

SÍNTESIS DE DERECHO PROCESAL CIVIL ESPAÑOL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los principios y reglas configuradoras*. III. *Los elementos de la relación procesal*. IV. *El proceso de declaración*. V. *El proceso de ejecución*. VI. *El proceso cautelar*. VII. *Los procesos especiales*. VIII. *Bibliografía seleccionada*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *La evolución legislativa*

a. *Las Siete Partidas y el proceso ordinario*

Entre 1256 y 1263 o 1265, según la opinión más generalizada, se realiza en España o, mejor, en el reino de Castilla, un cuerpo legal denominado oficialmente *Libro de las Leyes* aunque acabó siendo conocido como las *Partidas* o las *Siete Partidas*. Se trata, sin duda, del monumento jurídico más importante de nuestra historia, no superado hasta ahora ni siquiera por la codificación. En el mismo, la *Partida* III se dedica al proceso civil.

a) Con carácter general las notas esenciales de las *Partidas* son:

- 1a.) Se trata de una obra con fuerte contenido doctrinal, como se pone de manifiesto en su estilo que es claramente “justificador”, en cuanto no sólo se ordena sino que se explica el por qué del mandato, con lo que cabe hablar de un sentido “docente”.
- 2a.) Atendido el momento de su redacción y su finalidad, su base sólo podía ser la recepción del *ius commune*, y así las *Partidas* no son una recopilación de las normas dictadas por el rey y de las costumbres del reino de Castilla en el siglo XIII, sino que se trata de algo ajeno al derecho castellano.

- 3a.) La obra alcanzó una gran difusión entre la nueva clase de juristas profesionales que se estaba formando, pero provocó el rechazo del ciudadano, hasta el extremo de que Alfonso X no promulgó como ley su obra. Ahora bien, el prestigio de ésta entre los juristas condujo a su aplicación inmediata por los tribunales y, luego, el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348 y las *Leyes de Toro* de 1505 la consideran fuente supletoria.
 - 4a.) A lo largo de los siglos XIV a XVIII las *Partidas* fueron convirtiéndose de hecho en la primera fuente, hasta el extremo de que la legislación posterior tendió, bien a completar sus lagunas, bien a desarrollar sus disposiciones, con lo que en el inicio del siglo XIX las fuentes básicas eran la *Novísima Recopilación* de 1805 y las *Partidas* del siglo XIII.
- b) Con relación al proceso civil, la *Partida* III se caracteriza fundamentalmente por:
- 1o.) Sus autores fueron o bien italianos (como el maestro Jacobo de las Leyes) o bien españoles que habían estudiado en Italia (como Fernando Martínez de Zamora).
 - 2o.) Su regulación se centra en el *solemnis ordo iudiciarius*, con la concepción de que las partes son los "señores de los pleitos" (títulos III y VI, 8, por ejemplo), y de ahí su sistemática que se inicia con el estudio de las partes (*demandador* y *demandado*, títulos II y III), siguiendo el del juez (título IV), para referirse después a los *personeros* o procuradores (título V) y a los *boceros* o abogados (título VI).
 - 3o.) Pero lo principal es que el proceso ordinario atendía a la idea base de que las partes disponían con toda amplitud de los medios de ataque y defensa que consideraran oportunos, planteando sin limitaciones el litigio que las separa, porque se trataba de acabar para siempre con dicho litigio; de ahí que la sentencia que se dictara debía producir los efectos de cosa juzgada material, no siendo posible otro proceso posterior. En el derecho común, lo anterior iba unido a la creencia de que ese proceso necesitaba un procedimiento complicado, lento y formalista y, por tanto, originador de un elevado coste, pues se trataba de ofrecer a las partes las mayores posibilidades

para su defensa. El proceso era así de una gran duración y coste, y naturalmente con procedimiento escrito.

Las *Partidas* marcan el inicio de una evolución que llegará hasta principios del siglo XIX. Durante esos siglos se dictaron infinidad de disposiciones por lo que periódicamente se hizo necesario acudir a la realización de recopilaciones, en las que suele dedicarse uno de los libros al proceso civil. No cabe referirse aquí, por razones obvias, a disposiciones concretas pero sí señalar que las recopilaciones fueron el *Ordenamiento de Díaz de Montalvo* (1484), el *Libro de bulas y pragmáticas de Ramírez* (1503), la *Nueva Recopilación* (1567) y la *Novísima Recopilación* (1805), en todas las cuales el sistema procesal civil de la *Partida* III se ve reforzado; se sigue estando ante el proceso ordinario escrito en el que se van aumentando las complicaciones, plazos y coste.

b. Los juicios plenarios rápidos mercantiles

La ineficacia de un proceso como el ordinario para hacer frente a las necesidades diarias obligó, tanto en el ámbito del derecho canónico, como en el del derecho civil, a crear un nuevo tipo procesal que, sin dejar de ser ordinario y plenario, significara reducir el tiempo y el dinero; este nuevo tipo es el llamado proceso plenario rápido. En el derecho canónico el hito fundamental lo representan la *Saepe contingit* (1306) de Clemente V (en C. 2, Clem. V, II) y en menor medida la *Dispendiosam* (1311) del mismo Papa y referida a la apelación (C. 2, Clem. II, II), y en el derecho civil las reformas provienen de los estatutos de las ciudades mercantiles italianas.

Los principios fundamentales de este tipo de proceso eran: supresión de formalidades superfluas y concesión de facultades al juez para repelerlas, convirtiéndolo en el director del proceso, pudiendo, por ejemplo, rechazar testigos cuando su número era excesivo por constituir su testimonio mera reiteración; suavización del principio de preclusión en aras de la elasticidad, limitación o supresión de las apelaciones independientes de resoluciones interlocutorias, acortamiento de los plazos y predominio de la oralidad.

En España, el primer paso en este nuevo sistema se dio en el reino de Aragón. En las *Ordenanzas de la antigua forma judicial del Consulado del Mar* (para Valencia en 1283, Palma de Mallorca en 1343 y Barcelona en 1347) resuenan los ecos de la *Saepe contingit*,

diciéndose que los cónsules debían decidir los juicios *breument, sumaria, è de pla, sens brugit, è figura de juy, sola facti veritate attenta*.

En el reino de Castilla el paso sería posterior. En 1484 los Reyes Católicos conceden jurisdicción al prior y cónsules de la universidad de mercaderes de Burgos, para que conozcan de los pleitos entre éstos, *para que lo libren e determinen breve y sumariamente, según estilo de mercaderes, sin dar luengas nin dilaciones nin plazos de abogados*.

A partir de aquí se inicia una compleja evolución con la creación de consulados en distintas ciudades y el otorgamiento de ordenanzas. Las que mayor influencia y ámbito de aplicación lograron fueron, sin duda, las de Bilbao de 1737. Con el fin de que los pleitos se determinen *breve y sumariamente, la verdad sabida y la buena fe guardada por estilo de mercaderes, sin dar lugar a dilaciones, libelos ni escritos de abogados*, se regula un proceso en el que había de preceder el intento de conciliación y, fracasada ésta, podía formularse la demanda por escrito que daba lugar a un proceso plenario rápido, del que es evidente su parentesco con las *Ordenanzas del Consulado del Mar* y con las *Saepe contingit y Dispendiosam*.

El proceso mercantil era descrito así por Hevia de Bolaños: la demanda no tenía forma determinada, debiendo contener sólo la narración del hecho; seguía la citación del demandado, recibándose el pleito a prueba; en ésta desaparecen la mayor parte de las reglas legales de valoración; no era necesario hacer conclusión de la causa ni se daba plazo para alegar en derecho, pero sí había de citarse a las partes para sentencia. Ésta debía dictarla el prior y cónsules y, "consistiendo la causa en derecho incierto", debían tomar consejo de letrado asesor. Dentro de los cinco días desde la notificación cabía apelación (que no se daba contra las resoluciones interlocutorias, aunque sí contra los autos que pusieran fin al pleito) ante el corregidor y dos mercaderes (colegas), y en ella se admitían sólo dos escritos, uno del apelante en que se hacía exposición de agravios, y otro del apelado contestando. Si la sentencia era confirmada no cabía ya recurso alguno; si se revocaba en todo o en parte, cabía nueva apelación o súplica ante el mismo corregidor y dos nuevos mercaderes (recolegas), y contra la sentencia que éstos dictaran no cabía ya recurso alguno.

Este es el proceso que, con variantes de escasa importancia, se utilizaba en todos los consulados de comercio. En este estado llegó al inicio del siglo XIX e inspirará la *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio* de 1830.

c. La codificación de los dos sistemas

El siglo XIX comienza con los dos sistemas procesales sin relación alguna entre sí y en los dos se advierte pronto la aspiración a la codificación. Ésta no va a realizar la unificación entre los procesos civil y mercantil.

i) La codificación del proceso mercantil

El sistema procesal mercantil o de los procesos plenarios rápidos llegó al siglo XIX con el problema fundamental de la multiplicación de los consulados, con regulaciones semejantes pero diferentes y aún con prácticas autónomas, lo que hacía sentir una fuerte necesidad de unificación y regulación. A ello se atendió con el *Código de Comercio* de 30 de mayo de 1829 y con la *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio* de 24 de julio de 1830.

En el *Código* se regulaba la "Administración de justicia en los negocios de comercio". La organización judicial se basaba, por un lado, en el tribunal de comercio, en los pueblos donde hubiera consulado, constituido por el prior y dos cónsules, y, por otro, en el juez ordinario, en los pueblos donde no hubiera consulado. De la segunda y tercera instancias conocían las audiencias y el recurso de injusticia notoria correspondía primero al Consejo de Castilla y, después, al Tribunal Supremo.

En el *Código* y en la *Ley* se regulaban dos juicios: mayor cuantía, si el asunto excedía de mil reales en los tribunales de comercio y de 500 en los juzgados ordinarios, y menor cuantía, para las cifras inferiores.

El juicio de mayor cuantía constaba de demanda y contestación escritas, con posibilidad de alegar excepciones dilatorias; de réplica, dúplica, periodo probatorio, alegatos de bien probado y sentencia. Contra ella cabía recurso de apelación cuando la cuantía excedía de tres mil reales en los tribunales y de dos mil en los juzgados; si no era así sólo cabía recurso de nulidad por violación de las formas esenciales del juicio. En las causas superiores a 10 mil reales aún era posible recurso de súplica (revista) o tercera instancia y, por último, cabía recurso de injusticia notoria en asuntos de más de 50 mil reales. Evidentemente el proceso mercantil ha perdido aquí alguno de los elementos que caracterizan al proceso plenario rápido en sus orígenes; la simplicidad extraordinaria del mismo no podía mantenerse. Aparece, pues, una aproximación al proceso ordinario

civil, con relación al que ya no es distinto; el primer paso hacía la unificación estaba dado; el segundo paso correspondía al proceso civil, en el que debía simplificarse.

El juicio de menor cuantía era el clásico juicio verbal con demanda escrita preparatoria y citación de las partes a juicio, realizándose éste en una audiencia única, o como máximo en dos, no admitiéndose apelación contra la resolución final.

ii) La primera codificación del proceso civil

La regulación del proceso civil en el inicio del siglo XIX quedó plasmada en la *Novísima Recopilación* de 1805 y en las *Partidas*. A partir de esos dos cuerpos, el siglo se inicia con una serie de leyes de reformas parciales, que van a culminar en la primera *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855.

Con fecha 31 de enero de 1855 se presentaba en las Cortes (parlamento) Constituyentes un proyecto de ley denominado "para la reforma de los procedimientos en los juicios civiles". En la exposición de motivos se justificaba su necesidad aludiendo a que las leyes que ordenaban los procedimientos carecían de unidad, precisión y claridad, dado que se habían formado durante los últimos seis siglos, por lo que procedía su revisión; ahora bien, ésta no podía significar

la destrucción de los fundamentos venerables sobre los que descansa la obra secular de nuestras instituciones procesales. Su objeto, por el contrario, debe ser dar nueva fuerza a los principios cardinales de las antiguas leyes [...] aprendidos como tradición hasta por las personas ignorantes del derecho, y con los cuales pueden desenvolverse con sobrada anchura todos los progresos, todas las reformas convenientes.

Con este preámbulo se comprende que: 1) Aunque formalmente se pretendía hacer un código, en el fondo se trataba de algo más sencillo, de recopilar las normas del pasado, 2) La finalidad era, pues, "restablecer en toda su pureza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes", como decía la base 1a., y 3) No se recibió influencia extranjera alguna, ni siquiera la del *Code de procédure civile* francés que en la época determinó los códigos de otros países. Con éste espíritu se aprobó la Ley de 13 de mayo de 1855 "autorizando al Gobierno para ordenar y compilar las leyes y reglas del enjuiciamiento civil".

No habían pasado cinco meses cuando, el 5 de octubre de 1855, se aprobaba el texto articulado de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* para entrar en vigor el 1.º de enero de 1856. Gómez de la Serna, su principal autor, dejó bien claro que el parlamento estuvo “lejos de querer cambios radicales, impremeditados y violentos de nuestras leyes seculares [...] no destruyeron el edificio levantado por cien generaciones [...] la comisión tuvo por punto de partida lo tradicional, lo español, lo consignado en nuestro foro”. De ahí que la ley se centre en el juicio ordinario; éste, “bien formulado por nuestro derecho, y respetadas en el foro las bases capitales sobre las que descansa, sólo era necesario purificarlo de las prácticas viciosas que habían afectado la mejor obra sin duda de nuestras instituciones procesales”.

iii) La *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 o la consagración del proceso ordinario

Hito fundamental, en la evolución que estamos resumiendo, constituye el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, por el que se suprimieron los tribunales de comercio y se derogó la *Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio* de 1830 con lo que todos los procedimientos debían ajustarse a lo dispuesto en la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855.

El Decreto de 1868 supuso la unificación de los procesos civil y mercantil, no por fusión, sino por supresión, quedando sólo en vigor el primero de ellos. El proceso mercantil desapareció. Con todo, la unificación se entendió que exigía una nueva Ley de enjuiciamiento, a lo que se atendió con la Ley de Bases de 21 de junio de 1880, que no pretendía abrir nuevos caminos sino sólo refundir en un nuevo texto las disposiciones dictadas desde 1855, asumir alguna institución de la Ley de 1830 y, sobre todo, rectificar aspectos muy concretos de la Ley de 1855.

Que no se trataba de hacer una Ley nueva sino de ir mejorando la existente, que no se pretendía modificar el sistema procesal, sino de reformarlo en algunos puntos, quedó firmemente establecido, y dentro de este contexto era lógico que el ministro de Gracia y Justicia afirmara que las reformas que se proponían eran “modestas”, y ello porque “precisamente el juicio ordinario reducido por la Ley de 1855 a sus proporciones esenciales, apenas reclamaba nuevas y fundamentales reformas”, por lo que si no fuese por otras materias

“realmente no sería necesaria la reforma de la Ley vigente de enjuiciamiento”.

Sobre esta concepción descansa la Ley de Bases de 1880 y sobre ella trabajó la Comisión de Códigos, y principalmente Manresa, que en algo más de siete meses redactó la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 3 de febrero de 1881, todavía vigente.

d. El último tramo de la evolución

El atraso del sistema procesal plasmado en el LEC, su incapacidad para hacer frente con eficacia a los problemas que la sociedad ha ido generando, el descontento frente al proceso ordinario, han originado un fenómeno fácilmente constatable en el ordenamiento español: la huida del juicio de mayor cuantía. Este fenómeno tiene dos manifestaciones.

i) La proliferación de procesos especiales

Esta proliferación ha respondido a la necesidad de huir de la regulación de la LEC, principalmente del juicio de mayor cuantía, pero no sólo de él. Los sucesivos legisladores han sido conscientes de la imposibilidad de aplicar el sistema representado por el juicio de mayor cuantía a las nuevas necesidades y, para evitarlo, han regulado multitud de procesos especiales que quedan fuera de la LEC, hasta el extremo que ha podido afirmarse que el legislador, en casi todas las leyes materiales, se siente obligado a dotarlas de un proceso específico.¹

Caso extremo de sinceridad legislativa representó la exposición de motivos de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951. En ella podía leerse:

Pieza esencial del mecanismo impugnatorio había de ser la regulación del correspondiente procedimiento judicial, si se quería evitar que la impugnación de los acuerdos de las Juntas Generales, como medio de garantizar los derechos de las minorías, quedase reducida a una reforma platónica como necesariamente tenía que ser subsistiendo la necesidad de acudir a un juicio declarativo de mayor cuantía con sus instancias y un recurso de casación, para conseguir la anulación de los acuerdos de la Junta. A tal fin se articula un procedimiento especial de tramitación abreviada, que será aplicable mientras la reforma de nuestras leyes de

¹ Véase *infra*, capítulo VII.

procedimiento no hagan innecesario el que ahora se instaura para estos concretos fines.

ii) La conversión del juicio de menor cuantía en juicio tipo

Desde 1881 la LEC no ha permanecido inmutada; se han ido realizando en ella sucesivas modificaciones de aspectos parciales que, en lo que ahora importa, han ido tendiendo a vaciar de aplicación el juicio de mayor cuantía. En este sentido cabe destacar:

- a) Las sucesivas elevaciones del tope cuantitativo divisorio de los juicios de mayor y menor cuantía, que ha pasado de mil quinientas pesetas en 1881 a 160 millones en 1992.
- b) La creación de nuevo juicio plenario rápido fuera de la LEC, el llamado con gran impropiedad juicio de cognición (Decreto de 21 de noviembre de 1952), que hoy sirve para conocer los pleitos entre 80 mil y 800 mil pesetas.
- c) La conversión del juicio de menor cuantía en el juicio tipo, que es lo que se hizo básicamente en la reforma operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

La doctrina española (Alcalá-Zamora, Guasp, Fairén) había pedido repetidamente el abandono del juicio de mayor cuantía y la conversión del juicio de menor cuantía en el juicio tipo, partiendo de la consideración de que el segundo era un proceso plenario rápido. La reforma de 1984 dio ese paso, pero modificando la regulación de menor cuantía para aproximarle más y más al de mayor cuantía.

Importa resaltar, con todo, que la sociedad española es ya consciente de que el juicio ordinario de las *Partidas*, el *solemnis ordo iudiciarius*, asumido en su esencia en el siglo XIX en las dos leyes de enjuiciamiento, no puede seguir siendo la base de un sistema procesal moderno. Lo discutible para el futuro es el camino a seguir; se es ya consciente de que el pasado no sirve, pero todavía no hay claridad en torno a las ideas que deben guiar el futuro.

Desde el poder político se han dicho muchas palabras, pero no se ha puesto de manifiesto que exista una voluntad decidida de cambiar, aunque ello puede deberse a la incapacidad de las personas elegidas desde ese poder para hacer frente a la reforma, las cuales no tienen, unas la suficiente base teórica y, las otras, la necesaria experiencia práctica. Así van pasando los años y los programas electorales se van incumpliendo.

2. La evolución doctrinal

a. Los primeros judicialistas

Si en la Alta Edad Media, con predominio del derecho consuetudinario, no puede hablarse de verdaderos juristas castellanos y los jueces eran legos, hasta el extremo de que para serlo no era necesario saber leer ni escribir, las *Partidas* son indicio de la aparición de un nuevo grupo social: los juristas.

Llama poderosamente la atención de que antes de mediados del siglo XIII sea difícil encontrar en Castilla el nombre de un jurista procesalista (que es lo que ahora nos importa), y que al aparecer esos nombres se trate principalmente de colaboradores de Alfonso X que o son italianos de origen o han estudiado en ese país. Cabe así referirse a:

- Ugolino de Sesso que pudo ser uno de los primeros profesores de la Universidad de Palencia, de origen italiano, del que se conocen tres breves tratados que deben corresponderse con las lecciones dictadas a fines del siglo XII, después de 1184: *Tractatus de appellatione*, *Tractatus de recusatione iudicum* y *Tractatus de testibus*.
- Rodrigo de Palencia fue nombrado obispo de Palencia en 1247 y murió en 1254 siendo, al parecer, estudiante en Bolonia y autor de un *Tractatus de positionibus*.
- Fernando Martínez de Zamora estudió, al parecer, en Bolonia y, desde luego, tenía formación romano-canónica, siendo arcediano de Zamora, de donde tomó el apellido, y obispo electo de Oviedo, pero especialmente notario de la Corte, embajador y capellán de Alfonso X, muriendo entre 1275 y 1276, atribuyéndosele dos obras: *Margarita de los pleytos* y *Summa Aurea de Ordine Iudiciario*.
- Jacobo de las Leyes, cuyo verdadero apellido debió ser Junta era, probablemente, oriundo de Italia o, por lo menos, en ese país se formó, siendo después ayo del entonces infante Alfonso y juez en Murcia, donde murió en 1294. Del mismo se conocen tres obras: *Flores de derecho*, que es un compendio de derecho procesal civil, *Doctrinal*, que se considera un autoplagio dado que sigue literalmente las *Partidas* de las que fue coautor, y *Summa de los noue tienpos de los pleytos*, que se ha calificado de "catecismo procesal"

Cabría referirse también a un Petrus Hispanus sobre el que existen abundantes estudios, tantos como confusión a la hora de identificarlo dada la repetición con que el nombre aparece en las fuentes. Bastante posterior es el doctor Infante, titulado por Salamanca que, entre 1474 y 1484, compuso un formulario titulado *Forma libellandi* de gran difusión, al que acompaña un breve tratado *De como se parten los pleytos en diez tiempos*.

Apareció así la quiebra entre los juristas, estudiosos de un derecho culto, ajeno al pueblo y escrito en latín, y el pueblo llano que se vio apartado de las normas que debían regirlo. Nace aquí la división entre los letrados, que van a constituir poco a poco un grupo que se hará con el poder político en calidad de tecnócratas, y los iletrados, que no entienden ese nuevo derecho y que se ven excluidos de él, incluso por la lengua utilizada.

b. La “práctica forense”

Hasta el siglo XIX las universidades españolas no formaban juristas para la aplicación cotidiana del derecho. En las universidades se explicaba derecho romano, pero el derecho español a aplicar por los tribunales no se explicaba en ellas, debiendo aprenderse mediante la pasantía en los bufetes de abogado y siendo controlado su conocimiento para ejercer como abogado mediante un examen que realizaban las Audiencias y que subsistió hasta 1843.

Junto a la enseñanza oficial de las universidades, que era el derecho romano y en el que centraban su atención los grandes juristas teóricos (Antonio de Burgos, Antonio Peres, Francisco Ramos del Manzano o José Hernández de Retes), existía otra corriente que atendía a las que se denominaban *leyes patrias* que debe calificarse de práctica (Covarrubias, Gregorio López, Palacios Rubios, Antonio Gómez, Alfonso de Acevedo, Juan Gutiérrez, Juan de Matienzo, Rodrigo Suárez, Cristóbal de Paz, Carleval, Salgado de Somoza, Vázquez de Menchaca, etcétera). Una parte de esa práctica, la que se autodenomina forense, pretendía explicar cómo se realizaban los procesos ante los tribunales, cuál era la manera de actuar de éstos.

No es fácil establecer las constantes comunes a los prácticos forenses durante tantos siglos, pero creemos que, en síntesis, podrían ser éstas:

- 1a.) 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.
- 2a.) Los autores de los libros no eran normalmente profesores universitarios, sino prácticos, personas con experiencia judicial que pretendían transmitir conocimientos no adquiridos científicamente, sino a través de su vida profesional.
- 3a.) Esos autores no aspiraban a hacer ciencia sino a enseñar el modo de proceder de los tribunales, el estilo de la curia.
- 4a.) 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.
- 5a.) 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, e incluso en ocasiones al estilo o modo de actuar de tribunales determinados.
- 6a.) La dificultad para conocer la legislación vigente, ante el mare magno legislativo producido desde el siglo XIII y 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 abstrusas, el práctico forense, apegado a la realidad, pretendía ofrecer simplemente cómo actuaban los tribunales.

No cabe ofrecer aquí una relación completa de los libros de los prácticos, pero sí parece necesario realizar una selección de las obras más interesantes. Debe así citarse a: Monterroso, *Práctica civil y criminal, y instrucción de escribanos* [...] 1563; Molinos, *Libro de la práctica iudiciaria del Reyno de Aragón*, 1575; Suárez de Paz, *Praxis ecclesiasticae et secularis cum actionum formulis et processum*, 1583; Hevia de Bolaños, *Curia Philippica*, 1603; *Labyrintho de comercio terrestre y naval*, 1617; a partir de 1644 suelen editarse juntas como *Curia, primero y segundo tomo*; Villadiego, *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros del Reino*, 1612; Colom, *Instrucción de escribanos, en orden a lo judicial*, 1736; Martínez, M. S., *Librería de jueces* [...] 1763-8; Elizondo, *Práctica universal forense*

de los Tribunales de esta Corte [...] 1764; Febrero, *Librería de escribanos* [...] 1786; Conde de la Cañada, *Instrucciones prácticas de los juicios civiles* [...] 1793; Álvarez Posadilla, *Práctica universal por principios* [...] 1794.

c. La “práctica forense” y la universidad

El 4 de diciembre de 1713 el Consejo de Castilla hubo de ordenar a todos los tribunales que observaran las *leyes patrias*, calificando al derecho romano de “sentencias de sabios” (*Auto 2, 1, 1 de Acordados*). Ante una situación en la que el derecho romano se alegaba ante los tribunales más que el derecho propio y vigente que era el real, el camino lógico para hacer cambiar las cosas era el de las universidades y hacia él se dirigió el poder político, intentando que en éstas se introdujera el estudio de las llamadas *leyes patrias* frente al monopolio del derecho romano.

El primer intento se produce con la *Carta Acordada* de 29 de noviembre de 1713 en la que el Consejo de Castilla se limitaba a instar a las universidades para que informaran cómo se podía establecer en ellas la “enseñanza de el Derecho de España”. El siguiente es consecuencia del *Auto Acordado* de 29 de mayo de 1741 y en él se ordena a los catedráticos “tengan cuidado de leer con el derecho de los Romanos las leyes del Reino, correspondientes a la materia que explicaren” (*Auto 2, 1, 3 de Acordados*). A partir de aquí se pone en marcha el mecanismo que llevará a sustituir el derecho romano y aparecen los primeros manuales de derecho español en sentido estricto, el de Jordan de Asso y Manuel y Rodríguez, *Instituciones de derecho civil de España*, Madrid, 1771, en el que con el sistema de la *Instituta* (personas, cosas y acciones) se estudia el derecho patrio, y el de Sala, *Ilustración del derecho real de España*, Valencia, 1803.

Pero en lo que ahora nos importa la “práctica forense” va a entrar en las universidades, lo que sucederá con las órdenes del marqués de Caballero de 1802 y con el plan de estudios de 1807. Éste es el inicio del cambio y así cabe aludir a modificaciones paulatinas sobre las características que antes hemos enunciado:

- 1a.) Los destinatarios de los libros son ahora, además, estudiantes universitarios; no exclusivamente, pero sí además de jueces, abogados y escribanos.

- 2a.) Los autores siguen sin ser profesores universitarios, los cuales por razones diversas no suelen escribir, sobre todo porque no tienen experiencia práctica.
- 3a.) La condición no científica de las obras es también indudable; en la primera mitad del siglo XIX se pretende seguir enseñando estilo de los tribunales, aunque empiezan a aparecer matizaciones (caso sobre todo de Gómez Negro).
- 4a.) Se escribe, naturalmente, en español, y se mantiene la limitación geográfica de las obras.
- 5a.) Los inicios del siglo XIX conocen, primero, en el campo doctrinal un auge del valor de la ley, como consecuencia de la ideología liberal y, segundo, un claro movimiento legislador tendente a la codificación, todo lo cual va a repercutir en las fuentes de los prácticos.

En las décadas iniciales del siglo XIX cabe citar las siguientes obras: Gómez Negro, *Elementos de práctica forense*, 1825; Rodríguez, *Apuntes sobre la práctica forense*, 1840; e *Instituciones prácticas o Curso elemental completo de práctica forense*, 1842; Ortiz de Zúñiga, *Elementos de práctica forense para que puedan servir de texto en las universidades*, 1841.

Hay que tener en cuenta, además, que continuaron reeditándose algunas de las obras de finales del siglo XVIII, especialmente la de febrero, que encontró varios actualizadores, siendo el más destacado Eugenio de Tapia, que la editó al menos siete veces.

d. El conservadurismo acrítico de la doctrina y de la práctica

A mediados del siglo XIX la doctrina y la práctica españolas eran profundamente conservadoras y creemos que la mejor demostración de ello es el siguiente ejemplo. En septiembre de 1853, dentro de un gobierno reaccionario, accede al Ministerio de Gracia y Justicia un magistrado, José de Castro y Orozco, marqués de Gerona, y once días después de su nombramiento promulga la llamada *Instrucción* de 30 de septiembre del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria, que es, primero, un ataque directo al proceso ordinario, al que llega a calificar de "la muerte de la justicia misma", y, luego, un intento de primar la economía procesal y los poderes del juez.

No se trata ahora de entrar en el examen de la *Instrucción*, sino simplemente de poner de manifiesto que se enfrentó con la menta-

lidad jurídica de la época y que sólo pudo mantenerse en vigor hasta el 18 de mayo de 1854. Contra ella dijo el Colegio de Abogados de Madrid:

Espíritus superficiales, talentos tan limitados como audaces han declamado en diferentes tiempos con todas sus fuerzas contra las formas solemnes, lentas y complicadas de los juicios [...] La seguridad del juicio exige muchas solemnidades, y estas solemnidades, cuanto más se multiplican, requieren más largas dilaciones; por el contrario, cuanto más se apresura el juicio, cuanto más se limitan los plazos reduciéndolos a los que se reputan en hipótesis general, hipótesis muy falible, como estrictamente necesarios para el ataque y para la defensa, más pierde el juicio en su seguridad, más se merman sus garantías.

En el momento en que va a afrontarse la primera codificación del proceso civil, cuando va a redactarse la primera *Ley de Enjuiciamiento Civil*, la de 1855, la opinión doctrinal sobre ese proceso puede resumirse en las siguientes conclusiones:

- 1a.) Se creía en la bondad de la legislación tradicional reguladora del proceso ordinario, hasta el extremo de considerar que era envidiada en el resto de Europa.
- 2a.) Esa legislación había sido oscurecida por las corruptelas que se habían introducido en el foro, y éstas eran la causa de las dilaciones y coste de la justicia.
- 3a.) El proceso lento y complicado era salvaguarda de los derechos de las partes; las solemnidades procesales eran garantía de la seguridad del juicio.
- 4a.) Para mantener la imparcialidad del juez debía dejarse la dirección del proceso a las partes: bajo la ideología liberal el juez, como el Estado más en general, dejaba hacer a las partes, que eran las "dueñas del proceso".
- 5a.) La lentitud de la justicia se debía en gran parte al volumen de asuntos de que habían de conocer los tribunales, a los cuales se cargaba con más trabajo del que podían levantar.

La doctrina, pues, se mostraba conforme con el estado de la legislación existente en el momento; estimaba necesario aclarar y simplificar, pero no innovar. Era preciso acabar con las corruptelas para dar nuevo brillo a los principios esenciales del procedimiento y debía adecuarse el número de órganos jurisdiccionales al volumen de asuntos.

e. El procedimentalismo

En la década de los cuarenta del siglo XIX la doctrina española empieza a hablar de los "procedimientos judiciales" y esa denominación pasa a ser la oficial de la asignatura universitaria. Por esos años se promulga la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855 y aparecen los comentarios a la misma de Manresa, Miquel y Reus, *Ley de enjuiciamiento Civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, Madrid, 1856-1869, 6 vols., y de Hernández de la Rúa, *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1856, 5 vols.

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 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.

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 los tribunales; son las establecidas por las leyes.

En los procedimentalistas españoles es manifiesta la voluntad de describir las formas legales. En algún caso ello puede suponer no limitarse a la letra de la ley, como ocurre con De Vicente y Caravantes (el mejor de todos ellos), pero la mayoría de los autores no pasan de hacer mera perifrasis de la ley, añadiendo alguna nota jurisprudencial y formularios. El método de la exégesis es ampliamente utilizado, incluso por los autores que no adoptan la forma de comentario en el plan de sus obras.

La promulgación de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 no hizo más que profundizar el fenómeno. Inmediatamente aparecieron los comentarios de la misma, siendo el más destacado el de Manresa, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, Madrid, 1881-1889, 6 vols. (que en la 7a. ed., Madrid, 1952-1961, se han convertido en nueve); cabe referirse además a varios otros, aunque sin el prestigio del anterior, como es el caso de los de Atard y Cervellera (1881), Herrero (1888-1889), Reus (1907-1908) y Miguel Romero (1917).

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

de la Serna y Montalbán, *Tratado académico forense de procedimientos judiciales*, 1a. y 2a. ed., Madrid, 1848 y 1856, respectivamente; Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, 1856-1858, con apéndices en 1867 y 1879; Ortiz de Zúñiga, *Práctica general forense*, 8a. ed., Madrid, 1878; Lastres, *Procedimientos civiles y criminales*, Madrid, 1871; López Moreno y López Rueda, *Derecho procesal civil, penal, canónico y administrativo*, Sevilla, 1885; Fábrega, *Apuntes de procedimientos judiciales*, Barcelona, 1907, que se convierten luego en *Lecciones de procedimientos judiciales*, 3a. ed., Barcelona, 1928; la 2a. ed. es de 1921; y Miguel y Romero, *Tratado de procedimientos judiciales*, Valladolid, 1916, y *Derecho procesal teórico*, Valladolid, 1934.

La evolución de esta doctrina no fue la lógica. No se fue mejorando con el paso del tiempo. La cumbre la representa José de Vicente y Caravantes, y después de él no se avanzó. En los años veinte de este siglo sólo pueden citarse procedimentalistas a los que la ciencia no debe nada. Gadea Orozco, Comín, Palacios, Bonilla, Marcos Pelayo, Xirau o Domínguez Ballarín. Entre éstos y los que iniciaron el siglo (como Montejo, Fábrega o Aguilera de Paz) no hay diferencias.

El contenido de la disciplina, según se desprende de las obras que no son de comentario, abarcaba la organización judicial, la competencia de los tribunales y el procedimiento. Este 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 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.

f. El derecho procesal

La etapa del derecho procesal se inicia en Alemania en el final del siglo XIX y en Italia en el inicio el presente. La renovación iniciada por los alemanes fue recogida por los italianos, los cuales la difundieron por el mundo, pasada por su tamiz. El derecho procesal español encuentra su origen en esas influencias. Antes de 1936,

domina la figura de Francisco Beceña, nuestro primer procesalista científico, al que se debe el impulso inicial.

Aunque Beceña no llegó a publicar un manual, en 1932 y litografiadas, se distribuyeron entre los alumnos de la Facultad de Madrid unas *Notas de derecho procesal civil*, recogidas de las explicaciones de clase por dos discípulos. En ellas se evidencia su dominio de la bibliografía alemana e italiana. La exposición se inicia con la consideración del proceso como realidad social, determinador de la "materia prima" del derecho procesal, en cuanto que su regulación da lugar a esta rama del derecho, que se 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 el de Beceña (muerto en 1936) la renovación de la ciencia procesal se va a producir a partir de la publicación en 1941, de la *Exposición del derecho procesal civil de España* de Prieto Castro, y del inicio de los *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en 1943, de Jaime Guasp. Vendrán después el *Derecho procesal civil español* de De la Plaza y el *Derecho procesal civil* de Gómez Orbaneja (con Herce en tono menor), a los que hay que añadir las monografías de Alcalá-Zamora (aunque residiera en el extranjero) y de Fairén; en esa línea hay que destacar la labor de Carreras, que puede calificarse del último exponente de una generación.

A pesar de los matices trascendentes en un conjunto tan amplio de autores y obras, los elementos comunes podrían ser estos:

- a) Método: El sistema sustituye a la exégesis. Si los procedimentalistas se limitaron a estudiar la ley y las formas del procedimiento eran las legales, los procesalistas elaborarán sistemas científicos, intentando acomodar la ley dentro del sistema. Éste se centrará en torno al proceso, que es el concepto base, quedando los demás supeditados al mismo, incluido el de jurisdicción.
- b) Autonomía: Con los procesalistas se llega realmente a la formación de una rama autónoma de la ciencia jurídica, separándose del derecho material.
- c) Contenido: Existe un dejarse llevar por la tradición, sin replantearse críticamente el campo cubierto por el derecho procesal.

Desde la perspectiva actual debe destacarse el abandono en que han mantenido temas como el Poder Judicial, la organización judicial, el

estatuto de los jueces, y su ceñirse casi en exclusiva a los procesos civil y penal, con abandono del laboral y del contencioso-administrativo.

En resumen, ha sido 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.

La bibliografía española de derecho procesal es, naturalmente, muy extensa, pero destacaremos aquí las obras generales que se mantienen actuales: Gómez Orbaneja y Herce, *Derecho procesal civil*, 9a. ed., Madrid, 1979, 2 vols.; Guasp, *Derecho procesal civil*, 1a. reimpr. a la 3a. ed., Madrid, 1977, 2 vols.; Montero, *Introducción al proceso laboral*, 3a. ed., Barcelona, 1996; Prieto-Castro, *Tratado de derecho procesal civil*, Pamplona, 1985, 2 vols.; Ramos Méndez, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1992, 2 vols.; Almagro, Gimeno, Cortés y Moreno, *Derecho procesal*, Valencia, 1990, 2 vols.; Oliva y Fernández, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1996, 4 vols., y Fairén, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, 1990.

Existen numerosas recopilaciones de trabajos monográficos, como las de Prieto-Castro, Alcalá-Zamora, Fairén, Fenech y Carreras, Serra, G. de Cabiedes y Montero, y luego multitud de estudios monográficos en libros y revistas debidos, aparte de los autores ya citados, a Lois, Muñoz Sabaté, Vázquez Sotelo, Ortells, G. Colomer, etcétera.

En estos momentos hay dos publicaciones especializadas: *Revista de Derecho Procesal y Justicia*.

g. 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 esas definiciones, que centran toda la disciplina en torno al proceso, la doctrina admite que otras realidades son reguladas por normas que 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.

Desde esta consideración elemental se está abriendo camino, aunque por ahora es una corriente minoritaria, la concepción de que considerado el proceso como un instrumento del Poder Judicial para cumplir los fines asignados constitucionalmente y de las partes pa-

ra obtener de los tribunales la tutela jurídica de sus derechos, la denominación de la disciplina pero, sobre todo, su objeto debe referirse principalmente a la consideración del Poder Judicial. El título VI de la Constitución de 1978 sienta las bases de dicho Poder, y en aquél y en otros artículos se regulan los principios base de las garantías de las partes. Normas de rango inferior han de desarrollar las constitucionales y en ese desarrollo importa principalmente quién presta la tutela y a quién se presta y, después, cómo se realiza.

En este camino se estima que el concepto base de la disciplina no debe seguir siendo el de proceso, sino el de jurisdicción, y de ahí que se esté hablando ya de derecho jurisdiccional. Siguiendo esta orientación se ha publicado ya por Montero, Ortells, G. Colomer y Montón el primer manual de *Derecho jurisdiccional*, con un tomo de *Parte general*, dos dedicados al *Proceso civil* y otro al *Proceso penal* (Barcelona, 1994). Se está en el inicio de algo que pretende ser distinto y del que el tiempo dirá sus resultados.

No se trata simplemente, y es evidente, de un mero cambio de nombre de la disciplina, sino de la constatación de que en la realidad puede ser más fructífero atender en primer plano al Poder Judicial, y a todos sus problemas, y a los derechos de las partes ante el mismo, para sólo después referirse al instrumento que utilizan los tribunales y las partes, que es el proceso.

II. LOS PRINCIPIOS Y REGLAS CONFIGURADORAS

1. *La distinción entre proceso y procedimiento*

La distinta manera de entender la disciplina según se llamara "procedimientos judiciales" o "derecho procesal" da ya una primera visión de las diferencias entre proceso y procedimiento pero, sobre todo, debe tenerse en cuenta que:

- 1o.) El término procedimiento no es exclusivo del ámbito judicial, sino que es aplicable —refiriéndose exclusivamente a su contenido jurídico— a todas las funciones del Estado y así se habla de procedimiento administrativo y aún de procedimiento legislativo.
- 2o.) 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 cualquier órgano del Estado.

- 3o.) Cuando se habla de procedimiento judicial se está destacando la forma de la actividad jurisdiccional, su aspecto externo, el sucederse de los actos desde una perspectiva exterior.
- 4o.) Aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica en español, *procedere*, 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.

El proceso es lo característico de la jurisdicción; aquél es el instrumento que ésta utiliza para cumplir su función, y de ahí la correlación entre uno y otra, pues la jurisdicción se ejerce únicamente a través del proceso.

2. Del proceso

a. Su carácter técnico-político

La consideración del proceso como instrumento de la jurisdicción no supone atribuir a aquél carácter meramente técnico. Los principios y reglas relativos al proceso, en cuanto ideas base de conjuntos de normas, son un reflejo de la ideología que produce esas normas, pero no exclusivamente. Así entre las dos posiciones extremas que supondrían, bien considerar que las normas reguladoras del proceso civil son un derecho técnico, bien proclamar la dependencia del proceso de una ideología, pretendiendo ponerlo al servicio de la misma, creemos que no caben exageraciones ni en un sentido ni en otro.

La influencia de las reformas políticas en las leyes procesales es algo indudable y, partiendo de esa base, hay que reconocer que los principios y reglas procesales reflejan la ideología socio-política dominante en un país determinado, aunque al mismo tiempo el proceso supone siempre la investigación de un caso litigioso, la aplicación del derecho al mismo y la obtención de una sentencia adecuada al ordenamiento jurídico, por lo que es lógico que las soluciones coin-

cidan y que, con frecuencia, sean consideraciones racionales, de técnica, las que conduzcan a soluciones análogas, si no idénticas.

Pretender desterrar la política del derecho, en cualquiera de sus ramas, se basa en una opinión deformada de lo que aquélla sea, pero pretender reducir todo el derecho a política se basa en una concepción totalitaria de ésta, desconocedora de las garantías de aquél.

La mejor prueba de lo que venimos diciendo es el fenómeno de la constitucionalización de algunos principios y reglas del proceso. Si la Constitución es el compendio de las opciones políticas básicas de una sociedad, en los últimos tiempos se han ido elevando a este rango algunos principios fundamentales del proceso, e incluso del procedimiento, con el intento de reformar la garantía que para el ciudadano representa el proceso.

En realidad llevar a las constituciones principios y reglas procesales es algo relativamente antiguo, y en España cabe así remitirse a la Constitución de 1812, a la primera, pero el fenómeno de la constitucionalización de los últimos tiempos no significa simplemente un aumento en la cantidad de normas elevadas a ese rango; cabe registrar un cambio cualitativo que se aprecia en varios órdenes:

- 1o.) 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.
- 2o.) Algunos principios procesales, no todos, los que suponen garantía de derechos fundamentales (los recogidos en los artículos 14 a 29 constitucional) tienen además la protección especial del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.
- 3o.) La constitucionalización de los principios y reglas ha adquirido tal alcance que se habla 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 otro fenómeno de internacionalización de algunos principios y reglas pro-

cesales. Este fenómeno tiene gran interés para España, habida cuenta de que el artículo 10.2 constitucional dispone que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Consecuentemente habrá de estarse a esa Declaración de 10 de diciembre de 1948, a la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

b. Los principios comunes a todos los procesos

Tenemos, en primer lugar, que referirnos a los verdaderos principios, a aquellos que hacen que el proceso sea lo que es, siendo connaturales al mismo, de modo tal que una institución que no esté configurada por los mismos no sería verdadero proceso, por lo menos en el estado actual de nuestro sistema jurídico. Esos principios se refieren al juez y a las partes.

i) Los relativos al juez

Entendida la referencia al juez en términos genéricos, tal y como suele hacerse en Italia, sus principios son:

a) Unidad

Cuando el artículo 117.5 constitucional de 1978 dice que "el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y del funcionamiento de los tribunales" está fijando que todos los jueces y magistrados habrán de estar sujetos a un estatuto personal único, como medio de garantizar su independencia. No se trata de impedir la existencia de tribunales diversos por la competencia, siendo posible la existencia de tribunales de competencia general, especializada y especial, sino de reaccionar contra la existencia de tribunales en los que sus integrantes tengan estatuto propio y distinto del ordinario. De ahí que el artículo 122.1 constitucional se refiera después a la existencia de un cuerpo único de jueces y magistrados (bien en-

tendido que el Ministerio Público no forma parte de ese cuerpo único, teniendo personal y estatuto propios).

b) Exclusividad

El artículo 117.3 constitucional con referencia a la potestad jurisdiccional establece que corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales, y con ello enuncia el principio de exclusividad que se resuelve, principalmente, en dos monopolios:

- 1o.) Si la jurisdicción es una potestad dimanante de la soberanía popular, es el Estado, y no las comunidades autónomas o regiones, su único titular, no existiendo jurisdicciones de ámbito territorial inferior al del Estado.
- 2o.) Dentro del Estado, la exclusividad supone que la jurisdicción se atribuye sólo a los juzgados y tribunales, que son los únicos órganos que quedan investidos de la potestad y que pueden realizar la función jurisdiccional.

c) Juez legal

Este principio está enunciando de modo positivo en el artículo 24.2 constitucional ("todos tienen derechos al juez ordinario predeterminado por la ley") y de modo negativo en el artículo 117.6 constitucional ("se prohíben los tribunales de excepción"). Principalmente en el ámbito positivo el principio supone:

- 1o.) Respecto de los órganos jurisdiccionales: Que éstos han de conformarse atendiendo a reglas generales y objetivas, de modo tal que quede preconstituido qué órgano ha de conocer de un asunto determinado y ello hasta el extremo de determinar incluso la persona física del juez competente, del instructor o del ponente.
- 2o.) Respecto de las partes: Que éstas tienen el derecho constitucional para que su caso sea juzgado por órganos jurisdiccionales que se ajusten a lo anterior, de modo que no ya el órgano sino también la persona física del juez debe estar predeterminada con carácter general en la norma.

d) Independencia

El artículo 117.1 constitucional declara, primero, que los jueces y magistrados son independientes y, a continuación, que están "sometidos únicamente al imperio de la ley", y precisamente en ello consiste la independencia. La sumisión a la ley no supone que la independencia tenga un límite en la ley, ni que esta sumisión sea una excepción a la independencia. El juez debe ser independiente para que pueda cumplir la función jurisdiccional, consistente en la actuación del derecho objetivo en el caso concreto. Si la ley es la garantía del ciudadano, sólo un juez sometido únicamente a ella puede tutelar los derechos de aquél.

e) Imparcialidad

La independencia se reviste de imparcialidad cuando se relaciona al juez con las partes en un proceso concreto. Si éste se concibe como *actus trium personarum* presupuesto elemental es que el tercero, el que está *supra partes*, actúe con imparcialidad respecto de ellas, sin estar implicado, de cualquier forma que fuere, en el objeto del proceso o con las partes del mismo.

f) Responsabilidad

En el derecho español, la responsabilidad de los jueces no se concibe como un límite a su independencia, ni se ha considerado que la ponga en riesgo. Por el contrario, se ha partido tradicionalmente de la consideración de que independencia y responsabilidad civil y penal son como las dos caras de una misma moneda; sólo puede ser responsable quien es independiente. La responsabilidad civil es directa del juez frente al ciudadano; éste no debe demandar al Estado, sino que puede demandar directamente al juez.

ii) Los propios de las partes

El otro elemento subjetivo esencial en todo proceso son las partes. Por parte debe entenderse la persona o personas que piden la tutela judicial y la persona o personas frente a las que se pide. Las partes han de conformarse siempre atendiendo a los principios de:

a) Dualidad de posiciones

Para que pueda constituirse un verdadero proceso es necesaria la presencia de dos partes, que aparecerán en posiciones contrapuestas; al que pide la tutela judicial se llama actor o demandante y aquél frente al que se pide, demandado. Esta es la doctrina tradicional sobre la dualidad de partes, pero nosotros preferimos hablar de dualidad de posiciones porque si no puede existir el proceso con una sola parte, sí puede darse con más de dos.

La situación normal es que una parte demande y otra parte sea demandada, pero en ocasiones pueden demandar varias y/o ser demandadas varias personas, habiéndose entendido tradicionalmente que esas varias personas forman una única parte pero compleja, esto es, la parte procesal la compone el conjunto de esas personas. Pues bien, en nuestra concepción, existiendo siempre dualidad de posiciones, cada una de ellas puede estar integrada por varias partes, es decir, cada una de las personas por sí misma es parte y puede actuar procesalmente de modo autónomo, aunque en ocasiones para la realización de actos de disposición del derecho material se requiera la voluntad concorde de todas ellas (el supuesto del litisconsorcio pasivo necesario es la mejor demostración de ello).

b) Contradicción o audiencia

Implicito en el anterior está el principio que recoge el antiguo brocardo *audiatur et altera pars* y que hoy suele enunciarse como "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio". Su comprensión requiere distinguir dos facetas:

- 1a.) Derecho fundamental: El aspecto más importante es su consideración de derecho fundamental y de ahí su constitucionalización, aunque ello se haya hecho con lenguaje inexpressivo. Al mismo se refiere el artículo 24.1 constitucional cuando prohíbe la indefensión, y en el mismo artículo el párrafo 2, bien de modo genérico (derecho a un proceso "con todas las garantías"), bien de modo específico cuando constitucionaliza aspectos concretos (por ejemplo, el derecho a la utilización de medios de prueba). Naturalmente el derecho lo tienen todas las partes, y respecto de su contenido hay que distinguir:

- 1) La necesidad de ser oído que en el proceso civil se cumple cuando se ofrece a las partes la posibilidad real de ser oídas, sin que sea preciso que las partes hagan uso de la misma, por lo que cabe que el proceso se celebre en ausencia del demandado, siempre que se hayan adoptado las máximas garantías para que llegue a su conocimiento la existencia del proceso en general y de un trámite concreto en particular.
 - 2) La necesidad de que las partes conozcan todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial, con lo que no cabe la existencia de aportaciones de hechos realizadas por una parte que sean secretas para la otra, ni plantear cuestiones jurídicas sobre las que no exista la posibilidad de discutir.
- 2a.) Instrumento técnico: Además la contradicción es un eficaz instrumento técnico para lograr la aplicación exacta de la ley y la imparcialidad del juez; el enfrentamiento de dos partes que alegan de modo contrapuesto es el mejor sistema para lograr la verdad.
- c) Igualdad

Supone 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 es consecuencia de aquel otro más general de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pero el problema radica en que así como este general no ha pasado de ser enunciado teórico de las constituciones, el más concreto referido al proceso es sólo un principio no un hecho, es algo a lo que debe tenderse, no algo ya conseguido.

En una LEC redactada atendiendo a la ideología liberal propia de finales del siglo XIX, se parte claramente de la igualdad de las partes, pero desconoce la desigualdad real, no teniéndose normalmente en cuenta los condicionamientos sociales, culturales y económicos de las partes. La igualdad se mantiene teóricamente, pero no suelen ponerse los medios para que sea efectiva.

c. Las reglas específicas

Si con los principios se atiende a lo que es connatural al proceso, las reglas se refieren a lo que lo caracteriza dentro de varias opciones posibles y suponen, por tanto, una elección que efectúa un ordenamiento jurídico concreto. La primera alternativa se produce entre necesidad y oportunidad.

i) La oportunidad de acudir al proceso

El juego de los intereses públicos y privados hace que el proceso pueda presentarse bien como necesario, cuando se trata del penal, bien como simplemente oportuno, cuando se trata del civil.

a) Necesidad

El predominio de los intereses colectivos cuando se atiende a la imposición de las penas hace que:

- 1o.) La pena, la consecuencia del acto tipificado como delito, sólo puede ser impuesta por los tribunales y a través del proceso, no existiendo aplicación del derecho penal fuera del proceso.
- 2o.) En todos los casos en que exista un hecho aparentemente delictivo se ha de poner en marcha el instrumento procesal, existiendo o no persona privada que inste la incoación del mismo.

b) Oportunidad

Cuando lo que predomina es el interés privado, el de los individuos, su consecuencia es que:

- 1o.) Ante la perturbación de ese interés, el proceso no es el único sistema para su restauración, pues existen otros medios que no son los jurisdiccionales, y ello como consecuencia de que el derecho privado no lo aplican sólo, ni principalmente, los tribunales.
- 2o.) La iniciación del proceso queda a la voluntad de los particulares, siendo éstos los que deben decidir si es oportuno o no para mejor tutelar sus intereses el acudir a los tribunales

y al proceso; éste no se inicia nunca de oficio ni por el juez ni por el Ministerio Público.

En esta alternativa de necesidad y oportunidad, el ordenamiento español ha optado, en el proceso civil, por la segunda opción. Se parte, ya en la Constitución, del reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de los derechos privados subjetivos, lo que presupone que los particulares son libres a la hora de establecer sus relaciones jurídicas en el marco del derecho civil y del mercantil y, más en general, del derecho privado; consecuencia de ello es que el particular determinará cuándo es conveniente instar la tutela judicial de sus intereses.

ii) La disposición del mismo

Tradicionalmente dentro del llamado principio dispositivo se han venido confundiendo dos cosas distintas. El proceso civil, en la concepción liberal-individualista del siglo XIX que informa la LEC, era "cosa de las partes" en un doble sentido: significaba, primero, que las partes tenían la disposición del objeto del proceso y, además, que esa disposición se extendía al proceso mismo en su configuración. Dicho de otra manera, este llamado principio ha venido incluyendo dos reglas distintas: la de la disposición en sentido estricto, es decir, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir a instar la tutela judicial y, en segundo lugar, la de la aportación de parte, por la que éstas tienen también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y medios de prueba.

Partiendo de esa distinción la regla de la disposición sirve para determinar quién inicia el proceso y quién fija su objeto, y para dar una respuesta debe estarse a la naturaleza privada del derecho subjetivo que va a deducirse en el proceso. Si se considera que el pedir tutela judicial es una consecuencia lógica de la autonomía negocial reconocida a los particulares sobre su propia esfera jurídica, la regla de la disposición debe significar:

- 1o.) 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.

- 2o.) La determinación del objeto del proceso ha de corresponder exclusivamente a las partes, éstas son las que deben decidir el contenido de lo que discuten en el proceso.
- 3o.) El juez, al resolver en su sentencia sobre lo discutido, ha de ser congruente con esto, no pudiendo pronunciarse sino sobre lo solicitado.
- 4o.) Si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin, disponiendo del interés o intereses cuya tutela se pedía. Aparecen así los actos de disposición del proceso (el desistimiento) y del derecho material (renuncia, allanamiento y transacción).

Esta regla así configurada informa la LEC, sin perjuicio de que, primero, exista un proceso civil no dispositivo referido al estado civil y la condición de las personas en el que predomina el interés público y de ahí que el Ministerio Público sea parte en él, y, segundo, de que vayan matizándose ciertos casos de irrenunciabilidad de derechos y de ejercicio abusivo o antisocial.

iii) La aportación de parte

El paso siguiente en las consecuencias de la oportunidad ha de referirse a quién aporta al proceso los hechos y las pruebas que integrarán la fundamentación fáctica de la sentencia. En la alternativa de que lo haga el juez o las partes, la LEC opta decididamente por la segunda opción y ello se traduce en que:

- 1o.) Son las partes las que deben aportar los hechos al proceso por medio de los actos de alegación; el juez no tiene esta facultad (ni deber). La alegación por el actor de los hechos que fundamentan la pretensión (hechos constitutivos) sí son una manifestación de la regla de la disposición y, también lo es la alegación de los hechos excluyentes por el demandado. Todos los demás hechos, esto es, aquéllos que no conforman la pretensión ni la excluyen, también han de ser alegados por las partes, pero para que el juez los tenga en cuenta no es preciso distinguir cuál de ellas los ha alegado (regla de la adquisición procesal). Este segundo aspecto ya no es manifestación de la regla de la disposición, sino elemento propio de la regla de aportación de parte.

- 2o.) Sobre las partes recae la carga de la prueba de los hechos en un doble sentido: 1) De la parte ha de salir la iniciativa para pedir el recibimiento a prueba y para proponer medios concretos de prueba, y 2) La parte que alegó hechos y no los probó sufrirá las consecuencias en la sentencia, dado que el juez no podrá tener en cuenta los hechos no probados.

Estas son básicamente las consecuencias de la regla y en el proceso civil español se aplican sin fisuras, pues el juez carece de facultades para recibir el pleito a prueba y para ordenar medios concretos de prueba. Le resta sólo una posibilidad, que son las llamadas "diligencias para mejor proveer"; dentro del plazo para dictar sentencia el juez puede acordar de oficio medios de prueba, cuya finalidad no es suplir la negligencia probatoria de una de las partes, sino procurar despejar dudas que han quedado después de la práctica de las pruebas pedidas por las partes.

d. Control de los presupuestos procesales

Entendidos estos presupuestos como requisitos de admisibilidad, en el sentido de que condicionan la posibilidad de que pueda dictarse una sentencia que resuelva el tema de fondo planteado por las partes, parece que los mismos han de ser controlados de oficio por el juez, pero esto no es lo que venía sucediendo en la LEC. En ésta el control de las partes sobre el proceso era tal que el juez de oficio podía controlar muy pocos presupuestos procesales (especialmente su propia competencia objetiva y funcional), por lo que en ella existían más bien impedimentos procesales, que son aquellos que han de ser alegados por las partes para que el juez pueda extraer las consecuencias de su falta.

Ahora bien, la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma parcial de la LEC, ha venido a cambiar la situación respecto del juicio de menor cuantía. Es cierto que la doctrina sigue discutiendo sobre el alcance de la reforma en esta materia, pero estimamos que si la comparecencia obligatoria (o audiencia preliminar) que se ha introducido en ese juicio ha de servir para algo debe llegarse a la conclusión de que el juez ha de poder controlar de oficio los presupuestos procesales. A ello hay que añadir que ese control no debe tener ya una función simplemente negativa, como sería percatarse de la falta del presupuesto y acabar el proceso sin entrar a resolver

el fondo del asunto, sino que actuará positivamente, esto es, tendiendo a la subsanación del defecto cuando el presupuesto sea de los subsanables.

Con ello resta que en la LEC no existe un único sistema de control, debiendo distinguirse: En el juicio de mayor cuantía y en el verbal sigue en vigor el sistema anterior de control sólo a instancia de parte, mientras que en los juicios de menor cuantía y en el llamado de cognición puede y debe el juez controlar de oficio.²

e. El impulso de oficio

Una vez iniciado el proceso, siempre a petición de parte, aparece la alternativa entre el impulso de parte y el impulso de oficio; según el primero 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; cuando rige el segundo el órgano jurisdiccional dicta las resoluciones precisas para hacer avanzar el proceso sin necesidad de petición de parte (bien entendido que se trata dentro de cada instancia o grado, pues el paso de la primera instancia a la apelación, por ejemplo, se efectuará siempre y sólo cuando lo pida una parte).

El impulso oficial rige hoy en todos los procesos españoles. Inicialmente en la LEC se estableció el impulso de parte, que era el tradicional, pero ya en virtud del r.d.l. de 2 de abril de 1924 se pasó al impulso de oficio en el proceso civil y hoy el artículo 307 LEC dispone: "Salvo que la Ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto los proveídos necesarios". Después de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 el impulso se ha atribuido concretamente al secretario judicial.

Debe tenerse en cuenta, con todo, que en el proceso civil el impulso oficial rige solamente en el proceso de declaración, no en el de ejecución. El único supuesto civil en el que la oficialidad ha llegado al proceso de ejecución es el de trabajo; en éste iniciada la ejecución a instancia de parte, el órgano jurisdiccional dictará todos los proveídos necesarios hasta el final.

² Véase *infra*, pp. 702-718.

f. La valoración mixta de la prueba

Entre el sistema de prueba legal, en el que la ley establece de manera abstracta el valor de cada prueba, y el de la prueba libre, en el que la valoración corresponde plenamente al juez, la LEC se inclinó por un sistema mixto, en el que hay que distinguir:

- a) La confesión con juramento (no existe confesión o interrogatorio formal de la parte) y la prueba documental tienen valor establecido en la ley. Dice así el artículo 1232 del c.c. que “la confesión hace prueba contra su autor”, el artículo 1218 del c.c. que “los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste” y “contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”, y el artículo 1225 del c.c. que “el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes”.
- b) Todos los demás medios de prueba: peritos (que se considera verdadero medio de prueba, aunque la doctrina lo discute), testigos y reconocimiento judicial, se apreciarán conforme a “las reglas de la sana crítica”, expresión con la que no se pretende establecer un tercer sistema de valoración, entre el legal y el libre, sino simplemente destacar la racionalidad que debe estar en la base de la valoración de un juez.

En todo caso hay que advertir que en la práctica las reglas legales están desapareciendo, porque:

- 1o.) El Tribunal Supremo está desconociendo de hecho esa regla, llegando a afirmar que no existen unos medios de prueba más importantes de otros.
- 2o.) La jurisprudencia ha admitido la práctica de la apreciación conjunta de los medios de prueba, lo que significa que en el conjunto no cabe controlar qué valor se ha dado a cada medio.

3. Del procedimiento

a. La escritura como forma única

El procedimiento que se recibió en las *Partidas* en el siglo XIII era fundamentalmente escrito, y con ese carácter se ha mantenido desde entonces. Si en un principio se trataba de proteger a las partes *contra falsam assertionem iniqui iudicis* como decía la Decretal de 1216 de Inocencio III, su permanencia se ha debido a un acarreo acrítico de las concepciones del pasado. La LEC de 1881 está inmersa plenamente en la escritura y sus consecuencias.

Que los juicios de mayor y menor cuantía son escritos es algo evidente. Partiendo de la LEC y de la práctica ese carácter escrito llega a límites insospechados. Como dice Gómez Orbaneja "mayor predominio del principio escrito, sin duda, no se da hoy en ningún otro sistema. Hasta tal punto el legislador parte de la idea (casi instintiva) de que los actos procesales son 'escritos', que al hablar en general en el artículo 248 de 'actuaciones judiciales', lo da por sentado, limitándose este precepto a establecer que 'deberán escribirse en papel sellado'" (aunque esa clase de papel no exista ya para las actuaciones procesales).

La reforma de la LEC operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, ha introducido en el juicio de menor cuantía, al que quiere convertir en el juicio tipo, un importante acto oral como es la comparecencia obligatoria, pero como contrapartida ha reforzado el carácter escrito de otros actos, como es el escrito de resumen de pruebas.

Pero la escritura debe reconocerse también en los otros dos juicios ordinarios. La LEC regula un llamado juicio verbal, que realmente de oral sólo tiene el nombre, pues en la práctica se reduce a que las partes "dicten" a los auxiliares del Juzgado las alegaciones que éstos transcriben, desde luego en ausencia del juez. El Decreto de 21 de noviembre de 1952 (levemente modificado por la Ley 34/1984) reguló un juicio llamado, incorrectamente, de cognición, sobre el cual en el momento de su aparición se discutió si se trataba de un juicio dominado por la oralidad o por la escritura, resultando a la postre la discusión bizantina, pues se ha convertido de hecho en el procedimiento más escrito de nuestro sistema, al ser sus notas características la lectura de alegaciones, su copia por los auxiliares y la ausencia del juez.

b. La 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 ha de haber presenciado la práctica de las pruebas. Esto es lo que ocurre en el proceso civil español, aunque a ello se pueda llegar de dos maneras distintas:

- a) En ocasiones, a pesar de que el procedimiento sea escrito, la ley dispone que en la práctica de las pruebas exista inmediación. Este es el modo de practicar las pruebas en la LEC; toda ella está partiendo de la base de que las pruebas se practican ante el juez. Con todo, a pesar de lo dispuesto legalmente, la inmediación no se consigue porque:
 - 1o. En la LEC no se asegura que el juez que ha presenciado la práctica de las pruebas será el que haya de dictar la sentencia; antes al contrario, se acepta con todas sus consecuencias la posibilidad del cambio de juez a lo largo del procedimiento; posibilidad que no es remota sino de realidad diaria.
 - 2o. La disposición legal de que las pruebas se practiquen ante el juez es incumplida normalmente de hecho. Las razones de este incumplimiento son varias; generalmente se achaca al exceso de trabajo en los tribunales, pero también hay que tener en cuenta que en un procedimiento escrito el juez no está interesado en la prueba, dado que no sabe si él será el que dicte la sentencia. Con todo hay que decir que en los últimos años algunos jueces están haciendo un gran esfuerzo para realizar las pruebas personalmente, pero la finalidad perseguida no es la inmediación real, sino sólo el cumplimiento de un deber.
- b) En otros casos, la inmediación está excluida por expresa disposición legal, bien porque la ley permite que la prueba la practique juez distinto del que realiza el proceso, bien porque la prueba es realizada por uno solo de los magistrados que integran el tribunal sentenciador.

c. Dispersión, preclusión y eventualidad

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 y se comuniquen 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, Jacobo de las Leyes distinguía nueve tiempos y hoy en el juicio de mayor cuantía Francisco Becña registraba ocho de ellos.

La dispersión de los actos procesales en el tiempo exige, para que aquéllos se desarrollen ordenadamente, que se establezca legalmente un orden de sucesión en los mismos, 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.

Es evidente que una cierta preclusión ha de encontrarse en todos los procedimientos, sean cuales fueren las reglas básicas que los informen, pero en el procedimiento escrito la preclusión es el sistema que hace avanzar el proceso con cierto orden. La preclusión, más el impulso de oficio, hace que los procedimientos, una vez puestos en marcha por la parte, lleguen a su final. Se comprende así que el artículo 306 de la LEC disponga que "transcurrido un plazo procesal se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate".

Naturalmente, la preclusión opera frente a las partes, no frente al órgano jurisdiccional. Si las partes tienen un plazo para proponer prueba y dentro de él no la proponen, el secretario judicial impulsará formalmente el procedimiento haciéndolo pasar a la fase siguiente, en la que ya no podrá hacerse la proposición de medios de prueba. Por el contrario, si la ley concede al juez un plazo para dictar sentencia, el transcurso del mismo no supone preclusión del deber de dictarla; el incumplimiento de los plazos para el juez, y las demás personas que integran el órgano judicial, supone sólo nacimiento de responsabilidad.

Dividido el procedimiento en fases rígidas destinadas a la realización de actos de contenido y forma predeterminados, y habida cuenta de la preclusión, aparece necesario que las partes acumulen todos los medios de defensa de que dispongan en cada una de ellas. Es lo que se llama regla de la acumulación eventual o eventualidad. Esta es la razón de que en el juicio de menor cuantía el demandado tenga que incluir en la contestación de la demanda todo lo que pueda alegar; la alegación que no realice en ese momento no podrá ya hacerla en momento posterior.

d. La constitucionalización de la oralidad

El tema de la oralidad *versus* escritura puede seguir discutiéndose por la doctrina a nivel teórico, pero en España esa discusión carece ya de sentido real. El artículo 120.2 constitucional dispone que "el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal". Está abierta, naturalmente, la crítica de la norma constitucional, pero no su cumplimiento.

Y sin embargo, el mandato constitucional se está incumpliendo. No se trata ya de que no se ha sustituido la LEC por otra con predominio de la oralidad, sino de que los procesos especiales que se han ido creando después de 1978 siguen decantándose por la escritura. Este es el caso, por ejemplo, de los procesos matrimoniales, regulados en la Ley de 7 de julio de 1981, o de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 y, sobre todo, y aquí el contrasentido puede parecer absurdo, los procedimientos de la Ley de 3 de octubre de 1979, orgánica del Tribunal Constitucional. Este Tribunal declara la inconstitucionalidad de las leyes a través de un procedimiento totalmente escrito, esto es, inconstitucional, y ampara los derechos y libertades también en un procedimiento inconstitucional. La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma de la LEC, no ha supuesto adecuación de ésta a la Constitución.

Llevamos en España, en algunos procesos, una tradición casi milenaria de escritura, de la que están imbuidos los jueces y los abogados, por lo que el cambio a la oralidad suscita resistencias muy fuertes. Esas resistencias están impidiendo la sustitución de la LEC de 1881 por otra que responda a concepciones doctrinales y prácticas, por lo menos, no medievales.

III. LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN PROCESAL

1. *Los sujetos del proceso*

a. El juez

i) Los órganos judiciales del orden civil

La organización judicial española quedó nuevamente configurada en la Ley 6/1985, de 1 de julio, orgánica del Poder Judicial, y del conjunto de órganos que en ella se regulan tienen competencia en materia civil:

a) Juzgados de Paz

Existen en todas las poblaciones donde no haya otro órgano judicial y el titular de la jurisdicción, el Juez de Paz, es elegido por el pleno del Ayuntamiento y para el plazo de cuatro años. Su competencia civil se extiende sólo a los juicios verbales de cuantía no superior a 5 mil pesetas.

b) Juzgados de Primera Instancia

Es el órgano judicial unipersonal que cabe calificar de tradicional, extendiendo su competencia a un partido judicial, de los que existen 422, aunque en muchos partidos hay más de un Juzgado, designándose por numeración cardinal. A su frente está el Juez de Primera Instancia, juez técnico, que pertenece a la carrera judicial. Su competencia civil hace que se le considere el órgano ordinario por excelencia, pues conoce de todos los asuntos civiles en primera instancia, sin límite de cuantía.

c) Audiencias provinciales

Se trata de órgano colegiado, con base territorial que se extiende a la provincia, por lo que existen 51. Funciona con dos magistrados y un presidente, aunque en muchas provincias se divide en secciones. Conoce de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia.

d) Sala I del Tribunal Supremo

Naturalmente el Tribunal Supremo es único y en materia civil conoce su Sala I o de lo Civil, que actúa con cuatro magistrados y el presidente. Su competencia básica son los recursos de casación.

Cuando el derecho aplicado en el proceso es el civil especial o "foral" propio de una comunidad autónoma, el conocimiento de la casación se atribuye a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de esa comunidad.

ii) La atribución de competencia

La determinación de la competencia de un órgano judicial del orden civil exige una serie de reglas que pueden formularse muy en síntesis de esta manera:

- a) Con relación a la competencia judicial internacional la LOPJ de 1985 ha tomado como modelo el Convenio de Bruselas de 1968 por lo que bastará remitirse a éste, si bien teniendo en cuenta su actualización por el Convenio de San Sebastián de 1989.
- b) Dentro ya de la jurisdicción española, la LOPJ de 1985 configura al orden civil como ordinario atribuyéndole competencia para conocer de todas las materias que le son propias (debiendo entenderse derecho privado) y de todas las que no estén atribuidas a otro orden judicial.
- c) Determinado ya que son competentes los órganos del orden civil, el paso siguiente es repartir la competencia entre ellos, lo que se efectúa atendiendo a los criterios tradicionales:
 - 1o.) En el objetivo la ley atiende para fijarlo a dos posibilidades que se refieren a la materia sobre la que verse el litigio y a la cuantía o valor económico del bien litigioso, de modo tal que la primera prevalece siempre sobre la segunda:
 - Por la materia debe partirse de la regla general de que los Juzgados de Primera Instancia conocerán, en esa instancia, de todos los juicios que no vengan atribuidos expresamente por la ley a otro órgano, con lo que ese Juzgado es el ordinario por excelencia (las excepciones son muy pocas).

- Por la cuantía la LEC opera de un modo propio; primero fija cómo se determina la cuantía, estableciendo las reglas oportunas, luego establece cuatro juicios ordinarios por la cuantía y, por último, atribuye esos juicios bien a los Juzgados de Paz bien a los Juzgados de Primera Instancia.
- 2o.) En el criterio funcional se atiende a las diversas etapas de que se compone un proceso, a sus instancias, incidencias y ejecución. La regla general es simple: el órgano de la primera instancia conocerá de todas las incidencias y de la ejecución; esta fijación determina automáticamente quién conoce de la apelación (qué Audiencia) y quién de la casación (el Tribunal Supremo o qué Tribunal Superior)
- 3o.) En el criterio territorial la LEC quiere que sea juez competente, en primer lugar, aquél al que las partes se sometan expresa o tácitamente y, sólo después, no existiendo sumisión, entran en juego los llamados fueros legales que, en general, son:
- Acciones personales: El juez del lugar del cumplimiento de la obligación y, si no se conoce éste, el juez del domicilio del demandado o el del lugar del contrato si en él puede hacerse el emplazamiento, a elección del actor.
 - Acciones reales: Si se trata de bienes inmuebles es siempre competente el juez del lugar en que se encuentre la cosa litigiosa, y si se trata de bienes muebles, a elección del actor, el juez del lugar en que se halle o el del domicilio del demandado.
 - Acciones mixtas: El juez del lugar en que se hallen las cosas o el del domicilio del demandado, a elección del actor.

El juez, de oficio, debe controlar el cumplimiento de las reglas de competencia internacional, de las relativas al orden judicial, de las objetivas y de las funcionales, pero no las reglas de competencia territorial, que quedan a la alegación de la parte.

b. Las partes

i) Capacidad y legitimación

Pocas materias están tan huérfanas de regulación en la LEC como la relativa a las partes, pues a ella se dedica realmente un sólo artículo; la segunda parte, obviamente, es la persona o personas que insta la tutela judicial (o que interpone la pretensión) y la persona o personas frente a quien se insta (o contra la que se interpone la pretensión). Desde esta perspectiva, tercero es simplemente quien no es parte. Para nosotros no existen figuras intermedias; se es o no se es parte.

a) Capacidad para ser parte

La determinación de quién puede ser parte exige distinguir entre:

- 1o.) Personas físicas: Todo hombre es persona y, por tanto, puede ser parte desde su nacimiento hasta su muerte. Esta capacidad no es concedida por la ley, sino simplemente reconocida.
- 2o.) Personas jurídicas: Estas realidades sociales, a las que la ley admite como individualidades de imputación de derechos y de obligaciones, también pueden ser parte, pero en este caso la capacidad se la concede la norma, la cual puede fijar los requisitos.

b) Capacidad procesal

Una cosa es decir quién puede ser parte y otra determinar quién puede actuar en el proceso. También aquí debe distinguirse:

- 1o.) Personas físicas: Sólo pueden comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de los derechos civiles, con lo que el artículo 2 LEC está efectuando una remisión al Código Civil; por los menores de edad y por los incapacitados comparecerán sus representantes legítimos, que también se determinan en el Código Civil.
- 2o.) Personas jurídicas: Estos entes no presentan problemas de incapacidad; si la tienen reconocida pueden ser parte, actuando por ellos quienes fijen su voluntad conforme a la ley o los estatutos.

Los verdaderos problemas de la capacidad se refieren a una serie de entes intermedios, que no llegan a tener la consideración de persona jurídica. Nos referimos a las comunidades de bienes (los copropietarios de una casa dividida en apartamentos), las uniones sin personalidad (la Comisión organizadora del Congreso de Derecho Procesal), las sociedades irregulares (las que no cumplen los requisitos legales), los patrimonios autónomos (la herencia yacente), a todos los cuales la jurisprudencia española ha ido paulatinamente reconociéndoles capacidad. El último caso es el de los "grupos afectados", a los que la LOPJ reconoce legitimación para la defensa de intereses colectivos.

c) Legitimación

Establecido quién puede ser parte en general, el paso siguiente es determinar quién debe serlo en un proceso concreto, y a ello atiende la legitimación. Sobre ella las opiniones van desde quien afirma que es una noción superflua hasta la mayoritaria que estima que se confunde con el tema de fondo debatido en el proceso. En nuestra opinión tiene carácter procesal y en ocasiones puede ser tratada *in limine litis*.

Hay que distinguir, primero, entre titularidad activa o pasiva de la relación jurídico material que se deduce en el proceso, que se regula por normas de derecho material, y titularidad de la posición habilitante para formular la pretensión (activa) y para que contra él se formule (pasiva) en condiciones de que sea examinada por el juez en el fondo, que se regula por normas procesales. Esta posición habilitante puede ser:

- 1o.) Ordinaria: La legitimación activa existe simplemente cuando el actor afirma su titularidad del derecho subjetivo material y la legitimación pasiva cuando se imputa al demandado la titularidad de la obligación. No se trata de ser o no titulares, que es tema de fondo, sino sólo de que se realiza la imputación activa o pasiva. En el derecho privado, basado en la autonomía de la voluntad y en la libre disposición, el único que puede formular la pretensión es quien afirme que es titular activo de la relación jurídico material; si esa afirmación no se realiza no existe legitimación.
- 2o.) Extraordinaria: En ocasiones la ley procesal admite la posibilidad de que se interponga la pretensión sin necesidad de

realizar la afirmación anterior, y entonces estamos ante una legitimación extraordinaria que ha de ser establecida expresamente en la ley. El caso más conocido es el de la sustitución procesal, en el que se permite que el sustituto actúe en nombre propio, en una relación procesal propia, pero afirmando derechos subjetivos ajenos, como son los supuestos de la acción subrogatoria y de la acción directa del perjudicado contra el asegurador.

ii) Pluralidad de partes

La LEC presupone que el proceso se entabla entre un actor y un demandado y desconoce los casos en que puede aparecer más de una parte en la posición activa y/o pasiva. Estamos ante un proceso único con pluralidad de partes cuando dos o más personas se constituyen en él como actor y/o como demandado, estando legitimadas para interponer u oponerse a una pretensión (originadora de un único proceso), de modo tal que el juez ha de dictar una única sentencia, en la que se contendrá un único pronunciamiento, el cual afectará a todas las partes de modo directo o reflejo.

El proceso único con pluralidad de partes es consecuencia de los supuestos de legitimación plural, esto es, de aquellos en los que la ley o la propia naturaleza de las relaciones jurídico materiales permite u obliga a que en un proceso, para que quede bien constituido, más de una persona pueden o deben afirmar su titularidad de la posición habilitante para formular la pretensión y/o contra más de una persona puede o debe formularse. Lo determinante es siempre la legitimación y se trata de comprender que no siempre está legitimada una única persona de modo activo y/o pasivo.

El proceso único con pluralidad de partes puede entonces ser:

- a) Necesario, como ocurre en el litisconsorcio necesario, que es el caso más claro de legitimación plural, y así piénsese en la pretensión de nulidad de un negocio jurídico realizado por más de dos personas.
- b) Eventual, caso en el que la legitimación puede ser:
 - 1o.) Ordinaria, dando lugar al litisconsorcio cuasi-necesario, cuyo supuesto más destacado es el de las obligaciones solidarias, o bien a la intervención litisconsorcial, en el que la pluralidad se produce porque un tercero, no parte

hasta entonces, se incorpora al proceso porque está legitimado de modo ordinario.

- 2o.) Extraordinaria, que es el supuesto de la intervención adhesiva simple, en la que un tercero se incorpora a un proceso en el que está debatiéndose una relación jurídico material de la que él no es titular, pero sí lo es de otra relación de la que la primera es condicionante o prejudicial.

c. Abogado y procurador

Todos los ordenamientos jurídicos han de cuestionarse si las partes podrán o no actuar realmente por sí mismas o si, por el contrario, es conveniente que se realicen los actos procesales por medio de una persona técnica que dé forma jurídica a las aspiraciones de aquéllas. En este dilema, el ordenamiento español se inclina decididamente por la segunda solución, con lo que aparece la llamada postulación procesal. Lo grave de nuestro sistema es que esa postulación no se confía a un solo técnico sino a dos:

a) Defensa técnica a cargo del abogado

El abogado, en cuanto profesional que asume la dirección y defensa técnica de la parte en el proceso, con obligación de estar incorporado a un Colegio, se concibe en la LEC con carácter necesario, hasta el extremo de que sólo en los juicios verbales las partes pueden actuar por sí mismas.

b) Representación procesal mediante el procurador

El abogado es defensor pero no representante de la parte. La representación procesal ha de confiarse a otro profesional técnico, el procurador, al cual se atribuye en exclusiva esta función, otorgándose la representación por medio del "poder". Esta palabra, "poder", designa tanto la declaración de voluntad que hace el poderdante, como el documento en que aquélla se recoge.

La actuación del procurador es necesaria en casi todos los procesos, excluyéndose su obligatoriedad principalmente en los juicios verbales y de cognición y en algunos especiales (muy pocos). De aquí se deriva que el poder es uno de los documentos esenciales en el

proceso civil, pudiendo constar bien en escritura pública notarial, bien en diligencia realizada por el secretario judicial.

Es curioso que la designación de abogado no presente problemas, dado que el juez debe entender que aquél actúa por su cliente por el mero hecho de firmar los escritos o de concurrir a los actos orales, mientras que la designación de procurador sí los presenta, debiendo distinguirse entre inexistencia del poder, ilegalidad e insuficiencia del mismo, con complejas actuaciones procesales para establecer su corrección.

2. El objeto del proceso

a. La pretensión procesal

La determinación de cuál es el objeto del proceso cumple finalidades muy distintas, pues es determinante de aspectos como la atribución de competencia, la transformación de la demanda, la posibilidad de acumular y, especialmente, sirve para determinar sobre lo que versan la litispendencia y la cosa juzgada. Sin embargo, cuando se habla del objeto se está pensando básicamente en lo que ha sido deducido en un proceso, la materia sobre la que éste versa, sobre todo con el fin de identificarlo o distinguirlo, lo que puede diferenciarlo de otros posibles procesos.

Atendiendo, pues, a esa función identificadora, creemos que la noción de pretensión procesal responde adecuadamente a la misma. Por pretensión entendemos la petición fundada que se dirige a un juez, frente a otra persona, sobre un bien. Nos referimos después a los elementos objetivos, que son los que fijan el objeto del proceso, pero en general la pretensión se integra por:

- 1o.) Es una declaración de voluntad, pero no cualquiera de las muchas que se hacen en un proceso, sino precisamente aquella que atiende a un bien de la vida.
- 2o.) Es una petición fundada, esto es, una petición que invoca un fundamento o acontecimientos de la vida, como veremos.
- 3o.) No es un acto procesal, es decir, no es una actividad que se desarrolla en un momento determinado en el tiempo; la pretensión puede ser el contenido de uno o varios actos, pero de ella lo importante no es su posible apariencia externa, sino su naturaleza de petición.

- 4o.) No es un derecho, pues no existe el derecho de pretender; no es algo que se tiene o no, sino algo que se realiza.
- 5o.) Se dirige al órgano judicial y en ella se reclama una actuación de éste, actuación que según su naturaleza determina la clase de pretensión interpuesta: declaración, ejecución y cautela.
- 6o.) Se interpone frente a otra persona, es decir, frente a persona distinta del sujeto activo, la cual debe estar determinada o ser, al menos, determinable.

Esta pretensión procesal se introduce en el proceso por el actor mediante actos procesales cuyo tiempo y forma dependen de las diversas regulaciones procesales. Frente a la pretensión el demandado opondrá la resistencia, pero ésta no introduce un nuevo objeto procesal, aunque pueda determinar una reducción (nunca una ampliación) del ámbito de lo pedido (por eso la reconvencción no es una resistencia sino la interposición de una segunda pretensión que se acumula a la primera).³

b. La identificación del objeto

Si de la definición de la pretensión dejamos a un lado los elementos subjetivos, resultará que los elementos identificadores del objeto del proceso son la petición y su fundamentación; en términos del artículo 1252 c.c., la "cosa" y la "causa" o, más técnicamente, lo que se pide y la causa de pedir.

i) La petición

En ella hay que distinguir para lograr alguna claridad entre:

- a) Un objeto *inmediato* consistente en una cierta clase de actuación jurisdiccional que atiende a la clase de tutela jurisdiccional prevista por el ordenamiento y que el juez puede conceder. En el proceso de declaración esas clases son: 1) Condena: Se pide al juez una declaración de la que arranque el derecho a obtener una prestación del demandado, al que se ordena cumplir la obligación, constituyendo un título ejecutivo; 2) Constitución: Lo que se pide al juez es la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, es decir, un cambio sobre

³ Véase *infra*, p. 703, inciso i).

la situación existente, y 3) Mera declaración: Se pide una declaración, sin más, sobre la existencia o inexistencia de una relación jurídica, aunque con efectos de cosa juzgada.

- b) Un objeto *mediato* de modo que la tutela jurisdiccional ha de referirse a un bien jurídico. Ese bien es evidente cuando se trata de las pretensiones de condena, pues consiste en una prestación en el sentido del derecho privado, que puede consistir en hacer, no hacer, dar cosa específica o genérica y especialmente dinero, pero también aparece claro en las otras, en las pretensiones declarativas puras y en las constitutivas, consistiendo en la situación o relación jurídica, estado jurídico o algún elemento de las anteriores, o en el negocio o acto jurídico, sobre los cuales se pide tanto la declaración de existencia o inexistencia o naturaleza como la creación, modificación o extinción.

ii) La causa de pedir

La "causa" es un conjunto de hechos en el que se funda la petición, lo que supone que quedan excluidas las normas o reglas jurídicas, los argumentos e incluso los medios de prueba. Ha de tratarse de hechos históricos que, además, sean jurídicamente trascendentes; es decir, de acontecimientos concretos de la vida que sirvan para distinguir realidades a las que se vinculan consecuencias jurídicas. Incluso dentro de esos hechos es necesario distinguir:

- 1o.) Los hechos constitutivos, que son aquéllos que conforman el supuesto fáctico de la norma cuya alegación hace el actor como base de la consecuencia jurídica que pide; esto es, el conjunto de hechos necesarios y suficientes que, si son alegados y probados, conducirán a la estimación de la pretensión por el juzgador.
- 2o.) Los hechos que identifican la pretensión del actor, el objeto del proceso, que son sólo una parte de los anteriores y que no se refieren a la estimación de la pretensión por el juez, sino simplemente a su distinción de otras posibles pretensiones.

Partiendo de este esquema general de la causa de pedir, hay que referirla a las tres clases de pretensiones declarativas:

a) Condena

Dentro de ella habrá de distinguirse: 1) Si la pretensión se basa en un derecho de obligación la causa de pedir serán los hechos concretos que dan lugar al nacimiento del derecho subjetivo, y 2) Si la pretensión se ampara en un derecho real la causa es la titularidad actual del derecho y la cosa, no identificando la pretensión los hechos que originaron el nacimiento y adquisición del derecho, aunque sólo quepa probar la existencia del derecho real con relación a un título de adquisición; si bien éste no identifica la causa, sí servirá para integrar los hechos constitutivos.

b) Constitución

La causa la integran el conjunto de hechos al que la norma vincula el efecto de creación, modificación o extinción. El aspecto más interesante se refiere a la pretensión constitutiva de extinción; por ejemplo, la extinción del contrato va unida a la concurrencia de una serie de causas legales, y cada uno de los conjuntos fácticos base de cada una de esas causas integra una diferente causa de pedir; resulta así que una misma petición de extinción, alegándose dos o más causas en la demanda única, supone acumulación de pretensiones, que nada impide alegar la misma petición en varias demandas distintas pero simultáneas alegándose en cada una de ellas una causa legal diferente, y que es posible formular la misma petición en demandas sucesivas fundándolas en distintas causas, sin que queda alegar ni litispendencia ni cosa juzgada.

c) Mera declaración

Esta puede ser de carácter positivo, cuando se pide la declaración de la existencia de la relación jurídica o que tiene un contenido determinado, y entonces deben alegarse los hechos que la hicieron nacer y en tales condiciones, o un contenido negativo, si se pide la declaración de inexistencia o nulidad de la relación; en este segundo supuesto la inexistencia o la nulidad puede deberse a varias causas legales y cada una de ellas o, mejor, el supuesto fáctico de cada una de ellas, constituye una causa de pedir diferente.

c. La pluralidad de objetos procesales: la acumulación

En ocasiones puede parecer que, al existir más de dos personas en una actuación judicial, se está ante el caso del proceso único con pluralidad de partes cuando, en realidad, acontece un fenómeno muy distinto al que se denomina acumulación de procesos.

Partiendo de la base de que toda pretensión da origen a un proceso, existiendo tantos procesos como pretensiones, y de que un solo procedimiento judicial puede ser la envoltura externa de dos o más procesos, la acumulación es un fenómeno, basado en la conexión de las pretensiones y cuyo fundamento se encuentra en la economía procesal, por el cual dos o más pretensiones (originadoras de dos o más procesos) son examinadas en un mismo procedimiento judicial y decididas en una única sentencia en sentido formal, aunque en ella habrán de contenerse tantos pronunciamientos como pretensiones.

El por qué de este fenómeno debe buscarse en algo muy distinto a la legitimación plural. En la acumulación el origen se encuentra en la conexión existente entre pretensiones, es decir, en la identidad de alguno o algunos de dos o más pretensiones; partiendo de esa conexión, la acumulación sirve: 1) Para evitar decisiones contradictorias, tanto en sentido estricto, esto es, en las resoluciones judiciales, como en sentido amplio que comprende también las declaraciones sobre existencia o inexistencia de hechos que pueden efectuarse en dos sentencias, y 2) Para lograr economía procesal, en cuanto dos pretensiones y dos procesos se conocen y resuelven en un procedimiento único.

En la acumulación se comprenden figuras muy variadas que se clasifican atendiendo a dos criterios: 1) Su carácter meramente objetivo (varias pretensiones pero sólo dos partes) u objetivo-subjetivo (varias pretensiones y más de dos partes), y 2) El momento en que se produce, y así resulta:

- a) Acumulación objetiva, que puede ser: 1) Inicial, que es la denominada en la LEC acumulación de acciones, y 2) Sucesiva, que puede ser: A) Por inserción, en donde se incluyen la ampliación de la demanda por el actor y la reconvención del demandado, y B) Por reunión, que es la llamada acumulación de autos cuando son dos solamente las partes.
- b) Acumulación subjetivo-objetiva, que puede ser: 1) Inicial, en que se resuelve el mal llamado litisconsorcio voluntario, y 2)

Sucesiva, que se distingue en: A) Por inserción, caso de la intervención principal y de las intervenciones provocadas, y B) Por reunión, caso de la acumulación de autos cuando las partes de cada proceso acumulado son distintas.

De todo este conjunto de figuras la LEC no atiende a los supuestos de intervención, que han sido elaborados por la doctrina y la jurisprudencia.

3. *Los actos procesales*

a. El acto procesal: sus requisitos

Los conceptos de hecho y de acto procesal provienen, obviamente, de la teoría general del derecho, y por ello nos limitamos a decir que:

- a) El hecho procesal es el hecho jurídico que tiene efectos o consecuencias asimismo jurídicas en el proceso. La LEC no contiene una regulación general del mismo, sino que atiende caso por caso a algunos de ellos (muerte de la parte, enfermedad del abogado, etcétera).
- b) El acto procesal es el acto jurídico de las partes o del órgano judicial (principalmente) por el cual el proceso se va realizando, recayendo sus efectos de modo directo en el proceso. Manejando un concepto estricto no es acto procesal aquél que produce consecuencias indirectas en el proceso.

Partiendo de esas nociones elementales hay que aclarar que por requisitos de los actos procesales entendemos aquellos componentes de los mismos, establecidos en la ley, a los que debe ajustarse la realización en concreto de los actos para que produzcan sus efectos normales; y que esos requisitos pueden ser específicos, o propios de cada acto en particular, y generales, que pueden referirse a todos. Naturalmente para los requisitos específicos debe estarse a la regulación de cada acto en concreto, pero respecto de los generales pueden destacarse los más importantes:

- 1o.) Forma, entendida como la apariencia externa que ha de revestir el acto para ser eficaz, el modo como se manifiesta al

exterior, puede ser oral o escrita y ya hemos dicho⁴ que la LEC tiende a la realización de los actos por escrito. En uno y otro caso el idioma a utilizar es el español, sin perjuicio de que:

- En los órganos judiciales radicados en comunidad autónoma con lengua oficial propia cabe su utilización distinguiendo entre: el órgano judicial puede utilizarla salvo que una parte se oponga, alegando desconocimiento, y las partes pueden utilizarla en todo caso pero la otra parte puede exigir traducción.
- El uso de idioma extranjero nunca es una facultad, sino una imposibilidad de uso de lengua oficial que exige traducción.

2o.) Tiempo, que es relevante como marco en el que se insertan los actos, los cuales han de realizarse en días y horas hábiles, y como orden de realización de los actos, distinguiéndose entre término (que es un momento en el tiempo en el que ha de realizarse el acto) y plazo (que es un lapso de tiempo en el que puede realizarse el acto). Ahora en la LEC todos los plazos son perentorios e improrrogables, y para el cómputo de los mismos no se tienen en cuenta los días festivos, que son inhábiles ni en agosto, que todo él se ha declarado inhábil.

b. Ineficacia de los actos procesales

La ineficacia del acto procesal es la falta de producción de sus efectos jurídicos normales y la posibilidad de privarle de ellos, por no cumplirse los requisitos propios del acto. Si no está clara aún una teoría general de los requisitos de los actos, es lógico que falte, con mejores razones, claridad en el aspecto de la ineficacia. En la LEC no existen unas reglas ordenadas de ésta y a ello ha atendido últimamente la LOPJ, aunque con falta de sistema.

En la doctrina se ha venido distinguiendo entre inexistencia, nulidad absoluta y anulabilidad, aunque la primera figura no es admitida unánimemente. La nulidad absoluta se deriva de vicios que afectan a requisitos esenciales del acto, de tal índole que deben ser

4 Véase *supra*, pp. 666-669.

controlados de oficio por el juez; el problema básico ha sido tradicionalmente el de si la cosa juzgada subsana o no incluso las nulidades absolutas, y la jurisprudencia ha venido respondiendo que, terminado el proceso, no cabe intentar la declaración de nulidad ni en el mismo proceso ni en otro posterior. La anulabilidad se deriva del incumplimiento de requisitos del acto sobre los que las partes tienen facultad de disposición, por lo que el juez no puede declararla de oficio, siendo necesaria petición de parte.

De los artículos 238 a 243 de la LOPJ cabe identificar tres supuestos de ineficacia:

- a) Determinan nulidad absoluta de los actos del órgano jurisdiccional la falta de jurisdicción, de competencia objetiva y funcional, la violencia o intimidación, el incumplimiento total de las normas esenciales del procedimiento, la infracción de los principios de audiencia y defensa, siempre que produzcan indefensión, y la infracción de requisitos de forma cuando el acto no pueda alcanzar su fin o se produzca indefensión.
- b) Puede determinar nulidad o anulabilidad la infracción del requisito del tiempo, según sea esencial o no esté regulado en cada caso.
- c) Son anulables los actos de parte que carezcan de los requisitos legales, pero al mismo tiempo esos actos pueden ser nulos si incumplen requisitos de forma que les impiden alcanzar su fin o determinan indefensión.

Como puede verse es un maremagno que se complica aún más cuando se atiende a los modos para hacer valer la ineficacia: 1) El control de oficio, aplicable a los casos de nulidad absoluta, pero teniendo en cuenta que después de la sentencia no cabe que el mismo la declare (Trib. Const. 15-XI-1990, núm. 185); 2) Los medios de impugnación que prevén las leyes, y 3) Los demás medios que establezcan las leyes procesales, con lo que se efectúa una remisión a todos los cauces de tramitación específica.

c. Clases de actos procesales

Los criterios de clasificación de los actos son variadísimos; nosotros vamos a atender al sujeto que los realiza, advirtiendo que los actos de las partes son de tal variedad que en realidad no existe

una enumeración sino una clasificación, en la que suele seguirse por la doctrina española a Goldschmidt, distinguiendo entre actos destinados a obtener una resolución judicial (peticiones, alegaciones, aportaciones de prueba y conclusiones) y actos creadores de situaciones procesales o de causación. Atenderemos, pues, a:

i) Actos del juez

Nos referimos a los que realiza el titular de la potestad jurisdiccional, que puede ser un juez único o un colegio de magistrados. De esos actos los más trascendentes son las resoluciones, que pueden ser:

a) Providencias

Son las resoluciones que reserva la ley para la ordenación procesal de menor complejidad y trascendencia, no precisándose que sean motivadas. Su contenido se limita a la expresión de lo mandado, el juez o tribunal que la dicta, la fecha y la firma o rúbrica del juez o presidente, además de la fe pública del secretario.

b) Autos

Para la determinación de qué resoluciones ha de adoptar la forma de auto la LEC realiza, primero, una enumeración poco esclarecedora y, luego, dice que se resolverán por auto los incidentes; en general, pues, se trata de resoluciones de ordenación que versan sobre las cuestiones trascendentes por suponer una decisión entre varias soluciones posibles, debiendo ser motivadas. Por ello su contenido se referirá al juez o tribunal que lo dicta, a la fecha, a los hechos, a los razonamientos jurídicos y a la parte dispositiva, debiendo firmarlo el juez o todos los magistrados del colegio, con la fe pública del secretario.

c) Sentencias

Han de tener la forma de sentencia las resoluciones que decidan definitivamente un pleito en cualquiera de sus instancias o recursos y también cuando se ordene expresamente por la ley. En materia civil las sentencias han de ser siempre escritas integrándose por: 1)

Encabezamiento, con expresión del lugar, fecha, juez o magistrados que la dictan (con expresión del ponente), identificación de las partes y enunciación del objeto del proceso; 2) Antecedentes de hecho en párrafos separados y numerados; 3) Fundamentos de derecho, con la misma distinción en párrafos separados y numerados, y 4) Fallo o parte dispositiva.

ii) Actos del secretario

El secretario judicial ha ido adquiriendo una importancia creciente en el proceso español, asumiendo funciones de dirección formal del proceso. Básicamente sus actos se refieren a:

a) Actos de documentación

El secretario tiene la fe pública judicial y con base en ella: 1) Autoriza con su firma las providencias y autos que se dictan ante él, pero no por él; 2) Redacta las actas (que documentan la realización de un acto), las diligencias (que pueden ser de constancia, de ordenación, de comunicación y de ejecución) y las notas (que son de referencia, de resumen de actuaciones y de examen de trámites), y 3) Expide las copias y testimonios de las actuaciones, teniendo la custodia de toda la documentación judicial.

b) Actos de resolución

Su atribución al secretario se ha producido en la LOPJ de 1985 y se refieren a: 1) Diligencias de ordenación, que son resoluciones de mera tramitación por las que se impulsa el procedimiento en la dirección única y prevista por la ley, 2) Propuestas de resolución, que consisten en propuesta que el secretario puede hacer de providencias y autos para que el juez o tribunal las apruebe, aunque se excluyan los autos más importantes.

c) Actos de comunicación

Estos actos se realizan en una doble dirección:

- 1a.) De las partes y para el juez o tribunal, que se resuelven en la "dación de cuenta", propia de un procedimiento escrito, que tiene por objeto: 1) Los escritos y documentos que se

presentan en la secretaría, 2) Las actas autorizadas por el secretario fuera de la presencia judicial, y 3) El estado procesal de las actuaciones para que se dicte una resolución. La dación de cuenta se realiza oralmente.

2a.) Del juez o tribunal y con destino a las partes, terceros y cualquier persona, consistiendo en cuatro actos:

- Notificación: Se comunica al destinatario una resolución judicial o una diligencia de ordenación.
- Citación: Es el llamamiento para un término, es decir, se comunica al destinatario que debe comparecer en lugar, día y hora determinados para la realización de un acto.
- Emplazamiento: Se comunica a las partes que deben comparecer ante el juez o tribunal o realizar un acto procesal dentro de un plazo determinado.
- Requerimiento: Se ordena al destinatario la realización de una conducta distinta de la personación ante el juez (por ejemplo exhibición de un documento).

Todas estas comunicaciones pueden hacerse de las formas siguientes:

- En la oficina judicial: Es posible que se haga al destinatario si concurre en la oficina, pero lo normal es que se haga al procurador.
- En el domicilio del destinatario: En él se persona el secretario o persona en quien delegue.
- Por correo certificado con acuse de recibo: Esta forma se va convirtiendo en la ordinaria en las leyes recientes.
- Por edictos: Cuando se desconoce el domicilio del destinatario se acude a la fijación del documento en tablones de anuncios y a su inserción en publicaciones oficiales.
- En estrados o en la sede del órgano judicial: Es una ficción de comunicación porque su práctica consiste en la lectura en audiencia pública de la comunicación y en colocarla en tablón de anuncios, utilizándose con las partes que están en rebeldía.