puede dejar de atender a los medios de comunicación social (prensa, radio, televisión) y ha de entenderse que proceso público es aquél al que pueden tener acceso esos medios, los cuales se constituyen como una especie de “representantes” del público, y como tales tienen todos los derechos del “público”, pero no más.

La oralidad, la inmediación y la concentración pueden ser considerados principios técnicos del procedimiento, pero la publicidad tiene un claro componente político que se resuelve una garantía para las partes en el proceso, aunque es el medio más claro para que pueda producirse el control de los órganos judiciales por el pueblo, del que emana el poder de aquéllos. Por eso si ley regula el proceso sin inmediación no cabría cuestionarla constitucionalmente, pero si lo hace sin publicidad se estaría atentando a uno de los pilares de una sociedad democrática.

LA ESCRITURA Y SUS PRINCIPIOS CONSECUENCIA

A partir del siglo XII el principio de escritura dominó en el proceso europeo. Las razones de ello son muy variadas, pero posiblemente una de ellas, y no la menos importante, fue la que Inocencio III expuso en la famosa decretal de 1216, decretal que ha sido señalada como el hito que marcó el triunfo completo del principio de escritura: se trataba de proteger a las partes *contra falsam assertionem iniqui judicis*, esto es, contra los jueces inicuos, como manifestación de la desconfianza respecto de ellos. El juez tendría que basarse para decidir un asunto en lo que constaba en la causa por escrito, y a partir de ahí surgía la posibilidad de que, por medio de los recursos, se pudiera controlar su actividad. En cualquier caso este sistema predominó en toda Europa desde el siglo XII hasta el XIX, y todavía hoy es la base de muchos procedimientos.

También aquí la escritura no es sólo una nota del procedimiento sino que hace referencia a un conjunto de caracteres:

A) Forma escrita de los actos procesales

Frente a la palabra hablada, la forma escrita predomina en los actos procesales y por escrito se comunican entre sí los sujetos del proceso. De este principio deriva el brocardo *quod non est in actis non est in mundo* que refleja la concepción de que el juez, para dictar la sentencia, sólo puede tomar como base aquello que se encuentra documentado en los autos, pues lo que no está escrito no existe para el juez. Cuando existen actos orales éstos cumplen una función accesoria, hasta el extremo de que normalmente su realización no es obligatoria, pues suele depender de la voluntad de las partes, o del tribunal, su sustitución por actos escritos.

El que en un procedimiento oral se proceda a la documentación del acto realizado, no supone vulneración de la oralidad; lo importante es que el juez, a la hora de dictar la resolución, no se basará en el acta realizada para documentar el acto oral, sino directamente en el acto oral. Por el contrario, en un procedimiento escrito el acta no es simple documentación de un acto oral, sino que la ley o impone o posibilita que el juez dicte su resolución tomando como elemento de juicio el acta. Así ocurre cuando la ley permite que no sea el mismo el juez que presencia las pruebas y el que dicta la sentencia; entonces el segundo juez convierte el acta en su único elemento de información.

En los procesos civiles el principio de escritura fue el determinante durante todos esos siglos y lo sigue siendo en la actualidad en la mayor parte de los países. En España la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se elaboró sobre la escritura y hasta el extremo de que decía Gómez Orbaneja que «mayor predominio del principio escrito, sin duda, no se da hoy en ningún otro sistema». La tradición escrita llevó hasta el extremo de que, cuando la ley regulaba un proceso oral, como era el juicio verbal, la práctica lo desvirtuaba porque ni el juez ni los abogados estaban acostumbrados a la misma.

Un proceso oral es siempre algo poco cómodo para los intervinientes en el mismo como profesionales. El juez tiene que asistir realmente a todos los actos del mismo, y tiene que hacerlo teniendo completo conocimiento de lo que en él se debate, lo que exige su estudio previo. Los abogados han de poner manifestarse en el acto sobre tres circunstancias: 1) Los hechos propios del proceso, 2) El derecho procesal que regula el acto, y 3) El derecho material que regula el objeto del proceso. En la escritura el juez y los abogados van tomando conocimiento sucesivo del proceso, van realizando los actos de modo paulatino y el trabajo se presenta así de modo menos complejo.

B) Mediación

La escritura implica mediación, esto es, que entre el juez y las pruebas, principalmente, existe algún elemento interpuesto, por lo que el juez que ha de dictar sentencia no necesita haber

presenciado la práctica de las pruebas por cuanto su decisión ha de basarse, no en lo visto y oído, sino en lo que consta por escrito.

Hay que tener muy clara la distinción entre inmediación y mandato legal de que un juez presida la audiencia de las pruebas. La inmediación hace referencia a que el juez forma su convicción directamente sobre lo visto y oído (no sobre las actas en que se documenta la realización de los actos de prueba), y de ahí la necesidad de que dicte sentencia precisamente quien ha presidido la práctica de las pruebas. Por el contrario, el que la ley disponga simplemente que un juez debe presidir los actos de prueba no guarda relación con la inmediación si luego se permiten los cambios de juez a lo largo del proceso; este mandato atiende a dar seriedad o formalidad a unos actos e impone a los jueces un deber, pero sin relación con la verdadera inmediación.

En la regulación de los procesos civiles ha sido tradicional que las normas dispongan que las pruebas han de actuarse en presencia del Juez, el cual debe presidir el acto y dirigirlo, pero esos mandatos no han supuesto introducir realmente la inmediación:

1.º) En las normas reguladoras no se ha asegurado que el juez que ha presenciado la práctica de las pruebas será el que ha de dictar la sentencia. Por el contrario, las leyes han aceptado, con todas sus consecuencias, la posibilidad del cambio de Juez a lo largo del procedimiento; posibilidad que no es de remota realidad sino de práctica diaria.

2.º) Asimismo en esas leyes se ha partido de la idea de que el juez no ha de dictar la sentencia bajo el recuerdo cercano de lo presenciado, sino que ha de hacerlo con base en las actas, es decir, con lo que queda por escrito de la celebración de los actos.

Demostración de lo que decimos es que las leyes han permitido (y aun han ordenado) que las pruebas se practiquen por juez distinto del que realiza el proceso, acudiendo a la comisión por exhorto, y que cuando la prueba se practica ante un órgano colegiado basta con que la presida uno de sus magistrados. La verdadera inmediación sólo es posible en un procedimiento oral. La escritura conduce necesariamente a la mediación, a la interposición entre el juez y la realidad de «los escritos».

C) Dispersión y preclusión

La alternativa de la concentración es la dispersión en el tiempo de los actos procesales. Frente al acto único y concentrado del procedimiento oral, el procedimiento escrito exige que se establezcan una serie de lapsos de tiempo para que cada parte realice el correspondiente escrito, se presente en el órgano judicial y éste lo comunique a la otra parte, y lo mismo cabe decir de las resoluciones del juez. El procedimiento se dispersa así en fases o tiempos. En el proceso común, de

base totalmente escrita, Jacobo de las Leyes, uno de los autores de las Partidas, distinguía nueve tiempos en el proceso civil.

La dispersión de los actos procesales en el tiempo exige, para que aquéllos se desarrollen ordenadamente, que se establezca legalmente un orden de sucesión de los actos, lo que conduce a la preclusión y a la eventualidad.

La preclusión significa que dentro de las distintas fases o tiempos del procedimiento se ha de realizar un acto concreto con contenido determinado, de tal manera que si la parte no lo realiza oportunamente pierde la posibilidad de realizarlo. Así la ley marca, por ejemplo, un plazo para contestar a la demanda, y si el demandado no aprovecha la posibilidad que le concede la ley, no podrá ya realizar las alegaciones propias de la contestación de la demanda; y lo mismo cabe decir del ofrecimiento de prueba o de cualquier otro acto con su contenido propio.

Es evidente que una cierta preclusión ha de encontrarse en todos los procedimientos, sean cuales fueren los principios básicos que los informen, pero en el procedimiento escrito la preclusión es el único sistema para hacer avanzar el proceso con cierto orden. La preclusión, más el impulso de oficio, hace que los procedimientos, una vez puestos en movimiento, lleguen a su final.

Es preciso advertir que la preclusión opera frente a las partes, no frente al órgano judicial. Si las partes tienen un plazo para ofrecer prueba y aquél transcurre sin que se haya hecho uso de la posibilidad la misma se pierde, y el Juez dará al proceso el curso previsto por la ley atendido el principio de impulso de oficio; para las partes habrá precluido el derecho a ofrecer prueba.

Ahora bien, si al juez le concede la ley un plazo para dictar sentencia, por ejemplo, el transcurso del mismo sin que el juez la dicte, no puede suponer que precluya el deber del juez de dictarla. El incumplimiento de los plazos para el juez, o para cualquiera de las personas que integran el órgano jurisdiccional, no supone preclusión, sino causa de responsabilidad disciplinaria.

Podría decirse que precluye el derecho a realizar un acto procesal, no el deber de hacerlo, y de ahí lo que hemos dicho para el juez. Pero también cuando las partes tienen deber de realizar un acto, el transcurso del tiempo no supone preclusión. Si la parte ha de devolver los autos o algún documento, el transcurso del plazo no supone preclusión, sino corrección disciplinaria o incluso responsabilidad penal. A tener en cuenta que las partes en el proceso tienen muy pocos deberes y menos obligaciones; normalmente sobre ellas pesan cargas.

Dividido el procedimiento en fases rígidas destinadas a la realización de actos de contenido y forma predeterminados, y habida cuenta de la preclusión, aparece como necesario que las partes acumulen todos los medios de defensa de que dispongan en cada una de ellas. Es lo que se llama *principio de acumulación eventual* o de *eventualidad.*

Esta es la razón de que en el proceso civil el demandado tenga que incluir en la contestación de la demanda todo lo que pueda alegar frente a la pretensión, tanto de contenido procesal (excepciones procesales) como material (excepciones procesales). La alegación que no realice en ese momento no podrá ya hacerla en momento posterior.

La eventualidad da origen a contestaciones de demanda que pueden parecer ridículas. En Alemania es tópico aludir a ésta:

En primer término, no me has dado dinero alguno, «eso no es verdad».

En segundo término, «te ha sido devuelto hace ya un año».

En tercer término, «tú me aseguraste que me lo regalabas».

Y, por último, «ha prescrito ya», «y está pendiente el juramento».

En la práctica las contestaciones pueden ser, de hecho, mucho más ¿ridículas?, pues en el ejemplo alemán falta todo lo relativo a los presupuestos procesales, y antes de contestar sobre el fondo podría alegarse incompetencia del juez, que no procese esa clase de juicio, falta de capacidad o de legitimación, litispendencia, defecto legal en el modo de proponer la demanda, etc.

Naturalmente la eventualidad no se da sólo en las contestaciones de la demanda. En las demandas se dan también casos que parecen muy poco serios.

D) Secreto

Un procedimiento escrito conduce naturalmente al secreto de hecho, y ello a pesar de las disposiciones legales que ordenan la publicidad. El art. 139.4 de la Constitución, al establecer la publicidad de las actuaciones judiciales, tiene carácter general pero en la realidad un procedimiento escrito difícilmente llegará al público porque:

1.º) Todo el procedimiento consiste en que las partes presentan escritos en el juzgado o corte y en que el juez dicte los proveídos necesarios, y a estos trámites no puede tener acceso al público por razones prácticas evidentes; lo único que presenciaría es la entrega de escritos.

Desde el siglo XIII al XIX hasta el proceso civil se realizaba de modo secreto para el público, el cual no podía presenciar los pocos actos orales que en él se realizaban. La publicidad de los actos en el proceso civil se estableció en la mitad del siglo XIX pero en realidad ha podido hacerse efectiva como consecuencia de la escritura. Carece de sentido decir que un proceso escrito será público, porque de hecho no puede ser así.

2.º) Sin tener conocimiento de estos escritos, el presenciar la audiencia de prueba o una vista se convierte en algo ininteligible para el público, y de ahí que éste no asista nunca. Mientras en

la vista de un juicio oral penal suele ser frecuente la presencia del público, ello no ocurre jamás en una vista de apelación civil (cuando una persona se sienta en los bancos de una sala civil es por error, como demuestra que inmediatamente se levante y salga).

Si los actos procesales, individualmente considerados, son de hecho secretos para el público, nada impide que de ellos se dé conocimiento general por los medios de difusión. La publicación así en los medios escritos o hablados de la existencia de los actos procesales y del contenido de los mismos ha de considerarse en general permitida, con la única salvedad de que en el proceso correspondiente se haya decretado la realización a puerta cerrada o el secreto de las actuaciones.

LECTURAS RECOMENDADAS:

La distinción de los sistemas de libertad y legalidad de las formas procesales procede de CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código,* I, *Bue*nos Aires, 1962, trad. de Sentís. La cita de MONTESQUIEU en *L'esprit des lois,* VI, 2 y XXIX, 1. Puede verse JIMÉNEZ APARICIO, *Sobre el principio de legalidad procesal*, en Actualidad Jurídica Aranzadi, 22 de octubre de 1998.

Sobre el formalismo, SATTA, *El formalismo en el proceso,* en «Soliloquios y coloquios de un jurista», Buenos Aires, 1971, trad. de Sentís; CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto,* en «Saggi di diritto processuale civile», I, Roma, 1930 (existe traducción castellana).

La bibliografía sobre la oralidad es hoy desbordante. Citaremos sólo algunos trabajos en castellano: WACH, *Oralidad y escritura,* «Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana», Buenos Aires, 1951, trad. de Krotoschin; CHIOVENDA, buena parte de su obra monográfica está dedicada a este tema con propósito legislador y fue recogida en *los «Saggi» y «Nuovi saggi»* que están traducidos por Sentís con el título de *«Ensayos»;* CALAMANDREI, *Oralità nel processo,* en «Opere giuridiche», I, Napoli, 1965 (también traducido); el volumen *Processo oral,* Río de Janeiro, 1940, que recoge veintiocho trabajos. FAIREN, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso,* Valencia, 1988.

Sobre la concentración FIAREN, *Notas sobre el principio de concentración,* en «Estudios de derecho procesal», Madrid, 1955. ALCALA-ZAMORA, *Proceso oral y abogacía,* en «Estudios de teoría general e historia del proceso», II, México, 1974, pp. 17 y 19, es el autor que estima preferible hablar de proceso concentrado.

La distinción entre publicidad para las partes y publicidad general, por ejemplo, en CHIOVENDA, *Instituciones,* III, cit., p. 201. Correctamente FAIREN, *Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso,* en «Temas del Ordenamiento Procesal», I, Madrid, 1969.

Sobre el predominio del principio escrito en la LEC, *vid*. GOMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil, 1,* Madrid, 1976, p. 220.

Respecto de la preclusión hay que aludir a obras extranjeras. Más accesible, D'ONOFRIO, Sul concetto *di preclusione,* en los estudios en honor de Chiovenda citados, y ANDRIOLI, *Preclusione,* en Nouvo Digesto Italiano, tomo X. El ejemplo alemán de contestación a la demanda en GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil,* Barcelona, 1936, p. 85.

LIBRO V

CONCLUSIÓN

CAPÍTULO 13.º

LA CULMINACIÓN DE LA EVOLUCIÓN: EL DERECHO JURISDICCIONAL

El Derecho procesal como ciencia del proceso: A) La incoherencia doctrinal; B) La inhibición política.- El derecho jurisdicción como derecho del poder judicial: A) Derecho judicial denominación equívoca; B) Objeciones al derecho jurisdiccional

EL DERECHO PROCESAL COMO CIENCIA DEL PROCESO

Todavía hoy sigue siendo común en la doctrina definir el Derecho Procesal con referencia al proceso. Se afirma así –y por lo extendida no es precisa la cita de autores concretos- que el Derecho Procesal es, bien el conjunto de normas que regulan el proceso, bien la ciencia jurídica que atiende al estudio del proceso. Naturalmente en este tipo de conceptos el elemento a definir se ha desplazado, y lo fundamental en ellos es la consideración del proceso. Esto explica que, en buena parte de los manuales y tratados de nuestra disciplina, se empiece por el examen del proceso.

Naturalmente no hay diferencias entre hablar de Derecho Procesal o de Teoría del Proceso. Monroy Gálvez en su *Introducción al proceso civil* (Bogotá, 19996, p. 53) dice que no existe diferencia entre los conceptos Teoría del proceso y derecho procesal, siempre que se considere a éste como expresión de ciencia jurídica y no como un determinado ordenamiento procesal. Por ello define la Teoría del proceso como “el conjunto de conocimientos destinados a la comprensión de la disciplina jurídica que investiga la función de los órganos especializados del Estado, encargados de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, específicamente en lo referente al método utilizado para conducir el conflicto a su solución”. Añadiendo a continuación que dentro del derecho procesal hay tres categorías: proceso, jurisdicción y acción, aunque la tendencia más común es reconocer al proceso como objeto de estudio por excelencia de la teoría que lleva su nombre.

A pesar de lo anterior, la doctrina que sigue esta orientación se da inmediatamente cuenta de que otras realidades, aparte de la del proceso son reguladas por normas que ella misma califica de procesales, y, dando un salto en el vacío en su línea argumentativa, incluye dentro del derecho Procesal algo más que el proceso; esa algo más es la acción (y/o la pretensión) y sobre todo la jurisdicción, y por esta vía la organización judicial y todo lo relativo a los titulares de la jurisdicción. Con ello resulta que el derecho procesal no es ya el derecho del proceso, ni éste es el contenido único de aquél, pero la fuerza de la tradición es tal que la doctrina a que hacemos

referencia no llega a dar el paso final, no llega a percibir que estamos en los inicios de una nueva etapa en la evolución de esta rama de la ciencia jurídica.

A) La incoherencia doctrinal

Podríamos poner muchos ejemplos de autores de categoría internacional con los que demostrar la situación doctrina que estamos describiendo, pero por razones obvias vamos a limitarnos a dos, uno argentino y otro español, y nos centraremos en ellos, aparte de por sus méritos relevantes, porque sus obras, en la parte que aquí nos interesa, se refieren al derecho procesal en general.

El argentino es Eduardo B. Carlos, que en su *Introducción al derecho procesal* (Buenos Aires, 1959) afirma con claridad que el proceso es el objeto de conocimiento de esta ciencia, y la define como aquella que estudia el conjunto de normas jurídicas que regulan en proceso por cuyo medio el Estado, ejercitando la función jurisdiccional, asegura, declara y realiza el derecho. Pocas páginas más adelante se produce el salto en el vacío, cuando, al determinar al contenido del derecho procesal nos dice que éste se divide en tres partes fundamentales: la organización judicial, "cuyo estudio abarca la estructura del Poder Judicial y composición de los tribunales", el derecho probatorio y las leyes de procedimiento (p. 35), y todavía más adelante, al esquematizar los conceptos fundamentales del estudio científico del derecho procesal, sin perjuicio de insistir en que el proceso "singulariza y califica nuestra disciplina", incluirá la jurisdicción y la acción (pp. 115-123). Destaquemos que el salto en el vacío se produce cuando definido el derecho procesal de una forma determinada y establecido su objeto, el proceso, se incluyen después realidades no contenidas en la definición y más allá del objeto establecido.

El español es Leonardo Prieto-Castro que, en *Tratado de derecho procesal civil* (I, 2.ª edición, Pamplona, 1985), después de definir el proceso como actividad jurídicamente regulada y de afirmar que el derecho procesal es el que se refiere al proceso, incluye en la definición de aquél otras realidades aparte del proceso. En efecto, el derecho procesal en sentido objetivo es definido como "el conjunto de normas que regulan el proceso como medio para la finalidad de tutela del orden jurídico y la protección de los derechos subjetivos, intereses y situaciones, prescribiendo todo lo que afecta a la constitución, funcionamiento y gobierno interior de los órganos jurisdiccionales, a las condiciones de los sujetos que en él actúan y a los requisitos y efectos de los actos de unos y otros, constitutivos del procedimiento" (p. 73).

Una vez más en la definición se llega más allá de las bases sobre las que se asienta, pues si el derecho procesal es el derecho del proceso, y éste es actividad, cómo puede luego incluirse en aquél todo lo relativo a la constitución y gobierno interior de los tribunales, más aún, si se

centran las analogías entre el derecho procesal civil y el penal única y exclusivamente en el proceso, cómo puede luego afirmarse que el concepto de jurisdicción es el que da unidad teleológica a ambas manifestaciones procesales.

Creemos que estas faltas de coherencia interna responden a un planteamiento de lo que el derecho procesal fue en una etapa de su evolución, la de que el proceso era el concepto esencial en torno al que giraba todo lo demás. Esa etapa debe ser superada y el esfuerzo nos llevará al derecho jurisdiccional. Durante los últimos veinticinco años hemos insistido en el desarrollo de la evolución (desde *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, 1.ª edición, Madrid, 1976) y hemos publicado ocho ediciones de un manual titulado *Derecho Jurisdiccional*.

B) La inhibición política

La pretensión de que la disciplina se denomine Derecho jurisdiccional no es simplemente una cuestión terminológica, ni se trata de jugar a los cambios de nombres. Se aspira a que el contenido de la disciplina sea distinto y en ello hay un componente científico, pero también una manifestación política de profundo calado.

La asignatura universitaria se ha denominado derecho procesal durante el siglo XX prácticamente en todos los países, pero tiene gran importancia advertir cuándo se produjeron los cambios. El caso más sintomático es el de Italia. En este país se ha partido de la constatación de que en la realidad existía varios procesos y queriendo explicar científicamente este hecho se llegó a la conclusión de que la jurisdicción no era más que un presupuesto del proceso. El ejemplo más sintomático es el de Chiovenda en el que aparecen de modo muy claro dos componentes:

1.º) Científico: En su obra fundamental (*Principii d diritto processuale civile*, 3.ª edición, Napoli, 1923) se advierte que el proceso es el concepto básico, en torno al que gira todo el sistema, que se define como el conjunto de actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto), mediante los órganos de la jurisdicción, y que su plan para el estudio del derecho procesal partía de los conceptos de acción y de proceso, estudiando la jurisdicción en tanto que presupuesto procesal, esto es, como condición necesaria para que pueda constituirse la relación procesal. El derecho procesal constaba así de tres partes: la teoría de la acción, la teoría de los presupuestos del proceso, y la teoría del procedimiento.

2.º) Político: Lo más importante, con todo, es que la jurisdicción en sí misma considerada y las garantías externas de la función jurisdiccional y, entre ellas principalmente la independencia, no pertenecen al estudio del proceso ni del derecho procesal, de modo que el centrarse en el proceso supuso abandonar el estudio de todos los problemas inherentes al poder judicial.

La traducción en los planes de estudios de esta concepción llevó a que la vieja asignatura denominada *procedura civile e ordinamento giudiziario* pasara a ser en 1935 simplemente *procedura civile*, la cual se convirtió en *diritto processuale civile* en 1936. Los procesalistas italianos han bromeado sobre el cambio de sexo de su asignatura (de la *procedura* al *diritto*), pero han guardado silencio sobre lo más importante, sobre la supresión del *ordinamento giudiziario* producida precisamente en 1935. No han querido advertir que la fechas en que se producen los acontecimientos son siempre importantes para entenderlos, y que en 1935 lo que el legislador fascista pretendió fue que, primero, no hubiera una asignatura que explicara a los estudiantes el poder judicial y los integrantes del mismo y, segundo, que no hubiera una parte de la doctrina que estudiara científica y políticamente lo que era el poder judicial, el cual podía quedar reducido a mera administración de justicia.

El intento, pues, de que se pase del derecho procesal al derecho jurisdiccional no es una simple aspiración doctrina; tiene profundas connotaciones políticas, que veremos a continuación.

EL DERECHO JURISDICCIONAL COMO CIENCIA DEL PODER JUDICIAL

La evolución que explicamos en el Capítulo 1.º puso de manifiesto que los cambios de denominación experimentados –práctica forense, procedimientos judiciales y derecho procesal- no se han reducido a cuestiones terminológicas más o menos bizantinas, sino que respondieron a cambios sustanciales. De la misma manera cuando por nuestra parte pretendemos que del derecho procesal se pase al derecho jurisdiccional, no lo hacemos con el ánimo de cambiar sólo de palabras, sino porque creemos que la nueva denominación servirá para denotar un nuevo paso transcendente en esta rama de la ciencia jurídica.

Este paso está implícito ya en algunos autores de uno y otro lado del Océano, por lo que en realidad no estamos descubriendo nada radicalmente nuevo, nos limitamos a extraer las consecuencias de lo ya adelantado por parte de la doctrina. Cuando Calamandrei emprendió el estudio del derecho procesal desde el punto de vista del Estado que administra justicia, desde la potestad y la función jurisdiccional (*Instituciones de derecho procesal civil, según el nuevo Código*, I, Buenos Aires, 1962) o cuando Alsina inició su exposición por la función jurisdiccional del Estado y dijo que el derecho procesal comprende la organización del poder judicial, la competencia y la actuación del Juez y las partes en el proceso (*Tratado de derecho procesal civil*, I, Buenos Aires, 1941), o cuando en España la más reciente doctrina centra su concepto del derecho procesal en la jurisdicción, en todos estos casos y en muchos más que podrían citarse estaba implícitamente el paso que nosotros pretendemos dar expresamente.

En ocasiones se ha sostenido que el paso estaba ya dado por Fenech, pero esto no se corresponde con la realidad. Es cierto que Fenech había sostenido que la evolución ha consistido en un movimiento centrípeto, de la periferia al centro, de la apariencia a la esencia, pero para él la esencia es la actividad que se pretende realizar y que se realiza por medio del proceso y esa actividad en la actividad jurisdiccional, por lo que el derecho procesal se debería denominar Derecho de la actividad jurisdiccional o Derecho jurisdiccional. Es evidente que si nosotros sostenemos que la actividad jurisdiccional y el proceso son una misma cosa, tenemos que concluir que la opinión de Fenech no guarda relación con lo que estamos diciendo; para nosotros el derecho jurisdiccional no consiste en el derecho de la actividad jurisdiccional, sino en el derecho de la jurisdicción o del poder judicial, que es cosa muy diferente.

Fenech entendía determinaba el contenido del derecho jurisdiccional con base en un criterio negativo; el derecho público interno –decía- está integrado por un número limitado de disciplinas que tienen por objeto el estudio del Estado y sus funciones: 1) Derecho constitucional o político, 2) Derecho administrativo, y 3) Derecho procesal, constituyendo el objeto de este último lo referente a la función jurisdiccional del Estado que no sea objeto de otras disciplinas. Al derecho constitucional corresponde la jurisdicción en cuanto potestad soberana del estado; al derecho administrativo al régimen jurídico de las personas que ejercen la función jurisdiccional; y al procesal la actividad jurisdiccional que “da lugar a la existencia del proceso... jurisdiccional, caracterizándose e individualizándose este proceso porque mediante la serie de actos que lo integran se ejerce la función jurisdiccional, por ello se ha dicho acertadamente que el proceso es el instrumento de la actividad jurisdiccional.

Ante la incomprensión de buena parte de los que se han criticado la denominación de derecho jurisdiccional hay que insistir en que para Fenech era el derecho de la actividad jurisdiccional, mientras que para nosotros es el derecho del poder judicial o de la jurisdicción. Las palabras pueden ser las mismas, pero los contenidos no pueden ser más diferentes.

A) Derecho judicial denominación equívoca

Antes de seguir adelante es conveniente aludir al llamado derecho judicial, denominación con la que en ocasiones se ha pretendido titular la asignatura y disciplina y en varios países.

En España el origen de esta denominación se encuentra en Montejo (catedrático de finales del siglo XIX y principios del XX), para el cual el derecho del Estado lo integran el derecho político o constitucional y el derecho de la actividad; el primero contempla el aspecto estático, la estructura fundamental del Estado y, el segundo, el dinámico, por lo que a su vez divide en las diferentes ramas que se corresponden con los distintos poderes del estado. Aparece así el “derecho judicial,

rama del derecho que estudia el poder, la función y el procedimiento judicial, o bien la ciencia que partiendo de los principios de derecho político o constitucional trata de las funciones judiciales en su más amplio desarrollo". Rechazó la denominación de derecho procesal porque con ella se aludiría sólo a una parte del derecho judicial.

Dentro de esta orientación pueden citarse en España algunos otros catedráticos de antes de 1936, pero sobre todo es de interés la obra de Aguilera de Paz y Rives y Martí, los cuales publicaron dos volúmenes de un *Derecho judicial español* (I, Madrid, 1920, y II, Madrid, 1923), el primero estudiando el poder judicial y su organización y el segundo dedicado al procedimiento judicial, en el que destaca sobre todo el tratamiento conjunto de los procedimientos civiles y penales.

En Italia se produjeron varias obras importantes con la denominación de *diritto giudiziario* (Pescatore, Gargiulo, Manfredini), pero especial debe destacarse el *Trattato di diritto giudiazio civile* de Mattirolo (Torino, 1875), obra que fue traducida al español (por Ovejero, Bernaldo de Quirós y López Rey, Madrid, 1930-1936, no llegando a aparecer el tomo V). Para el ilustre profesor de Torino la totalidad de las normas que regulan y gobiernan los juicios llámase derecho judicial, el cual consta de tres partes: 1) De la organización judicial, que determina quienes son las personas que administran justicia, 2) Del derecho probatorio, que prescribe cuáles son los medios para buscar y demostrar la verdad jurídica en el juicio, y 3) Del procedimiento, que señala el método por el cual el juicio se inicia, se desarrolla y se realiza.

También en Francia, aunque en época más reciente, se ha hablado de *droit judiciaire* frente a la denominación tradicional de *procédure*. Para Morel el término *procédure*, en sentido estricto, comprende el conjunto de reglas siguiendo las cuales los tribunales deben administrar justicia en nombre del Estado, y en particular instruir y juzgar los litigios; la *procédure*, la organización judicial y la competencia y la teoría de las *actions en justice*, constituyen las tres ramas de una disciplina que podría denominarse *droit judiciaire* (*Traité élémentaire de procédure civile*, 2.ª edición, Paris, 1949). El paso siguiente lo dieron Solus y Perrot que llevaron la denominación de Morel al título general de su obra, y que definen el *droit judiciaire privé* como "el conjunto de reglas que gobiernan la organización y el funcionamiento de la justicia para asegurar a los particulares la efectividad y la sanción de sus derechos subjetivos en materia de derecho privado", juzgando preferible esta expresión a la de *droit processuel*, por considerar que esta última, al referirse únicamente al proceso, no comprende la totalidad de la rama del derecho en la que, además del proceso, deben estudiarse también la organización y los poderes de la autoridad que ejerce la función jurisdiccional (*Droit judiciaire privé*, Paris, 1961).

Como advertía Alcalá-Zamora el derecho judicial puede tener en nuestra lengua dos acepciones: 1) Como rama que se ocupa de la organización judicial más que del proceso, es

decir, que contempla en mayor medida el juez, en sentido orgánico y estático, que el juicio, en sentido dinámico o procesal (y en esta acepción se ha usado en algunas obras españolas), y 2) Como la modalidad del derecho consuetudinario producida al administrar justicia, y así la usaba De Diego (*Derecho judicial*, Madrid, 1942).

Como hoy puede dar lugar a confusión el hablar de derecho judicial y como con esa denominación no se está destacando lo suficiente que importa, sí, la organización judicial, pero sobre todo la potestad jurisdiccional o, mejor, la parte del poder político que es el judicial, preferimos hablar de derecho jurisdiccional.

B) Objeciones al derecho jurisdiccional

La propuesta que estamos haciendo de que la asignatura universitaria y la disciplina se denomine derecho jurisdiccional ha encontrado algunas objeciones en la doctrina; unas son anteriores y otras posteriores.

Para Couture la denominación genérica de derecho jurisdiccional tiene sobre derecho procesal la ventaja de abarcar no sólo el proceso, sino también la organización de los tribunales y el estudio de la condición jurídica de sus agentes, pero es al mismo tiempo insuficiente porque –decía- los procedimientos de la llamada jurisdicción voluntaria no quedan comprendidos en la función jurisdiccional pero sí en la procesal. Se incurría así por el prestigioso autor uruguayo en una grave confusión sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria.

Debe tenerse en cuenta que no todos los asuntos que componen la llamada jurisdicción voluntaria están atribuidos al conocimiento de los jueces, pero, sobre todo, que la misma no es tal jurisdicción ni implica actividad procesal, aunque tenga un procedimiento, ni siquiera cuando se atribuye a los órganos jurisdiccionales. Recuérdese que ya Alcalá-Zamora decía que la jurisdicción voluntaria no era ni jurisdicción ni voluntaria, y que hemos dicho antes que los llamados "procesos no contenciosos" no son verdaderos procesos, pues en ellos no hay contienda entre parte, por lo que algunos ellos pueden ser confiados a la competencia de los notarios, como ya ha ocurrido en muchos países.

Tampoco es válida la segunda de las objeciones de Couture. La existencia de actividades jurisdiccionales no encomendadas al poder judicial, sino al legislativo y a otros poderes del poder público, obligaría –decía- a que la ciencia denominada derecho jurisdiccional abarcara "desde las funciones jurisdiccionales del Parlamento hasta la de

esos órganos específicos de la jurisdicción". Esta objeción es sólo circunstancial y no tiene sentido en los países cuyas constituciones proclaman el principio de exclusividad, pues en ellos la jurisdicción es potestad exclusiva de los juzgados y cortes.

Para Alcalá-Zamora tres objeciones pueden oponerse a la denominación de derecho jurisdiccional:

1.ª) Consiste en que la jurisdicción, desde el punto de vista estático, es decir, como emanación o atributo de la soberanía del Estado, pertenece al derecho constitucional o político, mientras que el derecho procesal la estudiaría desde el punto de vista dinámico, es decir, en el campo en que actúa, en el proceso, dando por supuesta la correlación entre jurisdicción y proceso. Que esta opinión no es la dominante en la actualidad se advierte sólo con examinar la mayoría de los manuales y obras generales de derecho procesal, en casi todos los cuales hay un examen detallado de la jurisdicción como emanación de la soberanía.

Es cierto que todas las ramas del Derecho tienen en el constitucional *ses têtes de chapitres* y el derecho procesal no puede ser una excepción, pero ello no puede llevarnos a la conclusión de que todo lo relativo a la jurisdicción corresponde al derecho jurisdiccional, porque siguiendo con este argumento y llevándolo a su consecuencia, también la propiedad, la familia, el régimen fiscal e incluso el proceso, serían objeto de ese tronco común que es el derecho constitucional, al tener ese rango sus principios fundamentales. Para nosotros tanto la jurisdicción como el proceso deben tener sus principios básicos asentados en la Constitución, pero a partir de ellos debe iniciarse el derecho jurisdiccional.

2.ª) Se ha dicho también que el régimen jurídico de las personas que ejercen la función jurisdiccional, la organización interna de los tribunales, pertenecen al derecho administrativo, para lo que implícita o expresamente se parte de la consideración del Juez como funcionario administrativo y de los órganos jurisdiccionales como un componente más del esquema de la organización administrativa del Estado. Esta concepción ofrece gravísimos peligros y responde a una concepción en la que no existe poder judicial y no se cree en la independencia judicial.

3.ª) Se refiere también Alcalá-Zamora, defendiendo la denominación de derecho procesal, a que "tanto las exposiciones doctrinales como los ordenamientos positivos correspondientes se ocupan muchísimo más del proceso que de la jurisdicción". El argumento no es convincente, pues admitiendo que las normas sobre el proceso sean más

en cantidad que las relativas a la jurisdicción, la importancia de las instituciones políticas y jurídicas no puede ser algo que mida por cantidad de artículos.

El arraigo de una denominación no puede ser argumento decisivo para impedir el cambio. Es curioso resaltar que los mismos que consiguieron pasar de los procedimientos judiciales al derecho procesal, cambiando una denominación arraigada, se opongan ahora a otro cambio alegando la tradición, tradición que ellos en su momento no respetaron. Como tantas veces ocurre en todos los órdenes de la vida la "revolución" no es admisible cuando la hacen los demás.

Todavía puede aludirse a algunas objeciones que se han hecho a la denominación de derecho jurisdiccional, especialmente la que ha pretendido que bajo la misma subyace un manifiesto disimulado autoritarismo que magnifica la presencia estatal en detrimento del derecho de los justiciables, por lo que es preferible la neutralidad de la palabra proceso y de su derivada procesal.

En esta objeción existe un claro desconocimiento de lo pretendido con el cambio de denominación. El cambio de nombre propuesto no es una simple variación terminológica, sino que responde a algo más profundo, a una distinta manera de concebir las relaciones entre los poderes del Estado y los derechos del ciudadano frente a uno de esos poderes, el Judicial, y precisamente de manera totalmente contraria al sugerido por algunos críticos. Se trata de que:

1.º) Desde el punto de vista político no puede seguir manteniéndose que la administración de justicia sea una parte de la Administración pública y, por tanto, confiada al Poder Ejecutivo. Hay que reivindicar la existencia de un verdadero poder judicial, titular de poder político en el Estado.

2.º) En ese mismo orden de cosas hay que acabar con la funesta idea del juez funcionario, incardinado en una carrera, en un escalafón, del que dispone el detentador del poder político, tanto en su ingreso como en su mantenimiento en el ejercicio de la función. Si el poder judicial tiene que ser un verdadero poder, los titulares del mismo no pueden ser meros funcionarios. La independencia, en tanto que nota diferenciadora del estatuto personal de los jueces, debe ser defendida en la teoría si se quiere verla en la práctica.

3.º) Siempre desde una visión política debe atenderse al conjunto de la organización judicial; ésta no puede seguir siendo algo meramente administrativo que decida un oscuro covachuelista del Ministerio de Justicia. La adecuación de esa organización judicial a las

necesidades de la realidad no es un problema meramente técnico, de administración, sino que debe resolverse desde la toma de decisiones políticas.

4.º) La manera de conformar los estatutos de las diferentes personas que auxilian y colaboran con los jueces y magistrados en el ejercicio por éstos de la potestad jurisdiccional, tampoco puede seguir considerándose una cuestión técnico-administrativa, ni mucho menos algo exclusivamente profesional. Lo que el secretario judicial deba ser, por ejemplo, no es un mero detalle técnico. La naturaleza y funciones del Ministerio fiscal, otro ejemplo, responden a una concepción política mucho más general.

5.º) Los derechos del ciudadano ante el Poder Judicial no puede reducirse a una discusión teórica entre los partidarios de las teorías concretas y los partidarios de las teorías abstractas sobre la acción, sino que debe reconducirse a la concepción general de que ya no hay súbditos que se enfrentan al poder como subordinados, sino ciudadanos que exigen del poder el respeto de sus derechos, en cuanto es el poder el que debe estar al servicio de los ciudadanos y no al revés.

6.º) El proceso, por fin, sólo puede tener sentido sí se le concibe como instrumento del titular de la potestad jurisdiccional para cumplir su función y como instrumento del ciudadano para exigir la efectividad de sus derechos. La visión del proceso en sí mismo considerado, como algo que se autoexplica sin salir del mismo, no puede seguir manteniéndose. El proceso no puede ser más un fin en sí mismo; es sólo un medio.

La concepción que se deriva de estos postulados es la que está en la base del cambio de denominación y, como es manifiesto se trata, en resumen, de:

a) Concebir al poder judicial como un verdadero poder en el Estado.

b) Asumir que no existen súbditos, sino ciudadanos que tienen derechos frente a ese poder judicial.

LIBRO V

CONCLUSIÓN

CAPÍTULO 13.º

LA CULMINACIÓN DE LA EVOLUCIÓN: EL DERECHO JURISDICCIONAL

El Derecho procesal como ciencia del proceso.

EL DERECHO PROCESAL COMO CIENCIA DEL PROCESO

Todavía hoy sigue siendo común en la doctrina definir el Derecho Procesal con referencia al proceso. Se afirma así –y por lo extendida no es precisa la cita de autores concretos- que el Derecho Procesal es, bien el conjunto de normas que regulan el proceso, bien la ciencia jurídica que atiende al estudio del proceso. Naturalmente en este tipo de conceptos el elemento a definir se ha desplazado, y lo fundamental en ellos es la consideración del proceso. Esto explica que, en buena parte de los manuales y tratados de nuestra disciplina, se empiece por el examen del proceso.

Naturalmente no hay diferencias entre hablar de Derecho Procesal o de Teoría del Proceso. Monroy Gálvez en su *Introducción al proceso civil* (Bogotá, 19996, p. 53) dice que no existe diferencia entre los conceptos Teoría del proceso y derecho procesal, siempre que se considere a éste como expresión de ciencia jurídica y no como un determinado ordenamiento procesal. Por ello define la Teoría del proceso como "el conjunto de conocimientos destinados a la comprensión de la disciplina jurídica que investiga la función de los órganos especializados del Estado, encargados de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, específicamente en lo referente al método utilizado para conducir el conflicto a su solución". Añadiendo a continuación que dentro del derecho procesal hay tres categorías: proceso, jurisdicción y acción, aunque la tendencia más común es reconocer al proceso como objeto de estudio por excelencia de la teoría que lleva su nombre.

A pesar de lo anterior, la doctrina que sigue esta orientación se da inmediatamente cuenta de que otras realidades, aparte de la del proceso son reguladas por normas que ella misma califica de procesales, y, dando un salto en el vacío en su línea argumentativa, incluye dentro del derecho Procesal algo más que el proceso; esa algo más es la acción (y/o la pretensión) y sobre todo la jurisdicción, y por esta vía la organización judicial y todo lo relativo a los titulares de la jurisdicción. Con ello resulta que el derecho procesal no es ya el derecho del proceso, ni éste es el contenido único de aquél, pero la fuerza de la tradición es tal que la doctrina a que hacemos referencia no llega a dar el paso final, no llega a percibir que estamos en los inicios de una nueva etapa en la evolución de esta rama de la ciencia jurídica.

C) La incoherencia doctrinal

Podríamos poner muchos ejemplos de autores de categoría internacional con los que demostrar la situación doctrina que estamos describiendo, pero por razones obvias vamos a limitarnos a dos, uno argentino y otro español, y nos centraremos en ellos, aparte de por sus méritos relevantes, porque sus obras, en la parte que aquí nos interesa, se refieren al derecho procesal en general.

El argentino es Eduardo B. Carlos, que en su *Introducción al derecho procesal* (Buenos Aires, 1959) afirma con claridad que el proceso es el objeto de conocimiento de esta ciencia, y la define como aquella que estudia el conjunto de normas jurídicas que regulan en proceso por cuyo medio el Estado, ejercitando la función jurisdiccional, asegura, declara y realiza el derecho. Pocas páginas más adelante se produce el salto en el vacío, cuando, al determinar al contenido del derecho procesal nos dice que éste se divide en tres partes fundamentales: la organización judicial, "cuyo estudio abarca la estructura del Poder Judicial y composición de los tribunales", el derecho probatorio y las leyes de procedimiento (p. 35), y todavía más adelante, al esquematizar los conceptos fundamentales del estudio científico del derecho procesal, sin perjuicio de insistir en que el proceso "singulariza y califica nuestra disciplina", incluirá la jurisdicción y la acción (pp. 115-123). Destaquemos que el salto en el vacío se produce cuando definido el derecho procesal de una forma determinada y establecido su objeto, el proceso, se incluyen después realidades no contenidas en la definición y más allá del objeto establecido.

El español es Leonardo Prieto-Castro que, en *Tratado de derecho procesal civil* (I, 2.ª edición, Pamplona, 1985), después de definir el proceso como actividad jurídicamente regulada y de afirmar que el derecho procesal es el que se refiere al proceso, incluye en la definición de aquél otras realidades aparte del proceso. En efecto, el derecho procesal en sentido objetivo es definido como "el conjunto de normas que regulan el proceso como medio para la finalidad de tutela del orden jurídico y la protección de los derechos subjetivos, intereses y situaciones, prescribiendo todo lo que afecta a la constitución, funcionamiento y gobierno interior de los órganos jurisdiccionales, a las condiciones de los sujetos que en él actúan y a los requisitos y efectos de los actos de unos y otros, constitutivos del procedimiento" (p. 73).

Una vez más en la definición se llega más allá de las bases sobre las que se asienta, pues si el derecho procesal es el derecho del proceso, y éste es actividad, cómo puede luego incluirse en aquél todo lo relativo a la constitución y gobierno interior de los tribunales, más aún, si se centran las analogías entre el derecho procesal civil y el penal única y exclusivamente en el proceso, cómo puede luego afirmarse que el concepto de jurisdicción es el que da unidad teleológica a ambas manifestaciones procesales.

Creemos que estas faltas de coherencia interna responden a un planteamiento de lo que el derecho procesal fue en una etapa de su evolución, la de que el proceso era el concepto esencial en torno al que giraba todo lo demás. Esa etapa debe ser superada y el esfuerzo nos llevará al derecho jurisdiccional. Durante los últimos veinticinco años hemos insistido en el desarrollo de la evolución (desde *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, 1.ª edición, Madrid, 1976) y hemos publicado ocho ediciones de un manual titulado *Derecho Jurisdiccional*.

D) La inhibición política

La pretensión de que la disciplina se denomine Derecho jurisdiccional no es simplemente una cuestión terminológica, ni se trata de jugar a los cambios de nombres. Se aspira a que el contenido de la disciplina sea distinto y en ello hay un componente científico, pero también una manifestación política de profundo calado.

La asignatura universitaria se ha denominado derecho procesal durante el siglo XX prácticamente en todos los países, pero tiene gran importancia advertir cuándo se produjeron los cambios. El caso más sintomático es el de Italia. En este país se ha partido de la constatación de que en la realidad existía varios procesos y queriendo explicar científicamente este hecho se llegó a la conclusión de que la jurisdicción no era más que un presupuesto del proceso. El ejemplo más sintomático es el de Chiovenda en el que aparecen de modo muy claro dos componentes:

1.º) Científico: En su obra fundamental (*Principii d diritto processuale civile*, 3.ª edición, Napoli, 1923) se advierte que el proceso es el concepto básico, en torno al que gira todo el sistema, que se define como el conjunto de actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto), mediante los órganos de la jurisdicción, y que su plan para el estudio del derecho procesal partía de los conceptos de acción y de proceso, estudiando la jurisdicción en tanto que presupuesto procesal, esto es, como condición necesaria para que pueda constituirse la relación procesal. El derecho procesal constaba así de tres partes: la teoría de la acción, la teoría de los presupuestos del proceso, y la teoría del procedimiento.

2.º) Político: Lo más importante, con todo, es que la jurisdicción en sí misma considerada y las garantías externas de la función jurisdiccional y, entre ellas principalmente la independencia, no pertenecen al estudio del proceso ni del derecho procesal, de modo que el centrarse en el proceso supuso abandonar el estudio de todos los problemas inherentes al poder judicial.

La traducción en los planes de estudios de esta concepción llevó a que la vieja asignatura denominada *procedura civile e ordinamento giudiziario* pasara a ser en 1935 simplemente *procedura civile*, la cual se convirtió en *diritto processuale civile* en 1936. Los procesalistas

italianos han bromeado sobre el cambio de sexo de su asignatura (de la *procedura* al *diritto*), pero han guardado silencio sobre lo más importante, sobre la supresión del *ordinamente giudiziario* producida precisamente en 1935. No han querido advertir que la fechas en que se producen los acontecimientos son siempre importantes para entenderlos, y que en 1935 lo que el legislador fascista pretendió fue que, primero, no hubiera una asignatura que explicara a los estudiantes el poder judicial y los integrantes del mismo y, segundo, que no hubiera una parte de la doctrina que estudiara científica y políticamente lo que era el poder judicial, el cual podía quedar reducido a mera administración de justicia.

El intento, pues, de que se pase del derecho procesal al derecho jurisdiccional no es una simple aspiración doctrina; tiene profundas connotaciones políticas, que veremos a continuación.

EL DERECHO JURISDICCIONAL COMO CIENCIA DEL PODER JUDICIAL

La evolución que explicamos en el Capítulo 1.º puso de manifiesto que los cambios de denominación experimentados –práctica forense, procedimientos judiciales y derecho procesal- no se han reducido a cuestiones terminológicas más o menos bizantinas, sino que respondieron a cambios sustanciales. De la misma manera cuando por nuestra parte pretendemos que del derecho procesal se pase al derecho jurisdiccional, no lo hacemos con el ánimo de cambiar sólo de palabras, sino porque creemos que la nueva denominación servirá para denotar un nuevo paso transcendente en esta rama de la ciencia jurídica.

Este paso está implícito ya en algunos autores de uno y otro lado del Océano, por lo que en realidad no estamos descubriendo nada radicalmente nuevo, nos limitamos a extraer las consecuencias de lo ya adelantado por parte de la doctrina. Cuando Calamandrei emprendió el estudio del derecho procesal desde el punto de vista del Estado que administra justicia, desde la potestad y la función jurisdiccional (*Instituciones de derecho procesal civil, según el nuevo Código*, I, Buenos Aires, 1962) o cuando Alsina inició su exposición por la función jurisdiccional del Estado y dijo que el derecho procesal comprende la organización del poder judicial, la competencia y la actuación del Juez y las partes en el proceso (*Tratado de derecho procesal civil*, I, Buenos Aires, 1941), o cuando en España la más reciente doctrina centra su concepto del derecho procesal en la jurisdicción, en todos estos casos y en muchos más que podrían citarse estaba implícitamente el paso que nosotros pretendemos dar expresamente.

En ocasiones se ha sostenido que el paso estaba ya dado por Fenech, pero esto no se corresponde con la realidad. Es cierto que Fenech había sostenido que la evolución ha consistido en un movimiento centrípeto, de la periferia al centro, de la apariencia a la esencia, pero para él la esencia es la actividad que se pretende realizar y que se realiza por medio del proceso y esa

actividad en la actividad jurisdiccional, por lo que el derecho procesal se debería denominar Derecho de la actividad jurisdiccional o Derecho jurisdiccional. Es evidente que si nosotros sostenemos que la actividad jurisdiccional y el proceso son una misma cosa, tenemos que concluir que la opinión de Fenech no guarda relación con lo que estamos diciendo; para nosotros el derecho jurisdiccional no consiste en el derecho de la actividad jurisdiccional, sino en el derecho de la jurisdicción o del poder judicial, que es cosa muy diferente.

Fenech entendía determinaba el contenido del derecho jurisdiccional con base en un criterio negativo; el derecho público interno –decía- está integrado por un número limitado de disciplinas que tienen por objeto el estudio del Estado y sus funciones: 1) Derecho constitucional o político, 2) Derecho administrativo, y 3) Derecho procesal, constituyendo el objeto de este último lo referente a la función jurisdiccional del Estado que no sea objeto de otras disciplinas. Al derecho constitucional corresponde la jurisdicción en cuanto potestad soberana del estado; al derecho administrativo al régimen jurídico de las personas que ejercen la función jurisdiccional; y al procesal la actividad jurisdiccional que "da lugar a la existencia del proceso... jurisdiccional, caracterizándose e individualizándose este proceso porque mediante la serie de actos que lo integran se ejerce la función jurisdiccional, por ello se ha dicho acertadamente que el proceso es el instrumento de la actividad jurisdiccional.

Ante la incomprensión de buena parte de los que se han criticado la denominación de derecho jurisdiccional hay que insistir en que para Fenech era el derecho de la actividad jurisdiccional, mientras que para nosotros es el derecho del poder judicial o de la jurisdicción. Las palabras pueden ser las mismas, pero los contenidos no pueden ser más diferentes.

B) Derecho judicial denominación equívoca

Antes de seguir adelante es conveniente aludir al llamado derecho judicial, denominación con la que en ocasiones se ha pretendido titular la asignatura y disciplina y en varios países.

En España el origen de esta denominación se encuentra en Montejo (catedrático de finales del siglo XIX y principios del XX), para el cual el derecho del Estado lo integran el derecho político o constitucional y el derecho de la actividad; el primero contempla el aspecto estático, la estructura fundamental del Estado y, el segundo, el dinámico, por lo que a su vez divide en las diferentes ramas que se corresponden con los distintos poderes del estado. Aparece así el "derecho judicial, rama del derecho que estudia el poder, la función y el procedimiento judicial, o bien la ciencia que partiendo de los principios de derecho político o constitucional trata de las funciones judiciales en su más amplio desarrollo". Rechazó la denominación de derecho procesal porque con ella se aludiría sólo a una parte del derecho judicial.

Dentro de esta orientación pueden citarse en España algunos otros catedráticos de antes de 1936, pero sobre todo es de interés la obra de Aguilera de Paz y Rives y Martí, los cuales publicaron dos volúmenes de un *Derecho judicial español* (I, Madrid, 1920, y II, Madrid, 1923), el primero estudiando el poder judicial y su organización y el segundo dedicado al procedimiento judicial, en el que destaca sobre todo el tratamiento conjunto de los procedimientos civiles y penales.

En Italia se produjeron varias obras importantes con la denominación de *diritto giudiziario* (Pescatore, Gargiulo, Mandredini), pero especial debe destacarse el *Trattato di diritto giudiazio civile* de Mattirolo (Torino, 1875), obra que fue traducida al español (por Ovejero, Bernaldo de Quirós y López Rey, Madrid, 1930-1936, no llegando a aparecer el tomo V). Para el ilustre profesor de Torino la totalidad de las normas que regulan y gobiernan los juicios llámase derecho judicial, el cual consta de tres partes: 1) De la organización judicial, que determina quienes son las personas que administran justicia, 2) Del derecho probatorio, que prescribe cuáles son los medios para buscar y demostrar la verdad jurídica en el juicio, y 3) Del procedimiento, que señala el método por el cual el juicio se inicia, se desarrolla y se realiza.

También en Francia, aunque en época más reciente, se ha hablado de *droit judiciaire* frente a la denominación tradicional de *procédure*.

LECTURAS RECOMENDADAS

CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, en “Ensayos de derecho procesal”, I, Buenos Aires, 1949; SERRA, *Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción*, en “Estudios de derecho procesal”, Barcelona, 1969; DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, 1980; ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en “Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)”, I, México, 1974; PLUGLIESE, *Azione (diritto romano)*, en Novissimo Digesto Italiano, III, Torino, 1958; SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, I, 2.ª edición, Madrid, s.f.; WINDSCHEID y MUTHER, *Polémica sobre la acción*, Buenos Aires, 1974; WACH, *La pretensión de declaración*, Buenos Aires, 1962; CALAMANDREI, *La relatività del concetto d’azione*, en “Opere Giuridiche”, I, Napoli, 1965; GUASP, *La pretensión procesal*, Madrid, 1981; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1951.