

**DERECHO PROCESAL DE AYER,
DE HOY Y DE SIEMPRE:
jurisdicción, acción y proceso**

COLECCIÓN
ÉTICA, JUSTICIA Y PROCESO

DIRECTORA

SONIA CALAZA LÓPEZ
Catedrática de Derecho Procesal de la UNED

COMITÉ EDITORIAL

CORAL ARANGÜENA FANEGO
Catedrática de Derecho Procesal (Universidad de Valladolid)

JOSE MARÍA ASECIO MELLADO
Catedrático de Derecho Procesal (Universidad de Alicante)

SILVIA BARONA VILAR
Catedrática de Derecho Procesal (Universidad de Valencia)

IGNACIO COLOMER HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal (Universidad Pablo de Olavide)

MAR JIMENO BULNES
Catedrática de Derecho Procesal (Universidad de Burgos)

MARÍA MARCOS GONZÁLEZ
Catedrática de Derecho Procesal (Universidad de Alcalá de Henares)

MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA
Catedrática de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

IXUSKO ORDEÑANA GEZURAGA
Catedrático (A) de Derecho Procesal (Universidad del País Vasco)

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
Catedrática de Derecho Procesal (Universidad de Vigo)

AGUSTÍN PÉREZ-CRUZ MARTÍN
Catedrático de Derecho Procesal (Universidad de Oviedo)

VICENTE PÉREZ DAUDÍ
Catedrático de Derecho Procesal (Universidad de Barcelona)

NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA
Catedrático de Derecho Procesal (Universidad de Salamanca)

**DERECHO PROCESAL DE AYER,
DE HOY Y DE SIEMPRE:**
jurisdicción, acción y proceso

Vicente Pérez Daudí

Catedrático de Derecho procesal. Universidad de Barcelona

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

PROYECTOS MICINN: (i) “Consumidor, vulnerabilidad y vivienda sostenible”, IP. Vicente Pérez Daudí con REF PID2021-125149NB-I00; (ii) “Ejes de la Justicia en tiempos de cambio”, IP Sonia Calaza López, PID2020-113083GB-I00 financiado por MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033; (iii); “Transición Digital de la Justicia”, IP Sonia Calaza, TED2021-130078B-I00 financiado por MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033 y por la “Unión Europea NextGenerationEU/PRTR”; y (iv) PROYECTO DE INNOVACIÓN DOCENTE: “Teoría General del Derecho Procesal en soporte audiovisual de forma abierta, gratuita y universal como forma de mejora sustantiva del proceso de enseñanza-aprendizaje del Grado de Derecho”, Convocatoria Ordinaria Anual de nuevos Proyectos de Innovación Docente 2023-2024, Vicerrectorado de Digitalización e Innovación (IUED) de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.



Financiado por
la Unión Europea
NextGenerationEU



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE CIENCIA
E INNOVACIÓN



Plan de Recuperación,
Transformación
y Resiliencia



AGENCIA
ESTATAL DE
INVESTIGACIÓN



© Vicente Pérez Daudí

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91544 28 46 - (+34) 91544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1070-
Depósito Legal: M-
DOI: 10.14679/

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

ÍNDICE

PRESENTACIÓN. DERECHO PROCESAL: UN CONCEPTO, UN SISTEMA Y UNA ESTRUCTURA (CLÁSICOS) PARA UN (MODERNO) SERVICIO PÚBLICO JUSTICIA	9
--	----------

Sonia Calaza López

PRIMERA PARTE: LA JURISDICCIÓN	13
I. JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y PROCESO.....	13
II. DIFICULTAD DE LLEGAR A UN CONCEPTO UNITARIO DE JURISDICCIÓN.....	14
III. LA AUTOTUTELA Y LA HETEROTUTELA	16
IV. LA JURISDICCIÓN COMO LA DECLARACIÓN DEL DERECHO EN EL CASO CONCRETO.....	16
V. LA JURISDICCIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA FUNCIONAL.....	25
1. Teorías subjetivas.....	25
2. Teorías objetivas	28
3. Teoría de la sustitución.....	34
VI. LA ESENCIA DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL: EL JUICIO	37
1. El juicio jurisdiccional	37
2. La relacion hecho-derecho	42
3. Especial referencia a los juicios de equidad.....	52
4. La discrecionalidad judicial	54
4. La sentencia	58
A) <i>la congruencia</i>	58
B) <i>la motivación</i>	60
C) <i>la forma de la sentencia</i>	62
D) <i>los efectos de la sentencia.....</i>	63
VII. FUNCIONES DE LA ACTUACIÓN JURISDICCIONAL.....	68

1.	La declaración del derecho	68
2.	Proceso de ejecución	68
	A) <i>El proceso de ejecución en el orden civil</i>	70
	B) <i>El proceso de ejecución y la Administración</i>	71
	C) <i>El orden penal</i>	72
VIII.	MANIFESTACIONES DE LA JURISDICCIÓN	73
1.	Carácter absoluto o relativo del concepto de jurisdicción	73
2.	EL art. 117.3 CE y la exclusividad jurisdiccional	74
	A) <i>El arbitraje</i>	75
	B) <i>La ejecución extraprocesal</i>	78
	C) <i>La jurisdicción voluntaria</i>	87
IX.	LA COSA JUZGADA COMO CARACTER DIFERENCIAL DE LA JURISDICCIÓN	90
1.	La función legislativa y la función jurisdiccional	90
2.	La función ejecutiva y la función jurisdiccional	90
3.	La cosa juzgada frente a la acción de revisión, la acción de anulación y recurso de amparo	95
X.	GARANTÍAS DE ACIERTO DE LA JURISDICCIÓN	97
1.	La autoridad	97
2.	Independencia	99
	A) <i>Frente al poder ejecutivo</i>	99
	B) <i>Frente al poder legislativo</i>	100
	C) <i>Frente al poder judicial</i>	101
	D) <i>Respecto a las partes</i>	102
	E) <i>Respecto de su misma persona</i>	102
	F) <i>El correlato de la independencia: la responsabilidad</i>	103
	SEGUNDA PARTE: LA ACCIÓN	105
I.	DE LA AUTOTUTELA A LA HETEROTUTELA: CONEXIÓN ENTRE ACCIÓN Y JURISDICCIÓN	105
II.	LA ACCIÓN COMO POSTULACIÓN DE JUICIO	106
III.	EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE ACCIÓN	110

1.	La autonomía de la acción respecto del derecho subjetivo	110
2.	La acción en sentido concreto	112
3.	La acción en sentido abstracto	118
4.	La teoría de la pretensión	127
5.	La superación de la perspectiva dualista: la polémica entre Satta y Cristoffolini	129
IV.	A MODO DE CONCLUSIÓN	134
TERCERA PARTE: EL PROCESO		137
I.	TEORÍA GENERAL DEL PROCESO	137
1.	Tipos de procesos	137
2.	El proceso jurisdiccional	138
3.	La naturaleza jurídica del proceso jurisdiccional	139
	<i>A) Teorías privatísticas</i>	139
	<i>B) La teoría de la relación jurídica</i>	141
	<i>C) La teoría de la situación jurídica</i>	146
	<i>D) La teoría de la institución</i>	148
	<i>E) El proceso como categoría autónoma</i>	149
4.	El desarrollo del proceso: el procedimiento	150
II.	LOS PRINCIPIOS	152
1.	Los principios del proceso	153
	<i>A) Principios esenciales del proceso</i>	153
	<i>B) Principios derivados del derecho material aplicado</i>	156
2.	Los principios del procedimiento	161
	<i>A) El principio de oralidad</i>	161
	<i>B) El principio de escritura</i>	165
CUARTA PARTE: DE LA JUSTICIA A LA CIBERJUSTICIA		169
I.	SOBRE LA NECESIDAD DE DISEÑAR UN PROCESO JUDICIAL DIGITALIZADO	169
1.	Introducción	169

2.	La aplicación de los principios del proceso a la ciberjusticia. El respeto de las garantías procesales.....	170
	<i>A) El principio de dualidad de posiciones</i>	171
3.	La incidencia de las tics en la tramitación del proceso declarativo	173
	<i>A) La adopción de decisiones no jurisdiccionales automatizadas</i>	173
	<i>B) Los actos procesales de parte y la ciberjusticia</i>	176
4.	A modo de conclusión: la necesidad de diseñar un proceso judicial en formato digital.....	181
II.	LA PREVISIBILIDAD JUDICIAL Y LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA ADOPCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES	182
1.	Introducción	182
2.	Premisas para la aplicación de la inteligencia artificial a la decisión judicial: la vinculación al precedente judicial	184
	<i>A) La igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales.....</i>	184
	<i>B) La jurisprudencia, la vinculación con la decisión de los tribunales superiores y la independencia judicial.....</i>	186
	<i>C) La vinculación del órgano jurisdiccional a sus criterios jurisdiccionales previos.....</i>	190
	<i>D) La vinculación de los Tribunales a las sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....</i>	191
3.	El precedente judicial, la previsibilidad de la respuesta judicial y el tratamiento procesal de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario	193
	<i>A) El fracaso de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo</i>	195
	<i>B) Los procedimientos testigo.....</i>	198
	<i>C) Los ataques a la previsibilidad de las resoluciones judiciales .</i>	201
	BIBLIOGRAFÍA CITADA	207

PRESENTACIÓN

Derecho procesal: Un concepto, un sistema y una estructura (clásicos) para un (moderno) servicio público *Justicia*

SONIA CALAZA LÓPEZ

Catedrática de Derecho procesal. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Agradezco muy sentidamente a mi querido amigo y compañero, Prof. Vicente Pérez Daudí, que me ofrezca la oportunidad de presentar esta obra imprescindible de Derecho procesal; una obra que nos permite –a cuántos tenemos el gusto de leerla– volver a bailar entre los clásicos. Las nuevas generaciones de Derecho procesal –esa potente savia procesal con tanto músculo en muchos ejes temáticos– no han tenido la fortuna de conocer –de cerca– a nuestros clásicos; bien es cierto que nosotros –los no tan nóveles– tampoco los hemos conocido a todos directamente; pero esos clásicos del Derecho procesal, en su gran mayoría, han sido padres y –hasta– abuelos académicos de nuestros maestros –también del Derecho procesal–, razón por la que sí hemos conocido –de forma inmediata– a nuestros últimos clásicos (los de finales del siglo XX) y también –de forma mediata– a los clásicos de nuestros clásicos –a los maestros de nuestros maestros– (los de principios y mediados de ese mismo siglo); con todos ellos hemos tenido ocasión de bailar intelectualmente en su momento y la aparición, en este tiempo –a punto de culminar el primer cuarto ya del siglo XXI–, de obras como la que hoy tengo la suerte de presentar nos permiten a toda/os, de nuevo, el inmenso privilegio de volver a bailar.

El Derecho procesal es el derecho de la acción y de la resistencia; de la tensión y de la pacificación; del enfado y la reconciliación; es el derecho más apegado a la realidad social de las personas en todos los órdenes de la vida: desde el más personal, íntimo y familiar hasta el más social, institucional y global. Nuestro Derecho procesal está siendo objeto de cambios profundos, es verdad, pero su concepto, sistema y estructura (clásicos) han de adaptarse a un novedoso (y moderno) servicio público *Justicia* sin reventarlo.

La Jurisdicción, la Acción y el Proceso no son conceptos rígidos, inflexibles ni intocables; pero tampoco rupturistas, transgresores o fácilmente intercambiables. Avanzamos por la senda de la digitalización de la Justicia, pero toda/os estamos

comprometida/os en que esta transición –hacia la completa virtualización, así como, incluso, hacia la asunción de sofisticadas herramientas de IA– sea escrupulosamente respetuosa con los principios, derechos y garantías que vertebran nuestros procesos judiciales; esos de los que no se puede prescindir, sino a riesgo de renunciar al garantismo inherente a la Justicia emanada del Tercer Poder –recuérdese: independiente, responsable, inamovible y solo sometido al imperio de la Ley– de nuestro Estado social democrático de Derecho.

Esta valiosa obra del Prof. Vicente Pérez Daudí se enmarca en tres competitivos Proyectos de investigación del MICINN y en un Proyecto de Innovación Docente; concretamente los siguientes: (i) **“Consumidor, vulnerabilidad y vivienda sostenible”**, IP. Vicente Pérez Daudí con REF PID2021-125149NB-I00; (ii) **“Ejes de la Justicia en tiempos de cambio”**, IP Sonia Calaza López, PID2020-113083GB-I00 financiado por MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033; (iii); **“Transición Digital de la Justicia”**, IP Sonia Calaza, TED2021-130078B-I00 financiado por MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033 y por la “Unión Europea NextGenerationEU/PRTR”; y (iv) PROYECTO DE INNOVACIÓN DOCENTE: “Teoría General del Derecho Procesal en soporte audiovisual de forma abierta, gratuita y universal como forma de mejora sustantiva del proceso de enseñanza-aprendizaje del Grado de Derecho”, Convocatoria Ordinaria Anual de nuevos Proyectos de Innovación Docente 2023-2024, Vicerrectorado de Digitalización e Innovación (IUED) de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

La publicación de una obra clásica en un tiempo de irrefrenable búsqueda de la modernidad constituye la construcción de un auténtico muro de contención, frente a tantos riesgos, peligros y amenazas, como los que acucian, en la actualidad, a una Justicia agotada –pero resiliente–; saturada –pero resolutive–; (tal vez) ineficiente –pero, sin duda, eficaz–; (todavía) analógica, pero ya encaminada hacia la digitalización.

En un tiempo de grandes retos de modernidad –digitalización, IA, incorporación de nuevos mecanismos de resolución extrajudicial de las controversias– conviene detenerse y reflexionar: volver a bailar con los clásicos; recapacitar: ¿Se pueden echar a perder en un acceso de modernidad, en un arrebato de eficiencia, en un impulso de externalización, en una traslación al mundo digital... tantas y tantas garantías como nuestros clásicos –entre padres, abuelos y bisabuelos académicos– llegaron a construir? No se trata de deconstruirlo todo para volver a empezar: La Justicia del siglo pasado no era un edificio en ruinas, tampoco una sala de baile en llamas; era un asentado Poder del Estado –integrado por prestigiosos Jueces y Magistrados–, coadyuvados por un –también reputado– Ministerio Fiscal, a los que no se dotó de suficientes medios (económicos, técnicos, materiales ni humanos) para impartir justicia y pese a ello, nos permitieron vivir en un Estado de Derecho completamente pacificado.

El Prof. Pérez Daudí ha bailado –y mucho– con los clásicos: desde su propio padre, Prof. Pérez Gordo –gran procesalista del siglo XX al que rendimos con

este libro un merecido homenaje–, hasta el Prof. Ramos Méndez –luminosa estrella de nuestro vigente firmamento procesal– discurren a lo largo de esta obra tantas y tantas figuras de nuestra disciplina: Serra, Satta, Calamandrei, Carnelutti, Chiovenda, Gómez-Orbaneja, Morón, Guasp, Montero, Gimeno, etc., que realmente, al adentrarnos en la obra, no podemos sino dejarnos llevar por la melodía con la que sentimos el primer despertar de la vocación procesal; ese íntimo sentido de la Justicia: y no sólo de la justicia del resultado, sino también de la justicia de la “forma” –el procedimiento– de impartición de la Justicia, sabedores –como lo somos– de que el fin (de la Justicia) jamás justifica los medios (que han de ser igualmente justos).

Pero esta formación clásica del Prof. Pérez Daudí no le ha impedido adentrarse, con toda valentía, en temas de grandísima actualidad: *De la Justicia a la Ciberjusticia*, entre tantas y tantas obras procesales, le convierten en uno de los procesalistas más ambiciosos (intelectualmente) –y exitosos (académicamente)– de nuestro tiempo. Quiero felicitar y agradecer, finalmente, al Prof. Pérez Daudí –amigo Vicente– primero, por el acierto de trasladarnos, de nuevo, a la sala de baile con los clásicos sin desconocer –sino todo lo contrario– el nuevo escenario digital en el que nos encontramos; segundo, por hacerlo de una forma tan –aparentemente– sencilla (ya se sabe, “la dificultad de la sencillez”), pues ello permitirá trasladar, a las nuevas generaciones, una comprensión integral de los puntos de encuentro y desencuentro con algunas “ocurrencias legislativas” de este tiempo; y tercero, pero esencial, por ser una persona buena, un compañero noble, un excelente colega, de esos que le hacen creer a uno que está en el lugar adecuado –la Universidad española– y en el momento perfecto –del siglo XXI–. Finalmente, quiero también felicitar y agradecer a la/os lectora/es por el acierto de seleccionar esta obra para su consumo intelectual, entre una oferta tan amplia de contenidos: No todos tienen el mismo valor y calidad; indudablemente esta obra es un acierto. Que la disfrute/s.

PRIMERA PARTE: LA JURISDICCIÓN

I. JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y PROCESO

Quando se inicia el estudio de una ciencia se puede realizar desde un punto de vista nominalista o desde un punto de vista empírico ¹. Desde la primera perspectiva el centro de gravedad del derecho procesal lo constituye el proceso. Pero este concepto no es suficiente porque existen procesos no jurisdiccionales². Como analizaremos posteriormente, el proceso es un instrumento necesario para la formación del juicio jurisdiccional, por lo que no puede ser el elemento central del derecho procesal³.

El segundo de los conceptos fundamentales del derecho procesal es la acción. A través de la acción se describe la actuación de las partes en el proceso para lograr el juicio jurisdiccional. Por lo tanto si hemos afirmado que el proceso es instrumental y por ello no puede ser considerado el centro del derecho procesal, con mayor motivo debemos afirmar que la acción tampoco puede serlo porque hace referencia a las facultades de las partes en el anterior elemento instrumental.

Desde un punto de vista empírico observamos como el proceso se inicia a través de la acción para el logro de una resolución definitiva. Es decir, la finalidad del proceso y de la acción es la jurisdicción, o más concretamente el juicio jurisdiccional, por lo que es el objetivo de toda la actuación procesal y el concepto fundamental del derecho procesal ⁴.

¹ FENECH NAVARRO, *Notas Previas al Estudio del Derecho Procesal*, en “Estudios de Derecho Procesal” –con CARRERAS LLANSANA–, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1962, pg. 38.

² D. Miguel FENECH clasifica los distintos tipos de procesos (op. cit., pg. 39-44). BALLBÉ realiza un análisis del proceso y si es aplicable a la función administrativa, concluyendo “la posibilidad de que se dé, no sólo en el ejercicio de la función jurisdiccional, sino también en las demás especies de la función a que sirva”. A continuación extrae “la consecuencia práctica de la aplicabilidad al proceso administrativo, al proceso encaminado al buen ejercicio de la función administrativa...; aplicabilidad fundada, no ya en razones de mera analogía, sino en la *unitas substantiae* de ambas especies procesales” (BALLBÉ, *la Esencia del Proceso –el Proceso y la Función Administrativa–*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1947-II, pg. 5 y ss, la cita corresponde a la pg. 53).

³ En este sentido ALFONSO PÉREZ GORDO afirma que “no se puede reconducir toda la idea del derecho procesal al proceso, puesto que el proceso es solo el instrumento de la jurisdicción, y, por tanto, es solo una parte de esa realidad, como se ve, notoriamente insuficiente para llegar al concepto de derecho procesal” (en “El concepto de derecho procesal”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Zaragoza, 1981, p. 31).

⁴ Nos remitimos al análisis del concepto y contenido del derecho jurisdiccional que realizaremos con posterioridad para analizar las consecuencias de este cambio de perspectiva.

Por ello iniciamos el análisis de los conceptos fundamentales con la jurisdicción. La acción la desarrollaremos en cuanto constituye la postulación de un juicio jurisdiccional por parte de un tercero y el proceso como medio para lograr el juicio jurisdiccional.

La determinación del orden en que deben estudiarse los conceptos fundamentales de la asignatura, que en alguna ocasión han sido considerados como “trilogía estructural”⁵, determina la concepción que se tiene acerca del derecho procesal al centrarlo en alguno de ellos y hacer gravitar los otros dos en torno a él. De esta forma uno de los avances que se atribuyó al *Codice di Procedura Civile* italiano frente al *Codice* de 1865 fue “un cambio de mentalidad: el Código derogado se planteaba los problemas desde el punto de vista del litigante que pide justicia; el nuevo se los plantea desde el punto de vista del Juez que debe administrarla; mientras el viejo Código consideraba la acción como un *príus* de la jurisdicción, el nuevo Código, invirtiendo los términos del binomio, concibe la actividad de la parte en función del poder del juez”⁶.

De esta forma la jurisdicción es el concepto más importante del derecho procesal⁷, y del que debemos partir para analizar los conceptos fundamentales de nuestra asignatura. Seguidamente realizaremos una referencia a la acción entendida como actividad de las partes. Por último estudiaremos el proceso entendido como el concepto en que se conjuga la actividad jurisdiccional y la acción para lograr una resolución jurisdiccional.

II. DIFICULTAD DE LLEGAR A UN CONCEPTO UNITARIO DE JURISDICCIÓN

La Real Academia Española atribuye a la jurisdicción los siguientes significados:

- Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio.
- Término de un lugar o provincia.
- Territorio en que un juez ejerce sus facultades como tal.
- Autoridad, poder o dominio sobre otro.
- Territorio al que se extiende.

⁵ PODETTI, *Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil*, en “Teoría y Técnica del Proceso Civil”, Buenos Aires, 1963, pg. 330.

⁶ MONTERO AROCA, Juan. “Del derecho procesal al derecho jurisdiccional”, en *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988, p. 17.

⁷ Así MONTERO AROCA (op. cit., pg. 17), GUTIÉRREZ DE CABIEDES “Una nueva reflexión acerca del Derecho Procesal”, en *Estudios de Derecho Procesal*, ed. Eunsa, Pamplona, 1974, pg. 38 –también publicado en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, julio-agosto 1970, núm. 3, pgs. 589 y ss.–), BONET NAVARRO (*Escritos sobre la Jurisdicción y su Actividad*, ed. Cometa, Zaragoza, 1981, pg. 49) entre otros.

Por jurisdicción contenciosa entiende “la que se ejerce en forma de juicio sobre pretensiones o derechos contrapuestos de las partes litigantes”⁸.

La diversidad de significados expuesta es una muestra de la dificultad de llegar a un concepto unitario de jurisdicción porque a través de este término se hace referencia a diversas realidades totalmente heterogéneas.

Los significados que nos interesan en el análisis que efectuaremos son dos: la jurisdicción como función estatal y la jurisdicción como declaración o creación del derecho.

La primera de estas acepciones considera que la jurisdicción es uno de los tres poderes del Estado junto al legislativo y al ejecutivo⁹. Desde esta perspectiva se debe afirmar la relatividad del concepto de jurisdicción porque su concreción dependerá de un momento histórico determinado¹⁰. Al ser una función estatal su configuración dependerá de la noción de Estado existente en un periodo histórico determinado, y sólo podrá extenderse a aquellos países que tengan un régimen político similar.

Pero desde una perspectiva histórica observamos como la jurisdicción existía antes de que el Estado moderno se configurase e incluso es anterior a la función legislativa. Este hecho es independiente de que posteriormente el Estado se atribuyese el monopolio de la función jurisdiccional con las consecuencias que posteriormente desarrollaremos. Consecuentemente debemos llegar a un concepto de jurisdicción independiente de la noción de Estado que se tenga en un momento histórico determinado¹¹.

Para ello debemos partir del significado etimológico de la palabra jurisdicción: “iuris dictio”. Así la jurisdicción consiste en la declaración del derecho en el caso concreto, entendiendo por derecho la norma que impone deberes a las partes, de manera irrevocable. De esta forma podemos distinguir entre el concepto de jurisdicción y su manifestación en una época concreta, siendo el primero inmutable y el segundo variable¹².

Una de las críticas que se han formulado a la concepción genérica de la jurisdicción es que resulta imprecisa. Pero ello es necesario para que pueda ser válida para todo tiempo y lugar¹³. La jurisdicción es la declaración del derecho en el

⁸ Diccionario de la Lengua Española, ed. Espasa, vigésimo primera edición, Madrid, 1992, tomo II, pg. 1215.

⁹ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. 1º, ed. Ageda, Madrid, 1974, pg. 49.

¹⁰ CALAMANDREI (en *Derecho Procesal Civil*, I, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 1, ed. EJEJA, Buenos Aires, 1962, pg. 114 y ss.) y FENECH NAVARRO (op. cit., pg. 44).

¹¹ SATTÀ (*Jurisdicción*, en “Derecho Procesal Civil. Soliloquios y Coloquios de un Jurista”, III, ed. EJEJA, Buenos Aires, 1971, pg. 289-291), SERRA DOMÍNGUEZ (*Jurisdicción*, en “Estudios de Derecho Procesal”, ed. Ariel, Barcelona, 1969, pg. 22), RAMOS MÉNDEZ (*Derecho y Proceso*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1978, pgs. 117 y 118), PÉREZ GORDO (*el Concepto del Derecho Procesal*, en “Estudios de Derecho Procesal”, ed. Pórtico, Zaragoza, 1981, pg. 33) y MUÑOZ ROJAS (*Sobre la importancia del procedimiento jurídico*, “Actualidad Civil”, 1988-1, ref. 172, pg. 580).

¹² SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 22.

¹³ MONTERO AROCA (op. cit., pg. 13) y GIMENO SENDRA (*Fundamentos del Derecho Procesal*, ed. Civitas, Madrid, 1981, pg. 26).

caso concreto (*iuris dictio in sola notione consistit*). Pero cuando el Estado asume la función jurisdiccional es necesario individualizarla de la función ejecutiva y legislativa. Para ello debemos individualizar una serie de caracteres que sean específicos de la jurisdicción, siendo el diferencial la irrevocabilidad¹⁴.

III. LA AUTOTUTELA Y LA HETEROTUTELA

El hombre se caracteriza por vivir en sociedad. Y en la vida social es inevitable que surjan conflictos porque las necesidades son comunes y los bienes que las satisfacen limitados. Para resolverlos se acude en un primer momento a la autotutela y la autocomposición. Es decir, los interesados intentan poner fin a la controversia a través de un acuerdo. Si las partes se mostraban incapaces de solucionar el conflicto por sí solas podían acudir a una tercera persona (mediación) que aproximara sus posiciones y propusiera soluciones (conciliación), que serían aceptadas o rechazadas por ellos. La característica de los métodos autocompositivos es que el tercero actúa “inter partes” y no “supra partes”¹⁵.

Cuando las partes no llegaban a un acuerdo por medios pacíficos, intentaban solucionarlo a través de la fuerza. A este mecanismo se le denomina autotutela. Cuando el Estado asume la función jurisdiccional prohíbe la realización del propio derecho e incluso la tipifica como delito (art. 455 CP). En todo caso establece algunas excepciones a la prohibición de autotutela: en el orden civil éstas son anecdóticas porque se limita a permitir cortar las ramas de un árbol que se adentre en la heredad propia, a perseguir el panal de abejas cuando se hayan trasladado a otro fundo o a los animales domésticos.

Como consecuencia de la prohibición del Estado de la autotutela de los particulares debe articular medios que solucionen los litigios que se planteen en las relaciones sociales. Para ello regula unos mecanismos de heterotutela como son el proceso jurisdiccional público y el proceso jurisdiccional privado o arbitraje¹⁶.

IV. LA JURISDICCIÓN COMO LA DECLARACIÓN DEL DERECHO EN EL CASO CONCRETO

Para que exista jurisdicción es necesario que se declare el derecho en el caso concreto. Por lo tanto se manifiesta en el momento en que el Juez dicta sentencia

¹⁴ Ver infra la distinción que realizamos entre la función jurisdiccional y la función legislativa y administrativa.

¹⁵ GIMENO SENDRA, op. cit., pg. 24.

¹⁶ Sobre la posibilidad de que el arbitraje sea admisible en un periodo histórico en que el Estado asume la función jurisdiccional en exclusiva ver infra apartado relativo a la asunción por el Estado del monopolio jurisdiccional.

definitiva. La acción y el proceso se articulan para que el órgano jurisdiccional esté en la mejor disposición posible para dictarla.

La teoría monista centra el objeto de estudio en la sentencia. El origen de esta teoría lo encontramos en ALLORIO. Contempla el ordenamiento jurídico bajo el prisma de la declaración judicial ¹⁷. Su concepto tiene cuatro elementos básicos: su punto de partida; la noción que tiene de la norma jurídica; el concepto de derecho subjetivo; y la idea de la cosa juzgada.

ALLORIO intenta conciliar la teoría normativa de KELSEN y la teoría del ordenamiento jurídico de SANTI ROMANO ¹⁸. A partir de ellas configura la norma jurídica como “juicio o valoración en torno al comportamiento humano”; y la considera hipotética haciendo referencia al supuesto en que se produzca una determinada situación de hecho, se considera que es una obligación la realización de un cierto comportamiento ¹⁹. Es decir, concurren dos elementos: por un lado la norma jurídica es un juicio; por otro lado impone una determinada conducta. Consecuentemente el ordenamiento jurídico es un sistema de juicios. De esta forma el modo de “actuar el derecho consistirá en valorar la actividad de los individuos, y de ahí deriva su deber, de ello se debe deducir que la norma, como tal, no es producto de relaciones ínter subjetivas y, por el contrario, la norma produce una relación entre el sujeto y el ordenamiento, que precisamente es el deber. Por último el conflicto ínter subjetivo sólo se produce en el momento final por la limitación de los bienes de naturaleza disponible ²⁰.

Partiendo de este concepto distingue dos clases de norma jurídica ²¹. Sin embargo advierte que el ordenamiento es unitario, es decir que todas tienen la misma naturaleza jurídica, y que lo realiza para dar mayor claridad a la exposición ²²:

- Normas de valoración jurídica, estáticas o sustanciales. Se resuelven en un juicio-regla sobre el comportamiento humano, estableciendo deberes.
- Normas sobre la producción jurídica, dinámicas o instrumentales. Manifiestan su propia característica al conferir poderes, entendiendo que consisten en la posición de alguna persona de dictar una cierta regulación de actos humanos o de producir una norma jurídica general o particular.

La norma dinámica-instrumental constituye una norma en blanco; es decir, enuncia la existencia de un deber, no a través de la individualización inmediata de su contenido, sino de la indicación de la fuente de la que surgirá la determi-

¹⁷ ALLORIO, *l'Ordinamento Giuridico nel Prisma dell'Accertamento Giudiziale*, en “Problemi di Diritto”, volumen primero, ed. Giuffrè, Milán, 1957, pgs. 1-139.

¹⁸ ALLORIO, op. cit., pg. 1-2.

¹⁹ ALLORIO, op. cit., pg. 14.

²⁰ ALLORIO, op. cit., pg. 17.

²¹ ALLORIO, op. cit., pg. 26-27.

²² ALLORIO, op. cit., pg. 44.

nación del deber. Cuando esta norma es legitimante (es decir, confiere un poder de producción del derecho ²³) la identificación del deber se hace a través de la previsión de la emanación de una nueva norma, que es obra del sujeto al que se le atribuye poder normativo ²⁴. Consecuentemente la norma surge de la declaración de este órgano, que es precisamente un órgano jurisdiccional.

Continua perfilando su teoría distinguiendo entre los ordenamientos jurídicos de un Estado paritario o preestatal y de un Estado autoritario o estatal. La diferencia entre ambos se encuentra en el destinatario de la norma jurídica: en un ordenamiento paritario la norma se dirige a los individuos; mientras que en los ordenamientos autoritarios la norma actúa como juicio-regla de actuación de los sujetos particularmente calificados, así en el ordenamiento estatal se dirige a los órganos del Estado como el legislador, el administrador y el Juez ²⁵.

Completa el concepto de jurisdicción analizando el derecho subjetivo. Entiende que es el poder o grupo de poderes susceptibles de declaración judicial en un proceso declarativo autónomo ²⁶. Pero teniendo en cuenta que el destinatario de la norma no es el individuo sino el Juez que debe conocer del proceso de declaración, ALLORIO fija como centro de interés para el individuo la declaración judicial. Será precisamente a través de la sentencia como se creará la norma cuyo destinatario es la persona que ha sido parte en el proceso.

De toda la construcción de ALLORIO se deduce que el ordenamiento jurídico es una creación de la jurisdicción. Pero ésta es considerada como una de las funciones del Estado. La nota que la distingue de las demás funciones la encuentra ALLORIO en la cosa juzgada o irrevocabilidad de sus resoluciones ²⁷. Este carácter específico lo apuntamos en este momento, pero remitimos para su desarrollo al análisis que efectuaremos al distinguir esta función del Estado en su manifestación actual del resto de funciones que tiene atribuidas.

Según RAMOS MÉNDEZ el profesor italiano no lleva el monismo a sus últimas consecuencias porque parte de la teoría normativa kelseniana. Afirma a continuación que “el monismo moderado de ALLORIO hay que entenderlo en el sentido de que el prisma de la declaración judicial es el necesario tamiz del cual irradian las manifestaciones del derecho privado” ²⁸.

Esta postura moderadamente monista de ALLORIO es superada por SATTA en su última etapa. Éste no duda en alterar la concepción que mantuvo en un primer momento para terminar considerando que la jurisdicción es “la resolución del ordenamiento jurídico en el juicio” ²⁹.

²³ ALLORIO, op. cit., pg. 43.

²⁴ ALLORIO, op. cit., pg. 43.

²⁵ ALLORIO, op. cit., pg. 48.

²⁶ ALLORIO, op. cit., pg. 83.

²⁷ ALLORIO, *Reflexiones sobre el desenvolvimiento de la ciencia procesal*, en “Problemas de Derecho Procesal”, vol. 1, ed. EJE, Buenos Aires, 1963, pg. 118.

²⁸ RAMOS MÉNDEZ, op. cit., pg. 138.

²⁹ SATTA, *Diritto Processuale Civile*, 8ª edición, ed. CEDAM, Padua, 1973, pg. 8.

En un primer momento considera SATTÀ que “la jurisdicción tutela el interés privado que nace de la lesión, mediante la producción de una modificación jurídica que se llama sanción”³⁰. Dicha concepción dio lugar a una apasionada polémica con CRISTOFOLINI³¹ al abandonar la orientación publicística que CHIOVENDA había iniciado, y que posteriormente fue seguido por la doctrina italiana³².

En su defensa de las críticas de CRISTOFOLINI, SATTÀ reafirma el concepto de jurisdicción relacionándolo con la acción y el proceso: “establecido que la acción es el poder de producir una determinada modificación jurídica (sanción) por medio de los órganos jurisdiccionales, poder que corresponde frente a la contraparte, y tiene carácter rígidamente sustancial, he observado que la intervención de los órganos jurisdiccionales determina la necesidad del proceso, porque estos órganos no producen, ni pueden producir, la modificación sino en virtud de la declaración de certeza de la subsistencia del derecho, y la declaración se concluye precisamente a través del proceso”³³.

En esta primera posición de SATTÀ observamos como existen dos elementos que serán constantes a lo largo de su evolución. Por un lado la unión que realiza de la acción, la jurisdicción y el proceso. Por otro la consideración de la jurisdicción como declaración. Sin embargo en esta época considera la jurisdicción desde un punto de vista subjetivo o privado; es decir, que su objetivo es tutelar los intereses privados³⁴. Ello debemos relacionarlo con el intento de superar el dualismo en que había incurrido la ciencia procesal al considerar la acción, la jurisdicción y el proceso desde una perspectiva pública. Como veremos esta posición será modificada en la formulación definitiva de su teoría.

Posteriormente insiste en que la declaración es un momento fundamental de la jurisdicción³⁵ en cuanto está insita en todo pronunciamiento jurisdiccional³⁶. Pero a continuación completa esta afirmación al considerar que la declaración

³⁰ SATTÀ, *Gli Orientamenti Publicistici della Scienza del Processo*, en “Rivista di Diritto Processuale Civile”, 1937, pg. 48; existe traducción en “Derecho Procesal Civil. Coloquios y Soliloquios de un Jurista”, vol. III, ed. EJE, Buenos Aires, 1971, pgs. 145 y ss., la cita se encuentra en la pg. 162.

³¹ Se inicia cuando CRISTOFOLINI publica en la “Rivista di Diritto Processuale” (*a Proposito di Indirizi nella Scienza del Processo*, pgs. 105-124) de este mismo año una contestación desde un punto de vista tradicional, a la cual contesta SATTÀ (*Orientamenti e Disorientamenti nella Scienza del Processo*, en *Foro Italiano*, 1937, tomo IV, pgs. 276 y ss.; existe traducción española en “Derecho Procesal Civil. Coloquios...”, cit., pgs. 165-183 –si bien debe ser utilizada con) con posterior réplica de CRISTOFOLINI (*Contro i Disorientamenti nella Scienza del Processo*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1937, pgs. 282-287). A continuación vamos a analizar sólo el concepto de jurisdicción, sin perjuicio de desarrollar la polémica posteriormente al analizar el concepto de acción, que es donde realmente se produce. Las citas serán tomadas de la obra original.

³² SATTÀ, *Gli Orientamenti...*, cit., pgs. 31-34.

³³ SATTÀ, *Orientamenti...*, cit., pg. 278. En la traducción española pgs. 168-169, pero debe tenerse en cuenta que traduce “sussistenza” por existencia, cambiando de este modo el sentido de la postura de SATTÀ.

³⁴ SATTÀ, *Gli Orientamenti...*, cit., pg. 48; y *Orientamenti e Disorientamenti...*, cit., pg. 278.

³⁵ SATTÀ, *Dalla Conciliazione alla Giurisdizione*, en “Rivista di Diritto Processuale Civile”, 1939, pg. 216.

³⁶ SATTÀ, op. cit., pg. 218.

del derecho no puede ser un elemento identificativo de la jurisdicción, que incluso puede no estar presente ³⁷. El elemento esencial de la jurisdicción considera que se encuentra en “la producción de un hecho que sirva para restaurar el derecho, la reintegración de la posición jurídica violada; lo cual constituye la realización de la sanción” ³⁸.

Acto seguido distingue dos clases de sanciones para fundamentar la existencia de sentencias declarativas y constitutivas: en las primeras la sanción consistiría únicamente en la modificación jurídica que la ley predispone para la reintegración del derecho. El segundo tipo de sentencias se dictan en aquellos supuestos en que la violación del derecho es tal que la restitución sólo se producirá con la producción de un hecho completamente nuevo, es decir, con una nueva modificación del mundo jurídico respecto a la relación preexistente; pero incluso se producirá aún cuando se pueda adoptar una sentencia de contenido distinto cuando se muestre como más conveniente y oportuno ³⁹.

En todo caso advierte que no se agotan en estas dos, sino que existen tantas modalidades como diversidad de violaciones, debiendo analizar el caso concreto para determinarla.

Finalmente justifica la posibilidad de que la jurisdicción consista en la mera declaración del derecho. En este caso la violación sería sólo intelectual, es decir, el desconocimiento de la posición jurídica de la persona o la afirmación de una pretensión contradictoria con la misma posición. Así la sanción consistirá en la remoción de esta pretensión y en la proclamación implícita o explícita de la postura violada ⁴⁰.

En esta época sigue siendo partidario de una posición dualista en la relación entre derecho y proceso. Aún hace referencia a la norma objetiva. La importancia de este momento es la delimitación que ha efectuado del elemento esencial de la jurisdicción. Y esta posición la mantendrá en su concepción final.

La superación del dualismo en las relaciones entre derecho y proceso se manifiesta en una conferencia que pronuncia en San Giovanni de Porta Latina el 8 de junio de 1952 ⁴¹. Afirma que el Juez actúa sobre lo concreto, que consiste en “el hecho como objeto de conocimiento y también el conocimiento del hecho que se alcanza a través del juicio y sólo a través del juicio” ⁴². Rechaza el sentido tradicional en que ha sido considerado por los juristas ⁴³ porque consiste en una ficción, que es perniciosa cuando se intenta hacer de ella una realidad ⁴⁴.

³⁷ loc. cit.

³⁸ SATTÀ, op. cit., pg. 217.

³⁹ SATTÀ, op. cit., pg. 217.

⁴⁰ SATTÀ, op. cit., pg. 218.

⁴¹ SATTÀ, *la Vida de la Ley y la Sentencia del Juez*, en “Derecho Procesal Civil. Soliloquios...”, cit., pgs. 21-34.

⁴² SATTÀ, op. cit., pg. 24.

⁴³ Es decir, en relación a un abstracto en el cual todo lo concreto está hipóticamente contenido.

⁴⁴ SATTÀ, loc. cit.

Al desarrollar el sentido de lo concreto se plantea una cuestión que será fundamental en el desarrollo de su tesis: ¿qué es el conocimiento del hecho sino el derecho? La importancia de la misma radica en la contestación que formula, que transcribimos textualmente por su importancia en la evolución posterior de este autor: “Si uno piensa un instante, se ve inmediatamente que el derecho no es otra cosa que el ser de la relación humana, un ser necesitado absoluto, la única forma terrena de conocimiento que a nosotros nos es dado tener del ser, tan segura que todos en sustancia la poseemos, porque todos vivimos jurídicamente aún sin haber abierto el Código, y viviendo continuamente **creamos** derecho y en el acto mismo de ponerlo, lo conocemos. La vía de este conocimiento es el juicio, el *ius dicere*, maravillosa palabra que expresa a un tiempo el conocer y el crear, el acto verdaderamente creativo del conocimiento, el encontrar el derecho no fuera de nosotros, sino en nosotros. Aquel escritor francés que decía que el derecho es lo que (los jueces) dicen ser derecho, creía aportar una nota escéptica y en cambio expresaba una profunda verdad, incluso la única verdad que se puede expresar como definición del derecho”⁴⁵.

En esta conferencia se observa el cambio que efectúa en su concepción de la jurisdicción: antes declaraba la subsistencia del derecho, ahora lo **CREA**.

Esta tendencia se mantiene posteriormente cuando en el discurso inaugural del curso 1954/55 de la Universidad de Génova, pronunciado el 16 de noviembre de 1954⁴⁶, afirma que el derecho es la regla de la relación humana, lo cual presupone que ésta, es un hecho normativo en sí misma⁴⁷.

A continuación se plantea el nudo gordiano de la jurisdicción: la relación entre derecho y norma. Ambos términos se encuentran en relación de identidad y no de causalidad. Partiendo de ella el derecho positivo se justifica por su validez formal y sustancial, en el cuál encuentra su límite y su razón. En caso contrario el derecho positivo se reduciría a una serie de mandatos, que serían válidos sólo formalmente; con lo cual se negaría el derecho como uno de los componentes de la vida humana⁴⁸.

Estas dos conferencias constituyen la base del pensamiento sattiano sobre la jurisdicción. Posteriormente lo desarrolla en los Comentarios al CPC, en su *Diritto Processuale Civile*⁴⁹ y en la *Enciclopedia del Diritto*.

En el manual critica la visión estática del ordenamiento que ha introducido el dualismo entre ordenamiento y jurisdicción. Su reflejo lo encuentra en la teoría de la acción. Afirma la inescindibilidad absoluta del ordenamiento de la acción, y más concretamente del mismo ordenamiento jurídico porque “si bien es verdad

⁴⁵ SATTA, op. cit., pg. 25.

⁴⁶ SATTA, *el Derecho, este Desconocido*, en “Derecho Procesal Civil. Soliloquios...”, cit., pgs. 69-84.

⁴⁷ SATTA, op. cit., pg. 78.

⁴⁸ SATTA, op. cit., pg. 78.

⁴⁹ SATTA, *Diritto Processuale Civile*, ed. CEDAM, Padua, 1967, 7ª edición (de esta traducción existe traducción española en *Derecho Procesal Civil. Manual del Derecho Procesal Civil*, vol I., ed. EJE, Buenos Aires, 1971).

que el ordenamiento sin la acción es un mero *flatus vocis*, no es más verdad que la acción sin el ordenamiento es puro hecho”⁵⁰.

En esta unidad debe comprenderse también a la jurisdicción. El ordenamiento tiene la exigencia de realización en lo concreto si no se realiza espontáneamente. Pero no puede realizar por sí mismo, por lo que necesita a alguien que lo realice. Precisamente es el Juez el que es designado para sustituir al ordenamiento jurídico, produciéndose de esta manera “la resolución del ordenamiento jurídico en el juicio (jurisdicción)”⁵¹.

Pero el contenido de la jurisdicción no se limita a la mera declaración del derecho, sino que consiste en la individualización del ordenamiento jurídico. Concluye afirmando que consecuentemente son jurisdiccionales la ejecución y la jurisdicción voluntaria⁵².

A esta visión la denomina dinámica porque contempla el ordenamiento como deber ser en su individualización, es decir, un perpetuo devenir a través de la acción; inscribiéndose en ésta la obra del juez. Pero la jurisdicción no consiste sólo en ser la voz del ordenamiento, sino que al participar de su “abundancia” crea el derecho⁵³.

Por último relaciona el concepto de jurisdicción con el de acción y proceso⁵⁴. Considera que la jurisdicción es el reverso de la acción, que a su vez es postulación de juicio⁵⁵.

La culminación de su teoría la realiza al redactar la voz “giurisdizione” en la *Enciclopedia del Diritto*⁵⁶. SATTÀ inicia su reflexión analizando la teoría de la sustitución del CHIOVENDA, criticando la consideración de la jurisdicción como una función del Estado, pues considera que no es esencial a ella y que incluso es anterior al mismo⁵⁷; pero aceptando la sustitución por considerarla un símbolo o imagen, y por lo tanto “inocua y aceptable”⁵⁸.

Sigue la exposición analizando cuál es el órgano creador del derecho. En este punto reproduce la reflexión que había realizado anteriormente en la conferencia pronunciada en S. Giovanni de la Porta Latina: la justicia sólo se realiza en lo concreto. Consecuentemente es la jurisdicción la que crea el derecho. Para llegar a esta conclusión tiene en cuenta la Constitución italiana que al referirse al dere-

⁵⁰ SATTÀ, *Diritto...*, cit., pg. 7.

⁵¹ SATTÀ, op. cit., pg. 8.

⁵² SATTÀ, op. cit., pg. 8, nota 3.

⁵³ SATTÀ, op. cit., pg. 8.

⁵⁴ SATTÀ, loc. cit.

⁵⁵ Ver infra.

⁵⁶ publicado por ed. Giuffrè, vol. XIX, Milán, 1970, pgs. 218 y ss. Existe traducción al español en *Derecho Procesal Civil. Soliloquios y Coloquios de un Jurista*, vol. III, ed. EJE, Buenos Aires, 1971, pgs. 277 y ss. Las citas que realicemos a continuación harán referencia a la traducción española.

⁵⁷ Ver supra.

⁵⁸ SATTÀ, op. cit., pg. 277-282, en especial pg. 282. Para un desarrollo de la teoría de la sustitución y de las contradicciones internas que llevan a SATTÀ a aceptarla ver el desarrollo que realizamos de la misma, en infra.

cho lo identifica con la justicia; y las normas de casación, que son precisamente uno de los fundamentos de las teorías objetivas para defender que la jurisdicción actúa la norma objetiva. Consecuentemente la justicia tiene un área más amplia que la ley, por lo que no se puede reducir a ella ⁵⁹.

Para terminar de perfilar su concepto de jurisdicción, la contempla desde una visión estática y dinámica. Precisamente en este punto es donde radica el mérito fundamental de la construcción sattiaana. Al distinguir estos dos ámbitos se aparta de las construcciones teóricas anteriores que contemplaban las relaciones derecho y proceso en abstracto. Si bien debemos indicar que esta ruptura no es total al aceptar la teoría de la sustitución de CHIOVENDA.

Al desarrollar el punto de vista estático pone de relieve como la ley objetiva un mandato externo a la realidad que se actúa y le informa con una operación meramente formal. Pero cuando lo contrasta con su teoría de que la jurisdicción es justicia, debe negar la relación formal de la que parte la teoría estática del ordenamiento ⁶⁰.

El punto de vista dinámico procede de una visión directa de la realidad. Así se observa como el momento esencial de la jurisdicción es el juicio. El hecho y el derecho son el objeto del mismo. Estos dos elementos son indisolubles en este instante “porque la comprobación del hecho es ya el derecho” ⁶¹. También emplea una imagen más explícita al afirmar que “el hecho es intrínsecamente jurídico” ⁶². Por todo ello no existe actuación de la ley ⁶³.

Para finalizar afirma: “el ordenamiento se resuelve en la justicia, y la justicia, lejos de ser actuación de la ley en el sentido que ésta comúnmente se entiende, tiene un carácter originario, por consiguiente creativa en la dinámica del ordenamiento” ⁶⁴.

A la construcción de SATTÀ se le han opuesto básicamente dos objeciones: la actuación espontánea del derecho (MICHELI ⁶⁵) y la situación de la norma objetiva.

Sobre la primera crítica que se le efectúa SATTÀ responde que la conducta de los particulares no es jurídica, ya que esta característica se deduce después a través del juicio ⁶⁶. Por ello carece de fundamento esta indicación. A la segunda responde que la norma tiene valor en cuanto planifica la conducta de la sociedad, pero el derecho sólo tiene sentido con relación al caso concreto ⁶⁷.

⁵⁹ SATTÀ, op. cit., pgs. 280-283.

⁶⁰ SATTÀ, op. cit., pg. 284.

⁶¹ SATTÀ, op. cit., pg. 284.

⁶² loc. cit.

⁶³ loc. cit.

⁶⁴ SATTÀ, op. cit., pg. 285.

⁶⁵ MICHELI, “l’Unità dell’ordinamento e il Processo Civile”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, pgs. 429 y ss.

⁶⁶ SATTÀ, *Enciclopedia...*, cit., pg. 286.

⁶⁷ SATTÀ, loc. cit.

En España la teoría monista ha sido introducida por RAMOS MENDEZ ⁶⁸, que toma como punto de referencia las teorías de ALLORIO y de SATTA.

Partiendo de la desvinculación de la jurisdicción del Estado afronta las relaciones entre norma jurídica y derecho. Según RAMOS “las leyes planifican conductas, pero son los sujetos los que en el caso concreto actúan la ley..., y los que actuándola la crean en cuanto tal” ⁶⁹. Consecuentemente el derecho se crea en la resolución judicial ⁷⁰.

Partiendo de esta premisa analiza el problema de la jurisdicción en cuanto tal. Para ello lo inscribe en el proceso como sucesión de actos, en el cual se encuentra presente la actividad de los particulares (acción) y la actividad del juez (jurisdicción); y mientras la primera es problema de los sujetos, la segunda es el problema del Juez en el ordenamiento jurídico ⁷¹. Por lo que la jurisdicción es actividad.

Una vez localizado el problema analiza cuál es su esencia o, por decirlo con otras palabras, en qué consiste la actividad del juez. Tras advertir que su dificultad es más de forma de utilizar las imágenes lingüísticas que de fondo, llega a la conclusión de que el elemento fundamental es el enjuiciamiento ⁷². Por ello la jurisdicción es necesaria tanto para el sujeto, como para el proceso, y para el ordenamiento jurídico: “para el sujeto, pues potencia y fecunda su acción en orden al derecho; para el proceso, porque deviene gran parte de su esencia por medio de la actividad jurisdiccional; y, en fin, para el ordenamiento jurídico, que encuentra su voz en la persona del juez” ⁷³.

Por último, analiza la finalidad del enjuiciamiento. Llegando a la conclusión de que es el juicio. Y de esta forma toda gira en torno a él: “la petición de juicio por la acción de la parte y la conversión de la jurisdicción en juicio se hacen proceso, que es también *processus iudicii*” ⁷⁴.

La valoración del papel de la jurisdicción puede realizarse desde dos puntos de vista: el primero consiste en contemplarlo a partir de una concepción funcional que lleva a la conclusión de que consiste en la defensa de los derechos subjetivos o la defensa del ordenamiento jurídico; o desde una perspectiva jurisdiccional refiriéndola al momento de la declaración y mediante ella a la creación del ordenamiento a través de la resolución jurisdiccional. Pero RAMOS prefiere centrar el interés en el juicio en cuanto “señala la frontera entre los que es *ius* y extrajurídico” ⁷⁵.

⁶⁸ RAMOS MENDEZ, *Derecho y Proceso*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1978.

⁶⁹ RAMOS, op. cit., pg. 161.

⁷⁰ loc. cit.

⁷¹ RAMOS, op. cit., pg. 164.

⁷² RAMOS, op. cit., pg. 165.

⁷³ RAMOS MÉNDEZ, op. cit., pg. 166.

⁷⁴ loc. cit.

⁷⁵ RAMOS MÉNDEZ, op. cit., pg. 167.

FRANCO ARIAS opone una sola objeción a esta teoría, y es el momento en que el derecho se fija perdiendo su carácter dinámico ⁷⁶. El instante en que se produce es en la sentencia. Pero en todo caso debemos tener en cuenta que los derechos no son de carácter absoluto, sino que las relaciones jurídicas son cambiantes y evolutivas. El juicio jurisdiccional no es plenamente satisfactorio para encontrar una solución definitiva, pero es que “difícilmente se podrá hallar un instrumento que acabe definitivamente con la incertidumbre y la inseguridad en el ámbito de las relaciones humanas en cuanto no es posible detener la dinámica de la vida misma”⁷⁷.

V. LA JURISDICCIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA FUNCIONAL.

La jurisdicción declara el derecho en el caso concreto. Pero la doctrina tradicionalmente le ha asignado unas funciones que exceden de este ámbito. A continuación, vamos a analizar las diversas posiciones que han existido. Éstas pueden clasificarse en dos grandes grupos: las teorías subjetivas para las cuales la jurisdicción tiene la finalidad de tutelar los derechos subjetivos; y la teoría objetiva para quien la función de la jurisdicción es la defensa y actuación del derecho objetivo.

1. Teorías subjetivas

Estas teorías fueron defendidas en el inicio de la evolución del derecho procesal. Sus principales sostenedores son HELWIG, KISCH, MANFREDINI, SIMONCELLI y CASTELLARI⁷⁸. Actualmente esta teoría ha sido superada y no existe ningún autor que la mantenga en su forma pura.

Para esta teoría la jurisdicción tiene la finalidad de tutelar los derechos subjetivos de los particulares. Por ello para que esta pudiera desarrollarse era necesaria la existencia de un conflicto. La objeción principal que se les formuló es que siendo la tutela del derecho subjetivo un interés jurídicamente tutelado, se resuelve en la tutela de una tutela, lo cual implica una tautología⁷⁹.

Otras teorías hacen referencia indirectamente al derecho subjetivo: la jurisdicción se reduce a la resolución de controversias; a la resolución de un conflicto entre derechos subjetivos; que su función consiste en asegurar en los casos particulares una relación insegura o discutida; o la resolución de un conflicto entre la voluntad subjetiva y las normas objetivas⁸⁰.

⁷⁶ FRANCO ARIAS, *Proyecto Docente*, inédito, Barcelona, 1993, pg. 101.

⁷⁷ FRANCO ARIAS, op. cit., pg. 102.

⁷⁸ Todos ellos citados por SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 24.

⁷⁹ Ver SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 24.

⁸⁰ Ver más extensamente con cita de los autores que mantienen cada una de ellas en SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 24-25.

La crítica genérica que se puede realizar a esta teoría es que la existencia de una controversia no es esencial para el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Así puede existir una controversia sin proceso y un proceso sin controversia. Es más, si tomásemos como punto de referencia la existencia de una controversia y la solución por un tercero independiente deberíamos concluir que la Administración actúa jurisdiccionalmente en aquellos casos en que interviene para solucionar conflictos entre particulares⁸¹.

Además, esta construcción presenta lagunas al no explicar la actividad jurisdiccional que se realiza en el proceso penal, en el proceso administrativo, en los procesos de estado, en el proceso que se sigue en rebeldía y en el proceso de ejecución.

Esta teoría fue reformulada por MORÓN PALOMINO⁸² en un meritorio intento de revigorizarla. La premisa de la que parte es que el derecho sustancial es anterior al derecho procesal⁸³. A continuación, explica por qué es necesario acudir al segundo.

El ordenamiento jurídico sustancial tiende a reglamentar la vida de las personas creando relaciones jurídicas. En éstas se producen a veces discusiones cuando los sujetos destinatarios de las normas no están de acuerdo en las consecuencias de su aplicación⁸⁴. Para que la controversia sea calificada de jurídica es necesario que se dé una “oposición de dos sujetos en pie de igualdad sobre un hecho jurídico y su repercusión en orden a ellos”⁸⁵.

Una vez se ha planteado el conflicto existe una necesidad de solución. Para ello, una vez superada la autotutela, es necesario la actuación de un tercero que se encargue de resolverlo con arreglo al sistema normativo vigente de manera coactiva e imparcialmente. Y en el Estado que actualmente tenemos se atribuye al “órgano investido de una de las funciones soberanas del Estado; a saber: la función jurisdiccional”⁸⁶. Consecuentemente el fin esencial de la potestad jurisdiccional es “la resolución de las controversias jurídicas”⁸⁷.

Partiendo de estas premisas formula su concepto de jurisdicción: “la resolución de las controversias jurídicas ha de ser, por supuesto, de conformidad a la norma mediante la aplicación de la misma...; más el que las controversias deban ser resueltas mediante la aplicación de la norma objetiva, no quiere en modo alguno decir que en ello radique el fin esencial de la jurisdicción”⁸⁸.

⁸¹ SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 25.

⁸² MORÓN PALOMINO, *Sobre el Concepto del Derecho Procesal*, en “Revista de Derecho Procesal”, 1962, pgs. 507 y ss.

⁸³ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 508.

⁸⁴ MORÓN PALOMINO, loc. cit.

⁸⁵ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 511.

⁸⁶ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 511.

⁸⁷ MORÓN PALOMINO, loc. cit.

⁸⁸ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 514.

Pero debemos tener en cuenta que el concepto de controversia jurídica implica la existencia de un conflicto entre particulares que afirman tener un derecho. El derecho subjetivo lo inserta en su concepto porque dice que deriva del derecho objetivo. Consecuentemente “la aplicación de éste implica, a su vez, tutela del derecho subjetivo, siempre que la parte cuya pretensión se satisface sea titular de un derecho de tal naturaleza, concedido y otorgado en la norma jurídica utilizada por el órgano para la resolución de la controversia”⁸⁹.

Para finalizar su exposición sobre la jurisdicción analiza tres situaciones en que aparece como dudosa la existencia de una controversia: el proceso penal, el proceso de ejecución y el proceso en rebeldía.

En el proceso penal cabe contemplar una oposición de voluntades: por una parte, la de la sociedad, cuyos intereses fueron lesionados por el delito, que está enderezada a conseguir el sometimiento a la sanción; de otra, la voluntad del imputado, interesado en hacer valer su libertad y en que la sanción no sea aplicada más allá de lo previsto en la propia ley⁹⁰. Además, los sujetos están situados en posición de igualdad, al menos en el sentido de que no existe entre ellos una relación de subordinación⁹¹. Por último la oposición se refiere a un hecho jurídico como es el delito y a su repercusión⁹². Consecuentemente al existir un conflicto se desarrolla una función propiamente jurisdiccional.

Para nosotros, en realidad en este caso no existe un auténtico conflicto jurídico. Y aún dentro del concepto que da MORÓN PALOMINO el interés de la sociedad y el del imputado coincidirían cuando éste fuera inocente⁹³.

Rechaza la exclusión del proceso de ejecución de la actividad jurisdiccional que realiza un sector doctrinal (ALLORIO, DE MARINI y CARNELUTTI)⁹⁴. Para fundamentarlo afirma que en él existe un hecho jurídico (la sentencia o el título extrajudicial ejecutivo) y una controversia, puesto que la parte obligada por él opone una resistencia. Por ello un tercero debe decidirla, para lo que se acude al proceso de ejecución. Al existir una controversia considera que es plenamente jurisdiccional⁹⁵.

Sin embargo, no explica los supuestos en que se inicia el proceso de ejecución sin la resistencia del obligado por la sentencia o el título extrajudicial ejecutivo. Esta circunstancia se puede producir cuando el ejecutado no ha cumplido antes porque está en situación de insolvencia o porque el actor se ha anticipado al solicitar el inicio del proceso de ejecución. No explica porque, aun cuando no exista un conflicto jurídico, no se paraliza la ejecución⁹⁶.

⁸⁹ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 516.

⁹⁰ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 527.

⁹¹ MORÓN PALOMINO, loc. cit.

⁹² loc. cit.

⁹³ SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, cit., pg. 27.

⁹⁴ Ver MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 528.

⁹⁵ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 528.

⁹⁶ SERRA, op. cit., pg. 27.

La existencia de la controversia puede ponerse en duda cuando el demandado no comparece en el proceso para defender su posición. Por ello analiza los casos en que se sigue el proceso en rebeldía. Parte de la declaración que el conflicto entre las partes es anterior al inicio del proceso, por lo que carece de fundamento basarse en la rebeldía del demandado para afirmar que no existe la controversia. Una vez sentada esta premisa analiza los diversos sistemas de tratamiento de este supuesto: que el órgano jurisdiccional deba dictar una resolución condenatoria; que tenga por reconocidos los hechos alegados por el demandante; o que el proceso se desarrolle con la única consecuencia de la pérdida de las facultades procesales por el rebelde hasta que comparezca.

Con la primera solución “desaparece el problema, porque, merced a esta presunción, se elimina el proceso, ya que el presunto allanamiento, al hacer desaparecer la controversia, elimina a su vez la posible actuación jurisdiccional y la continuación del proceso”⁹⁷. Con la segunda se exime al actor de la prueba de los hechos. Con la tercera solución la controversia real se convierte en controversia formal, puesto que el derecho presume su mantenimiento, por lo que sigue desarrollándose la actividad jurisdiccional⁹⁸.

La construcción que realiza MORÓN PALOMINO para sujetar este supuesto al concepto que da de conflicto, que recordemos que es el presupuesto necesario para la existencia de actividad jurisdiccional, no explica por qué afirma que la oposición material es sustituida por la oposición formal.

Además, deja sin explicar supuestos en que no existiendo controversia existe jurisdicción. Tal es el caso de las sentencias constitutivas necesarias que se produce en los procesos de estado. Así por ejemplo en un proceso de divorcio en el que los cónyuges están de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial, pero deben acudir a la jurisdicción para que lo declare.

2. Teorías objetivas

Actualmente la doctrina se inclina mayoritariamente por considerar que la jurisdicción consiste en la aplicación del derecho objetivo al caso concreto.

La premisa en que se apoya toda la construcción de esta teoría deriva de la consideración de la jurisdicción como una de las funciones del Estado. Por lo que deben diferenciarla del resto, es decir, de la legislativa y de la ejecutiva (administración).

LIEBMAN es uno de los principales representantes de esta teoría. Considera que la legislación debe dar las normas de conducta generales para que las personas puedan convivir y componer los conflictos que surjan entre ellas. Pero

⁹⁷ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 530.

⁹⁸ MORÓN PALOMINO, loc. cit.

un complemento necesario para cuando no se realice de forma espontánea es la actividad jurisdiccional, que debe “proveer a individualizar, a declarar y a hacer observar esta regla caso por caso y, si es necesario a imponer su observancia con medios coercitivos”⁹⁹. Es más, cuando examina la función de la jurisdicción, que es la de juzgar, le da el siguiente contenido: “valorar un hecho del pasado como justo o injusto, como lícito o ilícito, según el criterio de juicio proporcionado por el derecho vigente, y enunciar, en consecuencia, la regla jurídica concreta destinada a hacer valer como disciplina del hecho específico tomado en examen”¹⁰⁰.

Observamos como configura dos caracteres de la jurisdicción: por un lado, es un complemento de la función legislativa en cuanto va a aplicar las normas que de esta dimanen cuando no sean observadas; de otro su función se limita a concretar el mandato general contenido en la ley al caso concreto.

En España el principal representante de esta posición es PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ. Concibe la jurisdicción como “la función con la que el Estado, por medio de órganos especialmente instituidos (esto es, los Tribunales), realiza su potestad o poder y cumple su deber de otorgar justicia en un proceso que esos órganos dirigen, aplicando la norma de derecho objetivo a los casos suscitados por la petición de justicia, es decir, por el ejercicio de la acción”¹⁰¹.

Otros partidarios de esta teoría son ALMAGRO NOSETE¹⁰² en España y MICHELI¹⁰³ en Italia.

Las objeciones que se pueden realizar genéricamente a esta teoría son tres¹⁰⁴: por un lado, que la jurisdicción no es la única función del Estado que aplica la norma objetiva; que cuando la sentencia no se ajusta al derecho objetivo, sigue siendo totalmente válida; y que son unas teorías descriptivas de las relaciones entre la función legislativa y la ejecutiva, pero que no explican la esencia de la jurisdicción.

La doctrina es mayoritaria al considerar que la jurisdicción actúa el derecho objetivo. Pero, partiendo de esta actividad, existen discrepancias al otorgar mayor importancia a uno de sus elementos sobre otros. Las diversas tendencias son:

— la jurisdicción como garantía del derecho objetivo¹⁰⁵.

⁹⁹ LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, ed. EJE, Buenos Aires, 1980, pg. 3.

¹⁰⁰ LIEBMAN, op. cit., pg. 4.

¹⁰¹ PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, *Tribunales Españoles, Organización y Funcionamiento* –con GUTIÉRREZ de CABIEDES, ALMAGRO NOSETE y GONZÁLEZ-DELEITO–, ed. Tecnos, Madrid, 1977, 4ª edición, pg. 137.

¹⁰² ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal*, tomo I, vol. 1 –con GIMENO SENDRA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA–, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, 5ª edición, pg. 49; id., *Derecho Procesal Civil*, tomo I –con TOMÉ PAULE–, ed. Trivium, Madrid, 1993, pg. 59.

¹⁰³ MICHELI, *Corso di Diritto Processuale Civile*, tomo I, Milán, 1959, pg. 6.

¹⁰⁴ Ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, cit., pgs. 28-29.

¹⁰⁵ CALAMANDREI (*Derecho Procesal Civil. Instituciones del Derecho Procesal Civil*, tomo I, ed. EJE, Buenos Aires, 1962, pgs. 113 y ss.), FENECH (*Derecho Procesal Tributario*, tomo I, Librería Bosch, Barcelona, 1949, pg. 39), DE LA OLIVA (*Derecho Procesal Civil*, tomo I –con FERNÁNDEZ–, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pg. 22), LOZANO-HIGUERO (*Introducción al Derecho Procesal*, ed. Ministerio

- la jurisdicción como aplicación de sanciones ¹⁰⁶.
- la jurisdicción como justa composición de la litis ¹⁰⁷.
- la jurisdicción como satisfacción de pretensiones ¹⁰⁸.

CALAMANDREI entiende que la jurisdicción tiene una función de garantía de la norma objetiva. Esta teoría fue introducida en nuestro país por FENECH.

CALAMANDREI, tras afirmar la relatividad del concepto, indica que nos encontramos en un periodo histórico en que el derecho se formula legalmente ¹⁰⁹. En este sistema el Juez debe “observar la ley y hacerla observar” ¹¹⁰. Y en esto consiste la coactividad de la ley; es decir, en que garantiza su efectividad a través de la fuerza del Estado. Por ello la jurisdicción es el “indispensable complemento práctico de la legalidad” ¹¹¹.

Dos son las objeciones que se han opuesto a esta teoría: por un lado que más que profundizar en el concepto de la jurisdicción, se describe una de las características de la legislación ¹¹²; y la genérica que se realiza a las teorías objetivas de que no incluyen aquellos casos en que el Juez no resuelve con arreglo a las leyes, bien por no aplicarlas o bien porque la misma norma le permite dictar sentencia con arreglo a equidad

La primera crítica es resuelta por FENECH al indicar que una de las funciones de la actividad jurisdiccional es garantizar “la observancia de las normas jurídicas” ¹¹³, coexistiendo con la función de enjuiciamiento, la de declaración y la de ejecución ¹¹⁴. De esta forma no describe sólo la realidad, sino que analiza las manifestaciones específicas de la función jurisdiccional ¹¹⁵.

La objeción genérica es tenida en cuenta por CALAMANDREI al examinar aquellos casos en que la ley permite al Juez dictar sentencia sin atenerse a la norma objetiva. Entiende que “la equidad (en el sistema legislativo) está considerada,

de Justicia, Madrid, 1990, pg. 88) y BONET NAVARRO (*Escritos sobre la Jurisdicción y su Actividad*, ed. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1981, pg. 195).

¹⁰⁶ REDENTI (citado por SERRA DOMÍNGUEZ) y PÉREZ GORDO (*Concepto, Método, Fuentes y Programa del Derecho Procesal*, pg. 105; id., “Estudios de Derecho Procesal”, ed. Pórtico, Zaragoza, 1982, pg. .

¹⁰⁷ CARNELUTTI (*Profilo dei Rapporti tra Diritto e Processo*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1960, pg. 457; id., *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho y Proceso*, vol. I, ed. EJE, Buenos Aires, 1971, pg. 22)

¹⁰⁸ GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aguilar, Madrid, 1948, pg. 12), FAIRÉN (*el Proceso como Función de Satisfacción Jurídica*, en “Temas del Ordenamiento Procesal”, Madrid, 1969, tomo I, pg. 363), MONTERO (*Introducción al Derecho Procesal*, ed. Tecnos, Madrid, 1976, pg. 53-54; id., *en Torno al Concepto y Contenido del Derecho Jurisdiccional*, en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1976, pg. 159; y *la Función Jurisdiccional y el “status” de Jueces y Magistrados*, en “Documentación Jurídica”, tomo XII, en-jn. 1985, núm. 45/46, pg. 101).

¹⁰⁹ CALAMANDREI, *Derecho Procesal Civil. Instituciones del Derecho Procesal Civil*, tomo I, ed. EJE, Buenos Aires, 1962, pg. 115.

¹¹⁰ CALAMANDREI, op. cit., pg. 119.

¹¹¹ CALAMANDREI, op. cit., pg. 128.

¹¹² SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 33.

¹¹³ FENECH NAVARRO, *Derecho Procesal Tributario*, cit., pg. 39.

¹¹⁴ FENECH, op. cit., pg. 41.

¹¹⁵ Ver SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 33.

más bien que como poder de crear el derecho, como poder de adaptar el derecho ya existente con las especiales exigencias del caso singular”¹¹⁶.

Pero esta explicación debe considerarse incompleta y no satisfactoria. Incompleta porque obvia aquellos casos en que el Juez dicta una sentencia que no se sujeta a las leyes. Es cierto que afirma que en este caso la legalidad de la resolución queda garantizada por el sistema de recursos, y más específicamente el recurso de casación ante la Corte Suprema¹¹⁷. Pero por un lado es discutible que este tribunal tenga esta finalidad y no la de contrastar el juicio del órgano judicial inferior por el que se forme éste, que está integrado por mayor número de miembros y con más experiencia¹¹⁸; y por otro lado no contempla el supuesto de que la Corte Suprema se aparte de la ley para llegar a una solución distinta.

Es insatisfactoria porque al juzgar con arreglo a equidad no toma en consideración el juicio de valor contenido en la ley, sino el que tenga personalmente el juzgador. Sin embargo, CALAMANDREI afirma que la jurisdicción de equidad permitida en los arts. 113 y 114 CPC “se refiere a las relaciones que encuentran ya en la codificación su plena y perfecta regulación jurídica”¹¹⁹. Es decir, afirma que permite que el Juez se aparte de la ley en aquellos casos en que está perfectamente regulado por ésta. Lo cual debe ser considerado un contrasentido.

Una última objeción a las teorías objetivas en general, y en particular a la teoría de CALAMANDREI, es que no explica por qué si la jurisdicción garantiza el respeto del derecho objetivo, no puede actuar inmediatamente cuando se vulnera. CALAMANDREI responde que la reacción dependerá del carácter de la norma que ha sido violada, así mientras en unos casos lo hace de oficio, en otros será necesario que lo reclame el interés individual para tutela propia¹²⁰. Pero esta respuesta no es suficiente, porque efectivamente el Estado actuará. Para ello tiene dos medios: mediante la postulación del juicio a través de la acción; o a través de la acción directa. Cuando no lo haga a través del primero de ellos, utilizará el segundo cuando sea una materia de su interés. Consecuentemente la contradicción se mantiene vigente.

REDENTI utiliza como criterio esencial la aplicación de sanciones por parte de la jurisdicción. De acuerdo con la teoría dominante en su época considera que en la norma jurídica existen dos elementos: el precepto y la sanción. El primero contendría un mandato dirigido a los particulares y el segundo una correlativa obligación del Juez de aplicar determinadas consecuencias jurídicas para el caso de incumplimiento¹²¹.

¹¹⁶ CALAMANDREI, *Derecho Procesal Civil. Instituciones...*, cit., pg. 205.

¹¹⁷ CALAMANDREI, op. cit., pg. 120.

¹¹⁸ Ver SATTÀ, supra.

¹¹⁹ CALAMANDREI, op. cit., pg. 205.

¹²⁰ CALAMANDREI, op. cit., pgs. 129-131.

¹²¹ Cita que realiza SERRA de REDENTI, en *Jurisdicción*, cit., pg. 30.

En España esta teoría ha sido mantenida por PÉREZ GORDO que entiende por jurisdicción “la autoridad concedida por el Estado a ciertos órganos legalmente constituidos para la imposición y actuación de las sanciones que correspondan a fin de garantizar la observancia de las normas objetivas”¹²². La infracción de una norma da lugar a la sanción, correspondiendo su imposición o actuación a los órganos jurisdiccionales. Por lo tanto se aleja del concepto de sanción como el elemento secundario de la norma que es ajeno al derecho procesal, y la considera como el efecto de la infracción o del incumplimiento; es decir, la iniciativa jurisdiccional no garantiza su aplicación, sino la observancia de la norma jurídica¹²³.

Esta teoría ha sido abandonada actualmente, pero aquellos autores que han construido su teoría sobre otros elementos más relevantes, mantienen la existencia de puntos de conexión con la sanción. Así CALAMANDREI concilió su concepción con la descrita porque “viene a enseñar que la actuación del Juez está impulsada constantemente por imperativos secundarios los cuales presuponen que no haya sido ejercitada los imperativos principales de la norma, dirigida a persona diversa del Juez”¹²⁴. Del mismo modo SATTA afirma que “la sanción de REDENTI no es prácticamente otra cosa que el juicio”¹²⁵.

CARNELUTTI considera la jurisdicción como justa composición de la litis. La innovación que introduce en su teoría acerca de la jurisdicción es el concepto de *lite* como el conflicto intersubjetivo de intereses calificado por una pretensión discutida¹²⁶ o “como fenómeno social que determina la inercia del derecho”¹²⁷. Los elementos diferenciales de la *lite* respecto del conflicto de intereses son: la naturaleza de la resistencia de la pretensión, que puede ser contestada o insatisfecha; la necesidad que tiene el derecho del proceso no sólo para dirimir el desacuerdo en torno a aquello que debe ser hecho y no es hecho, sino para obtener que sea hecho aquello que debe ser hecho o deshecho, para lo que puede pedir la actuación de un juez¹²⁸.

La teoría de CARNELUTTI se inscribe en las teorías objetivas porque contempla la actuación de la ley como finalidad de la jurisdicción. Afirma que “la misma palabra *iurisdiction* recuerda el cumplimiento, y así el cumplimiento de algo que no puede estar incompleto; el legislador comienza el *dicere ius* pero no termina porque el *ius no es dictum* más que para el caso concreto”¹²⁹. Y añade que la “composición de la litis, como fin del proceso contencioso, y prevención de la des-

¹²² PÉREZ GORDO, en *Concepto, Método, Fuentes y Programa del Derecho Procesal*, pg. 105, y en “Estudios de Derecho Procesal.

¹²³ PÉREZ GORDO, op. cit., pg. 119-120.

¹²⁴ CALAMANDREI, op. cit., pg. 49.

¹²⁵ SATTA, *Jurisdicción*, cit., pg. 283, nota 9.

¹²⁶ CARNELUTTI, *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho y Proceso*, ed. EJE, vol. I, Buenos Aires, 1971, pg. 62 y nota 28.

¹²⁷ CARNELUTTI, en *Profilo dei Rapporti tra Diritto e Processo*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1960, pg. 547.

¹²⁸ CARNELUTTI, *Profilo...*, cit., pg. 546-547.

¹²⁹ CARNELUTTI, op. cit., pg. 76.

obediencia como fin del proceso voluntario, confluyen, pues, en el concepto de cumplimiento de la ley como fin del proceso en todas sus formas”¹³⁰. Por lo tanto la justicia es el fin esencial del proceso, y ésta se logra a través de la aplicación de la ley.

Sin embargo desde esta concepción falta jurisdicción en el proceso penal y en las sentencias constitutivo-necesarias¹³¹. Esta laguna es resuelta por CARNELUTTI inscribiendo el primero entre los procesos voluntarios y a las segundas en la actividad administrativa¹³².

Tomando como referencia las primeras obras de CARNELUTTI que consideraba la pretensión como la afirmación del derecho desarrolla su concepción GUASP¹³³. El profesor español parte de la idea de pretensión, seguidamente se aparta de la evolución de CARNELUTTI. La crítica que le realiza es que “el análisis de la institución procesal, tal como aparece normalmente, no descubre como elemento indispensable del mismo la existencia de un conflicto de intereses anterior a su existencia y de una pretensión y resistencia producidas igualmente con anterioridad; la pretensión que mueve al proceso y que en él examina no es la que una parte ha hecho valer preprocesal o extraprocésalmente contra la otra, la cual no tiene valor sino en tanto que es recogida por la pretensión dirigida al órgano jurisdiccional que inicia el proceso”¹³⁴.

GUASP parte del concepto de pretensión como “declaración de voluntad de un sujeto pidiendo al órgano jurisdiccional una determinada actuación”¹³⁵. A continuación afirma que la jurisdicción es la función estatal que actúa pretensiones conformes con el derecho objetivo¹³⁶; es decir, la pretensión debe ser fundada¹³⁷. Es precisamente en este punto donde CARNELUTTI varía su concepto. Al analizar las pretensiones infundadas y las no razonadas advierte que no habían sido tenidas en cuenta en su concepción original, por lo que lo reformula considerando que “es la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio”¹³⁸.

En este sentido MONTERO ha definido la jurisdicción como “la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por tribunales independientes y predeterminados por la ley, de realizar el derecho en el caso

¹³⁰ loc. cit.

¹³¹ Ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 35.

¹³² Ver SERRA DOMÍNGUEZ, loc. cit.

¹³³ Esta afirmación es realizada por CARNELUTTI, op. cit., pg. 61, nota 27.

¹³⁴ GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, ed. Aguilar, Madrid, 1948, pg. 10, nota 3. Ver ORTELLS RAMOS para un análisis de la evolución del profesor GUASP (*Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española*, “Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura”, Cáceres, año 1994-1995, n° 3, pgs. 429-431).

¹³⁵ GUASP, op. cit., pgs. 9 (nota 1) y 331 y ss.; id. *la Pretensión Procesal*, ed. Civitas, Madrid, 1981, pg. 37 y ss.

¹³⁶ GUASP, op. cit., pg. 12 en relación con la pg. 10.

¹³⁷ GUASP, op. cit., pg. 15.

¹³⁸ CARNELUTTI, op. cit., pg. 62, nota 27.

concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado, para satisfacer pretensiones y resistencias”¹³⁹. Desde un punto de vista material la jurisdicción consiste en satisfacer intereses jurídicos¹⁴⁰.

Las teorías objetivas han sido seguidas mayoritariamente por la doctrina. La razón debemos buscarla en la consideración de la jurisdicción, como función del Estado. Ello lleva aparejado la interrelación entre las tres funciones: la función legislativa crea la norma objetiva; la función jurisdiccional actúa mediatamente; y la función ejecutiva o administración realiza directamente el interés del Estado. Pero esta última actúa de forma similar a la función jurisdiccional al emitir un juicio sobre una situación concreta, y como órgano estatal debe aplicar la ley. Por lo tanto no basta con este criterio, sino que hay que buscar otro carácter diferenciador para poder distinguirlas plenamente, y este elemento es la producción de cosa juzgada de las decisiones de los órganos que ejercen la función jurisdiccional¹⁴¹.

Desde este punto de partida la jurisdicción debe aplicar las normas estatales, y su actividad se limita concretarlas. Dogmáticamente esta afirmación es irreprochable. Pero al cotejarlo con la realidad del foro se constata como el derecho para los jurisdicentes no es la ley abstracta, sino la sentencia dictada por los Tribunales. Además desde un punto de vista histórico la jurisdicción es anterior a la legislación y a la administración. Ello motiva que debemos rechazar estas teorías y decantarnos por la consideración de que la jurisdicción declara el derecho en el caso concreto.

3. Teoría de la sustitución

Según CHIOVENDA la jurisdicción es “la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmarse la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva”¹⁴². El criterio diferencial de la labor jurisdiccional es precisamente la actividad de sustitución¹⁴³. Esta teoría ha sido mantenida en España por GÓMEZ ORBANEJA¹⁴⁴

CHIOVENDA se inscribe en la teoría objetiva de la jurisdicción, pero introduce en la misma el criterio de ajenidad del juzgador; posición mayoritariamente compartida por el sector doctrinal que considera la jurisdicción como una fun-

¹³⁹ MONTERO AROCA, en *Introducción...*, cit., pg. 53-54; id., en *Torno al Concepto...*, cit., pg. 199; id., *la Función Jurisdiccional...*, cit., pg. 101.

¹⁴⁰ MONTERO AROCA, *Introducción...*, cit., pg. 109.

¹⁴¹ Ver infra apartado 8.B.

¹⁴² CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. II, Madrid, 1936, ed. EDESA, pg. 1.

¹⁴³ CHIOVENDA, op. cit., pg. 9.

¹⁴⁴ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. 1º –con HERCE QUEMADA–, ed. Agesa, Madrid, 1974, pg. 56.

ción del Estado ¹⁴⁵, aunque como hemos analizado anteriormente destacan como caracteres esenciales otros aspectos. En este sentido CARNELUTTI ha afirmado que “la fórmula del cumplimiento de la ley desarrolla la conocida intuición de CHIOVENDA que asigna a la jurisdicción una función sustitutiva de la actividad del particular; verdaderamente el cumplimiento del juez ocupa el lugar del cumplimiento del *subditus*, que falta o amenaza faltar, y con ello cumple el acuerdo, sin el cual no existe el derecho, sustituyéndose el acuerdo entre el legislador y el juez al acuerdo entre el legislador y el *subditus*” ¹⁴⁶.

Efectivamente, el carácter remarcado por CHIOVENDA se da en la jurisdicción, pero también se halla presente en la función ejecutiva cuando la Administración puede decidir conflictos que surjan entre particulares o cuestiones en las que no es parte ¹⁴⁷. Baste un ejemplo para ponerlo de manifiesto ¹⁴⁸: el alcalde de una localidad puede derruir un edificio declarado en ruina, en este supuesto actúa como tercero; pero esta actividad no se diferencia esencialmente de la que realiza el órgano judicial en el interdicto de obra ruinoso, que precisamente ha sido considerado por un sector doctrinal como una actividad administrativa ¹⁴⁹.

Por otro lado se argumenta que las diferencias entre la Administración y la Jurisdicción pueden encontrarse en el interés público que intenta lograr la primera y el desinterés objetivo con que actúa la segunda ¹⁵⁰. Pero observamos como estos criterios no son antagónicos, sino complementarios. En el primer caso la Administración desarrolla su actividad intentando satisfacer el interés general de todos los ciudadanos. La jurisdicción también realiza la función específica con una finalidad: imponer una decisión de forma definitiva; y ésta puede incardinarse en la noción de interés general.

También se utiliza el criterio de ajenidad argumentando que la Administración actúa como juez y parte, mientras que la jurisdicción siempre conoce de elementos ajenos a ella. Sin embargo existen supuestos en que la Jurisdicción actúa en actividades propias; como por ejemplo en las normas procesales que son aquéllas que se dirigen al órgano judicial para regular su funcionamiento. En este sentido es indiferente que este tipo de actuaciones de los órganos jurisdiccionales sean escasas cuantitativamente, puesto que cualitativamente actúan de forma similar a la Administración ¹⁵¹; y es a este dato al que debemos atender cuando definimos la actividad jurisdiccional.

¹⁴⁵ Ver infra apartado dedicado al análisis de la independencia como nota ínsita de la actividad jurisdiccional.

¹⁴⁶ CARNELUTTI, *Derecho Procesal Civil. Derecho y Proceso*, cit., pg. 76, nota 45.

¹⁴⁷ SERRA, op. cit., pg. 39.

¹⁴⁸ Ejemplo expuesto por SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 39.

¹⁴⁹ Ver por todos GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, vol. II, tomo 2º, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1989, pg. 415.

¹⁵⁰ MERKL, citado por GÓMEZ ORBANEJA, en *Derecho...*, cit., pgs. 55 y 56.

¹⁵¹ SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 386.

La sustitución se realiza sobre distintas voluntades según nos encontremos ante el proceso de declaración o el proceso de ejecución: en el primer caso CHIOVENDA acude a la ficción de que el Juez sustituye la voluntad de todos los ciudadanos al aplicar la ley; en el segundo caso sustituye la actividad o inactividad de la persona que debe cumplir una obligación, bien sea física o jurídica.

Entre los dos supuestos citados existe una gran diferencia: mientras en la actividad declarativa el concepto se asienta sobre una ficción porque el Juez no sustituye a nadie, sino que realiza la función que le ha sido asignada; en el segundo sí que actúa como debiera haberlo hecho otro sujeto ¹⁵². Esta diferencia se centra en la misma actividad jurisdiccional que se limita a la declaración del derecho, por lo que la actividad ejecutiva es más administrativa que jurisdiccional, aunque en la concepción actual de Estado se atribuya, en algunas ocasiones (proceso civil y proceso laboral) a los órganos judiciales la competencia para desarrollar el proceso de ejecución ¹⁵³.

Al concepto de la sustitución también han acudido otros autores reformulando la teoría de CHIOVENDA. De esta manera SEGNI ¹⁵⁴ considera que la jurisdicción consiste en la sustitución del ordenamiento material por el ordenamiento procesal. La principal objeción que se le puede formular es la premisa de la que parte: la existencia de dos tipos de normas independientes que serían las procesales y las sustanciales. Sin embargo no es así porque el ordenamiento jurídico es único, efectuándose las clasificaciones por razones funcionales ¹⁵⁵.

Por último SATTÀ, en un intento de conectar su visión dinámica del ordenamiento jurídico con las teorías anteriores acepta la utilización de la sustitución como “imagen o símbolo” por considerarlo “inocuo” ¹⁵⁶. Sin embargo la sustitución que postula SATTÀ es la de la misma “juridicidad del ordenamiento por el órgano jurisdiccional” ¹⁵⁷. Es decir, sitúa a la persona del Juez en el centro del ordenamiento jurídico ¹⁵⁸: derecho es lo que él declara, no lo que contienen las leyes.

Pero esta metáfora no es tan inofensiva como él pretendía. Existe el peligro de sustantivarla con las consecuencias indicadas anteriormente. Sin embargo el gran mérito de SATTÀ es haber puesto el Juez en el centro de la actividad de

¹⁵² SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 39.

¹⁵³ Ver infra.

¹⁵⁴ SEGNI, *Novissimo Digesto Italiano*, tomo VII, voz “giurisdizione”, tomo VII., pg. 987.

¹⁵⁵ Ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 41.

¹⁵⁶ SATTÀ, *Jurisdicción*, cit., pg. 282.

¹⁵⁷ SATTÀ, *Derecho Procesal Civil. Manual...*, cit., pg. 9.

¹⁵⁸ Se le ha criticado que haya utilizado la expresión ordenamiento jurídico cuando él mismo la había rechazado porque se utilizaba como si de una realidad se tratase (SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 43). Efectivamente SATTÀ critica “la interpretación de las grandes normas institucionales, y por tanto de la misma función del juez en la particular aplicación de la ley al proceso” (*el Formalismo en el Proceso*, en “Derecho Procesal Civil. Soliloquios...”, cit., pg. 64), pero debemos entender que la supera al unificarlo en el concepto de juicio (ver supra). Consecuentemente debemos interpretar que utiliza el término ordenamiento para hacerse entender por los mantenedores de una postura dualista del proceso.

declaración de derecho, es decir, haber contemplado su labor desde un punto de vista dinámico.

VI. LA ESENCIA DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL: EL JUICIO

1. El juicio jurisdiccional

El momento esencial de la jurisdicción es el juicio. Todo el proceso se encamina a hacer posible que un tercero, el Juez, establezca la norma de conducta que debe ser impuesta a las partes en el caso concreto. Precisamente por esta característica la doctrina ha intentado desentrañar la actividad que realiza el Juez para efectuar esta conversión.

En un primer momento se acude a la teoría del silogismo judicial. Coincide con el auge del positivismo y la época de la codificación. Todo ello responde a la noción que MONTESQUIEU tenía de la actividad jurisdiccional. Para el filósofo francés la función judicial debía limitarse a ser la boca de la ley, su actividad debía reducirse a la mera subsunción del hecho en la norma ¹⁵⁹.

CALAMANDREI afirmaba que no se podrá nunca negar que en la sentencia “se contiene un juicio lógico, el cual, como todo juicio, aún el más elemental y el más simple, debe ser el resultado de un silogismo, explícito o inconsciente” ¹⁶⁰. A continuación añadía que “si la ley establece que, cuando se verifica un hecho específico en determinados extremos, debe producirse una cierta consecuencia jurídica, cuando el juez ha establecido en la realidad la certeza de la existencia de tales extremos, ha establecido al mismo tiempo la certeza de que la voluntad abstracta de ley se ha hecho concreta en el caso especial, y en tal sentido debe decidir” ¹⁶¹.

La génesis lógica se dividirá en las siguientes fases: un examen preliminar sobre la trascendencia de los hechos; una interpretación de los resultados; la construcción de hechos específicos concretos a base de los juicios singulares de hecho; y su calificación jurídica comparando el hecho específico cuya certeza se ha establecido con el hecho específico legal, determinando el efecto jurídico ¹⁶². La motivación de la sentencia será la exteriorización de la construcción interna realizada por el órgano judicial ¹⁶³.

¹⁵⁹ Ver PEDRAZ PENALVA, *la Jurisdicción...*, cit., pg. 919.

¹⁶⁰ CALAMANDREI, *la Génesis Lógica de la Sentencia Civil*, en “Estudios sobre el Proceso Civil”, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pg. 371.

¹⁶¹ CALAMANDREI, op. cit., pg. 408.

¹⁶² CALAMANDREI, op. cit., pg. 412-413.

¹⁶³ CALAMANDREI, *la Crisis de la Motivación*, en “Proceso y Democracia”, ed. EJEJA, Buenos Aires, 1960, pg. 115-116.

Otros representantes de esta teoría son CHIOVENDA ¹⁶⁴, ROCCO ¹⁶⁵, GÓMEZ ORBANEJA ¹⁶⁶ y MORÓN PALOMINO ¹⁶⁷.

Esta concepción, si bien es muy pedagógica, no resulta adecuada a la realidad. Las críticas que se han formulado a la teoría silogística se pueden dividir en dos grandes grupos ¹⁶⁸:

- Unas afirman la falsedad y la limitación de la representación del juicio.
- Otras niegan la distinción entre hecho y derecho.

El mismo CALAMANDREI advierte que el esquema trazado por él no es el que realiza el Juez al dictar sentencia. En primer lugar porque la operación lógica que realiza es mucho más compleja que la que ha expuesto porque son muchos los puntos de derecho y de hecho que debe resolver. Y en segundo lugar porque estas fases que ha distinguido no se suceden de forma separada, sino que “se alternan y compenetran de un modo inconsciente e irregular” ¹⁶⁹. Posteriormente afirmaría en diversas ocasiones que la teoría del silogismo judicial no basta para explicar la formación del juicio, ya que en la misma no se tienen en cuenta los juicios intencionales o de valor que realiza el órgano jurisdiccional y que son determinantes de la sentencia que se dicta. En este sentido llega a invertir la técnica del silogismo judicial al afirmar que “ocurre, a veces que el Juez al hacer la sentencia, invierte el orden natural del silogismo: esto es, primero encuentra la parte dispositiva y después las premisas que sirven para justificarlo” ¹⁷⁰; incluso llega a afirmar que “más que en la virtud cerebral de la dialéctica, los buenos jueces confían en su pura sensibilidad moral” ¹⁷¹. Finalmente la trascendencia de los juicios de valor sobre el esquema lógico trazado anteriormente lo resume afirmando que “la angustia más obsesionante para un juez escrupuloso ha de ser precisamente ésta: sentir, sugerida por la conciencia, cual es la decisión justa y no conseguir encontrar los argumentos para demostrar según la lógica. En este aspecto, es conveniente que el juez tenga también, aun en pequeño grado, algo de la habilidad del abogado; porque al redactar los fundamentos debe ser el defensor de la tesis antes fijada por su conciencia” ¹⁷².

Los jueces y tribunales se ven influidos por los elementos volitivos internos, que obviamente no han sido tomados en consideración por las leyes ni explica por qué las normas jurídicas tienen significados diversos ni como la voluntad declarada puede ser contrapuesta ¹⁷³. Además el dogma del ordenamiento jurídico

¹⁶⁴ CHIOVENDA, *Instituciones...*, cit., pg. 183.

¹⁶⁵ ROCCO, *la Sentencia Civil*, México, 1945, pgs. 50 y ss.

¹⁶⁶ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, cit., pg. 420 y ss.

¹⁶⁷ MORÓN PALOMINO, *Problemática de la Sentencia Civil*, en “Revista de Derecho Procesal”, 1964, pg. 47 y ss.

¹⁶⁸ Ver ampliamente TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padua, 1975, pgs. 149 y ss.

¹⁶⁹ CALAMANDREI, *la Génesis...*, cit., pg. 416.

¹⁷⁰ En *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Madrid, 1936, pg. 104.

¹⁷¹ En op. cit., pg. 106.

¹⁷² En op. cit., pg. 107.

¹⁷³ Ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, cit., pgs. 71.

cerrado ha dejado de ser considerado válido desde hace tiempo, admitiéndose que el Juez suple las lagunas del ordenamiento ¹⁷⁴; en este sentido SATTa objeta a esta teoría que si existiese una norma jurídica directamente aplicable al caso concreto, las partes la encontrarían antes que el juez y no litigarían ¹⁷⁵. Por ello el juez debe crear la norma; es decir, “fijar la experiencia jurídica de lo concreto” ¹⁷⁶. En parecidos términos MUÑOZ ROJAS afirma que al interpretar la norma jurídica el intérprete “re-crea” dicha disposición, añadiendo que “quien aplica un precepto ya existente puede decirse que lo realiza histórica y existencialmente en la hipótesis concreta” ¹⁷⁷.

Incluso el sector doctrinal que afirma que la jurisdicción actúa el derecho en el caso concreto reconoce que existen supuestos en los que el Juez crea el derecho. Así MONTERO AROCA individualiza tres planos en que se produce la labor creadora de la jurisdicción ¹⁷⁸:

- cuando la ley confía a los órganos judiciales la misión de crear la norma aplicable en el caso concreto.
- cuando la norma general no se configura de forma completa.
- cuando la norma no es susceptible de aplicación directa.

CARNELUTTI consideraba que esta teoría había visto el silogismo, pero no lo que hay dentro que es el juicio. La diferencia entre uno y otro es que mientras el primero demuestra, el segundo realiza una invención en el sentido de descubrir o encontrar. Afirma que no es sencilla la demostración racional, pero la experiencia ha enseñado a los juristas a distinguir entre sentencia y motivación ¹⁷⁹. En su opinión la transformación entre la orden abstracta de la ley a la concreta de la sentencia se realiza a través de la interpretación que se obtiene a través de un complejo de juicios, de existencia y de valor ¹⁸⁰.

TARUFFO afirma que el silogismo judicial es una teoría del juicio que se funda en el modo en el que se enuncia la decisión; es decir, parte del presupuesto de que la estructura del razonamiento decisorio coincide con la estructura del razonamiento expresado en la motivación. A continuación considera que es errónea porque no se puede demostrar que el razonamiento decisorio tenga una estructura silogística y es incompleta si se presenta como teoría de la motivación porque la deducción es solo un componente de la motivación ¹⁸¹. Por último considera que es falsa si se afirma que todo el juicio se reduce a la actividad silogística, pero

¹⁷⁴ FRANCO ARIAS, op. cit., pg. 92.

¹⁷⁵ SATTa, *Diritto...*, cit., pg. 154 (y en la pg. 177 de la edición española).

¹⁷⁶ SATTa, loc. cit.

¹⁷⁷ MUÑOZ ROJAS, *algunas consideraciones acerca del método en derecho procesal*, “Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense”, 1978, n° 54, pg. 57.

¹⁷⁸ MONTERO AROCA, *Introducción...*, cit., pg. 51-53.

¹⁷⁹ CARNELUTTI, *Matematica e Diritto*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1951, pg. 202.

¹⁸⁰ CARNELUTTI, *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1960, p. 542.

¹⁸¹ TARUFFO, op. cit., pg. 156.

es cierta si se limita a la lógica del juicio, aunque esta teoría no explica cual es su ámbito de aplicación y deja sin explicar aspectos muy relevantes de la estructura del juicio ¹⁸².

Ante estas objeciones la doctrina responde afirmando la complejidad del juicio jurisdiccional. Al ser una actividad interna resulta imposible saber cuál es el esquema lógico del mismo ¹⁸³. CAPOGRASSI afirma que “esta lógica de la objetividad no elimina la subjetividad del juez. Después de esto, queda el juzgar en su parte más secreta y delicada, en el momento de la decisión en el que el hombre-juez, no es más que su inteligencia o su voluntad o con ambas, dice la última palabra” ¹⁸⁴. RAMOS MÉNDEZ critica esta objeción porque no profundizan en la actividad mental del juzgador ¹⁸⁵.

Para un correcto planteamiento de la cuestión es preciso examinar la posible actividad del juez. SERRA DOMÍNGUEZ distingue tres tipos de juicios ¹⁸⁶: los juicios históricos, los juicios lógicos y los juicios de valor. Los primeros se utilizarían en el conocimiento de la relación fáctica que se enjuicia; los segundos en el conocimiento de la ley y las diversas interpretaciones que se puede realizar de la misma; y por último los elementos internos que hacen que el juez se decante por una de ellas. Los juicios de valor son los predominantes en el momento de la decisión: a través de ellos se va a interpretar la situación concreta y el significado de la ley que debe aplicarse a la misma ¹⁸⁷.

En sentido similar SATTÀ afirmaba que “cuando lo declara, como se dice, no hace sino elegir entre mil hipótesis posibles la que considera más correspondiente con la realidad: y esta elección, a mi juicio, es indudablemente una creación, no una mera percepción o recepción, de donde puede decirse verdaderamente que el hecho existe tal como el juez lo declara” ¹⁸⁸.

Posteriormente esta teoría es reformulada por RAMOS MÉNDEZ ¹⁸⁹. Toma como punto de partida la afirmación de SERRA DOMÍNGUEZ, de que “el juicio individual del juez, ajustado o no a la ley, justo o injusto, vale como único derecho indiscutible en las relaciones entre los particulares” ¹⁹⁰. Consecuentemente afirma la creación judicial del derecho. Desde su punto de vista la ley sería un elemento de referencia del juez, pero no el único. Ésta serviría para que el juzgador conociera cual es el juicio de valor dominante en la sociedad. Y éste debe ser respetado por el Juez en cuanto es funcionario del Estado, pero no por la jurisdicción como

¹⁸² TARUFFO, op. cit., pgs. 158 y 159.

¹⁸³ GUASP, *Comentarios...*, cit., pg. 16.

¹⁸⁴ CAPOGRASSI, *Giudizio Processo Scienza Verità*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1950, pg. 10-11.

¹⁸⁵ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pg. 180.

¹⁸⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, *el Juicio Jurisdiccional*, cit., pg. 94.

¹⁸⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, *el Juicio...*, cit., pg. 93.

¹⁸⁸ SATTÀ, *Derecho Procesal Civil. Manual...*, cit., pg. 177.

¹⁸⁹ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pgs. 201 y ss.

¹⁹⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, *el Juicio...*, cit., pg. 113.

institución ¹⁹¹. En este sentido es significativo que el único recurso que se prevé contra los laudos arbitrales sea el recurso de anulación, que como hemos indicado es un nuevo proceso que examina unas causas determinadas, pero que no entra a conocer de la cuestión de fondo planteada.

El respeto de la ley por el órgano judicial es un “desideratum” interno difícilmente controlable ¹⁹². Para lograrlo se permite recurrir la resolución jurisdiccional ante un órgano compuesto por mayor número de miembros para que existan más juicios de valor y que el que uno mantenga se contrarreste por el de los otros miembros del Tribunal. De esta forma no se consigue el respeto de la ley, sino que la decisión responda al sentir mayoritario de la sociedad representada por los jueces ¹⁹³.

La importancia de los juicios de valor se demuestra en la teoría tópica ¹⁹⁴ y retórica ¹⁹⁵ que intentan explicar la estructura del juicio jurisdiccional. La teoría tópica no excluye la aplicación de la deducción silogística ya que no se presenta como un modelo del juicio, sino como una indicación del procedimiento de elección de la premisa y de los criterios a utilizar por el juez ¹⁹⁶. Desde esta perspectiva esta teoría se puede resumir en dos aspectos: las premisas no se eligen en un sistema completo, ordenado o cerrado de proposiciones que tengan un significado unívoco, ni se deducen de presupuestos fijos; por el contrario se eligen en el ámbito de múltiples *topoi* ¹⁹⁷ disponibles y fuera de todo vínculo ¹⁹⁸. Es decir, el juez utiliza no solo conceptos jurídicos sistemáticamente determinados, sino también nociones de sentido común ¹⁹⁹. TARUFFO considera que el mérito de esta teoría se halla no en ser un modelo de la motivación ni un esquema lógico justificativo, sino que manifiesta una serie de factores relevantes respecto a la finalidad justificativa a la que se dirige y que se escapan de un análisis lógico-deductivo ²⁰⁰. La importancia de esta teoría es que pone de relieve que el ordenamiento jurídico no es cerrado y que, en ocasiones, el juez utiliza juicios de valor dominantes en un momento determinado en la sociedad para formarse el juicio. Pero se le ha criticado que el uso del *topos* en la solución de un problema “equivale en línea de

¹⁹¹ SERRA DOMÍNGUEZ, *el Juicio...*, cit., pg. 89 y 114.

¹⁹² RAMOS MÉNDEZ, op. cit., pg. 217.

¹⁹³ En este sentido SATTÁ afirmaba que “el proceso se sitúa en una total autonomía frente a la ley, la orden, la autonomía en la cual y por la cual la orden, como acto arbitrario del imperio, se disuelve... El proceso, una vez se ha instituido, vive de vida propia” (*il Misterio del Processo*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1949, pg. 277 y 280).

¹⁹⁴ VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, traducción DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Madrid, 1986.

¹⁹⁵ PERELMAN, *Raisonnement juridique et logique juridique*, en “IX Archives de Philosophie du Droit”, 1966, pgs. 1 y ss.

¹⁹⁶ Ver el análisis y crítica de esta teoría que realiza TARUFFO, op. cit., pgs. 172 y ss.

¹⁹⁷ La noción de *topoi* es incierta. La noción de puntos de vista solo evidencian caracteres extrínsecos, sustancialmente reducibles a dos: la no rigurosa determinación de su significado y el fundamento de la *communis opinio* (TARUFFO, op. cit., pg. 175).

¹⁹⁸ TARUFFO, op. cit., pg. 173.

¹⁹⁹ TARUFFO, op. cit., pg. 174.

²⁰⁰ TARUFFO, op. cit., pg. 180.

máxima a la adopción de un punto de vista simple y aproximativa de un principio o de una regla de juicio”²⁰¹.

La otra teoría que ha intentado explicar el razonamiento judicial es la nueva retórica. TARUFFO la resume en los siguientes puntos²⁰²:

- El razonamiento jurídico no se puede identificar con el razonamiento lógico-demostrativo típico de las ciencias exactas: es un razonamiento dialéctico-práctico, relativo esencialmente a valores y a elecciones valorativas.
- El razonamiento jurídico es el razonamiento del juez, en cuanto este último constituye el paradigma de todo razonamiento jurídico. Consecuentemente, el razonamiento del juez tiene naturaleza retórico-argumentativa.

La crítica que le formula TARUFFO a esta doctrina es que lo único que pretende es demostrar es que para explicar la argumentación jurídica no se puede acudir a la concepción matemática-deductiva. Pero no excluye que estén presentes en algún momento del razonamiento judicial fases dotadas de estructura lógica²⁰³. Otra crítica que le formula es que no se puede hablar de razonamiento jurídico como una categoría unívocamente determinada ya que se debe distinguir el del legislador, el judicial, el del abogado y el del jurista, teniendo cada uno de ellos caracteres propios. Por último esta teoría presume una homogeneidad interna del razonamiento que, en realidad, no tiene²⁰⁴. Su mérito reside en demostrar que existen áreas de razonamiento del juez constituidas esencialmente por valoraciones de carácter axiológicas o de elecciones discrecionales entre alternativas igualmente válidas y que no es posible revisar de forma lógica. La diferencia con la teoría tópica es que ésta opera en momentos en el que el razonamiento decisivo es lógicamente abierto, mientras que la retórica ocupa los espacios no lógicos del razonamiento justificativo, pero no lo agota²⁰⁵.

2. La relación hecho-derecho

Uno de los principales problemas de las teorías que intentan explicar el juicio jurisdiccional radica en establecer correctamente la relación entre hecho y derecho. Hemos analizado como la teoría del silogismo judicial considera que existe una premisa mayor que es la ley, una premisa menor que es el hecho y una conclusión que es la sentencia judicial. Desde esta concepción no existe ningún problema en diferenciar el hecho y el derecho. Pero, como ya hemos analizado, esta teoría no responde a la realidad ya que no tiene en cuenta los juicios de valor

²⁰¹ TARUFFO, op. cit., pg. 189. Ver el balance general que realiza de esta teoría en op. cit., págs. 186 y ss.

²⁰² TARUFFO, op. cit., pgs. 193 y ss.

²⁰³ TARUFFO, op. cit., pgs. 196 y 197.

²⁰⁴ TARUFFO, op. cit., pgs. 197 y 198.

²⁰⁵ TARUFFO, op. cit., pg. 203.

que serán determinantes del resultado final y la constante interrelación que se produce entre ellos para formar el juicio jurisdiccional.

La crisis del silogismo judicial hizo que se planteará la relación hecho-derecho, poniendo de relieve un sector de la doctrina la imposibilidad de realizar esta distinción porque se trata de una actividad interna del juez que solo se pueden explicar conjuntamente ²⁰⁶. Ello nos obliga a analizar esta distinción desde la perspectiva de la jurisdicción y del juicio jurisdiccional que hemos adoptado y afirmarla o, en su caso, proponer una alternativa a la misma.

Desde la perspectiva del silogismo judicial el hecho y el derecho existen de forma independiente del proceso, es decir, no necesitan del proceso para realizarse ²⁰⁷. Pero esta distinción es absolutamente empírica porque no existe juicio de hecho que no sea juicio de derecho y viceversa ²⁰⁸. Para corroborar esta afirmación debemos analizar la existencia del hecho y del derecho extraprocesalmente.

Como expusimos anteriormente el hombre tiende a convivir en sociedad, y como los bienes son limitados se produce el conflicto ²⁰⁹. Una vez que se plantea existen diversos mecanismos para resolverlo ²¹⁰. El único en el que confluyen los caracteres de jurisdiccionalidad es el heterocompositivo. A través de él, se confía a un tercero la solución del conflicto, siendo de obligado cumplimiento por las partes. Esta vinculación a la resolución del tercero se realiza voluntariamente por las partes antes de acudir a él o de forma obligatoria por la ley ²¹¹.

La cuestión que se plantea es el valor que tienen los mecanismos de solución extrajudicial del conflicto. Según el concepto que hemos mantenido de derecho

²⁰⁶ MAZARELLA, (*Fatto e diritto' in cassazione*, en "Rivista di Diritto Processuale", 1974, pg. 82 y ss.), NASI (*Fatto -giudizio di-*, en "Enciclopedia di diritto", tomo XVI, Milan, 1967, pg. 201 y ss.), PUNZI (*Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milan, 1963) y SATTA (*Diritto Processuale Civile*, 8ª edición, cit., pg. 158 y ss.). En España se han pronunciado en este sentido FAIREN GUILLEN (*De los hechos al derecho. Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995*, en "Revista de Derecho Procesal", 1997-2, pg. 355; anteriormente ya se había pronunciado sobre este tema en *La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española*, en "Temas del Ordenamiento Procesal", tomo II, Madrid, 1969, pg. 1044 y ss.), GUASP (*Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943), PRIETO-CASTRO (*Los hechos en casación*, en "Estudios y comentarios para la teoría y la practica procesal civil", vol. I, Madrid, 1950, pg. 244 y ss.) y SENTIS MELENDO (*Ex factor oritur ius -del hecho nace el derecho-*, en "La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio", Buenos Aires, 1978, pg. 391 y ss.) entre otros. Mas recientemente ver por todos GUASCH (*El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona, 1997) y NIEVA FENOLL (*El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000).

²⁰⁷ En este sentido SATTA y PUNZI, *Diritto Processuale Civile*, tomo I, Padua, 1992, pg. 200.

²⁰⁸ SATTA y PUNZI, op.cit., pg. 201.

²⁰⁹ Si bien este es el origen del derecho, en la actualidad las relaciones jurídicas tienen una mayor complejidad, lo que motiva que el derecho no se plantee solo cuando existe un conflicto, sino que también existe cuando existe una incertidumbre o una posibilidad de que se haya planteado un conflicto, como puede ser el caso del proceso penal en que no se determinará si existe conflicto hasta que se dicte la sentencia.

²¹⁰ Ver supra los mecanismos de solución de conflictos.

²¹¹ En un primer momento la vinculación se realizaba porque las partes se sometían voluntariamente a la decisión del tercero que había sido designado por ellos, posteriormente el pretor asume la auctoritas y el imperium para que las partes se sometan a su decisión (ver extensamente SERRA DOMÍNGUEZ, *El juicio jurisdiccional*, cit., pg. 167). Sobre el concepto de auctoritas ver extensamente CARRERAS LLANSANA, *Las fronteras del juez*, en "Estudios de Derecho Procesal" -con FENECH NAVARRO-, Barcelona, 1962, pg. 103 y ss.

no se puede encuadrar en este término al no poder ser impuesto coactivamente a las partes ²¹². Para ello será necesario que exista una resolución judicial que convalide o acepte la solución que las partes han dado al caso concreto. Ésta será obligatoria para las partes no por la conformidad de las partes sino porque un órgano jurisdiccional la ha convalidado. Desde esta perspectiva los acuerdos extraprocesales no dejan de ser un mecanismo de resolución del conflicto no jurídico, que sólo se convierte en derecho si se convalida judicialmente ²¹³. Por lo tanto el cumplimiento voluntario de una pauta de conducta general no reside en su obligatoriedad en el caso concreto, ya que ésta es privativa del juicio jurisdiccional, sino la previsión de que éste puede obligar a realizar la conducta extraprocesal, por lo que se opta por realizarla extraprocesalmente.

La norma jurídica se convierte por lo tanto en una orientación que se hace al justiciable de cuales son los juicios de valor dominantes en un momento determinado para la sociedad. Pero su mera existencia no constituye ninguna garantía para las partes que acuden al proceso de que van a tener éxito en la demanda planteada, sino que solo sirve para determinar sus posibilidades. La única norma de conducta válida para las partes será la que determine el juez en la sentencia ²¹⁴. Por ello podemos concluir que las normas jurídicas son una mera previsión del resultado o propuesta de norma de conducta que por su carácter general debe ser particularizada en el caso concreto por el juez, creando de esta forma el derecho.

Por otro lado nos encontramos con el hecho extraprocesal. Desde un punto de vista filosófico se ha afirmado su inexistencia ya que no existen hechos sino percepciones sobre los hechos ²¹⁵. Desde el punto de vista procesal solo interesan los que se introducen en el proceso y son tenidos en cuenta por el órgano jurisdiccional en el momento de dictar la sentencia. El resto de circunstancias fácticas no existen desde esta perspectiva y la resolución judicial será igualmente eficaz.

La distinción hecho-derecho solo se fundamenta desde una perspectiva dualista del derecho, pero incluso desde este punto de vista habría que concluir que tampoco es válida porque “el lenguaje permite separar conceptualmente el hecho y el derecho, pero no así la realidad que no permite la subsistencia aislada del derecho” ²¹⁶.

Debemos concluir que extraprocesalmente no existe el derecho entendido como la existencia de una norma de conducta que se puede imponer de forma coactiva. Tampoco existen hechos jurídicos ya que éstos solo adquieren esta condición en la medida en que se incorporen al juicio jurisdiccional. Por ello toda

²¹² Ver SATTÀ, *Jurisdicción, nociones generales*, en “Soliloquios y coloquios de un jurista”, Buenos Aires, 1971, pg. 288.

²¹³ en contra NIEVA FENOLL que no dota al derecho de la nota de imperatividad, por lo que entiende que en este caso se actúa extraprocesalmente el derecho (op. cit., pg. 117).

²¹⁴ En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ, *juicio jurisdiccional*, cit., pg. 195.

²¹⁵ Ver extensamente NIEVA FENOLL, op. cit., pg. 101 y ss.

²¹⁶ NIEVA FENOLL, op. cit., pg. 136.

actuación voluntaria de una ley o pauta de conducta genérica no es derecho, sino un hecho natural que se puede incorporar a un futuro juicio jurisdiccional.

Uno de los avances de la visión judicialista del derecho o de las teorías monistas es analizar la jurisdicción desde la perspectiva estática y dinámica ²¹⁷. De esta forma se explican alguno de los problemas que dejaban sin resolver las teorías dualistas ²¹⁸. Además constata como el proceso solo se puede analizar desde la perspectiva dinámica ya que está en continua evolución.

Desde una perspectiva estática sería posible realizar la distinción entre hecho y derecho ²¹⁹. En este sentido GUASP afirmaba que tenía dos consecuencias trascendentales para la práctica procesal: la primera sería que el principio dispositivo solo se aplica sobre el material de hecho; y el segundo permitir la división del proceso en instancias ²²⁰. Sin embargo, como ya tuvimos ocasión de analizar ²²¹, el principio dispositivo no incide solo sobre el material de hecho, sino sobre el juicio jurisdiccional. La segunda incidencia tampoco es válida porque la división del juicio en instancias no deriva de la distinción entre el hecho y el derecho, sino de la necesidad de que los juicios de valor utilizados por el órgano jurisdiccional sean confrontados por un tribunal compuesto por más personas y con tienen más experiencia, con lo que el juicio concreto de uno de ellos se matiza por el del resto de miembros del órgano colegiado ²²².

Sin embargo, el legislador no es consciente de que los criterios que establece son inaplicables desde un punto de vista práctico y que solo son válidos si adoptamos una visión estática del proceso, e incluso desde esta perspectiva es criticable porque no se toma en consideración el hecho sino la percepción que tienen el juez y las partes del mismo ²²³.

Como hemos analizado el proceso es actividad, lo que significa que desde que se inicia solo podemos contemplar los actos de las partes y del juez desde una perspectiva dinámica. Y desde esta posición es imposible distinguir nítidamente entre hecho y derecho ²²⁴. Pero el legislador efectúa esta distinción en distintos momentos ²²⁵: en el escrito de demanda (art. 399 LEC y 163 CPC); en la audiencia

²¹⁷ Ver ampliamente SATTI y PUNZI, op. cit., pg. 12 y ss.

²¹⁸ Ver infra.

²¹⁹ Ver infra el desarrollo de la distinción hecho-derecho en la etapa de alegaciones, prueba y conclusiones.

²²⁰ GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943, p. 13.

²²¹ Ver ampliamente las reflexiones que realizo en *El allanamiento en el proceso civil*, Barcelona, 2000, p. 38 y ss.

²²² En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ (*Juicio Jurisdiccional*, cit., pg. 182) y MARTIN DEL BURGO y MARCHAN (*Una visión antidogmática de la sentencia*, en "Revista General de Derecho", julio-agosto 1997, núm. 634-635, pg. 8594)..

²²³ Ver ampliamente NIEVA FENOLL, op. cit., p. 136 y ss.

²²⁴ Como afirma NIEVA FENOLL "hecho y derecho son indivisibles en cualquier fase del proceso" (op. cit., p. 124).

²²⁵ A continuación citaremos tanto la nueva LEC como el Codice di Procedura Civile para constatar que esta distinción no es privativa de nuestro ordenamiento jurídico, sino que también lo efectúan los Estados de nuestro entorno jurídico.

previa al juicio distinguiendo entre los cuestiones de hecho y jurídicas (art. 428 LEC) para determinar el objeto de la prueba; en la sentencia al distinguir entre los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho (art. 208 LEC y en el recurso de casación al admitirlo solo por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477 LEC y art. 360 CPC).

Estos preceptos no analizan la relación desde una perspectiva estática, sino que la misma evoluciona mientras se desarrolla el proceso. Como prueba de esta afirmación basta con constatar que en la práctica las cuestiones de hecho y de derecho se entremezclan a lo largo del escrito de demanda, lo que ha dado lugar a la distinción doctrinal entre la teoría de la sustanciación y de la individualización. Y debemos tener en cuenta que ambas teorías se muestran de acuerdo en que los únicos hechos procesalmente relevantes son los que integran la causa petendi de la solicitud ²²⁶.

Por lo tanto la distinción entre hecho y derecho en el proceso no hace referencia, sino a la actividad interna del juzgador para formarse el juicio jurisdiccional. Éste no se forma en el momento final del proceso, sino desde el planteamiento de la demanda ²²⁷. Desde este momento el juez o tribunal empieza a formular el derecho entendido como la resolución definitiva de la cuestión que se le plantea, lo que explica que desde un momento inicial se pueda formar un juicio provisional para adoptar una medida cautelar (art. 728.2 LEC). Por ello es imposible la distinción entre el hecho y el derecho. Pero precisamente por la parcialidad de los escritos de demanda y de contestación el juez debe depurar las afirmaciones sobre los hechos a través de la prueba y del procedimiento, para de esta forma vincularlos con la causa de pedir.

Además el órgano jurisdiccional no se forma el juicio en el último momento del proceso, sino que desde la lectura de la demanda empieza a reflexionar sobre la solución más justa al caso concreto. La doctrina es consciente de ello, y por esta circunstancia se ha pronunciado reiteradamente sobre la imposibilidad de distinguir entre las cuestiones de hecho y de derecho. SATTÀ afirmaba que “la aplicación del derecho al hecho se efectúa a través de la búsqueda y la fijación de la regla de la experiencia, que constituye el verdadero juicio, y como tal no es aislable el derecho del hecho... La creación en concreto de la norma se realiza sobre la base de una regla de experiencia, que es determinante conjuntamente del juicio de derecho y de hecho” ²²⁸. SENTIS MELENDO afirma que “el hecho y el derecho viven unidos y fusionados” ²²⁹. Mas recientemente NIEVA FENOLL afirma que “es imposible establecer una distinción entre el hecho y el derecho en el

²²⁶ GUASCH FERNANDEZ, op. cit., pg. 184.

²²⁷ Sobre la influencia del escrito de demanda en la formación del juicio ver MUÑOZ SABATE, *Indicios probatorios en los escritos de alegaciones*, en “Estudios de práctica procesal”, Barcelona, 1987, pg. 195 y ss.

²²⁸ SATTÀ, *Diritto Processuale Civile*, 8ª edición, cit., pg. 158.

²²⁹ SENTIS MELENDO, *Ex factor oritur ius (del hecho nace el derecho)*, en “La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio”, Buenos Aires, 1978, pg. 394.

proceso”²³⁰ y GUASCH FERNANDEZ muestra las dudas que le plantea esta distinción, además de que “en el proceso, el hecho no es un elemento independiente, sino una construcción que deriva de la actividad probatoria, y concretamente de la apreciación realizada por el órgano jurisdiccional”²³¹.

Esta última reflexión nos obliga a plantear la dicotomía. La doctrina del silogismo judicial y, en general, las concepciones dualistas de la jurisdicción parten de la distinción del hecho y el derecho como conceptos independientes²³². Ya hemos analizado como extraprocesalmente no tiene sentido porque el hecho que tiene importancia es aquel que se convierte en derecho, ya que en caso contrario es irrelevante. Por ello en el proceso no es importante el hecho metafísicamente considerado, sino las afirmaciones que realizan las partes sobre las percepciones fácticas que han tenido, lo que se va a traducir en una nueva percepción del órgano jurisdiccional sobre la acreditación de las afirmaciones realizadas por las partes. Y ambas están directamente influidas por el interés de la persona: que en el caso de las partes será el interés particular y en el del Juez la resolución del conflicto. Por ello desde un primer momento la percepción de los hechos está directamente influida por sus consecuencias jurídicas.

A modo de conclusión podemos afirmar que si el derecho se crea a través de la sentencia, no se puede plantear la distinción entre hecho y derecho porque el segundo precisa del primero para dictarse. Es decir, es inconcebible una resolución judicial que no haga referencia al hecho concreto que se le ha planteado. Y en el caso que se dictara sería ineficaz en la práctica.

Como indicábamos anteriormente la distinción hecho-derecho solo tiene sentido cuando se contempla el proceso de una forma estática, pero no de una forma dinámica. Además solo es admisible desde una perspectiva dualista de las relaciones derecho-proceso. Por ello entendemos que esta distinción carece de sentido y que es perjudicial para el correcto desarrollo del proceso.

Para corroborar las conclusiones que hemos realizado de forma general contemplaremos el proceso en sus diversas etapas para constatar la inexistencia práctica de esta distinción. En todo caso queremos resaltar que a través del análisis de esta distinción se podría recorrer todas las instituciones procesales, ya que en todas ellas subyace esta distinción entre hecho y derecho²³³. A continuación analizaremos la distinción en las distintas etapas del proceso, ya que el hecho evoluciona durante el desarrollo del proceso²³⁴.

Como hemos indicado el art. 399 LEC regula el contenido de la demanda distinguiendo entre la narración de los hechos y los fundamentos de derecho. El

²³⁰ Op. cit., pg. 127.

²³¹ En op. cit., pg. 185.

²³² Es muy interesante el análisis que realiza NIEVA FENOLL sobre esta distinción desde la perspectiva dualista (op. cit., pg. 136).

²³³ En este sentido GUASCH FERNANDEZ, op. cit., pg. 178.

²³⁴ En este sentido GUASCH FERNANDEZ, op. cit., pg. 185.

legislador regula detalladamente los escritos de demanda (art. 399 LEC) y de contestación a la demanda (art. 405 LEC). La importancia práctica de los escritos de alegaciones es identificar el juicio que se va a seguir, lo que se realiza a través de la determinación de las personas, la petición y la causa de pedir ²³⁵. Para realizarlo el legislador exige que se concreten los hechos objeto del proceso, la pretensión y los fundamentos de derecho que conducen a ella. Como se puede observar la estructura de la demanda es idéntica a la del silogismo judicial.

La práctica es consciente de la limitación del esquema legislativo, por lo que surgen dos teorías en torno a la fundamentación de la demanda: la teoría de la sustanciación y la teoría de la individualización. La primera de ellas exige que en la demanda se detallen los hechos, mientras que en la segunda basta con una simple individualización de la relación jurídica controvertida ²³⁶. Aparentemente en el proceso civil español rige la teoría de la sustanciación ya que en el proceso se realiza un silogismo y es necesario aportar sus dos elementos ²³⁷. Mas allá de las discusiones teóricas se observa como desde un punto de vista práctico la demanda se basa fundamentalmente en los hechos y en los fundamentos de derecho ya que si no se interrelacionan la situación fáctica será irrelevante ²³⁸. Además se tiende a convencer al órgano jurisdiccional de la justicia de la petición. Es decir, se manifiesta la importancia de los hechos sobre los fundamentos jurídicos.

Pero incluso hacer referencia en este momento procesal a los hechos es técnicamente incorrecto. En la demanda no se exponen hechos, sino afirmaciones sobre los mismos. Además éstas son interesadas al realizarla las partes para demostrar la justicia de su pretensión. Los únicos hechos que existen en este momento procesal son las afirmaciones de las partes y la única realidad es la contradicción, a través de la cual se llega al hecho del juicio ²³⁹. Por lo tanto desde el punto de vista procesal lo que interesa no es tanto el hecho como pasado, sino el hecho como presente; es decir, como juicio jurisdiccional ²⁴⁰.

Consecuentemente realizar la distinción entre hecho y derecho en el momento de la demanda es errónea ya que por un lado no existen hechos sino afirmaciones de las partes sobre la percepción de los hechos. Por otro lado los fundamentos jurídicos que se citan en los escritos de alegaciones tan solo son relevantes en la medida en que demuestran la justicia de la pretensión y su adecuación a los juicios de valor dominantes en un momento determinado en la sociedad y que se

²³⁵ RAMOS MENDEZ, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, 2000, pg. 305.

²³⁶ Ver ampliamente FAIREN GUILLEN, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, voz "demanda", tomo VI, Barcelona, 1954, pg. 749 y ss.

²³⁷ en este sentido FAIREN, op. ult. Cit., pg. 752. Realiza esta afirmación al comentar el art. 523 LEC de 1881, pero es plenamente trasladable a la nueva LEC al no haber variado el contenido de la demanda.

²³⁸ En todo caso la importancia de estos elementos varía en función de la pretensión que se ejercite. Ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios...*, cit., pg. 733 y ss.

²³⁹ En este sentido MAZZARELLA, op. cit., pg. 84.

²⁴⁰ MAZZARELLA, op. cit., pg. 86.

manifiesta a través de la ley. A través de ambos elementos se establece el objeto del proceso.

La mejor demostración de que en la demanda no se incorporan hechos, sino afirmaciones de las partes sobre las percepciones que han tenido sobre un determinado acontecimiento histórico que tiene trascendencia para el proceso, se demuestra en este trámite procesal. La finalidad del periodo probatorio es permitir que el juez tenga una percepción de los hechos que han afirmado las partes ²⁴¹, en concreto lograr la convicción judicial sobre como se han producido los hechos que han afirmado las partes. Pero incluso desde esta perspectiva no son tanto los hechos en sí mismos considerados, sino la percepción que tenga el juez de los mismos ²⁴². Por lo tanto, tampoco se puede afirmar la existencia de un hecho como una realidad independiente, sino como una actividad mental del juez para la formación del juicio jurisdiccional. Como afirma MAZZARELLA la única historia relevante para el proceso es la que se produce en el mismo; y la consideración del pasado no es más que una manifestación de la progresiva racionalización del juicio ²⁴³.

Como hemos indicado el legislador realiza la distinción entre hecho y derecho en la estructura de la sentencia (art. 209 LEC y 248.3 y 4 LOPJ). También la realiza en los arts. 52 y 70 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado donde atribuye el pronunciamiento sobre los hechos al jurado y la argumentación jurídica al presidente del tribunal.

Es criticable la distinción que realiza el legislador porque la sentencia no es más que la manifestación del juicio jurisdiccional. La forma de la sentencia, y en especial la prevista en la LOTJ, ha sido criticada porque “se basa en una concepción silogística del razonamiento jurídico” ²⁴⁴. Explicar este tránsito es imposible, por lo que debe abandonarse esta teoría ²⁴⁵. Según FAIREN, siguiendo en este punto a GIULIANI, “la solución se halla en una re-formulación de la noción de hecho y de la relación entre hecho y derecho; la ofrece la lógica de las relaciones: los hechos en el derecho son hechos relacionales (in ordine ad ius)... la ley determina los hechos jurídicamente relevantes: o sea, a cuales de entre ellos deben seguir efectos jurídicos” ²⁴⁶.

La sentencia es la finalidad del proceso. Como afirma MAZZARELLA, el hecho se realiza al final de todo el proceso ya que antes la única realidad es que existe con-

²⁴¹ En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ afirma que “la prueba versa, más que sobre los hechos, sobre las afirmaciones efectuadas por las partes en torno a los hechos” (en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2º, Madrid, 1991, pg. 36).

²⁴² En este sentido NIEVA FENOLL, op. cit., pg. 123.

²⁴³ MAZZARELLA, op. cit., pg. 86, nota 16.

²⁴⁴ FAIREN, *De los ‘hechos’ al ‘derecho’*. *Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995*, en “Revista de Derecho Procesal”, 1997-2, pg. 359.

²⁴⁵ FAIREN, op. cit., pg. 360.

²⁴⁶ GIULIANI, *Leibnitz e la teoria dei fatti relazionali*, en “Revista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1993, núm. 2, pg. 265. Citado por FAIREN, en op. cit., pg. 362.

tradición entre las partes. Desde esta perspectiva “representa el análisis del resultado de un juicio, es decir, una opción que el juez realiza no entre todos los posibles, sino solo entre dos posibilidades. Esta elección esta condicionada por la estructura bilateral y contradictoria del proceso jurisdiccional en que se realiza”²⁴⁷.

En sentido contrario se pronuncia TARUFFO, que critica la teoría expuesta argumentando que es inútil porque el control de la motivación no podría distinguirse de un reexamen del fondo del asunto. Por lo que se reduce al absurdo al no diferenciar el control sobre el juicio del de la motivación.²⁴⁸ Sin embargo, tampoco mantiene el esquema silogístico porque la calificación jurídica de los hechos se realiza en la premisa menor del razonamiento²⁴⁹. A continuación considera que el silogismo judicial es falso porque “se reduce a la fase en que se instaura el ligamen entre la norma ya elegida para la solución del conflicto y los hechos declarados”²⁵⁰. Además no responde a un esquema lógico porque estos aspectos están unidos por una determinada concepción del ordenamiento, del Estado, de la justicia y de la función del proceso²⁵¹.

La sentencia constituye la manifestación externa del juicio. El legislador regula su contenido y obliga a que se motive. Pero la estructura de la sentencia es artificial porque no refleja la realidad de la actividad interna del juez para formarse el juicio. En concreto no tiene en cuenta que el juicio no se forma en el último momento, sino desde que se presenta la demanda. Incluso podríamos afirmar que el juicio se forma con carácter previo en la medida en que va a influir los juicios subjetivos que el juez se ha formado a lo largo de toda su vida. La dificultad de plasmar esta realidad en la sentencia motiva que el legislador opte por el esquema del silogismo judicial. Como hemos indicado actualmente se reconoce la limitación del mismo, pero desde el punto de vista de la ley se entiende que es el mejor mecanismo para plasmar el juicio jurisdiccional. Esta limitación de la sentencia motiva que en la práctica se hagan al revés, es decir, que primero se llega a la conclusión y después se motiva la decisión²⁵². Esta posibilidad la reconoce el legislador al permitir que el juez dicte la conclusión de forma oral y posteriormente realice la motivación (art. 210.2 LEC)²⁵³.

Donde la distinción hecho-derecho cobra una trascendencia procesal es en el recurso de casación. Los arts. 477 LEC, 849 LECRIM, 88 LJCA y 205 e) LPL limitan el recurso de casación a los supuestos en que la sentencia haya infringido

²⁴⁷ MAZZARELLA, op. cit., pg. 85.

²⁴⁸ TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padua, 1975, pg. 507.

²⁴⁹ TARUFFO, op. cit., pg. 154 y 155.

²⁵⁰ TARUFFO, op. cit., pg. 158.

²⁵¹ TARUFFO, op. cit., pg. 165.

²⁵² En este sentido CALAMANDREI afirmaba que “aun cuando continuamente se repita que la sentencia se puede esquemáticamente reducir a un silogismo en el cual, de premisas dadas, el juez saca, por la sola virtud de la lógica, la conclusión, ocurre a veces que el juez, al hacer la sentencia, invierte el orden natural del silogismo: esto es, primero encuentra la parte dispositiva y después las premisas que sirven para justificarlo” (en *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Madrid, 1936, pg. 104).

²⁵³ En el mismo sentido CALAMANDREI, loc. cit.

la ley aplicable. El legislador parte de la existencia del silogismo judicial para establecer esta distinción. Sin embargo, en la práctica el tribunal de casación analiza cuestiones de hecho. Este esquema sería válido en un primer momento de existencia del recurso de casación ya que simplemente realizaba una función nomofiláctica²⁵⁴, pero en su evolución ha demostrado su insuficiencia al pronunciarse el TS de forma contradictoria sobre la naturaleza de las máximas de la experiencia²⁵⁵ con la única finalidad de permitir su análisis en el recurso de casación²⁵⁶. La única razón por la que se mantiene esta distinción es permitir el control del volumen de recursos que debe resolver el TS²⁵⁷.

Hemos analizado como la estructura del silogismo judicial no es válida para explicar el juicio jurisdiccional, por lo que ocasiona numerosos problemas prácticos su utilización en el ámbito del recurso de casación. La doctrina es consciente de la imposibilidad de distinguir claramente entre las cuestiones de hecho y de derecho, por lo que distinguen entre el hecho en su esencia y en su diagnóstico²⁵⁸. Pero este intento tampoco es válido, ya que no se puede realizar esta distinción. Podemos afirmar, siguiendo a GUASCH, que “mientras los hechos se formulan jurídicamente bajo una calificación jurídica específica, el derecho no existe en abstracto, sino a través de los hechos que son precisamente jurídicos”²⁵⁹. Es decir, que mientras el hecho como realidad extraprocesal se puede contemplar aisladamente, el derecho solo cobra sentido cuando se pone en relación con los hechos, de forma que si se alteran éstos se cambiaría la solución que se da a la cuestión sometida al juicio jurisdiccional. Y por ello precisamente se puede afirmar que “la determinación de los hechos viene en parte influida por la consecuencia jurídica de la norma”²⁶⁰.

Debido a la imposibilidad de distinguir entre las cuestiones fácticas y jurídicas sería deseable que el legislador y la jurisprudencia utilizasen otro criterio²⁶¹ para limitar el volumen de los asuntos en casación o para intentar que no se convierta en una tercera instancia²⁶².

²⁵⁴ En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, pg. 842.

²⁵⁵ Ver ampliamente MAZZARELLA (op. cit., pg. 118 y ss.) y NIEVA FENOLL (op. cit., pg. 171 y ss.).

²⁵⁶ Ver ampliamente GUASCH FERNANDEZ (op. cit., pg. 193 y ss.) y NIEVA FENOLL (op. cit., pg. 149 y ss.).

²⁵⁷ NIEVA FENOLL, op. cit., pg. 141.

²⁵⁸ En este sentido PRIETO-CASTRO (*Los hechos en casación*, en “Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil”, vol. 1, Madrid, 1950, pg. 253) y FAIREN GUILLEN (*La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española*, en “Temas del ordenamiento procesal”, tomo II, Madrid, 1969, pg. 1046).

²⁵⁹ GUASCH FERNANDEZ, op. cit., pag. 202.

²⁶⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985, pg. 843. SATTÀ y PUNZI afirman que juzgar un hecho es (en cierto modo) dar la calificación jurídica, pensarlo jurídicamente” (*Diritto Processuale Civile*, vol II, Padua, 1992, pg. 533 y 534).

²⁶¹ Se pueden consultar los criterios que aporta NIEVA FENOLL para limitar el volumen de asuntos (op. cit., pg. 247).

²⁶² En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 843.

3. Especial referencia a los juicios de equidad

Una de las quiebras del silogismo judicial se produce cuando el legislador permite que el órgano jurisdiccional juzgue según equidad. En el ordenamiento jurídico español el art. 3.2 Cc. Prevé que “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”. En Italia los artículos 113 y 114 CPC permiten que el juez decida según equidad cuando la ley lo prevea o cuando las partes lo soliciten y la materia sea disponible.

Pero el concepto de equidad es más amplio que el que se manifiesta expresamente. En concreto se debe distinguir entre la equidad general y la equidad particular ²⁶³: la primera se concibe como “el conjunto de criterios que, referidos a supuestos ya disciplinados por el Derecho positivo, se encaminan a influenciar, modificar e, incluso sustituir las previsiones de éste; en definitiva, a transformarse ellos mismos en Derecho” que se caracteriza por la generalidad y objetividad ²⁶⁴; la segunda presupone el derecho positivo y actúa en el ámbito que éste le permite y se caracteriza por darse en relación con la resolución de un caso concreto y atiende a la solución apropiada ²⁶⁵.

Una segunda distinción hace referencia al modo de operar de los juicios de equidad. En función de la libertad que concede el legislador al juez se puede distinguir entre una equidad sustitutiva, integradora e interpretativa. En la equidad sustitutiva se elimina la aplicación de la norma positiva al caso concreto enjuiciado cuando éste genere soluciones injustas. La equidad integradora concurre cuando el legislador no regula la consecuencia jurídica de una norma, permitiéndole al juez elegir la que más se acomode a la justicia del caso concreto. Por último la equidad interpretativa es el método que se utiliza para conseguir una más justa aplicación de la consecuencia jurídica de la norma y es un criterio de interpretación que tiende a averiguar el significado de la norma ²⁶⁶.

Al margen de la equidad general, que no se admite actualmente en los ordenamientos jurídicos continentales dominados por un sistema positivista, existen ejemplos de equidad particular. Pero no de todas sus clases, sino tan solo de la equidad integradora e interpretativa. En el derecho español los ejemplos son escasos, pudiendo citarse a modo de ejemplo los artículos 17.7 de la Ley de Propiedad Horizontal y el 3.2 y 165 Cc ²⁶⁷. Como se observa el ordenamiento jurídico es reacio a permitir que el órgano jurisdiccional se aparte del derecho positivo en el momento de dictar la resolución. Sin embargo, en la práctica los juicios de valor

²⁶³ En este apartado seguimos la obra de GARRIGA ARIÑO, *Los supuestos juicios de equidad de la Ley de Propiedad Horizontal*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Barcelona en el año 2001 y publicada en editorial Marcial Pons, 2004, pgs. 192 y ss.

²⁶⁴ GARRIGA ARIÑO, op. cit., pg. 224.

²⁶⁵ GARRIGA ARIÑO, op. cit., pg. 228.

²⁶⁶ Ver extensamente GARRIGA ARIÑO, op. cit., pgs. 234 y ss.

²⁶⁷ Ver extensamente GARRIGA ARIÑO, op. cit., pg. 272 y ss.

dominan sobre los juicios históricos y lógicos en el momento de dictar sentencia. Esta circunstancia se manifiesta con mayor fuerza en los juicios de equidad.

La estructura del juicio jurisdiccional en equidad es el mismo que el que hemos desarrollado anteriormente, pero se concede una mayor importancia a los juicios de valor:

- Al igual que el juicio de derecho en el juicio de equidad el juez utiliza los juicios históricos para formarse la convicción de cómo se han producido los hechos.
- También concurre el juicio lógico en la medida en que para que el juez juzgue en equidad es necesario que el legislador le autorice (art. 3.2 Cc)²⁶⁸. El juicio lógico implicará tanto la determinación de la norma aplicable como el alcance de la autorización para juzgar en equidad.
- Por último el juez utilizará los juicios de valor para formar el juicio jurisdiccional. Si bien en el juicio de equidad tiene especial importancia porque la ley le autoriza expresamente a utilizarlo para dictar la resolución más justa en el caso concreto.

Por ello podemos concluir que la única diferencia entre el juicio de derecho y el juicio de equidad es que en “el primero, los juicios de valor pueden tener una gran relevancia o influir tan sólo mínimamente. En el juicio de equidad, los juicios de valor influyen siempre en forma decisiva, limitándose los juicios de derecho a una norma que permite el juicio de equidad en el caso concreto”²⁶⁹. Pero esta circunstancia se produce porque una ley le permite al juez utilizarlo para lograr la resolución más justa del caso concreto. Y esta facultad la realiza por la imposibilidad de que la ley determine de forma abstracta y genérica el caso concreto, por lo que se autoriza al juez para que diseñe la solución del caso concreto. Sin embargo, esta facultad no es discrecional porque el referente son los juicios de valor dominantes en un momento determinado en la sociedad y que el juez debe interpretar. Por ello no se puede identificar el juicio de equidad con la discrecionalidad judicial.

En muchas ocasiones se ha confundido la equidad con la discrecionalidad. Así por ejemplo BIONDI al diferenciar el juicio de derecho del juicio de equidad afirma que “por encima de toda la actividad de los individuos y del Estado, tendremos una única forma de poder discrecional que consiste en el poder regular conductas obligatorias con un proceso lógico incontrolable en el fondo”²⁷⁰. En la misma línea el TS ha afirmado en muchas ocasiones que el art. 3.2 Cc puede utilizarse para atemperar las consecuencias jurídicas de una norma (STS de 5 de diciembre de 1996 –RJ 1996\8943–), con lo cual parece que admite la equidad

²⁶⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, *El juicio jurisdiccional*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona, 1967, pg. 110.

²⁶⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, loc. cit. En el mismo sentido ver GARRIGA ARIÑO (op. cit., pg. 215).

²⁷⁰ BIONDI, *In tema di potere discrezionale del giudice (appunti e spunti polemici)*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1928, pg. 254 y 255.

interpretativa. Sin embargo, esta doctrina es fruto de una confusión terminológica. Cuando el TS afirma esta doctrina existe una norma material que admite la discrecionalidad jurisdiccional, pero en ningún caso lo ha permitido cuando no existiera una norma que expresamente lo admita o laguna legal (ver por todas STS de 10 de diciembre de 1997 –RJ 1997\8968–).

En todo caso en el supuesto comentado no se trataría tanto de una decisión dictada en equidad sino discrecional. Es decir, el juez no tomaría como referencia los juicios de valor que considera dominantes en un momento determinado en la sociedad, sino el criterio de justicia en el caso concreto ²⁷¹; entre otras circunstancias que el juez podrá valorar se halla la actuación de las partes en el proceso ²⁷². Además, el tribunal no podrá realizar esta actuación para dirimir a controversia que se ha planteado, sino para determinar el “quantum debeatur”. Lo que va a realizar a través de la comparación de las actitudes de las partes y la exigencia del caso concreto ²⁷³. En este sentido es clarificadora la Sentencia del TS de 12 de mayo de 1997 (RJ 1997\4121) que manifiesta como al dictar la resolución no toma en cuenta criterios preexistentes, sino las actitudes de las partes para declarar resuelto el contrato y condenar a la parte demandada al pago de la cantidad garantizada fundamentándolo en las actitudes de las partes y en la justicia del caso concreto ²⁷⁴.

4. La discrecionalidad judicial

Como hemos indicado debemos distinguir entre el juicio de equidad y la discrecionalidad judicial. La doctrina ha discutido cuál es el contenido de la discrecionalidad. RASELLI afirma que “el poder discrecional se caracteriza por implicar necesariamente una valoración de oportunidad, en relación con el objetivo de la función” ²⁷⁵. BIONDI critica este concepto al considerarlo demasiado abstracto, afirmando que “está claro que la discrecionalidad de los sujetos implica siempre una valoración analítica y la consecuente agrupación sintética de las circunstancias de oportunidad con el objetivo que se quiere conseguir... es común a todas las acciones humanas” ²⁷⁶. Sin embargo, en el desarrollo posterior que realiza confunde la discrecionalidad judicial con el juicio de equidad ²⁷⁷.

²⁷¹ En todo caso la confusión terminológica se debe a la diferencia entre la equidad general y concreta que hemos expuesto anteriormente. Ver ampliamente GARRIGA ARIÑO, pgs. 272 y ss.

²⁷² MARENCO, op. cit., pg. 186.

²⁷³ MARENCO, op. cit., pg. 187.

²⁷⁴ En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las Sentencias del TS de 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8943), de 8 de febrero de 1996 (RJ 1996\1346) y de 17 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8735), de 8 de octubre de 1992 (RJ 1992\7539), de 7 de julio de 1991 (RJ 1991\4430) y de 16 de octubre de 1990 (RJ 1990\7870).

²⁷⁵ *Il potere discrezionale del giudice civile, vol. I (Esposizione critica della dottrina. Nozione generale)*, Padua, 1927, pg. VI-248 (citado por BIONDI, en *In tema di potere discrezionale el giudice, appunti e spunti polemici*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1928, pgs. 228 y ss.).

²⁷⁶ BIONDI, op. cit., pg. 230.

²⁷⁷ BIONDI, op. cit., pg. 238

La discrecionalidad judicial se puede concebir como la libertad que se concede al juez para dictar la resolución más justa del caso concreto de acuerdo con sus juicios de valor y teniendo en cuenta la actitud de las partes ²⁷⁸. Como hemos puesto de relieve la diferencia con los juicios de equidad se halla en que mientras en éstos existe un elemento de referencia, que son los valores dominantes en un momento determinado en la sociedad; la discrecionalidad judicial permite que el Juez dicte la resolución que estime más adecuada sin darle un elemento de referencia. Por ello un sector doctrinal utiliza como criterio identificativo la ausencia de control porque el “ámbito de actuación discrecional admite varias soluciones y todas ellas son jurídicamente lícitas y válidas” ²⁷⁹. Sin embargo, siendo cierta esta afirmación debemos matizarla.

La discrecionalidad no se puede confundir con la arbitrariedad ²⁸⁰. Para evitarlo la actividad jurisdiccional se somete a unos límites. MARENGO afirma que “el actuar discrecional debe estar informado por criterios objetivos...”; y continua indicando que la objetividad “debe extraerse del contenido que se ha formado en torno a ellos en el ámbito de la comunidad” ²⁸¹. Al someterse a límites, la discrecionalidad se puede controlar. En concreto las causas de invalidez pueden ser ²⁸²:

- La falta de respeto de la causa, es decir, del valor puesto por el agente como método de elección.
- La falta de consideraciones de valores comprendidos en el ordenamiento, y que forma parte del contexto en que opera la elección.
- La falta de respeto de la obligación de motivación.

Estas se pueden reducir al control de los aspectos objetivos que el juez debe tener en cuenta y la argumentación de la decisión. Cuando el legislador permite que el juez dicte una resolución discrecionalmente no lo hace de forma genérica ²⁸³, sino que se limita a algún aspecto de la resolución. Además se incardina en un ámbito objetivo determinado por los hechos y por la norma aplicable ²⁸⁴. La de-

²⁷⁸ en todo caso el concepto de discrecionalidad es ambiguo. El ámbito en el que más se ha desarrollado es en el derecho administrativo, donde se ha clasificado en función de diversos criterios. Una de ellas es la que atiende a la finalidad; desde esta perspectiva se distingue la discrecionalidad táctica, la discrecionalidad de dispensa, la discrecionalidad de planificación y la discrecionalidad de gestión o management (MARTIN BULLINGER, *La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial*, en “la Ley2, 1987-4, pgs. 896 y ss). Más ampliamente se puede consultar la tesis doctoral de Julio PONCE SOLÉ, *El principio de buena administración: discrecionalidad y procedimiento administrativo*, Barcelona, 1999, pendiente de publicación.

²⁷⁹ VAZQUEZ SOTELO, *Discrecionalidad y Derecho Procesal*, en “Justicia”, 1995, pg. 54.

²⁸⁰ Ver VAZQUEZ SOTELO, op. cit., pg. 59.

²⁸¹ MARENGO, op. cit., pg. 76.

²⁸² MARENGO, op. cit., pg. 78.

²⁸³ Como hemos analizado en estos casos se acude al juicio de equidad. La discrecionalidad tiene su ámbito de aplicación en aspectos parciales de la resolución judicial como la cuantificación de la indemnización o la determinación concreta de la pena (ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, *Juicio jurisdiccional*, cit., pgs. 178 y ss).

²⁸⁴ Según PONCE SOLÉ existe una evidente interconexión entre la discrecionalidad y el contexto normativo (op. cit., pg. 96). Pone de relieve como el “derecho rodea el corazón de la discrecionalidad

cisión discrecional no se podrá revisar en el aspecto relativo a los juicios de valor que ha utilizado el órgano jurisdiccional para resolver la cuestión litigiosa, pero sí respecto a los juicios históricos y lógicos que utiliza en la medida en que son objetivables por órgano “a quo”. Pero incluso los juicios de valor deben descansar en criterios objetivos de oportunidad que consisten “en datos verificables *pro tempore* en un contexto determinado”²⁸⁵.

Además, el Juez, en la decisión discrecional, no es totalmente libre para adoptar la decisión que estime más adecuada. El contenido de la resolución deberá adecuarse a los objetivos fijados por la norma y para ello deberá atender a la causa de la norma²⁸⁶.

Por último, el Juez al adoptar una decisión discrecional realiza una operación mental que debe ser explicada en la motivación de la sentencia²⁸⁷. Ésta podrá ser controlada precisamente a través del análisis de la explicación que da el juez de porque ha adoptado esta resolución. En ella deberá explicar cuál es la causa de la resolución y el por qué ha adoptado la decisión concreta entre todas las posibles²⁸⁸. Por ello, si no realiza la motivación se podrá controlar su ausencia; y en el caso de que exista se puede fiscalizar la explicación que da el juez, de forma que si es incongruente o absurda podrá ser revisada por el órgano jurisdiccional que conozca del recurso.

El deber de motivación de las resoluciones jurisdiccionales no se produce sólo en el ámbito de las decisiones discrecionales. Sino que es una obligación impuesta constitucionalmente (art. 120.3 CE)²⁸⁹.

Una vez analizada la naturaleza y los límites de la actuación discrecional de los órganos jurisdiccionales debemos determinar en qué ámbito el legislador per-

de una serie de límites, los elementos reglados, que encuadran el criterio metajurídico que conducirá a la elección final” (op.cit., pg. 107). Sigue afirmando que “el gobierno y la administración al efectuar valoraciones discrecionales conforme a criterios metajurídicos deben tener en cuenta los contornos jurídicos, los linderos del poder discrecional; es decir, los elementos reglados y los principios generales del derecho” (pg. 108). Respalda esta postura resulta sumamente gráfica la cita que realiza de DWORKIN (*los derechos en serio*, Barcelona, 1984, pgs. 83 y 84) de que “la discreción, como el agujero en una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea” (op. cit., pg. 96, nota 187).

Estas conclusiones se realizan en el ámbito de discrecionalidad propia del derecho administrativo, pero entendemos que son extensibles a la discrecionalidad judicial debido a la similitud en la actuación de los órganos administrativos y jurisdiccionales, y que incluso se asemejan en mayor medida si tenemos en cuenta la dificultad de realizar el control judicial de la discrecionalidad administrativa, a pesar de la necesidad de fiscalizar los elementos extrajurídicos de este tipo de decisiones (PONCE SOLÉ, op. cit., pg. 114).

²⁸⁵ MARENGO, op. cit., pg. 76.

²⁸⁶ En este sentido MARENGO, op. cit., pgs. 69 y ss.

²⁸⁷ PONCE SOLÉ demuestra como “la motivación actúa como un instrumento al servicio del deber constitucional de buena administración, al obligar al órgano decisor a tener razones y un criterio racional y ponderado que sustente el ejercicio de la discrecionalidad” (op. cit., pg. 778).

²⁸⁸ En este sentido MARENGO, op. cit., pg. 80.

²⁸⁹ Ver ampliamente el siguiente apartado un análisis del deber de motivación de las resoluciones por los órganos jurisdiccionales.

mite este tipo de actuaciones. MARENGO afirma que, con carácter general, se puede afirmar que se dota de discrecionalidad al juez civil en las resoluciones interlocutorias, mientras que el juez penal está autorizado para determinar la entidad de la pena ²⁹⁰; si bien en el derecho español esta conclusión no es exacta, ya que la discrecionalidad judicial se limita a algunos casos en los que se permite que el juez decrete de oficio la celebración de vista en segunda instancia a pesar de que no haya que practicarse prueba (art. 464.2 LEC) y en el recurso de casación (art. 475.2 LEC). Sin embargo, en ocasiones el legislador civil remite la determinación de un extremo de la sentencia a la discrecionalidad judicial. Esta actividad la permite porque es imposible determinarlo con carácter general y abstracto, por lo que deberá establecerse en cada supuesto concreto; y ello solo es posible si se permite que el juez aprecie el extremo de forma discrecional. Ello concurre por ejemplo para determinar la cuantía de los alimentos (art. 146 Cc), la cuantificación de la cláusula penal (art. 1154 Cc) ²⁹¹ o la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones cuando no se señale por las partes (art. 1128 Cc). En todos estos casos el Juez decide discrecionalmente, sin más límites que los expresados anteriormente.

La discrecionalidad en las resoluciones interlocutorias se permite para adecuar el procedimiento a las necesidades del proceso concreto. Esta actividad sólo la puede realizar el órgano jurisdiccional que conozca del mismo. La decisión del mismo no es totalmente libre, ya que su decisión se incardina en un proceso en marcha. Por ello deberá tener presente los actos anteriores (que sería la causa de la decisión) y los actos posteriores (en la medida en que consiste el objetivo del mismo). Es decir, en el proceso cada acto es consecuencia del anterior y causa del siguiente. Por lo que la decisión judicial deberá ser congruente con los actos procesales anteriores y con los posteriores en la medida en que determinará su contenido. Y recordemos que todos ellos tienen la finalidad de permitir que el órgano jurisdiccional este en condiciones de dictar la sentencia ²⁹².

En el proceso penal la discrecionalidad se concede para determinar la cuantía de la pena ²⁹³. La doctrina ha discutido la naturaleza de esta facultad ya que la posibilidad de establecer un control a la actividad del juez de instancia es incompatible con la discrecionalidad. Este tipo de decisiones no serían discrecionales porque “la actuación y decisión correcta de la Audiencia no puede ser *cualquiera* sino que solamente puede ser *una, la que proceda* en cada caso” ²⁹⁴.

Estamos de acuerdo con el razonamiento, pero debemos matizar la conclusión. Es cierto que el núcleo esencial de la discrecionalidad no es fiscalizable, pero sí que se puede controlar la resolución en relación con la causa y la consecuencia

²⁹⁰ MARENGO, op. cit., pg. 72.

²⁹¹ Ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, *Juicio...*, cit., pg. 179.

²⁹² MARENGO, op. cit., pg. 76.

²⁹³ Ver por todos ORTEGO y PICO, *Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal*, en “Revista Jurídica de Catalunya”, 1995, núm. 3, pgs. 27 y ss.

²⁹⁴ VAZQUEZ SOTELLO, op. cit., pg. 59.

de la misma. Por ello las partes podrán impugnar la resolución jurisdiccional en la medida en que no sea idónea para lograr la consecuencia prevista por la norma o se haya dictado por una causa distinta; sin embargo, no podrá ser revisada posteriormente la resolución jurisdiccional si opta por una de las varias soluciones posibles para el caso concreto. En esta medida su resolución será discrecional.

Procesalmente el control de las resoluciones judiciales se realizará a través de los recursos. Si bien recordemos que el órgano jurisdiccional de apelación o casación sólo podrá revisar el respeto de los límites objetivos de la decisión discrecional o la existencia de motivación.

4. La sentencia

La sentencia es la forma normal de terminar el proceso. Se regula en los arts. 244 a 248 LOPJ, arts. 434 a 447 y 194 y ss. LEC y arts. 141 y ss. LECRIM. La sentencia constituye la manifestación externa de la actividad jurisdiccional; es decir, es donde el órgano jurisdiccional hace pública la actividad interna que le ha conducido a dictar la resolución concreta²⁹⁵. Desde un punto de vista procesal constituye la culminación del proceso, ya que una vez firmada el juez no puede modificar su contenido, es decir, pierde jurisdicción para conocer de la causa. Las partes deberán acatar la decisión judicial y someterse a la misma.

La sentencia debe respetar los requisitos de congruencia y motivación.

A) la congruencia

Con carácter general la congruencia se puede concebir como la adecuación entre las peticiones deducidas por las partes en el pleito y la parte dispositiva de la resolución judicial²⁹⁶. Por lo tanto, para analizar la concurrencia de este requisito es necesario comparar el *petitum* de la demanda con el fallo de la sentencia, ya que ésta puede conceder menos de lo solicitado por la parte, pero no más.

La incongruencia se puede clasificar²⁹⁷:

- Respecto de las cosas: incurriría en exceso cuando conceda más de lo que las partes hayan pedido y por defecto cuando concede menos de lo que han aceptado las partes.
- Respecto de los casos (*extra petita*): incurriría en defecto cuando el Juez deje de resolver algún punto concreto que ha sido solicitado por las partes; en exceso cuando el Juez resuelve un caso distinto al que se le ha

²⁹⁵ ROCCO afirma que “la sentencia es, en su carácter esencial, un acto de la mente del juez, es precisamente, un juicio lógico sobre la existencia o inexistencia de una relación o de un conjunto de relaciones jurídicas (en *La sentenza civile*, Milan, 1962, pg. 117).

²⁹⁶ Ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, “Incongruencia civil y penal”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1967, pgs. 393 y ss.

²⁹⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pgs. 407 y ss.

planteado; y mixta cuando el juez no decide el caso planteado, sino uno distinto.

- Respecto de los modos: cuando se pronuncia sobre hechos no alegados por las partes; de derecho cuando acoge una excepción propia no alegada por el demandado; y sobre la causa de pedir ya que no puede alterarla.

El TC ha considerado que algunos casos de incongruencia por exceso o *extra petitum* y por defecto u omisiva infringen el derecho a la tutela judicial efectiva²⁹⁸. A pesar de que la posición del TC parece clara, en realidad existen criterios muy dispares, por lo que el criterio que se debe seguir para determinar si vulnera o no el art. 24.1 CE es examinar si produce indefensión o no²⁹⁹, ya que los principios dispositivo y de aportación de parte son difícilmente deducibles de la Constitución³⁰⁰. Consecuentemente, BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO GIMENEZ y FERNANDEZ FARRERES afirman que las únicas incongruencias judiciales que causan indefensión son: el pronunciamiento respecto de quien no fue parte; la alteración de la causa de pedir; la falta de pronunciamiento sobre las excepciones de fondo oportunamente opuestas por el demandado; y la estimación de una excepción de fondo no alegada cuando no hubiera ningún motivo de orden público³⁰¹. Por último, consideran que la incongruencia omisiva también supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque conecta con la prohibición de autotutela y el monopolio de la justicia en manos del Estado³⁰².

El art. 218.1.2 LEC introduce un elemento de confusión porque se puede interpretar que el órgano jurisdiccional tiene la posibilidad de fundar la resolución en normas legales no alegadas por las partes en virtud del principio *iura novit curia*. Pero esto solo lo podrá realizar cuando no altere la causa de pedir, ya que en este supuesto causaría indefensión a las partes al resolver sobre una cuestión no discutida en el proceso.

Por lo tanto la congruencia consiste en la obligación que tiene el órgano jurisdiccional de resolver de acuerdo con los hechos, la causa de pedir y las excepciones formuladas temporáneamente por las partes. Si no respeta estos límites el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia ya que resuelve sobre extremos que no han sido discutidos en el proceso. Este vicio se debe denunciar a través de los recursos previstos contra las resoluciones judiciales.

²⁹⁸ BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO GIMENEZ y FERNANDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, 1995, pgs. 77 y ss. En el mismo sentido PICO JUNOY (*Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997, pgs. 65 y ss.) y BUJOSA VADELL y RODRIGUEZ GARCÍA (*Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional*, en "la Ley", 30 de marzo de 1999, pg. 4).

²⁹⁹ BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO GIMENEZ y FERNANDEZ FARRERES, op. cit., pg. 82.

³⁰⁰ BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO GIMENEZ y FERNANDEZ FARRERES, op. cit., pg. 85.

³⁰¹ En op. cit., pg. 89.

³⁰² En op. cit., pg. 90.

Sin embargo, en el proceso penal este concepto está sujeto a determinados matices ³⁰³. El principio de necesidad y de inmutabilidad que lo informan motivan que el órgano jurisdiccional tenga mayores facultades en el momento de dictar sentencia. El art. 733 LECRIM permite que el Tribunal plantee una alternativa a la calificación realizada por las partes cuando exista “manifiesto error” ³⁰⁴. Para respetar el derecho de audiencia de las partes se les da traslado para que aleguen lo que estimen oportuno ³⁰⁵. Esta facultad deriva de los principios que informan el proceso penal, pero por el respeto a los derechos de las partes no se permite que el órgano jurisdiccional introduzca nuevos hechos no alegados por las partes en el proceso. Si a lo largo del juicio oral surjan nuevos hechos el Juez deberá suspender el proceso “cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria” (art. 746.6 LECRIM). Desde otra perspectiva, los principios del proceso penal permiten que el tribunal pueda absolver al acusado por motivos no alegados por éste ³⁰⁶.

B) la motivación

El art. 120.3 CE regula el deber de motivar las resoluciones judiciales. Este precepto se reproduce en el art. 248.2 LOPJ, 218.2 LEC y 142 LECRIM ³⁰⁷.

El TC considera que el derecho a la tutela judicial efectiva no se satisface simplemente con que el juez dicte una resolución, sino que es necesario que ésta se funde en derecho; es decir, incluye la previsión genérica del art. 120.3 CE en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE ³⁰⁸. Consecuente-

³⁰³ Ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pgs. 425 y ss.

³⁰⁴ Ver ampliamente ORTELLS RAMOS (*Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, en “Justicia”, 1991, pgs. 529 y ss) y VERGER GRAU (*La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994).

³⁰⁵ Si no se concediera audiencia a las partes sobre la nueva calificación jurídica se les causaría indefensión, por lo que se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (en este sentido BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ y FERNÁNDEZ FARRERES, op. cit., pg. 87).

³⁰⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 426.

³⁰⁷ Ver ampliamente el análisis que realiza TARUFFO sobre la obligación de motivar (en *La motivazione della sentenza civile*, Padua, 1975, pgs. 319 y ss.).

³⁰⁸ Entre otras ver STC de 5 de mayo de 2000 (RTC 2000\109). El Auto del TC de 10 de abril de 2000 (RTC 2000\102 Auto) afirma que: “Como es sabido, en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se integra el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, como garantía dada la esencia de la función jurisdiccional frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990, de 16 de julio [RTC 1990\131]; 112/1996, de 24 de junio [RTC 1996\112]; entre otras). Ello implica la necesidad de que la resolución judicial esté motivada, exigencia ésta que se conecta no sólo con el art. 24.1 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), sino además con el art. 120.3 de la misma Constitución y, mas genéricamente, con el Estado democrático de Derecho, caracterizado por legitimar la función jurisdiccional en su vinculación y sometimiento a la Ley, de conformidad con el art. 117.1 CE (SSTC 55/1987, de 13 de mayo [RTC 1987\55]; 112/1996, de 24 de junio; 203/1997, de 25 de noviembre [RTC 1997\203]). Este deber de motivar se satisface cuando la resolución judicial contiene los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, de 3 de junio [RTC 1991\122]; 5/1995, de 10 de enero [RTC 1995\5]; 58/1997, de 18 de marzo [RTC 1997\58]). Expresado en los términos de la STC 78/1986, de 13 de junio (RTC 1986\78), la

mente se puede impugnar la falta de motivación de la sentencia a través del recurso de amparo, controlando el TC tanto la existencia como la suficiencia de la motivación ³⁰⁹. En principio el TC sólo exige la presencia de motivación, sin valorar el contenido de la misma. Pero como pone de relieve BORRAJO, DIEZ-PICAZO y FERNANDEZ FARRERES algunas sentencias consideran que “una motivación arbitraria no constituye realmente una motivación y es, por tanto, contraria al derecho a la tutela judicial, el Tribunal ha afirmado que constituyen supuestos inadmisibles por ese motivo aquellos en que se produce una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable de la norma aplicable en cuanto al fondo, aquellos en que se decide el fondo de la cuestión litigiosa incurriendo en un error patente y, en fin, aquellos en que se decide el fondo del asunto desvinculándose del sistema de fuentes establecido” ³¹⁰.

La motivación constituye un elemento esencial de la sentencia. Su función es triple ³¹¹: en primer lugar convencer a los justiciables explicándoles cómo se ha formado la resolución judicial; en segundo lugar, el Juez, al redactar la sentencia, revisará el planteamiento que ha efectuado y la solución, por lo que existirá un menor margen de error; y por último se permite que el Tribunal que conozca de un eventual recurso revise el razonamiento que ha efectuado el tribunal inferior ³¹². El TC ha declarado que la motivación cumple una doble función: dar a conocer las reflexiones que conducen al fallo y facilitar el control de la resolución ³¹³.

La motivación debe ser suficiente para permitir a la parte que tenga conocimiento de la razón por la que se dicta la resolución judicial. De esta forma se

decisión fundada en Derecho requiere, ante todo, que la resolución judicial se infiera de la Ley y explique adecuadamente de qué manera esta inferencia es aplicable al caso concreto respecto del cual se juzga. No obstante, la doctrina constitucional ha declarado con insistencia que el derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto judicial (SSTC 55/1987, de 29 de mayo [RTC 1987\55]; 50/1988, de 22 de marzo [RTC 1988\50]; 210/1991, de 11 de noviembre [RTC 1991\210]; 70/1993, de 1 de marzo [RTC 1993\70]; 163/1993, de 18 de mayo [RTC 1993\163]; 245/1993, de 19 de julio [RTC 1993\245]; 375/1993, de 20 de diciembre [RTC 1993\375]; 201/1994, de 4 de julio [RTC 1994\201]; 5/1995 [RTC 1995\5]; 14/1995, de 24 de enero [RTC 1995\14]; 99/1995, de 20 de junio [RTC 1995\99]; 79/1996, de 20 de mayo [RTC 1996\79]; 110/1996, de 24 de junio [RTC 1996\110]; 20/1997, de 10 de febrero [RTC 1997\20]; 58/1997, de 18 de marzo; entre otras); ni tampoco el triunfo de una pretensión determinada”.

³⁰⁹ Ver ampliamente en este sentido BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO GIMENEZ y FERNANDEZ FARRERES, en *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, 1995, pg. 63.

³¹⁰ BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ y FERNÁNDEZ FARRERES, op. cit., pg. 65.

³¹¹ Ver RODRIGUEZ RAMOS, *Necesidad de motivación de las sentencias (comentario a la STC 55/1987 de 13 de mayo)*, en “la Ley”, 1987-4, pgs. 1057 y ss.

³¹² Ver ampliamente TARUFFO, op. cit., pgs. 107 y ss. En el derecho administrativo la motivación cumple una función similar; PONCE SOLÉ afirma que “la motivación actúa de indicador del modo de desarrollo de discrecionalidad, por lo que es necesaria para que la administración misma constataste que tiene suficientes razones fundadas para decidir, a la vez que es una señal de gran utilidad para el control judicial y la protección de los intereses implicados. Por todo ello, la motivación, además de ser una garantía para el interesado y de facilitar el control jurisdiccional de la Administración, tiene la función desde el punto de vista interno de asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la administración –STS de 18 de abril de 1990, ar. 3600-” (op. cit., pg. 782).

³¹³ BUJOSA VADELL y RODRÍGUEZ GARCÍA, *Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional*, en “la Ley”, 30 de marzo de 1999, pg. 3.

intenta evitar que se dicten resoluciones arbitrarias ³¹⁴. En la misma se deben incluir los hechos que se declaren probados y los fundamentos jurídicos ³¹⁵. El TC considera que “es suficiente,...., que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión” ³¹⁶.

La motivación se exige de forma especial en el proceso penal por el respeto del derecho de presunción de inocencia ³¹⁷. Éste exige que se desarrolle una mínima actividad probatoria en el proceso penal para que se pueda condenar ³¹⁸. Una de las exigencias que se derivan de este principio es que el órgano jurisdiccional deberá expresar en el momento de redactar la sentencia las pruebas que se han practicado para acreditar los hechos objetos del proceso.

C) la forma de la sentencia

El art. 248.3 LOPJ prevé que “las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo”. Este precepto se detalla en el art. 209 LEC que prevé que la sentencia se divida en:

- Encabezamiento: en el que se identificará a las partes y el juicio.
- Antecedentes de hecho: en el que el juez deberá expresar las pretensiones de las partes, la prueba que se ha practicado y la declaración de hechos probados.

³¹⁴ La STC de 10 de abril de 2000 (RTC 2000\99), en su fundamento jurídico 6, afirma que “volviendo a la doctrina de la STC 203/1994, en ella decíamos (F. 3) que «constituye reiterada doctrina constitucional que la selección de las normas aplicables, así como el análisis de su vigencia y derogación, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117 CE (SSTC 90/1990 [RTC 1990\90], 88/1991 [RTC 1991\88] y 359/1993 [RTC 1993\359], entre otras muchas)», y que «el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente (SSTC 233/1991 [RTC 1991\233], 55/1993 [RTC 1993\55] y 245/1993 [RTC 1993\245], entre otras muchas)».

³¹⁵ Ver ampliamente TARUFFO, op. cit., pgs. 265 y ss.

³¹⁶ BUJOSA VADELL y RODRÍGUEZ GARCÍA, op. cit., pg. 3. En el mismo sentido (PICO JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997, pg. 64) considera que las finalidades de la motivación según el TC, con amplia cita de sentencias en la nota 150, son: permitir el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de la publicidad; hacer patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; lograr el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial; y garantizar la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos.

³¹⁷ La Sentencia del TC de 5 de mayo de 2000, en su fundamento jurídico 2º recuerda que “cuando están en juego otros derechos fundamentales –y entre ellos, desde luego, cuando está en juego el derecho a la libertad– la exigencia de motivación cobra particular intensidad y, por ello, hemos reforzado el canon exigible (SSTC 62/1996, de 15 de abril [RTC 1996\62], F. 2; 34/1997, de 25 de febrero [RTC 1997\34], F. 2; 175/1997, de 13 de julio [RTC 1997\175], F. 4; 200/1997, de 24 de noviembre [RTC 1997\200], F. 4; 116/1998, de 2 de junio [RTC 1998\116], F. 4; 2/1999, de 25 de enero [RTC 1999\2], F. 2 y 147/1999, F. 3)”

³¹⁸ Ver ampliamente MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997.

- Fundamentos de derecho: en el que deberá realizarse la fundamentación jurídica de la sentencia.
- El fallo o parte dispositiva de la sentencia.

Las clases de sentencia.

Las sentencias se pueden dividir en sentencias de condena, declarativas y constitutivas ³¹⁹.

Las sentencias de condena se conciben desde una perspectiva dualista de las relaciones entre norma y proceso. Se parte de una situación en la que se ha vulnerado una norma jurídica o el derecho subjetivo que concede una ley. La persona perjudicada solicita al órgano jurisdiccional que restablezca la norma y que se condene al demandado a cumplir la obligación que le impone. En estos casos la sentencia es un presupuesto para obligar al cumplimiento coactivo de la obligación. Como especialidades de este tipo de sentencias nos encontramos con las sentencias con reserva de liquidación (art. 219 LEC) y las condenas de futuro (art. 220 LEC).

Las sentencias declarativas surgen ante la duda que se plantea sobre una relación jurídica, y tan solo declara su existencia o inexistencia. El valor intrínseco de las mismas es que establece la certeza. Estas sentencias son eficaces por sí mismas, y la única actividad judicial para dotarles de eficacia consiste en una anotación.

Por último las sentencias constitutivas son aquellas resoluciones que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. La sentencia provoca efectos desde el momento en que se ha dictado, a diferencia de las declarativas que produce sus efectos desde que se plantea la duda sobre la existencia o inexistencia de la relación jurídica. Las sentencias constitutivas se pueden clasificar en voluntarias o necesarias en función de si la intervención judicial es el único medio para crear, modificar o extinguir la relación jurídica. Por ejemplo, la sentencia que declara el divorcio o la nulidad de un matrimonio es una sentencia constitutiva necesaria ya que es el único medio que existe para lograrlo, sin que las partes puedan conseguirlo por otras vías. Estas sentencias producen efectos por sí mismas, sin que sea necesario iniciar el proceso de ejecución para ello (art. 521 LEC).

D) los efectos de la sentencia

La cosa juzgada es un carácter esencial de las resoluciones jurisdiccionales y consiste en la irrevocabilidad de la decisión judicial. Ésta se manifiesta en un triple efecto que se engloba bajo el concepto de cosa juzgada (art. 222 LEC) ³²⁰:

- La firmeza de la resolución.

³¹⁹ Ver ampliamente ROCCO, *La sentenza civile*, Milán, 1962, pgs. 139 y ss.

³²⁰ Vid., CALAZA LÓPEZ. “*La cosa juzgada*”, Ed. La Ley, Madrid, 2009.; De la misma autora, posteriormente, vid. “*Rebus sic stantibus*, extensión de efectos y cosa juzgada”, Ed. La Ley, Madrid, 2021.

- La imposibilidad de que se pueda abrir otro proceso sobre la misma cuestión, principio de *non bis in idem*.
- La prejudicialidad o efecto positivo de la cosa juzgada.

Como hemos analizado el carácter esencial del juicio jurisdiccional es la irrevocabilidad. Esta se protege a través de la cosa juzgada. Por ello toda sentencia jurisdiccional provoca este efecto. Sin embargo, debemos matizar el alcance de la misma en función del tipo de proceso; es decir, de los límites de la cosa juzgada. Debemos distinguir entre límites objetivos, subjetivos y temporales.

Los límites objetivos determinan el alcance de la cosa juzgada en función de las cuestiones que se pudieron plantear en el proceso. Como regla general el límite objetivo de la cosa juzgada está determinada por el objeto del proceso, que recordemos que también determina el ámbito de la congruencia. En el mismo se incluye todas las cuestiones deducidas oportunamente y que vienen delimitadas por el *petitum* y la *causa petendi*. Sin embargo, la nueva LEC extiende el límite objetivo de la sentencia a las cuestiones previstas en los arts. 400 y 408 LEC. Esta extensión del objeto del proceso se debe interpretar restrictivamente, ya que en un proceso de carácter dispositivo no es lícito que el legislador extienda los efectos de la cosa juzgada de una sentencia a aspectos que las partes no quisieron someter al proceso concreto, lo que impediría que posteriormente se pueda iniciar un nuevo proceso ³²¹.

También se plantean los límites objetivos de la cosa juzgada en los juicios sumarios. El art. 447 LEC prevé en sus apartados 2, 3 y 4 determinados supuestos en que las sentencias no producirán efectos de cosa juzgada. Todos ellos se caracterizan por ser procesos de carácter sumario. Con la anterior LEC se planteó la cuestión y se llegó a la conclusión de que se trataba de un problema de límites objetivos de la cosa juzgada. Como en el juicio sumario se impide que se planteen diversas cuestiones para lograr una mayor rapidez en la tramitación, se permitía que se dedujera un proceso plenario posterior para plantear las cuestiones que no pudieron ser deducidas en el juicio sumario ³²².

La nueva LEC declara de forma genérica que no produce efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en estos juicios, lo que ha motivado que se plantee la utilidad de este juicio ³²³ porque se permite iniciar un nuevo proceso posterior con el mismo objeto. El origen del error legislativo se halla en la doctrina que afirmaba que el juicio ejecutivo no producía efecto de cosa juzgada al

³²¹ RAMOS MENDEZ afirma que “no es posible compartir tal atentado a la libertad de acción en el juicio civil. Los límites objetivos de un juicio civil no pueden ser más que los que introduzcan las partes y en la medida en que lo hagan. No se posible asumir un juicio de corte autoritario en el que se atribuya al ciudadano lo que él no quiso expresamente, de forma difusa. El sistema de libertades civiles, que comprende la tutela judicial, no puede verse limitado por una norma procesal desafortunada” (en *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, 2000, pg. 445).

³²² Ver por todos SERRA DOMÍNGUEZ, “Comentario al art. 1252 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2º, coord. ALBALADEJO, Madrid, 1991, pgs. 721 y ss.

³²³ RAMOS MENDEZ, op. cit., pg. 445.

interpretar literalmente el art. 1479 de la antigua LEC. La doctrina era unánime al considerar que, a pesar del precepto, estos procesos producían la excepción de cosa juzgada material ³²⁴. Incluso el TS afirmó en diversas ocasiones que, a pesar de la dicción legal, las cuestiones deducidas y deducibles en el juicio ejecutivo eran inmutables en un proceso ordinario posterior ³²⁵. Por lo que se reconduce a un problema de límites objetivos de la cosa juzgada; es decir, tan solo se podrá plantear en el proceso posterior las cuestiones que no pudieron ser deducidas en el proceso sumario. Una interpretación literal sería, desde un punto de vista dogmático, contraria a la esencia de la actividad jurisdiccional que se caracteriza por la inmutabilidad de la sentencia y, desde un punto de vista práctico, contrario a la utilidad de los juicios sumarios.

Por todo ello estimamos que la interpretación literal de este precepto es contraria a los principios que informan nuestro sistema procesal. Para evitarlo es conveniente entender que el art. 447 2, 3 y 4 LEC tan solo permiten el desarrollo de un proceso plenario posterior en el que se discutan las cuestiones que no pudieron deducirse en el proceso anterior, pero no un nuevo proceso sumario u ordinario en el que concurra una identidad objetiva. En todo caso hubiera sido deseable que el legislador hubiera huido de la defectuosa técnica del art. 1479 de la antigua LEC.

El segundo de los límites son los temporales ³²⁶. Éstos afectan en la medida en que el tiempo influye en la determinación del objeto del proceso, por lo que debe considerarse una especialidad de los límites objetivos ³²⁷. La nueva LEC no lo recoge expresamente, pero se puede hallar una manifestación del mismo en el plazo de caducidad de un año que prevé el art. 518 LEC para iniciar el proceso de ejecución de sentencias judiciales ³²⁸.

El tercero de los límites son los subjetivos. El art. 222.3 LEC prevé que:

“La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamentan la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 de esta ley.

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, filiación e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado”.

³²⁴ Ver ampliamente GUASP DELGADO (*Derecho Procesal Civil*, tomo II, con ARAGONESES, Madrid, 1998, pgs. 193 y ss.) y SERRA DOMÍNGUEZ (op. cit., pg. 722).

³²⁵ Ver jurisprudencia citada por SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 723.

³²⁶ Ver ampliamente GUASP DELGADO, *Los límites temporales de la cosa juzgada*, en “Anuario de Derecho Civil”, abril-junio 1948, pgs. 435 y ss.

³²⁷ Ver ampliamente SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pgs. 747 y ss.

³²⁸ En este sentido RAMOS MÉNDEZ, op. cit., pg. 445.

El contenido de este precepto reproduce en la primera parte del primer apartado el contenido del art. 1252 del Cc., que por otro lado se deroga en la disposición derogatoria primera. Desgraciadamente a continuación realiza una extensión de la cosa juzgada en los supuestos de legitimación colectiva previstos en el art. 11 LEC, lo que puede provocar situaciones de indefensión para el titular de los intereses que se discuten en el proceso y que no es notificado de la existencia del mismo. En nuestra opinión, esta extensión solo estará justificada cuando la asociación de consumidores y usuarios o de perjudicados cuando representen los intereses de sus asociados, pero no cuando defiendan los intereses generales de los consumidores. En todo caso será necesario, aunque la ley no lo prevea expresamente, que se notifique a los perjudicados personalmente la pendencia del proceso; esta actividad se podrá realizar cuando se pueda individualizar el daño, pero no en el supuesto del art. 11.3 LEC. Entendemos que solo se debe extender la eficacia de cosa juzgada de la sentencia a terceros no litigantes cuando se les haya notificado la pendencia del proceso para que puedan intervenir litisconsorcialmente o se les dé la posibilidad de impugnarla a través de algún mecanismo. La LEC no prevé ninguna de estas dos posibilidades, aunque el art. 12 LEC permite que cualquier persona que acredite un interés directo y legítimo puede intervenir en el proceso (incluso se prevé expresamente que el consumidor y usuario pueda intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquellos). Desgraciadamente no se prevé expresamente que se notifique personalmente la pendencia del proceso para que esta posibilidad procesal sea realmente eficaz ³²⁹.

En todo caso el tercero afectado por la sentencia podrá lograr su revocación a través de un mecanismo indirecto como es el incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia firme. El art. 240.3 LOPJ que permite que insten la nulidad de actuaciones “quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo” amparándose en “defectos de forma que hubieran causado indefensión” ³³⁰. Este precepto lo reproduce el art. 228 de la nueva LEC ³³¹, aunque la disposición final decimoséptima prevé que no será de aplicación hasta que no se proceda a reformar la LOPJ.

En el proceso penal CARNELUTTI discutió que la sentencia penal produzca cosa juzgada ³³². Lo argumenta afirmando que si bien la decisión absolutoria es

³²⁹ En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ apuntaba como solución a la posible indefensión del tercero dos mecanismos: uno preventivo que consiste en conceder a las personas afectada por la sentencia la posibilidad real de intervenir en el proceso; y otro correctivo permitiendo que la el tercero que no haya sido citado tenga la posibilidad de impugnar la sentencia para evitar la producción de cosa juzgada de forma similar a la oposición de terceros regulada en los arts. 404 y ss. CPC italiano (SERRA DOMINGUEZ, op. cit., pgs. 764 y 765).

³³⁰ Ver ampliamente el comentario que realiza GARRIGA ARIÑO, *El nuevo incidente de nulidad de actuaciones*, en “Economist&Jurist”, julio-agosto 1999, pgs. 62 y ss.

³³¹ Ver ampliamente el comentario que realiza GARRIGA ARIÑO, *La nulidad de actuaciones en la LEC de 2000*, en “Economist&Jurist”, marzo-abril 2000, pgs. 36 y ss.

³³² CARNELUTTI, *Principios del proceso penal*, Buenos Aires, 1971, pg. 277. anteriormente se había expresado en el mismo sentido en *Contro il giudicato penale*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1951, I, pg. 289.

irrevocable, la de condena es revocable con ciertos límites (a través del recurso de revisión) y, además, se puede modificar el castigo una vez que se ha dictado sentencia para adecuarla al caso concreto ³³³. Esta opinión fue rebatida por FENECH ³³⁴, lo que dio lugar a una discusión pública sobre la materia entre estos dos autores ³³⁵. FENECH mantiene que la sentencia penal produce en todo caso cosa juzgada porque “la autoridad de la cosa juzgada no puede incluir pues la imperatividad o ejecutabilidad de la sentencia penal” ³³⁶. Esta opinión motivó la respuesta de CARNELUTTI que fundaba la no producción de cosa juzgada en su concepción del proceso penal como proceso voluntario ³³⁷. Finalmente FENECH afirma que “esta aversión a la cosa juzgada penal proviene de una concepción diversa a la nuestra sobre esta institución. Si por cosa juzgada se entiende la ejecutabilidad de la sentencia, y la necesidad de que ésta se cumpla íntegramente, hay que convenir en mientras debe mantenerse la eficacia de la cosa juzgada civil no puede hacerse lo mismo con la penal” ³³⁸; a continuación confirma su posición distinguiendo entre la ejecución de la sentencia y el efecto de cosa juzgada del proceso resuelto y terminado porque “una cosa es la condena o la absolución pronunciadas en la sentencia, y otra es la pena que el condenado debe cumplir. Que se disminuya esta pena, que se suprima enteramente su cumplimiento, en nada altera el efecto de cosa juzgada que produce el proceso en el que recayó la sentencia condenatoria” ³³⁹. Actualmente debemos considerar superada esta polémica en el sentido de que la sentencia penal produce plenos efectos de cosa juzgada ³⁴⁰.

En el proceso penal rigen igualmente los límites que hemos indicado anteriormente, pero debe ser matizado. Los límites subjetivos se determinan por la

³³³ CARNELUTTI, *Principios...*, cit., pgs. 278 y ss.

³³⁴ En *La cosa juzgada y la elasticidad de la pena*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona, 1962, pgs. 717 y ss.

³³⁵ Se pueden consultar en FENECH y CARRERAS, “Estudios...”, cit., pgs. 713 y ss.

³³⁶ FENECH, *La cosa juzgada...*, cit., pg. 723.

³³⁷ CARNELUTTI, *Apostilla al artículo anterior*, en FENECH-CARRERAS, “Estudios de Derecho Procesal”, cit., pg. 731. Posteriormente FENECH le contestó rebatiendo su posición en el aspecto sustancial, es decir, en la consideración del proceso penal como proceso voluntario y de que el derecho de penar surge del delito y no de la sentencia (*La compatibilidad de la elasticidad de la pena con la cosa juzgada*, en “Estudios...”, cit., pgs. 735), además considera que la elasticidad de la pena es compatible con la cosa juzgada de la sentencia penal porque “la potestad de aplicar la pena, que hemos llamado derecho a castigar o *ius puniendi* sólo para utilizar el término tradicional, sin ignorar por ello su verdadera naturaleza jurídica, corresponde al Estado, y el propio Estado puede disponer de ella por circunstancias no jurídicas sino de política penal” (op. cit., pg. 740).

Finalmente CARNELUTTI le contestó a través de una nueva apostilla (que se puede consultar en los “Estudios de Derecho Procesal” de los profesores FENECH y CARRERAS, cit., pgs. 753 y ss.) en el que insiste en el carácter voluntario del proceso penal (op. cit., pgs. 753 y ss.) y en que “una distinción entre la potestad de imponer la pena y potestad de infligir o aplicar la pena puede admitirse solamente en el sentido en que se distingue la potestad de declaración y la potestad de ejecución penal” (op. cit., pg. 756).

³³⁸ FENECH, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, Barcelona, 1960, pg. 1178.

³³⁹ FENECH, loc. cit.

³⁴⁰ En este sentido ver GÓMEZ ORBANEJA (en *Derecho Procesal Penal*, con HERCE QUEMADA, Madrid, 1981, pg. 291) y RAMOS MENDEZ (en *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, Barcelona, 1999, pg. 276)

identidad de la persona del inculpado y el objetivo por la identidad del hecho³⁴¹. Tal como afirmaba GOMEZ ORBANEJA “no se puede proceder de nuevo por el mismo hecho contra la misma persona que ya hubiese sido juzgada por él”, y sigue afirmando que “inversamente, la resolución sobre un hecho –incluso la que absuelva por no haber existido el hecho– no impide proceder por este hecho contra un inculpado distinto; y excluido el efecto positivo, incluso que se declare probado, respecto del nuevo inculpado, el hecho que se declaró inexistente respecto de un inculpado diferente”³⁴².

VII. FUNCIONES DE LA ACTUACIÓN JURISDICCIONAL

1. La declaración del derecho

La jurisdicción se resuelve en el juicio. Esto es, el conjunto de actos que se desarrollan en el proceso de declaración tiene la finalidad de lograr que el órgano jurisdiccional esté en condiciones de formarse un juicio sobre las cuestiones planteadas. El proceso es necesario para ello porque el Juez es un tercero que no conoce los hechos que se le plantean y es necesario que se le expongan las perspectivas desde las cuales puede ser contemplados.

Por ello la actuación jurisdiccional pura se realiza en el momento del juicio. Y éste se materializa en la sentencia definitiva. Es decir, en aquella resolución en que el Juez convierte el hecho en derecho.

Pero para llegar a este momento es necesario que se haya desarrollado una actividad previa: la cognición del hecho. Ello se logra a través del proceso de declaración. Éste, en sí mismo no es jurisdiccional ya que no es privativo de ella³⁴³, pero cuando su finalidad es la consecución del juicio jurisdiccional podemos entender que es un “mal necesario”. Es decir, la única forma de que se declare el derecho en el caso concreto es conocer los hechos, y ello sólo puede lograrse a través del proceso. En el sentido expuesto SERRA DOMÍNGUEZ ha calificado a estos actos como jurisdiccionales por accesión³⁴⁴.

2. Proceso de ejecución

El proceso de ejecución también se incluye en la actividad jurisdiccional³⁴⁵. CALAMANDREI argumenta que “el fin último de la jurisdicción en toda manifes-

³⁴¹ GOMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 291. Ver ampliamente FENECH, *Derecho Procesal Penal*, cit., pgs. 1180 y ss.

³⁴² GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1981, con HERCE QUEMADA, pg. 291.

³⁴³ Ver infra apartado dedicado al proceso.

³⁴⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, cit., pg. 51.

³⁴⁵ Han mantenido este carácter entre otros MONTERO AROCA (*Introducción...*, cit., pg. 53), GIMENO SENDRA (*Fundamento...*, cit., pg. 108-110), DE LA OLIVA SANTOS (loc. cit.), RAMOS

tación suya, es el de la observancia práctica del derecho: el razonamiento hecho por el juez en el proceso de cognición no vale como enunciación de una verdad teórica, sino como proclamación práctica de un mandato que debe ser obedecido”³⁴⁶.

CARNELUTTI considera que al tender la jurisdicción a la justa composición de la litis, también incluye el proceso de ejecución porque “la composición de la litis exige la conversión del deber ser en ser....La decisión inicia la conversión del no ser en ser y puede incluso agotarla si consigue persuadir al vencido de manera que éste desista de su pretensión o de la oposición infundada; pero puede también no agotarla si, por el contrario, también el mandato del juez, como antes la norma es desobedecido”³⁴⁷. De esta afirmación deduce que la ejecución debe incluirse en el concepto de jurisdicción.

Como hemos analizado anteriormente estos dos autores parten del dualismo en las relaciones entre derecho y proceso. Por ello al considerar que la jurisdicción garantiza el derecho objetivo o compone la litis, deben deducir que el proceso de ejecución se incluye en esta función del Estado.

Desde una perspectiva monista SATTÀ argumenta que la limitación de la jurisdicción a la declaración del derecho es un error, puesto que “el ordenamiento se afianza ya con la declaración de certeza (del derecho), ya sea con la reintegración del derecho (declarado cierto)”; siendo esta última la máxima expresión del ordenamiento porque con ella el ordenamiento se hace acción³⁴⁸. Posteriormente analiza las diferencias entre el proceso de declaración y de ejecución: “mientras en el proceso de cognición se trata de establecer una normativa (del caso concreto), en el proceso de ejecución se trata de adecuar la realidad a una normativa ya establecida, sustituyendo la voluntad del deudor, o más en general del obligado, en el cumplimiento de un acto”³⁴⁹.

Es decir, es consecuente con la visión que tiene de la jurisdicción como encaminada a individualizar el ordenamiento jurídico. Pero de esta manera, la jurisdicción tiene una función declarativa del derecho y sustitutiva en la ejecución de la misma³⁵⁰. Y esta última implica el ejercicio de la *potestas*, característica que no tiene la jurisdicción en sí misma considerada. Es una nota que se añade cuando el Estado asume el monopolio jurisdiccional porque detentando ambas funciones las unifica en un mismo órgano.

MÉNDEZ (*Derecho y Proceso*, cit., pg. 276), SATTÀ (loc. cit.), SILVA MELERO (*Ejecución Procesal*, en “Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”, Barcelona, 1956, tomo VIII, pg. 103).

³⁴⁶ CALAMANDREI, *Derecho Procesal Civil. Instituciones...*, cit., pg. 167. Repite esta idea en pg. 174 y la considera como el objeto de la jurisdicción.

³⁴⁷ CARNELUTTI, *Derecho Procesal...*, cit., pg. 328.

³⁴⁸ SATTÀ, *Jurisdicción*, cit., pg. 299.

³⁴⁹ SATTÀ, *Derecho Procesal Civil. Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. II, ed. EJE, Buenos Aires, 1971, pg. 14.

³⁵⁰ La ejecución como sustitución de la voluntad del demandado también es mantenido en España. Ver por todos CARRERAS, *el Embargo de Bienes*, ed. Bosch, Barcelona, 1957, pg. 92.

RAMOS MÉNDEZ considera que “la ejecución de sentencias, en caso de ser instada por la parte, no es más que la potenciación del juicio hasta su plena encarnación en la vida. Es sólo la actuación de una posibilidad que ya lleva insita el propio juicio jurisdiccional de por sí: la de implicar a los sujetos en la nueva normativa contenida en el mismo”³⁵¹.

La esencia de la actividad jurisdiccional es la emisión de un juicio. Con ello debe considerarse agotada. Es cierto que “el derecho es algo que, en última instancia, tiende a satisfacer concretos intereses de la vida, en diversos aspectos, y por lo tanto se preordena lógicamente a la praxis”³⁵². Pero el presupuesto previo es que se declare, y ésta es la labor de la jurisdicción.

La efectividad de la declaración, es decir, la consecución de su manifestación en la práctica, no implica la emisión de un juicio distinto del contenido en la resolución jurisdiccional que ha sido incumplida. Por ello es en este punto al que se limita la actividad jurisdiccional. En el resto de supuestos es una labor que implica el ejercicio de la potestad, y ésta no es una de las notas esenciales de la jurisdicción. Consecuentemente SERRA DOMÍNGUEZ afirma que la ejecución es jurisdiccional por accesión, es decir, en cuanto es realizada por los órganos jurisdiccionales³⁵³.

En la manifestación actual de la jurisdicción, el Estado ha atribuido a los órganos estatales la función de declarar el derecho y de ejercitar la potestad (art. 117 CE). Por ello serán competentes los órganos judiciales para el ejercicio de ambas funciones, es decir, para conocer del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

Debemos distinguir en el mismo proceso de ejecución las actividades declarativas de las ejecutivas: entre las primeras incluiríamos la declaración que ordena el inicio del proceso de ejecución, el auto que resuelve el incidente de declaración que se inserta en la ejecución (arts. 712 y ss. LEC); entre los segundos la traba de los bienes y el procedimiento de apremio.

A) El proceso de ejecución en el orden civil

Por una parte en el orden civil la competencia se reserva en España a los Juzgados y Tribunales. Para defender su mantenimiento se esgrime la Constitución Española de 1978 que les atribuye competencia para “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Sin embargo, no existiría ningún inconveniente en que la ejecución, en sí misma considerada, fuera realizada por órganos administrativos o por profesionales liberales; siempre haciendo hincapié en que las actividades declarativas insertas en el proceso de ejecución serían competencia de los órganos jurisdic-

³⁵¹ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pg. 284.

³⁵² RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pg. 283.

³⁵³ SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, cit., pg. 267 y ss.

cionales en cuanto implica el ejercicio de la jurisdicción ³⁵⁴. De hecho, este es el sistema que rige en países de nuestro entorno cultural como es el caso de Francia: los *huissiers* de Justicia son los encargados de llevar a cabo los actos de ejecución. No se puede argumentar que en España no está permitido por la vigencia de la Constitución, repetida posteriormente en la LOPJ, porque de hecho las actividades materiales de ejecución eran realizadas por miembros de la oficina judicial, bien sea el secretario judicial o los oficiales.

En el proceso de ejecución se desarrollan funciones declarativas y ejecutivas. Las primeras tienen carácter jurisdiccional y su competencia debe atribuirse al órgano jurisdiccional. Las segundas se atribuyeron tradicionalmente al órgano jurisdiccional, pero la reforma de la oficina judicial implicó una redistribución de funciones que ha provocado que prácticamente la totalidad del proceso de ejecución sea competencia de los Letrados de la Administración de Justicia. La excepción es el auto de inicio de la ejecución que debe ser dictado por el órgano jurisdiccional, y la resolución de los incidentes declarativos que se planteen durante el proceso de ejecución. Además, el Tribunal Constitucional ha recordado en varias ocasiones que los decretos que dicte el Letrado de la Administración de Justicia deben poder ser revisados por el órgano jurisdiccional a través del recurso de revisión y ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 454 bis 1 párrafo primero de la LEC que lo impedía (ver por todas la STC 15/2020, de 28 de enero).

Por otro lado, en el arbitraje, que debe ser considerado la manifestación más genuina de la actividad jurisdiccional ³⁵⁵, las personas designadas sólo pueden emitir el juicio. La ejecución la realizan los órganos estatales. La explicación de esta regulación es que es el Estado el que detenta la potestad de forma exclusiva, y ésta es improrrogable; sin embargo, la jurisdicción sí que puede ser ejercitada por otras personas. Consecuentemente la ejecución es una manifestación de la fuerza del Estado, lo cual no es propiamente jurisdiccional.

B) El proceso de ejecución y la Administración

Cuando la decisión jurisdiccional afecta a la Administración Pública el poder judicial no podía adoptar los medios necesarios para obligarle a cumplir la resolución judicial o para ejecutarla (arts. 103 y ss. LJCA) ³⁵⁶. En este sentido la Sentencia del TC de 7 de junio de 1982 (recurso de amparo núm. 234/1981) establece la obligación de la Administración de cumplir sin demora las sentencias que le

³⁵⁴ Ejemplo del mismo es la posibilidad de someter a arbitraje la cuantificación de los daños y perjuicios que debe realizarse en el proceso de ejecución.

³⁵⁵ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pg. 297.

³⁵⁶ Que es considerado inconstitucional, entre otros, por GUTIÉRREZ de CABIEDES (en *Inejecución por la Administración Pública de Condenas Pecuniarias Acordadas en Sentencia Firme Judicial*, en “libro homenaje a Jaime Guasp”, ed. Comares, Granada, 1984, pg. 308), ARMENTA DEU (en *Consideraciones Sobre Inembargabilidad por Motivos de Derecho público y Ejecución de Sentencias Condenatorias de la Administración*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, 1989, pg. 36) y PEDRAZ PENALVA (en *Privilegios de las Administraciones Públicas en el Proceso Civil*, cuadernos Civitas, Madrid, 1993, pg. 175).

afectan, y en caso de no realizarlo el órgano judicial puede acudir a las medidas ejecutivas correspondientes; pero el TC no delimita qué medidas son éstas ³⁵⁷. Los medios a los que el órgano judicial puede acudir son ³⁵⁸:

- notificación al Juez de Instrucción de la inactividad del funcionario competente que no cumple el mandato ejecutivo del órgano judicial (art. 109, 110.3 y 4 LJCA en relación con el art. 410 CP) o por no prestar la debida cooperación con la Administración de Justicia.
- embargo de los bienes necesarios para cubrir el principal y las costas.

El primero no puede considerarse directamente destinado a la ejecución de la resolución judicial, sino una consecuencia indirecta del incumplimiento del poder ejecutivo que se manifiesta a través de la persona que lo representa. En todo caso el mismo poder judicial se muestra remiso a la aplicación del tipo penal correspondiente.

En cuanto al segundo método su utilización ha quedado muy restringida porque el TC en sentencia 107/1992, f.j. 3, ha declarado que el órgano jurisdiccional no puede ejecutar forzosamente cuando concurra el principio de legalidad presupuestaria y la continuidad del servicio público. Lo que ha llevado a que PEDRAZ PENALVA afirmase que “lo que se persigue no es tanto y primariamente proteger bienes o servicios públicos como obstaculizar y aun impedir el sometimiento jurisdiccional de la administración” ³⁵⁹.

La LJCA ha intentado poner fin a esta situación regulando de nuevo la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración. Las principales novedades de la nueva regulación son declarar la nulidad de pleno derecho de todos los actos de la administración contrarios al contenido de una sentencia condenatoria y la posibilidad de imponer multas coercitivas a los funcionarios .

Por todo ello se puede afirmar que el poder judicial en determinados supuestos no tiene ningún medio a su alcance para lograr la efectividad de una sentencia judicial que afecte a la Administración Pública. Ésta sólo podrá ser efectiva por la voluntad del condenado, en este caso la Administración Pública, que está obligada a ello por el art. 117.3 CE.

C) El orden penal

a) El juicio oral

En el proceso penal sería jurisdiccional la decisión judicial expresada en la sentencia. Consecuentemente sería jurisdiccional por acesión el acto del juicio oral en cuanto es imprescindible para que el Juez se forme el juicio. Sin embargo

³⁵⁷ GUTIÉRREZ de CABIEDES, op. cit., pg. 304.

³⁵⁸ PEDRAZ PENALVA, op. cit., pg. 179.

³⁵⁹ PEDRAZ PENALVA, op. cit., pg. 178-179.

debe reputarse administrativo los actos de investigación realizados en el momento de la instrucción y la ejecución de la pena.

b) La instrucción

Según el art. 299 LECR la finalidad de la instrucción es preparar el juicio y “averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos”. Estas actividades son similares a la que realizan la parte demandante en el proceso civil antes de interponer la demanda. Pero como en el orden penal la competencia para realizarlas se atribuye a un órgano público, la ley regula un proceso para que lleve a cabo esta actividad. En España el órgano competente es el Juzgado de Instrucción, es decir, un órgano integrado en la función judicial. En todo caso debemos advertir que no por ello las actividades que realiza en esta etapa pueden ser consideradas jurisdiccionales, sino que son actos de investigación. En el mismo no se emite ninguna declaración del derecho, sino que se intenta averiguar lo que ha pasado en realidad para analizar si el hecho constituye el tipo de algún delito tipificado en el Código Penal. Por ello no existiría ningún inconveniente teórico para que la competencia para tramitarlo se atribuyera a un órgano integrado en otra de las funciones del Estado, como podría ser el Ministerio Fiscal.

c) La ejecución

En la ejecución de la sentencia penal tampoco se realiza una función jurisdiccional porque el juicio ya se ha formado. De esta manera en España se atribuye la competencia para la ejecución de la pena a la Administración. Ello no impide que las decisiones que adopte durante el cumplimiento de la pena puedan ser impugnadas ante los órganos jurisdiccionales. Pero lo que se somete no es la declaración de un derecho, sino la revisión de la resolución de la Administración Penitenciaria. A estos órganos se les denomina Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

VIII. MANIFESTACIONES DE LA JURISDICCIÓN

1. **Carácter absoluto o relativo del concepto de jurisdicción**

La doctrina se ha planteado el carácter absoluto o relativo del concepto de la jurisdicción. El punto de partida es la concepción que se tenga sobre la jurisdicción. De esta forma aquellos autores que conciben la jurisdicción como la declaración o creación del derecho en el caso concreto de forma irrevocable afirman el carácter absoluto del concepto ³⁶⁰. Sin embargo, aquellos que la conciben como

³⁶⁰ Ver por todos SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, cit., pg. 22.

la aplicación del derecho objetivo mantienen el carácter relativo del concepto ³⁶¹, dependiendo su contenido del momento histórico concreto en que se analice ³⁶².

En nuestra opinión se debe distinguir el concepto de jurisdicción de su manifestación en un momento histórico determinado ³⁶³. Una vez establecido el concepto de jurisdicción como creación del derecho en el caso concreto de forma irrevocable, debemos analizar las manifestaciones de la jurisdicción en el momento histórico actual. Posteriormente analizaremos la distinción del poder o función judicial del resto de funciones del Estado.

2. EL art. 117.3 CE y la exclusividad jurisdiccional

La Constitución Española prevé en el art. 117.3 CE que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

El contenido de este precepto ha motivado que se discuta la constitucionalidad del arbitraje y de la ejecución extraprocesal que se regula en los arts. 81 y ss. de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, en el art. 129.2 de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, y el art. 235 del Reglamento Hipotecario, de 14 de febrero de 1947 ya que se atribuye la subasta de los bienes hipotecados los notarios, es decir, a personas no pertenecientes al poder judicial. Sin perjuicio de analizarlo posteriormente, creemos que el tenor literal del art. 117.3 CE no es un argumento definitivo para tachar de inconstitucional estos mecanismos privados de resolución de conflictos, ya que la Constitución delimita en los títulos III, IV y VI las funciones de los distintos poderes del Estado ³⁶⁴. El único significado que tiene este precepto es que la función jurisdiccional no se podrá atribuir a un órgano legislativo o ejecutivo, pero no limita el ámbito de disposición de las partes. Por ello no puede entenderse inconstitucional la previsión legislativa del arbitraje o de la ejecución extraprocesal, ya que el mismo se ejerce porque las partes, actuando en el ámbito

³⁶¹ Ver supra desarrollo de las teorías objetivas de la jurisdicción y su crítica.

³⁶² Ver por todos GIMENO SENDRA (op. cit., pgs. 26 y ss.) y ORTELLS RAMOS (*Introducción al derecho procesal*, Granada, 1999, pgs. 15 y ss.).

³⁶³ En el mismo sentido se pronuncia la generalidad de la doctrina. Ver por todos FENECH (*Notas previas al estudio del derecho procesal*, en “Estudios de Derecho Procesal”, cit., pgs. 45 y ss.), ORTELLS RAMOS (loc. Cit), SERRA DOMÍNGUEZ (loc. cit.).

³⁶⁴ Según CABALLOL ANGELATS “el principio de exclusividad no define el concepto de jurisdicción, sino que se incorpora a él para informar a la potestad jurisdiccional pública cuando la comunidad política se constituye en Estado de Derecho” (en *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Barcelona, 1997, pg. 24). En un sentido similar MONTERO AROCA al relacionar el principio de exclusividad jurisdiccional con las competencias del poder legislativo y ejecutivo (en *Derecho Jurisdiccional*, tomo I, Valencia, 1994 –con ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER y MONTON REDONDO–, pg. 90).

de su esfera jurídica, deciden que una cuestión sea resuelta o un bien vendido por personas no integradas en los poderes del Estado ³⁶⁵.

La exclusividad también debe analizarse desde una perspectiva negativa, es decir, de limitación de las funciones de los juzgados y tribunales. Desde esta perspectiva, según el art. 117.4 CE “los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente estén atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”. En este ámbito debemos analizar la naturaleza de la jurisdicción voluntaria para determinar si está atribuida al poder judicial por el carácter jurisdiccional de ésta o por la previsión legislativa.

A) El arbitraje

La doctrina se ha planteado la compatibilidad del arbitraje con la exclusividad jurisdiccional prevista en el art. 117.3 CE ³⁶⁶. Según el Tribunal Constitucional es “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada” (STC 288/1993, de 4 de octubre). Sin embargo, también resalta una serie de diferencias entre el árbitro y el juez. Una de las diferencias radica en la imposibilidad de que el árbitro pueda promover la cuestión de inconstitucionalidad ya que “la función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional” (ATC de 20 de junio de 1993 ³⁶⁷). Esta cuestión ya fue anticipada por PÉREZ GORDO que concluía que “si se considera a los árbitros como órganos jurisdiccionales, ..., van a poder promover legítimamente la cuestión de inconstitucionalidad, y que, de no considerarse así, ya sea en el recurso de casación que se interponga en el juicio declarativo ordinario tendente a la nulidad del laudo, los órganos jurisdiccionales del Estado que están conociendo de los mismos, van a ser llamados a promover la cuestión de inconstitucionalidad” ³⁶⁸. Efectivamente, si concluimos que la labor del árbitro es jurisdiccional, la única diferencia entre su actuación y la de los órganos jurisdiccionales estatales es el ámbito de actuación. Pero dentro de él debe tener las mismas posibilidades que los demás órganos dotados de jurisdicción, sin que sea admisible limitar sus facultades argumentando, como realiza el TC en el auto citado, que al no tener posibilidad de ejecutar el laudo no pueden plantear ni la cuestión de inconstitucionalidad ni la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Esta afirmación supone confundir lo que es la esencia de la actividad jurisdiccional con la potestas, de la que efectivamente el

³⁶⁵ En un sentido similar se pronuncia PROVINZIALI, *Norme di diritto processuale nella costituzione*, Milan, 1959, pg. 179.

³⁶⁶ Ver CABALLOL ANGELATS (loc. cit.), CORDON MORENO (en *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Pamplona, 1995, pgs. 28 y ss.) y RAMOS MENDEZ (*El sistema procesal español*, Barcelona, 2000, pg.122).

³⁶⁷ Ver ampliamente CORDON MORENO, op. cit., pg. 33.

³⁶⁸ PÉREZ GORDO, *La inconstitucionalidad de las leyes en el arbitraje*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Zaragoza, 1982, pg. 420.

árbitro no está dotado, y que solo hace referencia a “aquellos actos que superen la mera declaración e impliquen cualquier tipo de coerción sobre una persona determinada”³⁶⁹. No creemos que la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad implique el ejercicio de la potestas, sino el correcto desarrollo de la función jurisdiccional. Además si afirmamos la aplicación del art. 114 LECRIM al procedimiento arbitral, del mismo modo debe permitirse que el árbitro plantee la cuestión previa de inconstitucionalidad.

La postura del TC puede provocar graves dificultades prácticas ya que el árbitro, ante la duda sobre la constitucionalidad o no de una ley, deberá aplicarla cuando se trate de un arbitraje de derecho. Este laudo provocará plenos efectos de cosa juzgada³⁷⁰. Contra este laudo, que provoca plenos efectos de cosa juzgada se podrá plantear el recurso de anulación (art. 45 de la Ley de Arbitraje) y el recurso de revisión, “conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes” (art. 37 de la Ley de Arbitraje). Por lo que la única forma de examinar la constitucionalidad de la ley aplicable será plantear el recurso de anulación por ser contrario al orden público (art. 45.5 Ley de Arbitraje) y provocar que la Audiencia Provincial plantee la cuestión previa de inconstitucionalidad al conocer de este proceso³⁷¹. Esta solución, que parece ser la propuesta por el TC al impedir que los árbitros planteen la cuestión de inconstitucionalidad independientemente, es absurda ya que se obliga al árbitro a dictar un laudo nulo por la obligación impuesta por las partes de resolver conforme a derecho.

Si afirmamos el carácter jurisdiccional del arbitraje debemos concluir que el árbitro tiene las mismas facultades que los órganos jurisdiccionales públicos, por lo que podrá interponerse contra el laudo el recurso de amparo constitucional y el árbitro, como órgano jurisdiccional, podrá plantear la cuestión previa de inconstitucionalidad.

La perspectiva que nos interesa desarrollar en este momento es la compatibilidad del arbitraje con la exclusividad jurisdiccional prevista en el art. 117.3 CE. Como ya hemos puesto de relieve esta norma constitucional atribuya el monopolio jurisdiccional al poder judicial frente al resto de los poderes del Estado, pero no respecto de los particulares³⁷². Éstos tienen la libertad de disponer libremente de sus derechos, y amparándose en ella pueden atribuir la solución de los conflictos que surjan en su ámbito dispositivo a un tercero³⁷³. Una cuestión distinta es el reconocimiento que el Estado haga de este mecanismo heterocompositivo,

³⁶⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, *El proceso arbitral*, en “Estudios...”, cit., pg. 594.

³⁷⁰ CORDON MORENO, op. Cit., pg. 139.

³⁷¹ Este es el camino que se sigue en la Sentencia del TC de 16 de marzo de 1988 (RTC 43/1988).

³⁷² De forma similar CABALLO ANGELATS (op. cit., pg. 26) y RAMOS MENDEZ (en *El sistema...*, cit., pg. 122).

³⁷³ Esta facultad se corresponde con el origen de la jurisdicción. Ya hemos analizado como la jurisdicción es un método heterocompositivo de resolución de conflictos que surge cuando dos personas que tienen un conflicto deciden someterse libremente al arbitrio de un tercero. Consecuentemente en el arbitraje se encarna la esencia del *ius dicit* (RAMOS MENDEZ, *Derecho y Proceso*, Barcelona, 1978, pg. 299).

y que en el momento actual se identifica con la sentencia judicial al atribuirle el legislador “efectos idénticos a la cosa juzgada” (art. 36.1 Ley 36/1988, de Arbitraje). Como pone de relieve CABALLOL ANGELATS no existe una diferencia sustancial entre el laudo arbitral y la sentencia ya que la idea es la misma. Además el arbitraje se diferencia de la transacción, a la que también se atribuye el efecto de cosa juzgada (art. 1816 Ccv), en que en el primero “una vez designados los árbitros, las partes en conflicto no pueden determinar el contenido del laudo, ni su fuerza vinculante”; mientras que en el segundo son “las partes las que tras coincidir en la intención de llegar a un acuerdo fijan posteriormente el contenido del mismo”³⁷⁴. El TC ha declarado la compatibilidad del arbitraje con el art. 117.3 CE, así el auto del TC de 28 de octubre de 1993³⁷⁵ afirma en su fundamento jurídico primero que: “A tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de iuris dictio, pues el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (SSTC 62/1991 [RTC 1991\62], fundamento jurídico 5.º, y 288/1993 [RTC 1993\288], fundamento jurídico 3.º). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la Ley; y sólo carece del imperium necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles. Los órganos del Poder Judicial limitan su intervención a despachar la ejecución «por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias firmes» (art. 53, Ley del Arbitraje), salvo que anulen el laudo. Y dicha anulación sólo puede tener lugar en un recurso específico, competencia de las Audiencias Provinciales, que se encuentra limitado a las causas tasadas que enumera la Ley en su art. 45. Simultáneamente, el art. 10 de la Ley de Arbitraje impide a los Juzgados y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje”³⁷⁶.

Independientemente de su compatibilidad con el art. 117.3 CE en el arbitraje se manifiesta la esencia de la *iurisdictio*. Sólo es en un momento posterior cuando se vincula este concepto con el imperium. En su origen la jurisdicción surge porque dos personas que tienen un conflicto deciden someterse a la solución que dé un tercero³⁷⁷. En un primer momento se acude a ella porque tiene *auctoritas* entre las partes, pero posteriormente se vincula la función con criterios que garanticen que las partes se someterán a su decisión³⁷⁸. En la actualidad se puede afirmar que las partes deciden someterse a la decisión de un tercero, el árbitro;

³⁷⁴ CABALLOL ANGELATS, op. cit., pg. 34.

³⁷⁵ RTC 1993\326 Auto.

³⁷⁶ En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 62/1991 y 288/1993 y los Autos del TC 701/1988, 954/1987 y 382/1985..

³⁷⁷ Ver supra.

³⁷⁸ Ver supra noción de *auctoritas*.

y su decisión está respaldada por la declaración que han efectuado las partes de someterse a la misma y la eficacia que le concede el legislador.

Por todo ello concluimos que el arbitraje no es contrario al artículo 117.3 CE porque las partes deciden someterse a él dentro del ámbito de disposición de los derechos de su esfera jurídica que le permite el ordenamiento.

B) La ejecución extraprocesal

1. Regulación

El artículo 129 de la Ley Hipotecaria fue modificado por la disposición final 9ª, apartado 4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. El tenor literal de este precepto es: “además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de Notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario”.

Este precepto tiene su origen en la aprobación de la Ley Hipotecaria, siendo complementado por los artículos 234 y ss. del Reglamento Hipotecario, aprobado el 14 de febrero de 1947. Posteriormente el Reglamento fu modificado por el RDL 290/1992, de 24 de marzo. La redacción actual fue dada por la disposición final 9.7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y con una reforma puntual por el RDL 6/2012, de 9 de marzo para regular especialidades cuando la ejecución se siga contra la vivienda habitual del deudor.

Antes de la entrada en vigor de la reforma del Reglamento hipotecario de 1992 el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la venta extrajudicial en la sentencia 41/1981 y afirmaba en su fundamento de derecho 5 in fine:

“La ausencia de cognición parece tan esencial a la ejecución hipotecaria, que se halla presente por imperativo legal en la ejecución extrajudicial ante Notario. A este procedimiento alude la Ley Hipotecaria en su artículo 129, al decir que en la escritura de constitución puede pactarse un procedimiento extrajudicial para hacer efectiva la hipoteca. Este procedimiento se inicia por requerimiento notarial de pago. Sigue la integración del título y la notificación del procedimiento a los titulares de derechos inscritos o anotados después. Transcurridos treinta días, se procede a la subasta. Nos hallamos, pues, ante una ejecución tan expeditiva como la judicial. Las causas de suspensión son, según artículo 236 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947\476, 642 y NDL 15458), las mismas que se prevén en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, con la diferencia, respecto de la ejecución judicial, de que la suspensión procede también cuando antes de la subasta se anota preventivamente la oposición formulada en el juicio declarativo.”.

A continuación, en el fundamento de derecho sexto, afirma que:

“El hecho de que el procedimiento de ejecución sumario se caracterice, consecuentemente con la naturaleza del título, por la ausencia de contradicción procesal, no significa que produzca indefensión y que, en consecuencia, resulte anticonstitucional por ser contrario al artículo 24 de la Constitución. Existen poderosos argumentos que apoyan la conclusión opuesta. El primero es de índole sistemática. La situación del deudor o del titular del dominio de la finca hipotecada no se puede enjuiciar sólo a partir de la regulación de la ejecución, sino que viene decidida por el conjunto de las relaciones procesales posibles. Lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario. En rigor, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor; hay una limitación de las excepciones que pueden producir el efecto suspensivo y nada más. La Ley Hipotecaria y los Estatutos del Banco Hipotecario de España dejan abiertas todas las posibilidades de contradicción y se limitan a establecer que sólo unas limitadas excepciones puedan producir suspensión. No se limitan, pues, las posibilidades de contradecir, sino las de suspender mediante el juego de las excepciones. Desde esta perspectiva, es claro que no puede haber violación del artículo 24 de la Constitución, porque el deudor y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados de Tutela”.

Es cierto que el Tribunal Constitucional se pronunciaba sobre el procedimiento judicial sumario y no sobre la venta extrajudicial del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, pero también es verdad que al realizar la comparación entre uno y otro destacaba que en la venta extrajudicial la anotación preventiva del declarativo en el que se formulara una oposición a la misma suspendía la ejecución.

Uno de los aspectos que reformó el Real Decreto 290/1992, de 24 de marzo fue eliminar la suspensión automática de la venta extrajudicial en el caso de que se adoptara la anotación preventiva del juicio declarativo en el que se formulara la oposición a la misma. La reforma del Reglamento Hipotecario provocó que la jurisprudencia se pronunciara sobre su naturaleza jurídica y la no intervención preceptiva de abogado.

La sala 3ª del Tribunal Supremo dictó las sentencias de 16 de octubre de 1995 (RJ 1995\7064) y de 23 de octubre de 1995 (RJ 1995\8123). En la primera de ellas afirma que “en contra del parecer de la Corporación recurrente, que el citado artículo 117.3 de la vigente Constitución lo que consagra es la potestad exclusiva y excluyente de los Juzgados y Tribunales para ejecutar lo juzgado en los procesos de que aquéllos conozcan según las reglas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan y, en consecuencia, el referido «monopolio de las actividades de ejecución» se circunscribe a lo juzgado por los propios órganos jurisdiccionales. Así pues, la regulación de un procedimiento de ejecución extrajudicial de hipotecas, permitido por el artículo 129, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria, no contraviene el precepto contenido en el mentado artículo 117.3 de la Constitución ni lo dispuesto por el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que la existencia de tal procedimiento de ejecución extrajudicial no impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional, atribuido exclusivamente a los Juzgados y

Tribunales por los referidos artículos 117.3 de la Constitución y 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo también se pronunció sobre esta cuestión en la Sentencia número 402/1998, de 4 de mayo (RJ 1998\3464) y declaró la inconstitucionalidad sobrevenida del “procedimiento ejecutivo extrajudicial”. Tal como afirma en el fundamento de derecho octavo “ La confrontación de estos conceptos y criterios, con la posible legitimidad preconstitucional de un procedimiento de ejecución «extrajudicial», arroja un resultado francamente contrario a la vigencia del referido procedimiento, cuya naturaleza de ejecución, al margen, de la jurisdicción, no es objeto de debate doctrinal serio. Ni siquiera soslayando su carácter de inadmisibles ejecución privada, como practicada con publicidad notarial, mediante el artilugio de considerarla una ejecución pública notarial, cabe que se acepte su legitimidad puesto que la función notarial (tan valiosa, de otra parte) no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución, aunque otra cosa pueda decirse de la «jurisdicción voluntaria» que no es en puridad actividad jurisdiccional , no obstante que, contingentemente, por razones variables y coyunturales de política legislativa, sea en gran parte, actividad judicial, compartida, en algunos aspectos, con los notarios y otros funcionarios públicos. Consecuentemente, el artículo 129 párrafo segundo de la Ley Hipotecaria debe considerarse derogado por la disposición transitoria tercera de la Constitución Española por oposición al artículo 117.3 de la misma”.

La Sala Primera del Tribunal Supremo reiteró posteriormente esta doctrina en las Sentencias de 25 de mayo de 2009 (RJ 2009\3041), de 14 de julio de 2008 (RJ 2008\3364), de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\6846), de 13 de diciembre de 2005 (RJ 2005\10169), de 20 de abril de 1999 (RJ 1999\2589) y de 30 de enero de 1999 (1999\331). De todas formas debo advertir que la totalidad de ellas declaran la nulidad de la venta extrajudicial realizada antes de la entrada en vigor de la LEC, que como ya he indicado en su disposición final 9.7 dio nueva redacción al artículo 129 de la Ley Hipotecaria regulando de nuevo la venta extrajudicial.

La contradicción de las sentencias provocó que la sección sexta de la Audiencia Provincial de Valencia elevara al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad 1919/1999, que fue resuelta por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 224/2006, de 6 de julio. En la misma inadmite la cuestión al considerar que “no se somete al conocimiento de este Tribunal una duda razonada sobre la posible inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 129 LH, esto es, una explicación comprensible de las razones en virtud de las cuales el órgano promotor de la cuestión duda de la constitucionalidad del precepto legal, sino una mera exposición doctrinal y jurisprudencial a favor y en contra de dicha constitucionalidad, para que resolvamos por cuál hay que decantarse”. A continuación añade que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad “requiere la efectiva existencia de dudas sobre la constitucionalidad del precepto; dudas que, como ha quedado dicho, deberán ser exteriorizadas por el órgano ju-

dicial, quedando debidamente reflejadas en el Auto de planteamiento de la cuestión”. Al no realizarlo inadmite la cuestión.

Por otro lado, la Dirección General del Registro y del Notariado también se ha planteado la eficacia de la venta extrajudicial. Así en la Resolución de 24 de marzo de 2003 (RJ 2003\3957) afirmando que “debe tenerse en cuenta que, si bien se reconoce a los Jueces y Tribunales la facultad de declarar inaplicable una norma preconstitucional por considerarla derogada por la Constitución (cfr., por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional números 4, 9 y 11, de 2 de febrero [RTC 1981, 4] , 31 de marzo y 8 de abril de 1981, respectivamente), lo cierto es que sólo las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una Ley tienen –«erga omnes» y con carácter definitivo– la virtualidad de expulsar del ordenamiento jurídico dicha norma de modo que no pueda ser aplicada en lo sucesivo (cfr. artículo 164.1 de la Constitución), Además, tampoco puede olvidarse que las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 (RJ 1995, 7054) y 23 de octubre de 1995 admitieron la constitucionalidad y legalidad del procedimiento.”.

Del mismo modo la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado 1/2005 de 29 de diciembre (RJ 2006\744) declara inscribible una venta extrajudicial que el Registrador se había negado porque “se trata de una enajenación extrajudicial del bien inmueble hipotecado basada en un pacto inscrito cuya validez se presume mientras no recaiga la correspondiente declaración judicial en contrario (cfr. Artículo 1 de la Ley Hipotecaria). Habida cuenta que sólo los órganos judiciales (en el caso concreto), y no el Registrador pueden declarar inaplicable una Ley preconstitucional por considerarla derogada por la Constitución, debe concluirse que la calificación registral ahora debatida excede del ámbito establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria”.

Después de la entrada en vigor de la reforma del artículo 129 de la Ley Hipotecaria por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, se han planteado varios procesos instando la nulidad de la venta extrajudicial alegando los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de la venta extrajudicial en su redacción originaria. Sin embargo, los Tribunales no la han declarado y se han negado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional tal como solicitaba el actor. Así la Sentencia de la sección 14ª de la AP de Málaga número 224/2012, de 30 de abril (AC 2012\985) se niega a plantearla porque “ante la carencia de solidez sustantiva en su postulado, las objeciones que la parte apelante oponer respecto a la constitucionalidad del artículo 129 LH en su nueva redacción no gozan –según el criterio de este Tribunal- de la habilidad jurídico material necesaria para modificar la decisión –correcta, insistimos- que, sólo los extremos discutidos, ha sido adoptada en la Resolución recurrida. Por lo que aun cuando se ponga formalmente en consideración de esta Sala que se plantee cuestión de inconstitucionalidad, no consideramos que sea procedente tal planteamiento”.

El recurrente también planteó la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo en el recurso de casación que fue resuelto por la Sentencia de la Sala de lo Civil, sección 1ª, del Tribunal Supremo número 703/2008, de 14 de julio (RJ 2008\3364). En el texto de la misma no hay referencia alguna a la cuestión de inconstitucionalidad en torno a la redacción del artículo 129 LH dada por la LEC, porque el objeto del recurso era una venta extrajudicial realizada durante la vigencia de este precepto antes de su modificación. Sin embargo, GULLÓN BALLESTEROS, en su voto particular nos da noticia de la petición y lo rechaza también porque “esta resolución para nada se fundamenta en el citado precepto”.

Tras exponer la evolución legislativa quiero remarcar lo extraño que es que tras ser declarada la inconstitucionalidad sobrevenida de la anterior regulación, que es cierto que sólo era eficaz en el proceso concreto en el que se declaró, la aprobación de la LEC parece que ha dotado de validez constitucional a esta institución. En mi opinión la esencia para resolver esta cuestión es la naturaleza jurídica y el cómo se garantiza el derecho de defensa del deudor hipotecario y de los terceros³⁷⁹.

2. La naturaleza jurídica de la venta extrajudicial

En la controversia jurisprudencial hay un elemento que es esencial para delimitar la constitucionalidad o no de la venta extrajudicial y es la naturaleza jurídica de la misma. Desde un principio se ha presentado como una alternativa a la ejecución hipotecaria judicial, por lo que las comparaciones con el mismo han sido imposible de evitar. En un principio la doctrina hipotecarista calificó el proceso de ejecución hipotecaria como un proceso de jurisdicción voluntaria, lo cual fue rebatido por la doctrina procesalista afirmando que nos encontrábamos ante un proceso de ejecución de carácter jurisdiccional³⁸⁰. En la actualidad de forma unánime se concibe el proceso de ejecución hipotecaria como un proceso jurisdiccional.

La confusión sobre la naturaleza jurídica del proceso de ejecución hipotecaria judicial ha provocado que se extendiera a la venta extrajudicial. Desde sus orígenes se realizó esta comparación cuando estamos ante procedimientos de distinta naturaleza. Así basta con señalar en la actualidad las siguientes diferencias:

- En el proceso de ejecución hipotecaria judicial el Tribunal debe realizar un análisis del título ejecutivo, debatiéndose en este momento el análisis de cuestiones de la legitimación activa cuando el actor no coincide

³⁷⁹ Ver ampliamente DELGADO RAMOS, en “el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Dudas sobre su validez y efectos”, en *La Venta Extrajudicial del Bien Hipotecado*, Granada, 2012, pp. 107 y ss.

³⁸⁰ Ver ampliamente el análisis que realiza MARTIN DIZ (en *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre los bienes inmuebles*, edit. Comares, Granada, 2000, pp. 108 y ss.) y MONTERO AROCA (en *Ejecución de hipoteca inmobiliaria*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 203 y ss.).

con el titular registral³⁸¹ o bien el análisis del carácter abusivo de alguna de las cláusulas como los intereses moratorios pactados³⁸². Sin embargo, en la venta extrajudicial el notario analiza la regularidad formal de la escritura de hipoteca y que contenga el pacto de venta extrajudicial y la representación para la realización de la venta.

- En el proceso de ejecución hipotecaria se permite que el deudor hipotecario formule oposición por motivos materiales, debatiéndose en este momento si se debe permitir ampliar las causas de oposición y procesales. Sin embargo, en la venta extrajudicial el deudor hipotecario no puede articular ninguna causa de oposición al proceso de ejecución hipotecaria al no ser un proceso jurisdiccional.
- En el proceso de ejecución hipotecaria el deudor hipotecario puede articular las causas de oposición que no pudo alegar en este proceso a través del proceso declarativo posterior, produciendo efectos de cosa juzgada aquellas que debieron ser alegadas en el proceso de ejecución hipotecaria. Sin embargo, en la venta extrajudicial el deudor hipotecario tan sólo puede acudir al procedimiento declarativo, con los efectos que indicaré en los siguientes apartados.
- Es decir, el proceso de ejecución hipotecaria tiene efectos de cosa juzgada, si bien limitado a aquellas causas de oposición que se pudieron alegar en el mismo. Sin embargo, la venta extrajudicial nunca produce el efecto de cosa juzgada.

La función del notario en la venta extrajudicial ha sido delimitada en numerosas ocasiones por la jurisprudencia. Así la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 803/2011, de 29 de marzo, afirma que el notario ejerce una función pública, por lo que les es exigible el control de la legalidad que impone el artículo 147 del Reglamento Notarial. Tal como indica esta sentencia la intervención notarial “va dirigida a garantizar la regularidad formal de la enajenación”, debiendo controlar la legalidad del proceso.

GASCÓN INCHAUSTI analiza la función del notario en el procedimiento de venta extrajudicial y afirma que analiza la regularidad formal, pone al servicio de la venta extrajudicial una infraestructura, intervienen en la escritura pública y aporta lo que hace falta según la Ley Hipotecaria para que tenga acceso al Registro de la Propiedad, media en la venta del bien con objetividad. Tal como afirma “es una forma férreamente reglamentada de hacer efectiva una garantía privada, entre sujetos privados, sin necesidad de que intervenga la autoridad judicial”³⁸³.

³⁸¹ Así por ejemplo la Sentencia de la sección 19 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de enero de 2013.

³⁸² Así los Acuerdos de los Magistrados de la Audiencia Provincial de Girona de 14 de noviembre de 2009 y el de los Magistrados de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de noviembre de 2012.

³⁸³ GASCÓN INCHAUSTI, en “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 48, 1998, p. 1308.

Desde esta perspectiva el notario no realiza ningún acto de coerción, sino que tan solo analiza la regularidad formal del título y la corrección del procedimiento previsto en el Reglamento Hipotecario. Es decir, una actividad no jurisdiccional, por lo que no es incompatible con el art. 117.3 CE. Este argumento lo refuerza la LEC al permitir el art. 641 LEC que “el bien lo realice persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes” y que “el bien se enajene por medio de entidad especializada pública o privada”; con lo que el legislador admite que la venta no se trata de una actividad jurisdiccional.

Estas diferencias justifican que nos hallemos ante procesos que tienen una naturaleza distinta, siendo el elemento diferenciador la producción de efectos de cosa juzgada del proceso de ejecución hipotecaria. Y esta es la característica esencial de la jurisdicción respecto de otros procesos que no tienen carácter jurisdiccional. Consecuentemente el proceso de ejecución hipotecaria tiene carácter jurisdiccional.

Como ya he indicado la venta extrajudicial no produce nunca el efecto de cosa juzgada, por lo que no puede afirmarse su carácter jurisdiccional. A pesar de ello un sector doctrinal lo ha asimilado a un proceso de ejecución³⁸⁴ para aplicar analógicamente la regulación que se realiza del proceso judicial de ejecución hipotecaria para completar lo que consideran lagunas legales, como la no posibilidad de oponerse a la misma remitiendo al proceso declarativo posterior.

Esta confusión no sólo es doctrinal sino que es en gran medida responsabilidad del legislador. Así ya he indicado como en la reforma del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 290/1992 la modificación del artículo 236 ñ RH remitió la oposición del deudor hipotecario a los cinco últimos apartados del artículo 132 LH reabre el debate sobre la naturaleza jurídica de la venta extrajudicial³⁸⁵. La asimilación de la venta extrajudicial al proceso de ejecución provocó la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida de este procedimiento por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 402/1998, de 4 de mayo (RJ 1998\3464) y las sentencias posteriores dictadas por esta Sala provocando la discusión jurisprudencial y la posición de la Dirección General del Registro y del Notariado que he referenciado en el apartado anterior.

En su regulación originaria el Reglamento Hipotecario preveía expresamente que si se anotaba en el Registro la oposición formulada suspendería el procedimiento extrajudicial. Es decir, no se discutía el alcance del control jurisdiccional sobre la venta extrajudicial que podía llegar a suspenderla a través de la adopción de una medida cautelar de anotación preventiva de la demanda del procedimien-

³⁸⁴ En este sentido GONZALEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, en “Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución”, en *La Venta Extrajudicial del Bien Hipotecado*, Granada, 2012, pp. 50 y ss.

³⁸⁵ Esta evolución lleva a que ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO afirmen que antes de la reforma procesal de 2000 “había base para afirmar que se trataba de un proceso de ejecución pura” y que tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, “el procedimiento extrajudicial contiene el marco para el ejercicio de un derecho privado sujeto a unos requisitos legales cuyo control es notarial” (op. cit., p. 474).

to ordinario. Sin embargo, la reforma del RH de 1992 eliminó esta previsión y asimila la venta extrajudicial al procedimiento judicial hipotecario al remitirse a la regulación de los cinco últimos apartados del artículo 132 LH, que regulaba las causas de suspensión de este último de una forma restrictiva³⁸⁶.

Esta decisión legislativa fue errónea ya que es evidente que el notario no ejerce actividades jurisdiccionales, por lo que no se puede asimilar su actuación con la de los tribunales. Por ello no puede aplicarse analógicamente

Si se considera que la venta extrajudicial notarial es un proceso de ejecución el mismo es inconstitucional al ser contrario al artículo 117.3 CE que prevé que los Jueces y Tribunales tienen competencia exclusiva para hacer ejecutar lo juzgado. La cuestión que se plantean las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que declararon la inconstitucionalidad sobrevenida es que “vigente la Constitución Española, no es consecuente que se admitan formas o manifestaciones de ejecución extrajurisdiccionales, pues el monopolio de la ejecución, corresponde, en este ámbito, exclusivamente al poder judicial... No cabe, ..., en este orden, que se confunda la fase procesal de declaración que, en su intención y desarrollo, depende, en mucho de la voluntad de las partes, hasta el punto de que puede excluirse por formas de la llamada justicia privada, como el arbitraje, u otros modos de elaboración de títulos ejecutivos no jurisdiccionales, que se detienen, precisamente, ante la obligada ejecución forzosa del laudo o del título ejecutivo extrajudicial, sólo por órganos de la jurisdicción”³⁸⁷.

Otra posición es afirmar que la venta extrajudicial no implica el ejercicio de ningún acto de coerción, en mi opinión la correcta, y es consecuencia del pacto entre las partes³⁸⁸. Así CABALLOL ANGELATS afirma que “el embargo y la traba de bien en todos los procesos de realización hipotecaria tiene lugar en el momento de constitución de la hipoteca” y si el ejecutado se opone a la puesta en posesión del adjudicatario sobre el bien, “el Reglamento Hipotecario establece la facultad del adquirente de instar la puesta en posesión ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se halla sita la finca”³⁸⁹. Es decir, sostiene la constitu-

³⁸⁶ GONZALES-MENESES GARCIA-VALDECASAS, afirmando el carácter de ejecución de la venta extrajudicial, analiza su constitucionalidad y plantea que “no me parece del todo descartable que en este nuevo contexto normativo (y sobre todo en este nuevo contexto social) la doctrinal del año 1981, que se sigue manteniendo para el procedimiento judicial especial de ejecución hipotecaria, pudiera ser revisada por el Tribunal Constitucional si se plantease ahora la cuestión directamente en relación con el procedimiento notarial de ejecución” (en “Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria”, cit., p. 65).

³⁸⁷ STS de 20 de abril de 1999 (RJ 1999\2589).

³⁸⁸ ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ I XIRGO (op. cit., pp. 473 y ss) y GAS-CÓN INCHAUSTI (en Comentario a la Sentencia de 4 de mayo de 1998, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 48, 1998, pp. 1168).

³⁸⁹ CABALLOL ANGELATS, *Consideraciones sobre la exclusividad de la potestad de ejecutar, con motivo de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, sobre el proceso notarial de realización hipotecaria*, en “la Ley”, 1999-3.

cionalidad del procedimiento de ejecución extrajudicial en la medida en que el notario no realiza ningún acto de coerción³⁹⁰.

En el mismo sentido la Dirección General del Registro y del Notariado en la Resolución de 24 de marzo de 2003 (RJ 2003\3957) afirma que “la enajenación forzosa constituye un mero desenvolvimiento de la eficacia de la hipoteca”. En la Resolución 1/2005, de 29 de diciembre (RJ 2006\744) afirma que “se trata de una enajenación extrajudicial del inmueble hipotecado basada en un pacto inscrito cuya validez se presume mientras no recaiga la correspondiente declaración judicial en contrario”.

Es indudable que al asumir el Estado el monopolio de la jurisdicción, prohíbe simultáneamente la autotutela de sus ciudadanos para lograr la paz social y la seguridad jurídica. Pero no puede impedir que éstos dispongan de sus derechos como estimen conveniente; es decir, que una persona realice actos de disposición en su esfera jurídica. El Estado tan sólo puede establecer limitaciones a este derecho que se funden en un exceso en el ámbito de actuación que afecte al orden público o a terceros³⁹¹. Y la venta extrajudicial no implica autotutela del derecho ni actividad ejecutiva alguna.

Si se analiza el contenido de los arts. 129 de la Ley Hipotecaria y del art. 236 a a ñ del Reglamento Hipotecario se constata que el deudor hipotecario autoriza al constituir la hipoteca a que la venta del bien hipotecado se enajene por un tercero en caso de impago de las cuotas correspondientes. Es decir, le autoriza expresamente a realizar la venta del bien para el pago de la deuda.

Como argumento adicional el TS declaraba la inconstitucionalidad de este procedimiento porque se trataba de una ley preconstitucional³⁹². Sin embargo, la LEC reforma el art. 129 de la Ley Hipotecaria en la disposición final 9ª, 4ª de la LEC, con lo que solo se podrá declarar su inconstitucionalidad por el TC. Con esta modificación el legislador ha superado la objeción que planteaba el TS a la circunstancia de que no se hubiera previsto expresamente por una ley, sino tan sólo en el ámbito reglamentario.

A modo de conclusión la venta extrajudicial no es una actividad jurisdiccional y no se puede asimilar. Partiendo de esta premisa no se puede aplicar analógicamente la LEC a la regulación del Reglamento Hipotecario, ya que la misma tan sólo regula la venta extrajudicial. Así lo ha declarado la Dirección General del Registro y del Notariado en la Resolución de 17 de septiembre de 2012 al negar la

³⁹⁰ En el mismo sentido se pronuncian GOMEZ DE LIAÑO (*Notas sobre la inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial del artículo 129.2 de la ley Hipotecaria*, en “la Ley”, 22 de julio de 1998) y GASCON INCHAUSTI (en op. cit., p. 1308..

³⁹¹ Ver extensamente el análisis que realizo en *El allanamiento en el proceso civil*, Barcelona, 2000, pgs. 43 y ss.

³⁹² SANTAOLALLA reconocía como único vicio de la venta extrajudicial la insuficiencia de rango, por lo que concluía que la solución era que se incluyera su regulación esencial en la Ley Hipotecaria (en “Jurisdicción y ejecución extrajudicial”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, año 74, número 748, p. 1686).

aplicación de la vía de apremio o de la notificación edictal prevista en la LEC a la venta extrajudicial.

C) La jurisdicción voluntaria

El art. 117.4 CE prevé que “los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho”. Entre estas funciones adicionales que le encarga el ordenamiento jurídico se puede incluir la jurisdicción voluntaria (regulada en la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria³⁹³), si bien esta conclusión depende de la naturaleza jurídica de la misma³⁹⁴.

La doctrina se divide al considerar la jurisdicción voluntaria como un acto judicial de carácter administrativo o jurisdiccional³⁹⁵. La postura mayoritaria considera que nos hallamos ante un acto del primer tipo atendiendo a que las resoluciones que dicta el juez no producen el efecto de cosa juzgada³⁹⁶. Un segundo grupo de autores³⁹⁷ consideran que tiene carácter jurisdiccional debido a la presencia del juez, a que existe un *processus iudicis*, a que los actos de jurisdicción voluntaria constitutivos deben su existencia jurídica al *iudicium* y a que la cosa juzgada se produce en el ámbito limitado para el que están previstos los actos de jurisdicción voluntaria³⁹⁸.

El origen de esta polémica se halla en el punto de partida de esta institución³⁹⁹. El primero que utiliza este concepto es MARCIANO en D., I.16.2 pr.⁴⁰⁰. Con

³⁹³ Vid., un completo estudio en VV.AA., “Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio”, bajo la dirección de la Prof^a. Sonia CALAZA LÓPEZ y la coordinación de la Prof^a. D^a. Mercedes DE PRADA RODRÍGUEZ, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2022.

³⁹⁴ CALAZA LÓPEZ. “Confluencia de la Jurisdicción y desjudicialización”, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2020.

³⁹⁵ Ver ampliamente GARRIGA ARIÑO, *Los supuestos juicios de equidad...*, cit., pgs. 290 y ss.

³⁹⁶ GUASP DELGADO afirma que la jurisdicción voluntaria “no es auténtica jurisdicción”. Lo argumenta en que no hay ninguna satisfacción de pretensión procesal y porque no puede verse un conflicto inter partes ni una protección, actuación o tutela coactiva, de ningún derecho subjetivo u objetivo. Finalmente le otorga carácter administrativo porque “no queda otro cauce, dentro de las figuras del derecho público, al que la jurisdicción voluntaria indudablemente pertenece, dada la presencia en ella de un órgano del Estado, que atribuirle un cometido estrictamente administrativo” (en *Derecho Procesal Civil*, tomo II –con ARAGONESES–, Madrid, 1999, pg. 736). En términos similares se pronuncia SERRA DOMÍNGUEZ que considera que el juez actúa como funcionario público, por lo que su actuación es simplemente administrativa (en *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, en “Estudios...”, cit., pg. 635).

³⁹⁷ Entre los que se hallan SATTA (en *Diritto Processuale Civile*, cit., pg. 597), DE MARINI (*Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1954, pgs. 225 y ss.) y RAMOS MENDEZ (en *Derecho y Proceso*, cit., pg. 292; en *La jurisdicción voluntaria en los negocios de comercio*, Barcelona, Madrid, 1978, pgs. 41 y ss; y en *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Barcelona, 1992, pgs. 1290 y ss.).

³⁹⁸ RAMOS MÉNDEZ, en *Derecho Procesal...*, cit., pg. 1294.

³⁹⁹ En este aspecto seguimos el análisis que realiza FERNANDEZ DE BUJÁN, op. cit., pgs. 20 y ss.

⁴⁰⁰ Literalmente el texto es el siguiente: “*Omnes proconsules statim, quam Urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem: sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adoptiones fieri.*

Apud legatum vero Proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem.”

independencia del destino de la obra, que parece que iba dirigida a los gobernadores provinciales y no a los magistrados urbanos, se planteó la discusión entre los términos “contentiosus” y “voluntarius” que aparece en el texto. Se constata que el término contencioso referido a *iurisdictio* solo se encuentra en textos de la época postclásica o justiniana ⁴⁰¹. En el texto de MARCIANO, según FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “el vocablo voluntaria no alude en el caso presente a que el magistrado, por propia voluntad, pueda conceder o negar su participación, porque ésta constituye, en los casos en que está prevista, un deber, un *officium*, sino que apunta a que la participación del magistrado se ejerce *inter volentes*, es decir, entre personas que espontáneamente, voluntariamente, reclaman o solicitan su intervención, y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, con la particularidad de que tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución del magistrado –y en caso contrario, cabría la vía de la jurisdicción contenciosa–, sin que del mismo se derive un perjuicio para los derechos de terceras personas” ⁴⁰². Por otro lado, toda la doctrina ha criticado la adjetivización de la jurisdicción como voluntaria ⁴⁰³.

En Roma los actos de jurisdicción voluntaria a los que hacía referencia MARCIANO (básicamente se trataba de manumisiones, emancipaciones y adopciones), estaban incluidos en las *legis actiones*. Lo que ocasiona que la contraposición sólo surja en un periodo tardío en el texto citado anteriormente ⁴⁰⁴. A partir de estos datos la doctrina romanista discute sobre la clasicidad de la distinción entre jurisdicción voluntaria y contenciosa. Tras su análisis FERNÁNDEZ DE BUJÁN llega a la conclusión de que “la distinción sería obra de MARCIANO, el cual quizás no habría tenido intención de introducir una novedad institucional en el ámbito de la *iurisdictio*, sino que se ha limitado a calificar como *voluntaria* el ejercicio de determinadas competencias de los procónsules y a incluirlas dentro de la noción de *iurisdictio*, que en la época en que escribe MARCIANO abarcaría toda la actividad del magistrado jurisdiccional” ⁴⁰⁵. Sobre la naturaleza de estos actos llega a afirmar que “en las épocas republicana y clásica, los actos que requieren para su formalización el expediente de una *in iure cessio*, a través de las formalidades de las *legis actiones*, se encuadrarían dentro del concepto de *iurisdictio* en sentido técnico, si bien en la época clásica se habría acentuado la finalidad negocial perseguida por las partes, y se habrían atenuado las formalidades procesales de las *legis actio* en relación con las que era necesario observar en la época republicana”.

Posteriormente esta distinción, que como se ha demostrado no tiene ningún antecedente en el derecho romano, tiene éxito y se traslada al derecho continental a través de los glosadores. Finalmente se incorporaría en las compilaciones legislativas que se realizan en el s. XIX. La dificultad de incorporar una distinción

⁴⁰¹ FERNANDEZ DE BUJÁN, op. cit.... pg. 20.

⁴⁰² Op. cit., pg. 23.

⁴⁰³ Op. cit., pgs. 24 y ss.

⁴⁰⁴ Op. cit., pgs. 52 y ss.

⁴⁰⁵ Op. cit. pg. 57.

efectuada con una finalidad meramente didáctica motiva que bajo la denominación de jurisdicción voluntaria se regule un conjunto heterogéneo de actuaciones judiciales que hacen difícil encontrar un mínimo común denominador para determinar su naturaleza jurídica⁴⁰⁶. Para determinarlo tendríamos que analizar cada uno de ellos. Esta actividad es importante en la medida en que la calificación permitirá que la función la asuma un órgano público distinto de los Juzgados y Tribunales o corresponderle exclusivamente a éstos⁴⁰⁷. Siguiendo la clasificación realizada por SERRA DOMINGUEZ⁴⁰⁸ podemos concluir que son actos de carácter administrativo los homologadores, los de mera documentación y los de simple presencia ya que el Juez no emite juicio alguno sobre ellos. Sin embargo, existen más dudas cuando se trata de actos constitutivos; éstos pueden tener carácter necesario o supletorio. El legislador los ha considerado como actos administrativos⁴⁰⁹.

A través de esta distinción se puede configurar la jurisdicción voluntaria con mayor precisión. En todo caso el nexo común de todos estos actos es que el juez no interviene como órgano jurisdiccional, sino como órgano administrativo. La finalidad de su intervención dependerá del tipo de acto que analicemos el supuesto concreto, y de ello deriva la dificultad de realizar una teoría general de la misma. El atribuir su conocimiento a los órganos jurisdiccionales es una decisión de política legislativa, por lo que se puede alterar en cualquier momento a favor de cualquier órgano público.

Por último en todo tipo de actuación existe un juicio, pero la diferencia es que en los actos de jurisdicción voluntaria éste no tiene la eficacia de cosa juzgada. El valor de la actuación judicial es la misma que la de cualquier hecho jurídico en el que se constituye una relación jurídica⁴¹⁰, pero en ningún caso la decisión es irrevocable, sino que se puede discutir en un proceso ordinario posterior⁴¹¹. Además en estos actos no concurren partes, sino interesados; de forma que si éstos manifiestan cualquier tipo de oposición la actuación judicial se convierte en jurisdiccional.

⁴⁰⁶ En este sentido RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pg. 289. FERNANDEZ BUJAN afirmaba que en el derecho romano se generalizó el término de jurisdicción voluntaria a partir de que apareciera en las Instituciones de Marciano para hacer referencia a un conjunto heterogéneo de actuaciones procesales (en *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1999, pg. 18).

⁴⁰⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN propone que se revise el concepto para lograr “una mayor conciliación entre lo que ha constituido la evolución histórica de una institución y su regulación en la legislación actual” (op. cit. pg. 116).

⁴⁰⁸ En *Naturaleza jurídica...*, cit., pg. 634.

⁴⁰⁹ En la reforma que se efectuó de la antigua LEC a través de la ley 10/1992, se atribuyó a los notarios la declaración de herederos abintestato cuando sean los descendientes, ascendientes o cónyuge del finado (art. 979 LEC de 1881 que se mantiene en vigor tras la aprobación de la nueva LEC). Sin embargo, el notario no realiza ningún tipo de juicio, sino que tan solo realiza un acta de notoriedad, por lo que podría calificarse como un acto de mera documentación.

⁴¹⁰ GARRIGA ARIÑO, *Los supuestos juicios de equidad de la Ley de Propiedad Horizontal*, tesis doctoral, en prensa.

⁴¹¹ Ver extensamente CARRERAS LLANSANA, *Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria*, en “Estudios de Derecho Procesal”, con FENECH NAVARRO, Barcelona, 1962, pgs. 681 y 682.

IX. LA COSA JUZGADA COMO CARACTER DIFERENCIAL DE LA JURISDICCIÓN

La circunstancia de que en el periodo histórico actual el Estado haya asumido la función judicial motiva que debamos analizar la diferencia de ésta con el resto de funciones estatales: la legislativa y la ejecutiva.

1. La función legislativa y la función jurisdiccional

La principal diferencia entre ambas funciones es que mientras la legislación es una consecuencia directa del poder, la jurisdicción es anterior a éste. La jurisdicción surge antes de que existiera un Estado, concretamente su origen viene determinado por el acuerdo de dos personas de someter sus intereses a la decisión de un tercero, comprometiéndose a cumplir la resolución de éste. Sin embargo, la legislación no puede entenderse sin un poder fáctico que la respalde.

Otra de las diferencias es que mientras la ley tiene un carácter abstracto, la jurisdicción consiste en la declaración del derecho en un caso concreto. Es decir, mientras las normas dan una indicación de cuales son los valores dominantes en una época determinada en el sector de la sociedad que ostenta la fuerza; en la jurisdicción el juicio de valor es de una persona concreta y determinada, que puede coincidir o no con los principios que defiende la oligarquía que ostenta el poder.

La diferencia esencial consiste en que mientras la decisión jurisdiccional es esencialmente irrevocable, la norma legal puede ser modificada por otra.

Entre ambas funciones existe una similitud que es que en ambas se formulan juicios. La norma legal es un juicio de carácter abstracto que intenta regular la forma de comportarse en las relaciones sociales para lograr la convivencia pacífica de la sociedad. La jurisdicción emite un juicio sobre los intereses concretos contrapuestos que son sometidos a su conocimiento.

2. La función ejecutiva y la función jurisdiccional

Entre estas dos funciones del Estado existe una identificación de la que debemos partir: en ambos casos se actúa sobre lo concreto. Sin embargo, en la actuación de uno y otro existe una diferencia fundamental. La doctrina ha intentado encontrarla acudiendo a diversos criterios como la ajenidad, la consideración del derecho como medio o como fin... etc ⁴¹². Pero desde la perspectiva dualista de las relaciones entre derecho y proceso resulta muy difícil establecer claramente la distinción entre la actividad administrativa y la actividad jurisdiccional ⁴¹³.

⁴¹² Ver SERRA DOMÍNGUEZ para una exposición detallada de los diversos intentos de individualización y las objeciones que se le pueden oponer (*jurisdicción*, cit., pg. 55).

⁴¹³ Ver la exposición de las diversas teorías que hemos realizado y las críticas que hemos apuntado, en *infra*. Ver también ALLORIO que examina las teorías dualistas más representativas y manifiesta la confusión existente (en *Ensayo Polémico sobre la Jurisdicción Voluntaria*, "Problemas de Derecho Procesal",

Ello motiva que las diferencias entre ambas funciones deban establecerse desde otra perspectiva. Si se observa la actividad, y no meramente la función jurisdiccional y administrativa, se percibe una distinción esencial: las decisiones jurisdiccionales permanecen en el tiempo de forma indefinida, sin que puedan ser alterada posteriormente; sin embargo, las resoluciones administrativas y las leyes tienen un carácter temporal, ya que pueden ser alteradas en cualquier momento por los mismos órganos que las han dictado. Esta circunstancia contrasta con las resoluciones jurisdiccionales que sólo podrán ser modificadas por la vía de los recursos ordinarios, y una vez que han adquirido la fuerza de cosa juzgada por vía de los mal llamados recursos de revisión y amparo. Es decir, cuando el órgano jurisdiccional firma la resolución jurisdiccional, ésta deviene inmodificable si no es por la vía indicada anteriormente. Ello puede dar lugar a situaciones de manifiesta injusticia porque una de las partes estuvo indefensa durante el desarrollo del proceso, bien por un error judicial que no realizó las notificaciones correctamente o por la actitud dolosa de la parte contraria; para evitar estas circunstancias se puede acudir a los recursos de amparo en el primer caso y al recurso de revisión en el segundo ⁴¹⁴. Posteriormente analizaremos estos recursos para determinar si atentan contra la fuerza de cosa juzgada de las decisiones jurisdiccionales.

ALLORIO fue el primer autor que centró en la cosa juzgada la distinción entre la actividad administrativa y jurisdiccional ⁴¹⁵. En palabras del profesor italiano “se perfila un principio de distinción que culmina en la observación de actos provistos de eficacia declarativa susceptibles de adquirir fuerza de cosa juzgada; es decir, reguladores a su imagen y semejanza, de la situación jurídica sobre la cual operan; que constituyan por sí su propia legitimidad, que precluyan toda censura que tenga a ésta por objeto, a diferencia de lo que ocurra con los otros actos, después de cuyo cumplimiento, en cambio, la cuestión de la conformidad al derecho no está cerrada, sino que se abre una amplia y total posibilidad de examen” ⁴¹⁶.

La producción de la fuerza de cosa juzgada lo pone en relación con el procedimiento de adopción de la decisión. De esta manera sólo aquella resolución que

tomo II, ed. EJEÁ, Buenos Aires, 1963, pg. 33-36; y en *Nuevas Reflexiones Críticas en Tema de Jurisdicción y Cosa Juzgada*, en “Problemas...”, cit., pg. 51-129).

⁴¹⁴ Antes estaba previsto el incidente de nulidad de actuaciones para evitar que se produjeran estas situaciones de indefensión. Sin embargo, el legislador lo suprimir en la reforma que se efectuó de la LEC a través de la ley 34/1984. Ver HERNÁNDEZ GALILEA (*la Nueva Regulación de la Nulidad Procesal –el sistema de ineficacia de la LOPJ–*, edit. Forum, Oviedo, 1995, pgs. 131 y ss.), SERRA DOMÍNGUEZ (*Comentarios a la Reforma Urgente de la LEC*, coord. CORTÉS DOMÍNGUEZ, AAVV, ed. Tecnos, Madrid, 1985, pgs. 629 y ss) y VERGÉ GRAU (*el Incidente de Nulidad de Actuaciones*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1987). Para examinar el funcionamiento de esta institución ver HERNÁNDEZ GALILEA (op. cit., pgs. 289 y ss.), SERRA DOMÍNGUEZ (*el Incidente de Nulidad de Actuaciones*, “Justicia”, 1981, pgs. 43 y ss.) y VERGÉ GRAU (*el Incidente de Nulidad de Actuaciones*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1982).

⁴¹⁵ Este criterio ya había sido utilizado en Francia para diferenciar entre la actividad administrativa y judicial. Ver JEZE (*l’Acte Jurisdictionnelle et la Clasificación des Recours Contentieux*, en “Revue de Droit Public”, 1909, pgs. 667 y ss.; id., *les Principes Généraux de Droit Administratif*, París, 1944) y JAPIOT (*Jurisprudence Française*, en “Revue Trimestelle de Droit Civil”, 1912, pg. 785).

⁴¹⁶ ALLORIO, *Ensayo Polémico...*, cit., pg., 27.

se haya adoptado a través de un procedimiento particularmente calificado puede tener este carácter porque constituye su justificación ⁴¹⁷. Sin embargo, siendo la regla general, no se produce en todos los casos porque otras resoluciones pueden ser jurisdiccionales aunque el procedimiento sea sumario o las dicten jueces especiales; “y ello en virtud de normas particulares que, o directamente dejen argüir como completa a esas declaraciones de certeza la fuerza de cosa juzgada, o bien atribuyan a los órganos que pronuncian las declaraciones de certeza y a los procedimientos que a ellas conducen, el carácter jurisdiccional” ⁴¹⁸.

Por último delimita su concepto de cosa juzgada indicando que no puede ser entendida como mera irrevocabilidad como hace LIEBMAN ⁴¹⁹, sino como acto reglamentario de la relación controvertida ⁴²⁰. Tal como indica ALLORIO la teoría de LIEBMAN inspira la Sentencia de la Cámara de Apelación de Milán de 17 de diciembre de 1947 que “terminó por atribuir valor de cosa juzgada a un decreto emitido en cámara de consejo, e inhibiéndole todo nuevo examen a menos que fuese en virtud de cambio en las circunstancias de hecho” ⁴²¹. Esta decisión motivó una dura crítica del mismo LIEBMAN rechazando esta consecuencia de su teoría ⁴²².

En España uno de los autores que primero consideró la cosa juzgada como nota esencial y diferenciadora de la jurisdicción es SERRA DOMÍNGUEZ ⁴²³. Según este autor “cuando un acto determinado sea irrevocable o esté ligado directamente a un acto irrevocable, dicho acto será jurisdiccional” ⁴²⁴. La cosa juzgada se identifica en la concepción de este autor con la indiscutibilidad de la decisión firme ⁴²⁵; siendo su eficacia absoluta cuando las sentencias definitivas se pronuncian sobre el fondo del asunto. Es decir, no es posible formular un ataque directo o una impugnación indirecta contra la sentencia ⁴²⁶.

A esta concepción se le han realizado diversas críticas. ALCALÁ ZAMORA realiza tres objeciones ⁴²⁷:

⁴¹⁷ ALLORIO, op. cit., pg. 27.

⁴¹⁸ ALLORIO, op. cit., pg. 28.

⁴¹⁹ Citado por ALLORIO, op. cit., pg. 36, nota 76.

⁴²⁰ ALLORIO, op. cit., pg. 37.

⁴²¹ Ver en ALLORIO, op. cit., pg. 36, nota, 79.

⁴²² LIEBMAN, *Foro Italiano*, 1948, I, col. 327.

⁴²³ Anteriormente habían reconocido este carácter GUASP DELGADO (*los Límites Temporales de la Cosa Juzgada*, en “Anuario de Derecho Civil”, 1948, pg. 435) y PRIETO-CASTRO (*Derecho Procesal*, Madrid, 1969, I, pg. 580).

⁴²⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, cit., pg. 60.

⁴²⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI-2 –con CORDÓN MORENO y GUTIÉRREZ de CABIEDES–, coord. ALBALADEJO, ed. EDESA, Madrid, 1981, pg. 651.

⁴²⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 654-655. Ver pgs. 655 para un análisis de la extensión de la cosa juzgada.

⁴²⁷ ALCALÁ-ZAMORA, *Notas Relativas al Concepto de Jurisdicción*, en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1972, pg. 491.

- si bien la cosa juzgada es la finalidad perseguida por todo proceso jurisdiccional a través de su fase de declaración o conocimiento, no siempre se alcanza.
- hay ejercicio de la jurisdicción antes de que se produzca la cosa juzgada y al margen por completo de ella.
- no ha faltado quien extiende la noción de cosa juzgada a la esfera administrativa.

La segunda objeción se puede refutar fácilmente distinguiendo entre actos jurisdiccionales puros y por conexión. En el primer grupo sólo puede incluirse la declaración de derecho que efectúa el órgano jurisdiccional en la sentencia; en el segundo grupo se encuentran toda la actividad que se desarrolla para lograr la elaboración del juicio ⁴²⁸. Consecuentemente antes de la declaración del derecho, se realizan aquellas actuaciones que son necesarias para que el Juez pueda formarse el juicio, y que son imprescindibles dado el carácter imperfecto de la naturaleza humana ⁴²⁹.

Consecuentemente cuando el órgano judicial no puede declarar el derecho porque no concurren los presupuestos procesales necesarios para que pueda conocer del fondo del asunto, no se produce cosa juzgada sobre el fondo del litigio. Pero sí que existe respecto de aquella situación que ha sido declarada por el órgano jurisdiccional y que ha motivado la absolución en la instancia. Es decir, no se trataría de que este tipo de sentencias no produjera cosa juzgada, sino de la identificación de los límites objetivos de la misma ⁴³⁰.

Por último, como antes hemos indicado, la cosa juzgada no se puede predicar de la función legislativa y ejecutiva ⁴³¹. Éstas son eminentemente variables: una norma legal puede ser sustituida por otra en cualquier momento, dependiendo sólo de la voluntad política de realizarlo.

De la función administrativa también se puede predicar esta variabilidad. El art. 102 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre ⁴³², permite que la resolución administrativa puede ser revisada de oficio por la propia administración “previo dictamen favorable del Consejo de Estado” cuando sean nulas de acuerdo con el art. 62.1 LPA. En los demás casos el art. 103 LPA regula su anulación previa declaración de lesividad para el interés público y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa; requisitos que no serán nece-

⁴²⁸ Ver supra.

⁴²⁹ Ver BALLBÉ (*la Esencia del Proceso*, cit., pg. 46 y ss.), RAMOS MÉNDEZ (*Derecho y Proceso*, cit., pg. 141) y SERRA DOMÍNGUEZ (*Jurisdicción*, cit., pg. 51).

⁴³⁰ SERRA DOMÍNGUEZ (*Comentarios...*, cit., pg. 651) y RAMOS MÉNDEZ (*Derecho y Proceso*, cit., pg. 142).

⁴³¹ SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, cit., pg. 53 y 61.

⁴³² En adelante LPA.

sarios cuando infrinjan manifiestamente la ley, lo haya dictaminado el Consejo de Estado y no hayan transcurrido cuatro años desde que fue adoptada.

Otras objeciones que se han formulado a esta teoría es la no producción de cosa juzgada de los juicios sumarios, del juicio ejecutivo y de las medidas cautelares ⁴³³. Pero en este caso lo que se produce es que la cosa juzgada sólo se extiende a aquellas cuestiones que pudieron ser planteadas en el proceso de declaración o en el incidente declarativo que se inserta en el proceso de ejecución ⁴³⁴. La cosa juzgada también se produce en el auto que resuelve el incidente de adopción de las medidas cautelares ⁴³⁵, tal como reconoce actualmente en el art. 736 de la nueva LEC ⁴³⁶.

SEGNI objetó a atribuir a la cosa juzgada el carácter diferenciador de la función jurisdiccional que “es más bien un efecto de la jurisdicción y que la naturaleza de las funciones no puede definirse por sus efectos” ⁴³⁷. Pero esta crítica queda desvirtuada por el desarrollo que a continuación realiza de la misma. En ella, según RAMOS MÉNDEZ, llega a la conclusión de que “la cosa juzgada es un efecto que deriva de la propia naturaleza de la jurisdicción y por lo tanto, aunque ello pueda parecer una contradicción, es algo inmanente y consustancial a la propia función” ⁴³⁸.

Actualmente la doctrina reconoce que la cosa juzgada es un criterio distintivo de la actividad jurisdiccional respecto de las demás funciones del Estado. Como antes hemos indicado dan un concepto de jurisdicción en su manifestación en la época actual, pero siempre haciendo referencia a la irrevocabilidad de la decisión como único criterio que delimita perfectamente la función jurisdiccional frente al resto de funciones del Estado ⁴³⁹.

Otro de los criterios que se han seguido para diferenciar la actividad jurisdiccional de la ejecutiva es la imparcialidad del juez frente a la actuación interesada

⁴³³ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 523.

⁴³⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios...*, cit., pg. 651. En el mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente, por ejemplo en Sentencias de 23 de marzo de 1990 (R.A. 1724) y de 30 de abril de 1991 (R.A. 3114).

⁴³⁵ Ver PÉREZ DAUDÍ, *Las Medidas Cautelares en el Proceso de Propiedad Industrial*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, pgs. 325 y ss.

⁴³⁶ Ver el comentario que realizo en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil, Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, Barcelona, 2001, pgs. 624 y ss.

⁴³⁷ SEGNI, *Giurisdizione*, cit., pg. 497.

⁴³⁸ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pg. 144.

⁴³⁹ ALMAGRO NOSETE (*Derecho Procesal*, cit., pg. 49; id., *Instituciones...*, cit., pg. 59), BONET NAVARRO (*Escritos sobre la Jurisdicción y su Actividad*, ed. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1981, pg. 57-58), GIMENO SENDRA (*Fundamentos...*, cit., pg. 28), GUASP DELGADO (loc. cit.), LOZANO-HIGUERO (*Introducción...*, cit., pg. 92), MONTERO AROCA (*Introducción...*, cit., pg. 53-54), PÉREZ GORDO (*el Concepto de Derecho Procesal, “Estudios de Derecho Procesal”*, ed. Librería Pórtico, Zaragoza, 1981, pg. 40), PRIETO-CASTRO (loc. cit.).

de la administración ⁴⁴⁰. Para el análisis de la misma nos remitimos al desarrollo que efectuaremos de las notas implícitas a la jurisdicción.

3. La cosa juzgada frente a la acción de revisión, la acción de anulación y recurso de amparo

Otra de las objeciones que se formulan contra esta concepción es la existencia de determinadas instituciones que revocan la sentencia protegida por la cosa juzgada, con lo que no podemos predicar esta nota como esencial y diferenciadora de la función jurisdiccional respecto del resto de funciones del Estado. En concreto se trata del recurso de revisión ⁴⁴¹, del recurso de anulación de laudos arbitrales y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El fundamento de la acción de revisión (arts. 509-516 LEC y 954-961 LECR) se encuentra “en la necesidad de encontrar una armónica solución de los casos en que entran en conflicto la seguridad jurídica y la justicia” ⁴⁴². Y es armónica porque “es necesario que la misma posibilite la realización del valor justicia sin detrimento alguno del bien seguridad” ⁴⁴³. Para lograrlo existen dos medios: posibilitar un ataque directo contra la cosa juzgada de la sentencia; o dejarla a salvo y permitir que se rescinda la causa que ha producido la injusticia. El legislador español ha optado por la segunda solución. Sólo se admite acudir a la acción de revisión cuando la sentencia sea firme (arts. 509 LEC y 954.1 LECR) y concurren alguna de las causas previstas en los arts. 510 LEC y 952.2 LECR. Por lo tanto uno de los presupuestos del recurso de revisión es la existencia de cosa juzgada de la sentencia ⁴⁴⁴. El recurso de revisión, tal como está regulado en la legislación española, “no afecta a la cosa juzgada sino en cuanto que al eliminar la causa de la misma, el primer proceso, ha de eliminar todos sus efectos, permaneciendo de este

⁴⁴⁰ Entre otros MONTERO AROCA (*Introducción...*, cit., pg. 53-54), GIMENO SENDRA (*Fundamentos...*, cit., pg. 43 y ss) y LOZANO-HIGUERO (*Introducción al Derecho Procesal*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pg. 88).

⁴⁴¹ DOVAL DE MATEO consideraba el recurso de revisión como “una acción autónoma, pero no independiente, que da lugar aun nuevo proceso, estrechamente vinculado al anterior” (en *la Revisión Civil*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1979, pg. 65). Y según CALVO SÁNCHEZ “constituye un proceso nuevo en el que se ejercita una acción impugnativa autónoma respecto de la del proces anterior” (en *la Revisión Civil*, ed. Montecorvo, Madrid, 1977, pg. 68). En similares términos se pronuncian FAIREN (en *Doctrina General de los Medios de Impugnación y Parte General del Derecho Procesal*, en “Estudios de Derecho Procesal”, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pg. 344), HERNÁNDEZ GALILEA (*la Nueva Regulación de la Nulidad...*, cit. pgs. 333 y ss.) y VESCOVI (en *Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos Autónomos*, ed. Depalma, Buenos Aires. 1988, pg. 341). Sobre el origen histórico y posiciones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de este “recurso” ver DOVAL DE MATEO, op. cit., pg. 9 a 25 y 27 a 67 respectivamente, también en esta obra puede consultarse la problemática planteada por esta demanda de revocación de la firmeza de una sentencia.

⁴⁴² DOVAL DE MATEO, *la Revisión...*, cit., pg. 28.

⁴⁴³ DOVAL DE MATEO, loc. cit. Según CALVO SÁNCHEZ “el llamado recurso de revisión tiene por fundamento hacer prevalecer la Justicia sobre la Seguridad Jurídica” (op. cit., pg. 24).

⁴⁴⁴ DOVAL DE MATEO, op. cit., pg. 92.

modo la cosa juzgada inatacada e inatacable, en cuanto institución garantizadora de la seguridad jurídica”⁴⁴⁵.

Otra de las instituciones que podrían implicar un ataque contra la cosa juzgada de las decisiones jurisdiccionales, y por lo tanto la destrucción de esta nota esencial, es la acción de anulación contra los laudos arbitrales previsto en los arts. 40 a 43 de la ley de Arbitraje⁴⁴⁶. Como ya tuvimos ocasión de indicar⁴⁴⁷, el laudo arbitral no se recurre porque no se prevé ningún medio de impugnación. La acción de anulación es propiamente un proceso en el que se examina la correcta formación de la decisión. Si el órgano judicial aprecia que concurre alguna de las causas previstas, se destruye la cosa juzgada porque se elimina su origen, es decir, el mismo proceso jurisdiccional se declara nulo⁴⁴⁸. Podríamos establecer el paralelismo con el proceso de revisión contra una sentencia judicial firme, que, a pesar de la dicción legal, tampoco se trata de un verdadero recurso sino de una demanda autónoma que da lugar a un proceso distinto, aunque estrechamente vinculado al anterior, o, empleando la terminología de CALAMANDREI⁴⁴⁹, de una acción impugnativa autónoma.

Una última institución existente en el derecho español que podría atentar contra la cosa juzgada de las decisiones jurisdiccionales es el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Según SERRA DOMÍNGUEZ el proceso de amparo es un auténtico proceso jurisdiccional⁴⁵⁰. En él el TC se pronuncia sobre el fondo del asunto cuando se trata de una cuestión propiamente jurisdiccional, pero en caso contrario debe retrotraer el proceso al momento en el que se ha producido la infracción constitucional. En este sentido el “recurso” de amparo es similar al proceso de revisión en cuanto su finalidad es anular lo actuado cuando sea contrario a los preceptos constitucionales⁴⁵¹. En todo caso debemos tener en cuenta que se ha producido la cosa juzgada de la sentencia y que el “recurso de amparo” es un proceso que revisa su correcta formación. Por ello no debemos

⁴⁴⁵ DOVAL DE MATEO, op. cit., pg. 69.

⁴⁴⁶ ley 36/1988, de 5 de diciembre. En adelante LA.

⁴⁴⁷ Ver PÉREZ DAUDÍ, op. cit., pgs. 181 y ss.

⁴⁴⁸ HINOJOSA SEGOVIA define el recurso de anulación como “un proceso declarativo especial, de carácter plenario, articulado como un medio de gravamen, a través del cual se ejercita una acción o pretensión de impugnación, fundada en algún motivo legal, por los que se pretende dejar sin efecto una laudo arbitral” (en *el Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales –Estudio Jurisprudencial–*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pg. 75). Un análisis de las posturas doctrinales y jurisprudenciales se puede consultar en HINOJOSA SEGOVIA, op. cit., pg. 63 y ss.

⁴⁴⁹ CALAMANDREI realiza la distinción entre acción de impugnación y los medios de gravamen en *Casación Civil*, ed. EJE, Buenos Aires, 1959, pgs. 45 a 47.

⁴⁵⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, *la Defensa de la Empresa ante el Tribunal Constitucional*, en “la Empresa Constitución Española”, Fomento del Trabajo Nacional, AAVV, ed. Aranzadi, Pamplona, 1989, pg. 617. Esta opinión es compartida por GIMENO SENDRA (*el Recurso de Amparo –con CASCAJO CASTRO–*, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pg. 88-89), de la OLIVA (*el Tribunal Constitucional como Última Instancia Jurisdiccional*, en “Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid”, 1982, pgs. 9 y ss.) y PÉREZ GORDO (*el Tribunal Constitucional y sus Funciones*, ed. Bosch, Barcelona, 1982, pg. 27 y ss).

⁴⁵¹ SERRA DOMÍNGUEZ, *la Empresa...*, cit., pg. 617.

considerar que esta institución sea contraria a la cosa juzgada. Lo que se altera en este caso es la preclusividad de los actos de tramitación.

X. GARANTÍAS DE ACIERTO DE LA JURISDICCIÓN

Cuando el Estado asume el monopolio de la jurisdicción y la convierte en una de sus funciones, debe velar porque las dos condiciones de acierto de la jurisdicción, la autoridad y la independencia, sean garantizadas. Antes se garantizaban porque las partes elegían a la persona que iba a formarse el juicio jurisdiccional. Este nombramiento de común acuerdo garantizaba la eficacia de la decisión.

Esta manifestación se exterioriza en la actualidad en la regulación que se realiza en la LA de los supuestos de recusación y abstención de los árbitros: el art. 17 LA prevé que los árbitros que hayan sido nombrados directamente por las partes sólo son recusables por causas que hayan sobrevenido después de su designación”, y sólo podrán serlo por causas anteriores “cuando no hubieren sido nombrados directamente por las partes o cuando aquéllas fueren conocidas con posterioridad⁴⁵².

La autoridad y la independencia son dos notas propias de la jurisdicción, pero no son esenciales a las mismas, sino del acierto de la decisión que se adopte. Una resolución será respetada por las partes si es dictada por una persona independiente y con autoridad reconocida por las partes.

1. La autoridad

Como indicábamos anteriormente la jurisdicción es anterior al concepto de Estado y a la legislación. Pero su finalidad primigenia, la resolución de conflictos entre particulares, exigía que la persona que la ejerciera tuviera una autoridad reconocida por las partes que les llevaran a aceptar su decisión. Ésta podía derivar de su dignidad y de su ajenidad respecto de las partes. En todo caso la *auctoritas* era una de las notas esenciales del magistrado romano⁴⁵³. Esta situación se logró en un primer momento a través de su nombramiento por las partes.

En ocasiones para garantizar la autoridad el Estado la respalda con la potestad. La manifestación más primitiva de este hecho lo encontramos en su vincula-

⁴⁵² El art. 23 de la Ley de Arbitrajes Privados de 22 de diciembre de 1953 preveía que las partes debían dispensar expresamente al árbitro cuando incurriera en alguna de las causas de abstención y recusación para que el laudo no pudiera ser impugnado por este motivo.

⁴⁵³ Ver CARRERAS LLANSANA, *las Fronteras del Juez*, en “Estudios de Derecho Procesal” (con FENECH NAVARRO), ed. Librería Bosch, Barcelona, 1962, pgs. 111.

ción con fenómenos inexplicables. Así en las tribus primitivas el poder lo ejercía el jefe de la Tribu, que era aquel que por derecho de sangre o por sus hazañas guerreras se había hecho con el poder y que es el que dirimía las controversias que surgían en su poblado. Posteriormente, en una sociedad más evolucionada, se vincula con la divinidad: la resolución se respeta por temor al castigo de un ente sobrenatural. Este último supuesto se produce en Europa en la época de la edad media. Cuando el poder es monopolizado por el monarca absoluto la vinculación se produce con su persona. La Justicia emanaba directamente del Rey.

Durante el s. XVIII se produce en Europa el fenómeno del racionalismo, una de cuyas consecuencias será la revolución francesa. A partir de ella la jurisdicción deriva de la soberanía popular representada por la Asamblea Nacional. Los revolucionarios diseñan un concepto de Estado en el cual los Jueces se limitaban a aplicar las leyes al supuesto de hecho que se les presentaba. Para evitar cualquier desviación los Tribunales son nombrados entre el pueblo ⁴⁵⁴ y se establece el recurso de casación que tiene una función nomofiláctica ⁴⁵⁵. Estas ideas se expanden por toda Europa merced a las conquistas de Napoleón, lo cual motiva una reacción de los Monarcas Absolutos en contra de ellas.

Durante esta época la Jurisdicción había mantenido su carácter, y más que de poder debíamos hablar de Administración en cuanto estaba vinculada bien al monarca absoluto bien al poder ejecutivo cuando finalmente se logra un régimen liberal en España. Un hito que deriva de esta época lo constituirá la aprobación de la LOPJ en 1870, sobre todo en el logro de la inamovilidad de jueces y magistrados como garantía de su independencia.

Precisamente a esta concepción responde el art. 117.1 CE al decir que “la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey” ⁴⁵⁶. La referencia al monarca debe entenderse como un reconocimiento de su labor en el restablecimiento de la democracia en nuestro país, que no tiene otro valor que el testimonial.

Además el Estado ha monopolizado la función jurisdiccional. Esta circunstancia provoca que las notas propias de la jurisdicción, que son la autoridad y la independencia, deban ser garantizadas por el sistema.

⁴⁵⁴ Según PEDRAZ PENALVA se justificaba en que “la legitimación burguesa en el proceso constitucional está actualizada, a través de la participación en el legislativo, donde se hace la ley, que no es más que la concreción de la razón natural expresada por los iguales más capacitados, no parece necesaria la profesionalización técnica del Juez, porque la ley se realiza desde la conciencia misma del jurado” (*la Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu*, en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1976, pg. 937). Y ello es una consecuencia del sistema de división de poderes, en el que el judicial tenía la misión de “ser la boca de la ley” (ver PEDRAZ PENALVA, op. cit., pg. 930).

⁴⁵⁵ Para garantizarlo se crea el Tribunal de casación por los Decretos de 27 de noviembre y 1 de diciembre de 1790, “como órgano político encargado de velar por la integridad y pureza de las leyes frente a los ataques de los Tribunales”; siendo su misión romper y anular aquellas decisiones judiciales contrarias a la ley (SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, AAVV, coord. CORTÉS DOMÍNGUEZ, ed. Tecnos, Madrid, 1985, pg. 790).

⁴⁵⁶ En idénticos términos está redactado el art. 1 LOPJ, 6/1985, de 1 de julio.

La preparación de las personas integrantes de los órganos judiciales se logra a través de dos medios: el acceso a través de oposición y el reciclaje o formación continuada una vez han accedido al cargo.

2. Independencia

La independencia debe informar la jurisdicción en cuanto es expresiva de la imparcialidad ⁴⁵⁷. Si la persona que ejercita la jurisdicción debe ser un tercero, deben articularse los medios adecuados para que éste pueda mantenerla y poder situarse “supra partes” ⁴⁵⁸. Por ello debe protegerse al órgano judicial de toda influencia que no derive del conocimiento del litigio. La finalidad de la misma es conseguir una actividad jurisdiccional más eficaz, pero no constituye una nota esencial de la misma.

A) Frente al poder ejecutivo

Tradicionalmente la función judicial había sido considerada un apéndice del poder ejecutivo, hasta el extremo de que sus integrantes eran considerados como unos funcionarios más ⁴⁵⁹. Además esta circunstancia se manifestaba en la dependencia orgánica del Ministerio de Justicia. Actualmente el medio que se ha articulado para proteger al poder judicial del ejecutivo es la creación de un órgano de autogobierno del poder judicial a través del Consejo General del Poder Judicial. Sin embargo su independencia no es completa porque un ámbito tan importante como el presupuestario depende aún del poder ejecutivo, siendo competencia del CGPJ aprobar anualmente el presupuesto para su inclusión en los Generales del Estado en una sección independiente, antes de ser aprobados por el Parlamento, a propuesta del actual Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (art. 565 LOPJ). Esta circunstancia puede implicar una incorrecta planificación del poder judicial y una merma de la imparcialidad del poder judicial respecto del ejecutivo ⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ FENECH NAVARRO, *Patología Procesal y Orgánica*, en “Estudios de Derecho Procesal” –con CARRERAS LLANSANA–, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1962, pg. 96.

⁴⁵⁸ Como afirma CASTÁN TOBEÑAS “siendo independiente el organismo judicial contará con la estimación, el respeto y la confianza de los ciudadanos” (en *Poder Judicial e Independencia Judicial*, Instituto editorial Reus, Madrid, 1951, pg. 44).

⁴⁵⁹ GIMENO SENDRA nos indica que “la magistratura así concebida, aparecía como un orden de funcionarios fuertemente jerarquizado, de la que se pretendía, además de la aplicación de la ley, su sumisión a la moral colectiva, cuyo depositario e intérprete era el Poder Ejecutivo, a quien se le encomendaba la facultad de imponer las correspondientes sanciones a los miembros de la Magistratura que pudieran comprometer *la dignité de son caractère*” (en *Fundamentos...*, cit., pg. 70). A continuación, realiza un estudio comparado de las causas de destitución en las que pueden incurrir los jueces y magistrados y lo demás funcionarios de la Administración Pública y llegaba a la conclusión de que “los tales motivos de destitución son hoy superiores y menos graves para los demás funcionarios de la Administración del Estado” (op. cit., pg. 71).

⁴⁶⁰ Ver MONTERO AROCA, *la Función Jurisdiccional y el “Status” de Jueces y Magistrados*, en “Documantación Jurídica”, tomo XII, en-jn. 1985, núm. 45/46, pg. 110; y la réplica de MARTÍN

B) Frente al poder legislativo

La influencia que puede ejercer este poder frente al judicial es de tres tipos: por un lado puede dictar una nueva ley que deje sin efecto una resolución judicial, puede nombrar a los vocales del CGPJ y puede interferir la labor judicial de investigación a través de las comisiones de investigación.

Siendo la función del poder judicial juzgar de forma irrevocable la situación planteada a su conocimiento, se podría vulnerar si el poder legislativo pudiera dictar una ley que modificara la decisión adoptada. Ello iría en contra de la misma autonomía del poder judicial en cuanto podría desvirtuar la decisión adoptada por el poder legislativo. También afectaría a un criterio funcional de la administración de Justicia, porque una nueva norma legal que permitiera revisar las decisiones irrevocables adoptadas produciría una avalancha de peticiones ante los órganos jurisdiccionales para modificar la resolución inicial.

Debemos tener en cuenta que una actuación de este tipo afectaría a la misma función legislativa, que consiste en dictar normas de carácter general destinadas a dar pautas de conducta para regular las relaciones sociales. El poder judicial tiene la función de determinar la norma de conducta aplicable a una situación concreta y hacerla efectiva. Consecuentemente el poder legislativo no tiene la posibilidad, si actúa dentro de su esfera, de dictar una ley de este tipo.

Otra forma a través de la cual el poder legislativo podría influir en el poder judicial es a través del nombramiento de los vocales de su órgano de autogobierno, el CGPJ. El art. 112 LOPJ prevé que la designación de sus miembros se realizará por el Congreso de los Diputados y el Senado por una mayoría de 3/5. Debemos tener en cuenta que este sistema de designación modificó el establecido anteriormente en la LOCGPJ que permitía a los Jueces y Magistrados elegir a unos vocales de este órgano. El TC recomendó el sistema anterior, pero afirmó la constitucionalidad de este método de elección ⁴⁶¹. El resultado ha sido totalmente pernicioso para el funcionamiento del CGPJ porque los vocales han sido elegidos con criterios partidistas, en concreto son nombrados por los distintos partidos políticos en número proporcional a su representación parlamentaria en el Congreso de los Diputados. Y al cesar los vocales en su cargo por transcurso del tiempo para el que fueron nombrados o renuncia, no se han nombrado a otras personas para sustituirlas.

Una última manifestación de la ingerencia del poder legislativo sobre el judicial ha sido la creación de comisiones de investigación en el seno de los diversos órganos legislativos esparcidos por el Estado español. Su finalidad era la investigación y exacción de responsabilidades políticas de determinadas actuaciones aparentemente irregulares llevadas a cabo por personas vinculadas a algunos par-

RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Comunicación a la Ponencia sobre la Función Jurisdiccional y el "Status" de los Jueces y Magistrados*, en "Documentación Jurídica", tomo XII, en-jn. 1985, núm. 45/46, pg. 119.

⁴⁶¹ STC 108/1986, de 26 de julio, F.j. decimotercero (en BJC 1986 64-65, pg. 1036).

tidos políticos. Su actuación ha interferido la actividad judicial que se estaba realizando sobre los mismos, creando una falsa creencia de que se juzgaba de forma irrevocable, es decir, asumiendo la función que corresponde al poder judicial. Independientemente de ello se realizaba sin que las personas responsables de la actividad irregular disfrutaran de los mínimos derechos reconocidos en la CE ⁴⁶².

C) Frente al poder judicial

La creación de un órgano de autogobierno del poder judicial ha motivado que también deban articularse los sistemas de protección de la independencia personal del Juez frente a los órganos de gobierno del mismo. El poder judicial necesita de una escala jerárquica para funcionar correctamente. En ésta los distintos órganos jurisdiccionales realizarán actos puramente jurisdiccionales y actos administrativos internos, así por ejemplo en este segundo supuesto se encuentra el respeto de las normas de reparto de asuntos entre los de la misma especie. En el primer caso el órgano jurisdiccional no se encuentra vinculado en su actuación salvo cuando ignore de forma inexcusable una ley en vigor y aplicable al supuesto concreto. En el segundo tipo de actos su actividad se enmarca en el seno de la Administración de Justicia, que es gobernada por el CGPJ.

El CGPJ, además de estas funciones administrativas, también es competente para nombrar a nuevos miembros de la judicatura (art. 107.4 y 307.3 LOPJ), proveer los ascensos y los nombramientos. Sin embargo el nombramiento de la presidencia de los altos Tribunales de la nación como el TS, el TSJ y la AN dependerá del Ministerio de Justicia, actuando el CGPJ a nivel de informe (art. 107.5 LOPJ).

La garantía que tiene el órgano judicial en su actuación jurisdiccional frente al CGPJ radica en el “status” especial que tiene respecto al resto de funcionarios del Estado. Así en los art. 117 y ss. CE se regula esta condición, que debe ser desarrollada a través de Ley Orgánica por reserva expresa de la CE. En ellos destaca la inamovilidad, que fue uno de los grandes logros de la LOPJ de 1870, ya que a través de ella se logra garantizar la independencia individual del Juez en el ejercicio de sus funciones. Pero ello es insuficiente, ya que debería complementarse con el establecimiento de un sistema objetivo de ascensos que satisficiera el lógico deseo de la persona humana de superarse y de ir progresando en el escalafón, sobre todo en una sociedad jerarquizada como la Administración de Justicia ⁴⁶³.

Otra característica de la jurisdicción que la garantiza de forma plena es que la jurisdicción se tiene o no se tiene, y ello se determina a través de las reglas

⁴⁶² En concreto los interrogatorios que efectuaron las Comisiones de Investigación se realizaron sin publicidad y los acusados no podían acudir con la asistencia técnica de un abogado.

⁴⁶³ CASTÁN TOBEÑAS establecía como condición para que se instaurase la independencia judicial la existencia de “un sistema de escalafón, ascensos y provisión de vacantes libre de injerencias gubernativas” (op. cit., pg. 53). Posteriormente afirma, haciendo referencia al sistema español que “sobre todo, la aplicación del sistema de ascensos y traslados han sido los elementos que han ejercido influencia más nociva y perturbadora sobre la independencia judicial” (op. cit., pg. 57).

de competencia objetiva, funcional y territorial. Así cuando un órgano judicial sea competente lo será de forma total. El órgano jurisdiccional tiene autonomía para actuar en el marco de sus competencias, sin que pueda ser influido en su actuación por ningún miembro del Poder Judicial. La única forma que existe de modificar una sentencia judicial es a través de los recursos previstos en las leyes. Éstos tampoco pueden ser considerados un atentado a la independencia de la resolución del órgano jurisdiccional que se impugna, sino que implican una revisión del litigio por un órgano colegiado que está integrado por personas con mayor experiencia y, en teoría, con más conocimientos. De esta forma se logra la independencia de un órgano judicial respecto de los otros órganos judiciales.

D) Respecto a las partes

El órgano judicial, para ejercer correctamente la función que tiene asignada debe ser un tercero. Al analizar su evolución histórica observábamos como las partes tendían a elegir una persona que tuviera “auctoritas”. Cuando el Estado la asume debe garantizarla en primer término a través de la selección de los Jueces y Magistrados y de su formación continua. Y como última garantía debe responsabilizarse de la actuación de los mismos.

Además el Juez debe ser imparcial. Para garantizarla se regulan unas causas de abstención y recusación en los arts. 217-228 LOPJ y en los arts. 99 y ss. LEC ⁴⁶⁴. Como indicaba CALAMANDREI “el drama del Juez es la soledad; porque él, que para juzgar debe estar libre de afectos humanos y colocado en el escalón más alto de sus semejantes, difícilmente encuentra la amistad... y, si la ve que se avecina, tiene el deber de esquivarla con desconfianza, antes de que haya de darse cuenta de que la movía solamente la esperanza de sus favores o de que oiga se la censuran, como traición a su imparcialidad” ⁴⁶⁵.

E) Respecto de su misma persona

El Juez, como persona integrada en la sociedad y como ser humano, tiene una escala de valores a través de la cual tamizará su resolución. En ella pueden existir valores de todo tipo que van a influir al contemplar los hechos que se le expongan y analizarlos, y por ende al adoptar la decisión. Para contrastarlos con otros se articula el sistema de recursos ante un órgano judicial compuesto por mayor número de personas de forma que la escala de valores de uno se compense con la del resto de los componentes del órgano judicial. De esta forma se tiende a llegar a una solución que responda a la escala de valores existente en un momento determinado en la sociedad.

⁴⁶⁴ Si bien no entrarán en vigor hasta que se apruebe la reforma de la LOPJ, disposición transitoria 12ª LEC.

⁴⁶⁵ CALAMANDREI, *Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*, ed. Góngora, 1936, pg. 129.

Esta afirmación debe mantenerse a pesar de que se tienda a reducir el número de magistrados que deben constituir sala en los Tribunales superiores, así por ejemplo en el TS ya no se precisa más que tres magistrados para constituir sala. Esta situación se adopta por criterios de funcionalidad, aunque como hemos indicado atenta contra el mismo sistema de los recursos.

F) El correlato de la independencia: la responsabilidad

Como indica CALAMANDREI “la independencia de los jueces...es un duro privilegio que se impone a quien lo disfrute el valor de responder de sus actos sin esconderse tras la cómoda pantalla de la orden del superior” ⁴⁶⁶. En España existen tres tipos de responsabilidades: civil, penal y disciplinaria.

⁴⁶⁶ CALAMANDREI, en *Elogio...*, cit., pg. 127.

SEGUNDA PARTE: LA ACCIÓN

I. DE LA AUTOTUTELA A LA HETEROTUTELA: CONEXIÓN ENTRE ACCIÓN Y JURISDICCIÓN

Al analizar la jurisdicción hemos indicado como la misma deriva de la circunstancia de que dos personas someten sus relaciones futuras a la decisión de una tercera. El momento esencial es el pronunciamiento que realiza. Pero para que el mismo se pueda producir es necesario que sea solicitado. A esta petición se le denomina acción.

En un primer momento la jurisdicción se ejercía por personas que tenían autoridad sobre las partes. Pero cuando surge un Estado fuerte asume la función jurisdiccional para mantener la paz social. Para poder realizar esta función crea unos órganos a los que dota de jurisdicción.

Una vez que el Estado tiene el monopolio de la jurisdicción debe asegurar que todos los litigios se canalizarán a través de la vía jurisdiccional, bien pública o bien privada. Para ello debe garantizar el libre acceso a estos órganos. Si no fuera así las partes acudirían a otras instituciones que les permitieran encontrar una norma de conducta adecuada para gobernar las relaciones sociales. Ésta podría lograrse a través de la autotutela, es decir, la imposición de la parte más fuerte con lo que se crearía un clima de violencia insostenible. Otro sistema sería llegando a un acuerdo con la parte contraria para regular las relaciones, al cual se le denomina autocomposición.

El legislador español prohíbe el primero sancionándolo penalmente en el art. 455 CP. Sólo existen unos supuestos en que es posible el ejercicio de la autotutela en el orden civil, si bien son anecdóticos en la sociedad postindustrial actual porque consiste en casos que se producen en una sociedad económica de carácter rural: como puede ser la posibilidad de cortar las ramas de un árbol que se introduce en la heredad, jardín o patio propio (art. 592 Cc.) o la persecución de un enjambre de abejas que se traslada a un fundo ajeno (art. 612 Cc.). Salvo estos casos los ciudadanos están obligados a acudir a los órganos jurisdiccionales para lograr la declaración de un derecho y su posterior efectividad.

El sistema por el que opta el legislador español para dictar normas de conducta de una relación social es la heterocomposición. Ésta puede realizarse tanto a través del arbitraje como del proceso jurisdiccional. Pero para que sea un sistema eficaz debe permitirse a los ciudadanos el libre acceso a los órganos jurisdiccionales del Estado. Éste ha sido configurado como uno de los derechos fundamentales del individuo en las Constituciones que se redactan después de la 2ª

Guerra Mundial ⁴⁶⁷ y en las Declaraciones de Derechos Humanos que se efectúan a nivel internacional ⁴⁶⁸.

De esta forma la acción aparece como un derecho reconocido internacionalmente y que consiste en poder plantear una cuestión que afecta a las relaciones sociales ante los órganos jurisdiccionales de un Estado. Pero la acción ha sido confundida con el derecho material que dictaba las normas generales de comportamiento, con lo que se negaba su autonomía. Ésta se logró a medida que avanzó la ciencia procesal. Además, la acción no es sólo el libre acceso al proceso, sino que consiste en la postulación del juicio.

II. LA ACCIÓN COMO POSTULACIÓN DE JUICIO

Al analizar el concepto de jurisdicción indicábamos que consistía en el juicio que emite una persona a la que se le reconoce una autoridad que se exterioriza en la sentencia. Pero para que ello sea posible es necesario que exista una persona que lo solicite y unas partes que ilustren al juez acerca de los hechos sobre los que debe emitir el juicio.

La acción en sentido puro consiste en que una persona acude a otra dotada de jurisdicción pidiéndole que se forme un juicio. Pero esta solicitud no se agota en un sólo acto, sino que se trata de una actividad continuada a lo largo del proceso, en el que se van a contrastar las alegaciones efectuadas por las partes para que el órgano jurisdiccional esté en condiciones de emitir un juicio. Como afirma SERRA DOMÍNGUEZ “aunque en realidad la acción en sentido propio es el acto inicial del proceso, cada actuación de la parte puede asimismo considerarse como acción en cuanto impulsa la acción primitiva hacia su destino que es la sentencia” ⁴⁶⁹. En un sentido similar ALCALA-ZAMORA utilizaba una imagen para definir esta característica: “la acción no es un empujón que se le dé a la pretensión litigiosa para que franquee la puerta jurisdiccional, sino una vibración continuada para que llegue a su destino” ⁴⁷⁰.

Desde este punto de vista la acción consiste en la postulación de un juicio de forma continuada.

El primer autor que concibe la acción como postulación de juicio, si bien de una manera primaria, es PEKELIS ⁴⁷¹. Parte de los significados que la doctri-

⁴⁶⁷ Ejemplo de ello es el art. 24 de la Constitución Española y de la Constitución Italiana.

⁴⁶⁸ Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 14.1 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y art. 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre de 1950. Todas ellas hacen referencia al orden penal, salvo la última que también incluye una alusión al orden civil.

⁴⁶⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, *Evolución Histórica del Concepto de Acción*, en “Estudios de Derecho Procesal”, ed. Ariel, Barcelona, 1969, pg. 157.

⁴⁷⁰ ALCALA-ZAMORA, *Enseñanzas y Sugerencias de Algunos Procesalistas Sudamericanos acerca de la Acción*, en “Estudios en Honor de Hugo ALSINA”, Buenos Aires, 1946, pg. 795.

⁴⁷¹ PEKELIS, *Azione*, “Novissimo Digesto Italiano”, ed. Utet, Turín, 1958, pg. 29 y ss.

na otorgaba al concepto de acción como una especial situación de ventaja y su confrontación con otras relaciones similares, en especial con el derecho subjetivo⁴⁷². Este autor observa como el derecho de un ciudadano de acudir a los órganos jurisdiccionales solicitando que cree el derecho en el caso concreto se produce cuando el Estado asume el poder jurisdiccional⁴⁷³. Entiende que la acción actualmente identifica “la nueva situación del particular”; es decir el poder de provocar la actividad estatal⁴⁷⁴.

En ocasiones la actividad estatal se desarrolla sin que sea solicitada por las partes. Esta actuación crea situaciones de ventaja que se identifican con la titularidad de un interés jurídicamente protegido o de un derecho subjetivo. Pero puede suceder que la actividad estatal deba ser solicitada por el particular, con lo que se puede decir que “la acción del Estado es su acción, que el derecho objetivo se convierte por un momento en su derecho, derecho subjetivo”⁴⁷⁵.

Considera que el punto esencial de estudio de la acción consiste en ver como surge esta situación de ventaja y cuales son sus consecuencias. A la vista de las dos situaciones descritas anteriormente la acción la entiende como la “facultad de provocar la actividad estatal”⁴⁷⁶. Con lo cual el derecho de acción “no es otra cosa que el funcionamiento del ordenamiento jurídico como tal y consiste en la consistencia misma del derecho (objetivo), considerado desde el punto de vista del poseedor del derecho”⁴⁷⁷.

Al analizar la existencia del derecho subjetivo en relación con la acción distingue una doble perspectiva: frente al Estado y relativo a la actividad procesal; y contra el obligado en relación a los bienes deducidos de la obligación y que se denomina derecho subjetivo sustancial⁴⁷⁸.

Esta perspectiva la considera errónea porque “el dominio, frente al considerado obligado, consiste en la posibilidad de hacerle inflingir, por parte de un tercero, una serie de actos para él más o menos gravemente desventajosos, idóneos para inducirlo a no cometer ciertas acciones y no asumir ciertas conductas dirigidas a detraer algún bien o a inflingirle determinados sufrimientos o humillaciones”; frente al Estado deriva de la voluntad del Estado y encuentra su garantía en la juridicidad del ordenamiento⁴⁷⁹.

Esta heterogeneidad implica que no se puedan encuadrar ambos conceptos en uno sólo. Las diferencias son que mientras el derecho de acción es incoercible, el derecho subjetivo está condicionado a la existencia de una coacción; con lo que el derecho de acción es derecho en cuanto una voluntad (la del Estado) ha

⁴⁷² PEKELIS, op. cit., pg. 32.

⁴⁷³ PEKELIS, op. cit., pg. 33.

⁴⁷⁴ loc. cit.

⁴⁷⁵ PEKELIS, op. cit., pg. 34.

⁴⁷⁶ PEKELIS, loc. cit.

⁴⁷⁷ PEKELIS, op. cit., pg. 35.

⁴⁷⁸ PEKELIS, op. cit., pg. 35.

⁴⁷⁹ PEKELIS, op. cit., pg. 35.

asumido libremente la forma superior de la ley y el derecho subjetivo sustancial en cuanto una voluntad (la del individuo) está constreñido a seguir una pauta de conducta por temor al daño ⁴⁸⁰.

Por ello hay que distinguir entre dos situaciones distintas: aquéllas que consisten en la licitud de un comportamiento que implica el ejercicio de determinadas acciones directas, y que son facultades o estados de libertad; y el poder jurídico de provocar una actuación concreta del Estado ⁴⁸¹. Y la acción consiste en el segundo grupo de actuaciones.

Concluye afirmando que sólo existirá una relación cuando exista un derecho de acción. Cuando éste falte, la misma sería inexistente, o cuando menos no tendrá relevancia para el ordenamiento jurídico estatal ⁴⁸².

Cuando PEKELIS formuló esta teoría la doctrina concebía las relaciones entre derecho y proceso desde una perspectiva dualista. PEKELIS niega la existencia de un derecho subjetivo independiente de la acción, siendo ésta requisito imprescindible de la existencia de aquél. El ordenamiento jurídico sólo será concretado a través del juicio, y para ello las partes deberán solicitarlo al juzgador a través de la interposición de la acción. Antes de la emisión del juicio no existe derecho, sino sólo un interés protegido por la norma general. Además es el único medio para satisfacer el interés, excluyendo aquellos casos en que se permite acudir a la acción directa ⁴⁸³.

SATTA también desarrolla la acción desde una perspectiva monista, siendo el máximo representante de la misma en Italia y su principal precursor. Su punto de partida es entender la acción desde una visión integral del ordenamiento jurídico, de la que constituye el momento central y esencial, porque es sólo por ella que se puede hablar de juridicidad del ordenamiento ⁴⁸⁴.

Anteriormente hemos analizado el concepto de jurisdicción desarrollado por SATTA ⁴⁸⁵. Poníamos de relieve como el derecho sólo existe en lo concreto, y su declaración la realiza el juzgador al emitir el juicio. Pero para que pueda realizarse es imprescindible que lo postule un sujeto que afirme frente a otro y frente al Juez que el ordenamiento no se ha concretado y que se debe concretar en un cierto modo que él indica ⁴⁸⁶. Se produce porque las partes son, tal vez, más protagonistas que el juez, porque el ordenamiento y su afirmación no es abstracto, sino

⁴⁸⁰ PEKELIS, op. cit., pg. 36.

⁴⁸¹ PEKELIS, op. cit., pg. 36.

⁴⁸² PEKELIS, loc. cit.

⁴⁸³ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pg. 102.

⁴⁸⁴ SATTA, *Diritto Processuale Civile*, ed. Cedam, Padua 1967, 5ª edición, pg. 106 (existe traducción al español realizada por SENTIS MELENDO, *Derecho Procesal Civil. Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I, ed. EJEÁ, Buenos Aires, 1971, pg. 121).

⁴⁸⁵ Ver supra.

⁴⁸⁶ SATTA, *Diritto...*, cit., pg. 108 (y en la pg. 123 de la edición en español).

que vive en los sujetos, cada uno de los cuales se pone indiscutiblemente como ordenamiento ⁴⁸⁷.

Al analizar la naturaleza jurídica de la acción considera que no puede consistir en un derecho. Si así fuera necesitaría de otro para protegerlo, lo cual implicaría la existencia de otro y así sucesivamente. A pesar de ello considera que puede ser utilizado este término si se identifica con el ejercicio de la acción ⁴⁸⁸.

En España es SERRA DOMÍNGUEZ el que analiza más profundamente la posición de SATTÁ. Considera la acción como un acto que interesa al procesalista en cuanto es el “motor del proceso” ⁴⁸⁹. Pero a diferencia de SATTÁ no considera que cualquier petición sea válida para iniciar un proceso, sino que ésta debe tener un determinado contenido: que los hechos sean susceptibles de protección jurídica; y que de las mismas no se desprenda la improcedencia de la consecuencia jurídica solicitada ⁴⁹⁰.

RAMOS MÉNDEZ considera la acción como “la expresión de la actividad trascendente al sujeto; un *agere* dinámico y activo que exterioriza al individuo en movimiento, sin resultado material” ⁴⁹¹. Esta actividad es humana y sólo se convierte en jurídica en cuanto está regulada por el derecho ⁴⁹². Afirma su necesidad para la formación del juicio en un triple sentido: para el sujeto, que pide su derecho mediante ella; para el proceso, en cuanto deviene en gran medida a través del desarrollo de la acción; para el propio ordenamiento jurídico que se crea en el juicio pedido por la acción ⁴⁹³.

A través de ella se exterioriza la voluntad del sujeto frente a otro sujeto y frente a la acción de éste. El contenido de la acción es postular el juicio, es decir, se pide al órgano jurisdiccional que cree el derecho en el caso concreto ⁴⁹⁴.

Concibe el derecho de acción como la libertad del individuo de obrar ⁴⁹⁵. Pero afirma a continuación que la acción sólo puede ser entendida como actividad de la parte, bilateral, y recíproca frente a otro sujeto y frente a la acción de éste ⁴⁹⁶.

Al examinar las teorías de la acción se desmarca de todas ellas porque desde una perspectiva monista de la jurisdicción son inadmisibles la teoría abstracta y concreta que parten desde un punto de vista dualista en las relaciones entre derecho y proceso. Una vez delimitada claramente su posición, afirma que la acción

⁴⁸⁷ SATTÁ, loc. cit.

⁴⁸⁸ SATTÁ, op. cit., pg. 108-109 (pg. 124-125 de la edición en español).

⁴⁸⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, *Evolución...*, cit., pg. 155.

⁴⁹⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 156-157.

⁴⁹¹ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pg. 109; id., *Derecho Procesal Civil*, vol. I, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pg. 208.

⁴⁹² loc. cit.

⁴⁹³ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pg. 110; id. *Derecho Procesal...*, cit., pg. 209.

⁴⁹⁴ RAMOS MÉNDEZ, op. cit., pg. 112.

⁴⁹⁵ RAMOS MÉNDEZ, op. cit., pg. 210.

⁴⁹⁶ RAMOS MÉNDEZ, op. cit., pg. 210.

puede considerarse concreta, pero entendida como petición de juicio por un sujeto y que da lugar a que se concrete el ordenamiento jurídico ⁴⁹⁷.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE ACCIÓN

1. La autonomía de la acción respecto del derecho subjetivo

A mediados del siglo pasado la acción se vincula a la violación de un derecho subjetivo otorgado por las leyes. El análisis de la misma se efectuaba desde la perspectiva del derecho romano ⁴⁹⁸, analizando la situación de ese momento desde esta perspectiva ⁴⁹⁹.

Interpretando el derecho romano SAVIGNY concibe el derecho de acción como una modificación que se produce en el derecho como consecuencia de su violación ⁵⁰⁰.

MATTIROLO considera que la acción judicial consiste en “el derecho de obrar en juicio para obtener el reconocimiento de un derecho violado o desconocido”. Y sigue afirmando que “por lo tanto representa un derecho a la segunda potencia, esto es, la calidad propia del derecho, de poder invocar en su tutela las garantías judiciales” ⁵⁰¹. Al comentar la doctrina de PESCATORE ⁵⁰², matiza su concepto de acción en el sentido de considerarla una cualidad inherente al derecho ⁵⁰³, sin que pueda ser considerado como tal en el orden civil si el legislador niega la acción ⁵⁰⁴. En todo caso este concepto de acción se limita a la civil, que es la que garantiza los derechos privados y en la que el sujeto activo es el titular y el sujeto pasivo la persona que los ha violado o desconocido ⁵⁰⁵.

Uno de los primeros autores que rompen esta identidad y dirigen la acción frente al Estado es HASSE, que considera la acción como el derecho de pedir que la voluntad del Estado, mediante el Juez, se afirme y actúe relativamente a los derechos de los particulares ⁵⁰⁶. Esta doctrina no se divulgaría hasta que se produjo

⁴⁹⁷ RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal...*, cit., pg. 210.

⁴⁹⁸ Como ejemplo de esta tendencia ver BRUGI, *il Digesto Italiano*, voz “azione”, volumen IV, parte segunda, ed. Unione Tipografico Editrice, 1893-1899, pg. 758 y ss.

⁴⁹⁹ Ver un análisis del desarrollo histórico de la acción que realiza ORESTANO, *Enciclopedia del Diritto*, voz “azione”, tomo IV, ed. Giuffrè, 1959, pg. 786 y ss.

⁵⁰⁰ Citado por ORESTANO, *Enciclopedia...*, cit., pg. 794.

⁵⁰¹ MATTIROLO, *Tratado de Derecho Judicial Civil*, tomo I, ed. Reus, Madrid, 1930, pg. 14.

⁵⁰² Que admite la existencia de derechos sin acción cuando el legislador la niega expresamente o porque les concede unas garantías administrativas o políticas (PESCATORE, *Lezione Universitarie*, Turín, 1857, pg. 103).

⁵⁰³ MATTIROLO, op. cit., pg. 14, nota 2.

⁵⁰⁴ MATTIROLO, op. cit., pg. 15, nota 2.

⁵⁰⁵ MATTIROLO, op. cit., pg. 15.

⁵⁰⁶ Citado por SERRA DOMÍNGUEZ, loc. cit.

la polémica entre WINDSCHEID y MUTHER ⁵⁰⁷, que se desarrolló en el ámbito del derecho romano con algunas referencias al derecho actual.

WINDSCHEID revisa el concepto clásico de SAVIGNY y niega que en el derecho romano la “actio” fuera la facultad de invocar la tutela para un derecho. Por el contrario es la facultad de imponer la propia facultad a través de la vía judicial ⁵⁰⁸. El ordenamiento romano contenía pretensiones, pero no derechos. Para designarla utilizaba el término *anspruch* (pretensión) ⁵⁰⁹.

La teoría de WINDSCHEID fue contestada por MUTHER quien quiere demostrar que en el derecho pretorio el derecho no existe a través de la *actio*, sino la *actio* a través del derecho. Es decir, que existe un derecho de forma previa a su declaración judicial. El derecho y la acción son dos derechos distintos y de distinta naturaleza, de los cuales uno es presupuesto del otro. El lesionado tiene un poder respecto del Estado para que preste la tutela jurídica ⁵¹⁰. No es un derecho porque supondría sustituir el derecho lesionado por otro, lo que implicaría que aquél que lo ha violado podría volver a hacerlo con total impunidad. Por ello es necesario que intervenga un poder más fuerte, que es el Estado, que tiene el deber y la función de mantener el ordenamiento jurídico. Así la acción consiste en el derecho del ofendido de provocar la reacción del poder del Estado contra el autor de la lesión para su reparación ⁵¹¹.

En la concepción de este autor la acción y el derecho son dos instituciones distintas, si bien el primero depende de la titularidad del segundo y es un particular derecho condicionado (a la violación del derecho subjetivo) ⁵¹². Esta afirmación ya puede ser considerada como un avance porque antes la acción sólo surgía cuando se violaba el derecho, lo que implicaba una dependencia del primero respecto del segundo. Como pone de relieve PRIETO-CASTRO ello era debido a que sólo se tenían en cuenta las sentencias de condena y al acreedor vencedor ⁵¹³.

Otra de las novedades consiste en dirigir la acción contra el Estado y no contra el particular. Hasta este momento no se distinguía entre acción y pretensión ⁵¹⁴. La consecuencia inmediata es que se identificaba el inicio del proceso con el derecho que constituye su objeto, por lo que se vincula su existencia a la violación del derecho. Al dirigirla frente al Estado se diferencia subjetivamente del derecho lesionado porque éste consiste en la posición de preeminencia de una persona respecto de otra. De esta forma se distingue claramente entre la acción como

⁵⁰⁷ Un examen de la misma la realiza BRUGI (op. cit., pg. 759-764), ORESTANO (*Enciclopedia...*, cit., pg. 796) y SERRA DOMÍNGUEZ (*Evolución...*, cit., pg. 124-126).

⁵⁰⁸ Ver SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 125.

⁵⁰⁹ La entiende como la dirección personal del derecho en virtud del cual alguien viene demandado por una determinada persona (citado por BRUGI, op. cit., pg. 760).

⁵¹⁰ Citado por SERRA DOMÍNGUEZ (op. cit., pg. 125), RAMOS MÉNDEZ (loc. cit.) y por BRUGI (op. cit., pg. 761).

⁵¹¹ Ver SERRA DOMÍNGUEZ, *Evolución...*, cit., pg. 125.

⁵¹² SERRA DOMÍNGUEZ, loc. cit.

⁵¹³ PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Civil (Manual)*, ed. Librería General, Zaragoza, 1955, pg. 54.

⁵¹⁴ PRIETO-CASTRO, *Derecho...*, cit., pg. 54.

poder de iniciar un proceso y el derecho como el contenido del mismo, determinando el contenido de la resolución jurisdiccional, que es la manifestación de la voluntad del Estado de proteger los derechos subjetivos ⁵¹⁵.

En su contestación, WINDSCHEID admite tácitamente el planteamiento teórico de MUTHER ⁵¹⁶, siendo seguido por otros autores que lo habían combatido ⁵¹⁷. El logro de esta discusión es que se revisan las premisas que había establecido la doctrina pandectística alemana, poniéndose las bases de un concepto de acción que perdurará hasta los tiempos actuales ⁵¹⁸.

A partir de esta polémica la doctrina advierte por un lado que la tutela jurisdiccional del derecho privado no quedaba explicada con la referencia a un derecho subjetivo privado lesionado, del que continua pretendiéndose su satisfacción (derecho a la tutela jurisdiccional concreta); y por otro que esta referencia no permite explicar la iniciación y desarrollo del proceso cualquiera que fuese su resultado, por lo que el poder de provocar el proceso y sus actos se entiende con independencia de la existencia de un derecho (concepción abstracta de la acción) ⁵¹⁹.

2. La acción en sentido concreto

WACH toma como punto de partida la teoría de MUTHER. Configura el derecho de acción a través de la pretensión de tutela del derecho. Ésta era entendida como “un medio para lograr la finalidad del derecho material” ⁵²⁰. La misma se encuentra vinculada a un derecho subjetivo extraprocesal porque es necesario que se encuentre amenazado para que sea susceptible de ser tutelado ⁵²¹. Pero no depende de él porque no tiene el mismo contenido: así mientras la pretensión es satisfecha por el acto tutelar y se extingue, el derecho anterior cobra con la sentencia nuevas fuerzas y es confirmado ⁵²².

La pretensión se solicita por la parte frente al Estado, que es quien debe otorgar la tutela y frente al adversario en cuanto debe tolerarlo ⁵²³.

La gran importancia de la doctrina del profesor alemán es confirmar la autonomía de la acción respecto del derecho privado ⁵²⁴. Parte de una concepción

⁵¹⁵ Corresponde a la concepción subjetiva de la jurisdicción. Ver supra.

⁵¹⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, *Evolución...*, cit., pg. 126.

⁵¹⁷ Como BEKKER, citado por BRUGI, loc. cit.

⁵¹⁸ CHIOVENDA (*La acción en el sistema de los Derechos*, en “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, 1949, I, pg. 9) y RAMOS MÉNDEZ (*Derecho...*, cit., pg. 61).

⁵¹⁹ ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, vol. I –con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO–, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1994, pg. 238.

⁵²⁰ WACH, *Manual de Derecho Procesal Civil*, ed. EJE, Buenos Aires, 1977, vol. I, pg. 42.

⁵²¹ loc. cit.

⁵²² WACH, op. cit., pg. 45.

⁵²³ WACH, op. cit., pg. 42.

⁵²⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, *Evolución...*, cit., pg. 126.

dualista de las relaciones entre derecho y proceso, pero establece nítidamente la línea de división entre el derecho privado y el derecho procesal.

CHIOVENDA reconoce a WACH el merito de haber logrado la autonomía de la acción respecto del derecho subjetivo ⁵²⁵. Ello no es óbice para que afirme la necesidad de que esté coordinada a un interés, pero sin que signifique que deba ser un derecho. Según su naturaleza será necesario el ejercicio de la acción por un particular o por el mismo Estado ⁵²⁶. La relación entre la acción y el derecho es de concurrencia para lograr la voluntad concreta de la ley ⁵²⁷.

Consecuentemente con todo ello concibe la acción como “el poder jurídico de convertir en incondicionada la voluntad de la ley respecto a su actuación” ⁵²⁸.

En la elaboración de su teoría difiere de WACH en dos puntos fundamentales ⁵²⁹:

- la acción no se dirige frente al Estado sino frente al adversario
- y considera que la acción es un derecho potestativo.

La acción no es un derecho que se ejercita frente al Estado ⁵³⁰. El objeto del proceso no es el derecho a la tutela jurídica, sino provocar la actuación de la ley contra el adversario ⁵³¹. La acción también se dirige frente al demandado, que, al menos, debe tolerar la resolución jurisdiccional ⁵³². Incluso considera que la introducción en el concepto de acción del deber de los órganos públicos de actuar es un elemento inútil que hay que evitar ⁵³³.

Pero la acción no se dirige contra el adversario porque el ejercicio de la misma no implica ninguna obligación para el demandado. La única repercusión que le producirá será la sujeción a los efectos jurídicos a los que tiende la acción ⁵³⁴.

La elaboración original de su teoría es la consideración de la acción como un derecho potestativo ⁵³⁵. Éste consiste en “un poder del titular del derecho, de producir, mediante una manifestación de voluntad, un efecto jurídico en el cual tiene interés, o la cesación de un estado jurídico desventajoso; y esto frente a una persona, o varias, que no están obligadas a ninguna prestación respecto de él, sino que están solamente sujetas, de manera que no pueden sustraerse a él, al

⁵²⁵ CHIOVENDA, *el Derecho y la Acción*, en “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, vol. I, Madrid, 1936, pg. 22. Id. *la Acción en el Sistema de los Derechos*, ed. Edeval, Valparaíso, 1992, pg. 34.

⁵²⁶ CHIOVENDA, *la Acción...*, cit., pg. 42.

⁵²⁷ CHIOVENDA, *el Derecho y la Acción*, cit., pg. 26.

⁵²⁸ CHIOVENDA, *la Acción...*, cit., pg. 19.

⁵²⁹ En el mismo sentido SERRA DOMÍNGUEZ (*Evolución...*, cit., pg. 127) y ORTELLS RAMOS (*Derecho...*, cit., pg. 243-244).

⁵³⁰ MUTHER (loc. cit.) y WACH (loc. cit.).

⁵³¹ CHIOVENDA, *la Acción...*, cit., pg. 36.

⁵³² WACH, ver supra.

⁵³³ CHIOVENDA, *la Acción...*, cit., pg. 39.

⁵³⁴ CHIOVENDA, *la Acción...*, cit., pg. 38; id., *el Derecho...*, cit., pg. 25.

⁵³⁵ CHIOVENDA, *la Acción...*, cit., pg. 55; id., *el Derecho...*, cit., pg. 25.

efecto jurídico producido”⁵³⁶. A este poder lo califica de ideal porque consiste en el querer determinados efectos jurídicos. Por lo que sólo pueden ser producidos por aquel al que la ley se lo concede⁵³⁷.

A continuación efectúa una distinción en los derechos potestativos para cubrir todas las acciones que se pueden ejercitar⁵³⁸:

- por un lado existirían aquellos que consisten en una mera declaración de voluntad que dan lugar a acciones de declaración de certeza.
- por otro los derechos que deben articularse necesariamente por vía de acción que dan lugar a las sentencias constitutivas.

En el segundo caso afirma que la sentencia no hace más que actuar derechos preexistentes. SERRA DOMÍNGUEZ considera que el esfuerzo que realiza CHIOVENDA para inscribir a las sentencias constitutivas en su teoría de la acción es “no del todo convincente” porque se da el paradójico resultado de que la acción y el derecho subjetivo coincidirían⁵³⁹.

En la doctrina italiana la teoría de CHIOVENDA ha recibido escasas adhesiones, y éstas no se han efectuado a la generalidad de la teoría sino a aspectos parciales de la misma⁵⁴⁰. Así CALAMANDREI define la acción como un derecho subjetivo, autónomo y concreto⁵⁴¹. Por otro lado SATTÀ⁵⁴² y REDENTI⁵⁴³ solo se adscriben a la misma al considerar que el destinatario de la acción es el adversario.

En España GÓMEZ ORBANEJA concibe la acción como un derecho concreto, de contenido determinado y de naturaleza pública⁵⁴⁴. Es decir, la considera como el derecho a obtener una sentencia favorable a la tutela jurídica pedida⁵⁴⁵. La acción no se agota con el inicio del proceso, sino con la obtención de una sentencia. El obligado contra el que se dirige el derecho de obtener el acto de tutela jurídica es el Estado⁵⁴⁶. Por ello atribuye al derecho subjetivo la característica de “poder de exigir que el imperativo legal se cumpla”⁵⁴⁷.

⁵³⁶ CHIOVENDA, *la Acción...*, cit., pg. 50-51.

⁵³⁷ CHIOVENDA, *la Acción...*, cit., pg. 52.

⁵³⁸ CHIOVENDA, *la Acción...*, cit., pg. 57; id., *el Derecho...*, cit., pg. 14.

⁵³⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, *Evolución Histórica...*, cit., pg. 129.

⁵⁴⁰ PEKELIS, op. cit., pg. 42. Entre las adhesiones puede citarse la de INVREA (*Interesse e Azione*, en “Rivista di Diritto Processuale Civile”, 1928, pg. 320 y ss., en especial pg. 335-337) y recientemente COSTA (*Manuale*—citado por FAZZALARI, *la Dottrina Processualistica Italiana: dall’Azione al Processo, 1864-1884*, en Rivista di Diritto Processuale, 1994-4, pg. 920).

⁵⁴¹ CALAMANDREI, *la Relatividad del Concepto de Acción*, en “el Proceso Civil”, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pg. 156. El original puede consultarse en “Rivista di Diritto Processuale Civile, 1939, I, pg. 44.

⁵⁴² Ver supra.

⁵⁴³ REDENTI, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1945, tomo I, pg. 47.

⁵⁴⁴ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*—con HERCE QUEMADA—, vol. I, ed. Agesta, Madrid, 1979, pg. 226.

⁵⁴⁵ GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 227.

⁵⁴⁶ GÓMEZ ORBANEJA, loc. cit.

⁵⁴⁷ GÓMEZ ORBANEJA, *el Ejercicio de los Derechos*, ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1975, pg. 44.

CARRERAS LLANSANA también entiende la acción como “un derecho a la tutela jurídica que, en el proceso declarativo se traducirá en un derecho a la sentencia justa y favorable”⁵⁴⁸. Afirma que concebir la acción como un derecho abstracto no basta, porque el “Juez, al definir lo que es justo en cada caso concreto, no puede decidir a su libre arbitrio, como si las fuentes del derecho material no existieran”⁵⁴⁹. Por ello el justiciable tiene los siguientes derechos⁵⁵⁰:

1. Frente al Estado, un derecho a que éste le depare unos jueces que presen su jurisdicción cuando lo requiera con las debidas condiciones.
2. Un derecho, desdoblamiento y concreción del anterior, frente a los jueces requeridos para que estos efectúen la correspondiente prestación.
3. Frente al Juez competente para que, si alega y prueba sus afirmaciones fácticas y jurídicas, le otorgue la tutela que ha solicitado; derecho a la tutela que se funda pues en circunstancias objetivas y que no dependen del arbitrio o capricho del Juez.

A esta conclusión llega tras afirmar la existencia de unos derechos subjetivos de los ciudadanos. Para ello parte de una concepción iusnaturalista, que sólo “es posible en quién busque en la naturaleza humana del hombre racional los principios normativos que objetivan la virtud de la Justicia y en que se apoya y sustentan el poder, la ley y la sentencia”⁵⁵¹. Y estos valores superiores son tenidos en cuenta en el juicio, tanto legal como judicial⁵⁵².

Otros autores que contemplan la acción desde un punto de vista concreto son GUTIÉRREZ DE CABIEDES⁵⁵³, DE LA OLIVA SANTOS⁵⁵⁴ y BONET NAVARRO⁵⁵⁵.

Las críticas genéricas que se pueden realizar a la teoría concreta de la acción son básicamente cuatro:

- no explica la validez y eficacia del acto de iniciación del proceso, que existe con anterioridad y con independencia de que la sentencia declare el derecho.
- no tendremos conocimiento de si existe acción hasta que el Juez dicte sentencia, por lo que la teoría concreta es procesalmente insuficiente⁵⁵⁶.

⁵⁴⁸ CARRERAS LLANSANA, *El Juez ante la Ley*, ed. Universitat de Barcelona, 1991, pg. 46.

⁵⁴⁹ CARRERAS LLANSANA, op. cit., pg. 47.

⁵⁵⁰ CARRERAS LLANSANA, loc. cit.

⁵⁵¹ CARRERAS LLANSANA, op. cit., pg. 29.

⁵⁵² CARRERAS LLANSANA, op. cit., pgs. 32 y 36.

⁵⁵³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Una Nueva Reflexión acerca del Derecho Procesal*, en “Estudios de Derecho Procesal”, ed. Eunsa, Pamplona, 1974, pg. 54.

⁵⁵⁴ DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre Conceptos Básicos del Derecho Procesal*, “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1976, pg. 201.

⁵⁵⁵ BONET NAVARRO, *Escritos sobre la Jurisdicción y su Actividad*, ed. Instituciones Fernando el Católico, Zaragoza, 1981, pg. 67.

⁵⁵⁶ SERRA DOMÍNGUEZ (op. cit., pg. 128. Cita a ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*, 1948, 4ª edición, tomo I, pg. 53), PRIETO-CASTRO (*Derecho Procesal –Manual–*, vol. I, ed. Librería General, Zaragoza, 1955, pg. 55) y ORTELLS RAMOS (op. cit., pg. 242).

- porque defiende la tesis de que el proceso es un mero instrumento del derecho privado subjetivo ⁵⁵⁷.
- no da un concepto unitario del concepto de acción ya que no es aplicable al proceso penal ⁵⁵⁸ y es dudoso en el proceso administrativo ⁵⁵⁹.

ORTELLS RAMOS considera que la primera objeción es cierta, pero no es válida en contra de esta teoría porque sus partidarios no intentan explicar la validez del acto de inicio del proceso, sino justificar la posición jurídica favorable a la victoria en el proceso; es decir, la ilustración de las relaciones entre derecho y proceso ⁵⁶⁰. Sin embargo hemos indicado que CARRERAS LLANSANA afirmaba que uno de los derechos del justiciable era la prestación de la jurisdicción por el Estado ⁵⁶¹. Además responde expresamente a esta crítica afirmando que queda contestada “desde el momento en que los juicios del legislador y del Juez están coordinados en la sociedad política, pero ni coinciden en el objeto ni el segundo es mera repetición automática del primero” ⁵⁶².

Para explicar el inicio del proceso OLIVA SANTOS distingue entre el derecho al proceso, entendido como un derecho a una sentencia sobre el fondo, y la acción ⁵⁶³. Avanzando la posible crítica de que tal distinción es una duplicidad injustificada afirma que pueden existir supuestos en que se tenga el derecho al proceso o la acción y no el otro ⁵⁶⁴. Pero esta distinción la ha efectuado por la necesidad de coordinar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE con la noción de acción mantenida por él. Por ello no duda en diferenciar ambos derechos cuando desde una perspectiva histórica se ha identificado la acción con el inicio del proceso ⁵⁶⁵, variando las teorías en el contenido del acto del particular, su naturaleza jurídica y la persona frente a la que se dirige.

La crítica que considera inútil este concepto de acción porque no se tendrá conocimiento de su existencia hasta que se dicte sentencia es rebatida por ORTELLS RAMOS. No la comparte porque “lo más realista es admitir que existe la posibilidad de que el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional determinada, que el ordenamiento confiere a una persona si concurren ciertos presupuestos, acabe por no ser reconocido en concreto, en el proceso en que se haya hecho

⁵⁵⁷ PRIETO-CASTRO, loc. cit.

⁵⁵⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES reconoce que “la acción procesal penal no es un derecho concreto. El titular del *ius puniendi* es el Estado, quien lo ejercita a través del juez, o de los acusadores. Las partes no tienen derecho subjetivo penal, y por tanto, tampoco acción procesal en sentido concreto” (op. cit., pg. 54).

⁵⁵⁹ ORTELLS RAMOS, op. cit., pg. 248.

⁵⁶⁰ ORTELLS RAMOS, op. cit., pg. 245.

⁵⁶¹ Ver supra.

⁵⁶² CARRERAS LLANSANA, op. cit., pg. 48.

⁵⁶³ OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, tomo I –con FERNÁNDEZ–, ed. Ramón Areces, Madrid, 1991, pg. 145.

⁵⁶⁴ OLIVA SANTOS, op. cit., pg. 147.

⁵⁶⁵ CALAMANDREI afirma que “una jurisdicción ejercida de oficio, en la que el órgano juzgador procediese por propia iniciativa, sin esperar la solicitud del sujeto agente, repugnaría al concepto que modernamente nos hemos formado de la función del juez” (*la Relatividad...*, cit., pg. 140).

valer, sea por lo inhábil o deficiente actuación procesal del titular de ese derecho, sea por error del juez”⁵⁶⁶.

Sin embargo OLIVA SANTOS distingue entre acción y derecho al proceso, sin tener ningún inconveniente en que lo inicie una persona que no tenga un derecho subjetivo, si bien reconoce que no se puede otorgar el derecho al proceso a quien tenga acción porque esto es lo que va a determinar el proceso en la sentencia⁵⁶⁷. Pero su inicio y desarrollo lo incluye en el derecho al proceso y no en la acción.

La objeción que se efectúa de que para esta concepción el proceso sería un mero instrumento del derecho subjetivo privado se basa en que el Estado ejerce una función, pero la realiza en calidad de obligado⁵⁶⁸. Es decir, actúa en el sentido determinado por el juicio del legislador, sin poder imponer el suyo. Lo cual no es cierto porque cuando el órgano jurisdiccional aprecia un hecho injusto tiende a modificarlo, aunque no se lo permita el legislador. Y su juicio será el que predominará porque sólo podrá ser modificado por vía de recurso, y cuando la resolución devenga firme será el único mandato válido. Esta objeción no es rebatida por la doctrina que mantiene la concepción abstracta de acción, por lo que debemos considerar que la asumen como una consecuencia de su teoría.

Esta concepción de la acción sólo es válida si se parte de la existencia de un derecho subjetivo previo a la resolución jurisdiccional por lo que resultan inaplicable en el proceso penal. Esta objeción es justificada por ORTELLS RAMOS porque este concepto se elabora “persiguiendo explicar cómo el orden jurídico privado era jurisdiccionalmente tutelado”⁵⁶⁹. GÓMEZ ORBANEJA lo admite al concebir la acción penal como “el derecho al proceso y a la sentencia en que se declare la existencia o inexistencia del derecho subjetivo de penar”⁵⁷⁰. Es decir, abandona la concepción concreta que había mantenido en el proceso civil. Lo justifica en el hecho de que el juzgador no está vinculado ni a los hechos que el acusador considera probados ni al efecto jurídico que afirma en las conclusiones porque la acción penal es irrevocable⁵⁷¹. Posteriormente afirmará que la acción penal es “un derecho meramente formal de acusar”⁵⁷².

OLIVA lo justifica en que en el orden penal los justiciables carecen de verdaderos derechos subjetivos públicos a obtener una tutela jurisdiccional concreta

⁵⁶⁶ ORTELLS RAMOS, loc. cit.

⁵⁶⁷ OLIVA SANTOS, op. cit., pg. 147.

⁵⁶⁸ PRIETO-CASTRO, loc. cit.

⁵⁶⁹ ORTELLS RAMOS, op. cit., pg. 246.

⁵⁷⁰ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, vol. 1, casa editorial Bosch, Barcelona, 1951, pg. 188.

⁵⁷¹ GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 195.

⁵⁷² GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*—con HERCE QUEMADA—, ed. Agesa, Madrid, 1975, pg. 70. El desarrollo lo efectúa en las pgs. 70-73.

⁵⁷³. Pero no explica en que consiste propiamente el concepto de acción en el orden penal. Sin embargo, sí que reconoce la existencia de un derecho al proceso, tanto en el orden penal como en todos los órdenes jurisdiccionales, y que sería una manifestación del art. 24 CE ⁵⁷⁴.

Una objeción genérica que se puede realizar es que se incluye en la noción de acción elementos pertenecientes al juicio. La norma positiva es un elemento que el Juez toma en consideración al dictar la norma de conducta aplicable al hecho enjuiciado, y que se expresa en la resolución jurisdiccional. Por ello éste ámbito es inadecuado para resolver esta relación ⁵⁷⁵.

Esta teoría contempla la acción desde la perspectiva del demandante que acude ante los órganos jurisdiccionales. La persona que inicia un proceso lo realiza con la intención de obtener una posición de preeminencia frente al demandado que le pueda imponer coactivamente. Pero analizar la acción desde esta perspectiva implica una visión unilateral que incurre en las objeciones analizadas anteriormente.

No podemos aceptar esta teoría porque no permite concebir de forma unitaria la acción. Como hemos puesto de relieve deberíamos formularla de forma distinta para cada uno de los órdenes jurisdiccionales, llegando a negar su existencia cuando no existiera un derecho subjetivo preprocesal. Por lo tanto deberíamos negar la unidad del derecho procesal cuando el mismo tiene por objeto el estudio de la jurisdicción, del proceso y de la actividad de las partes, llámese acción o derecho al proceso.

Pero la crítica fundamental es que parte de la existencia de un derecho subjetivo previo a la existencia del proceso. Como el derecho surge de la declaración jurisdiccional, es imposible que éste preexista a la misma. Antes sólo hay una serie de intereses contrapuestos que se someten a la decisión de un tercero para ordenar sus relaciones. Por ello no podemos admitir la teoría concreta de la acción.

Por lo expuesto se observa como la acción entendida en el sentido concreto hace referencia al contenido de la sentencia, que es expresión del juicio del órgano jurisdiccional. Y en él es donde se deben analizar las relaciones entre el derecho sustancial y el proceso que influyen en el momento de formación del juicio. Por lo tanto debemos remitirlo al momento del juicio, es decir, a la actividad del órgano jurisdiccional que no es otra cosa que la jurisdicción.

3. La acción en sentido abstracto

⁵⁷³ DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, cit., pg. 161.

⁵⁷⁴ OLIVA SANTOS, op. cit., pg. 162.

⁵⁷⁵ Ver supra juicio jurisdiccional.

Antes de que WACH formulase su teoría de la acción, PLOSZ⁵⁷⁶ y DEGENKOLB⁵⁷⁷ habían elaborado la que se denominaría *teoría abstracta de la acción*. La misma desvinculaba el inicio del proceso de la tenencia de un derecho subjetivo. Esta construcción se desarrolla al contemplar la circunstancia de que el proceso puede ganarlo quien no tiene razón. El derecho de acción es un derecho subjetivo público independiente de la correspondencia con el derecho privado. DEGENKOLB exigía para el ejercicio de la “Klagerecht” la buena fé del actor⁵⁷⁸. La acción sería el derecho subjetivo consistente en el poder de llevar a otro ante el juez⁵⁷⁹. Posteriormente DEGENKOLB modificaría parcialmente su teoría y afirmaría que se trata de una facultad jurídica que corresponde a quien crea tener razón⁵⁸⁰.

JELLINEK se adhirió a esta concepción de la acción, si bien la considera como un derecho a la tutela jurídica que no derivaría de un derecho privado, sino del reconocimiento mismo de la personalidad del sujeto por parte del Estado⁵⁸¹.

Esta teoría fue recibida en Italia por MORTARA quien modifica el concepto de acción que había formulado con anterioridad al conocimiento de la obra de los profesores alemanes y distingue entre un significado amplio y restringido del mismo⁵⁸². Desde la primera perspectiva consistiría en “el derecho de provocar el ejercicio de la autoridad jurisdiccional del Estado contra la violación que estimamos que se ha producido de nuestro Derecho subjetivo”. Por lo tanto sería una relación entre tres sujetos: el demandante, el demandado y el Juez. Los elementos objetivos de la misma serían todos los actos que deben realizarse para que se realice su finalidad (la demanda judicial, la defensa, la sentencia y todos los actos que deben producirse), es decir, “sería todo el juicio”.

En un sentido más restringido entiende que la acción “indica simplemente la facultad de proponer la demanda judicial, esto es, el derecho público subjetivo del actor”.

El mérito de MORTARA es que contempló la acción desde una perspectiva dinámica. Por ello incluye en la misma todos los actos de los sujetos del proceso para el logro de su finalidad: la emisión de un juicio.

⁵⁷⁶ PLOSZ, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig, 1880. Aungue su origen se remonta a un libro escrito en húngaro en 1876 (citado por CHIOVENDA, *la Acción...*, cit., pg. 137, nota 35).

⁵⁷⁷ DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877 (citado por CHIOVENDA, loc. cit.).

⁵⁷⁸ La obra de estos autores ha sido analizada a partir de la obra de CHIOVENDA (*la Acción...*, pg. 28) y SERRA DOMÍNGUEZ (*Evolución...*, cit., pg. 130).

⁵⁷⁹ DEGENKOLB, op. cit. (citado por CHIOVENDA, op. cit., pg. 137, nota 36).

⁵⁸⁰ DEGENKOLB, *Der Streit Überden Klagrechtbegriff*, Leipzig, 1905 (citado por CHIOVENDA, op. cit., pg. 140, nota 39).

⁵⁸¹ JELLINEK, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Friburgo, 1892, pgs. 118-122 (citado por CHIOVENDA, *la Acción...*, cit., pg. 139, nota 40).

⁵⁸² MORTARA, *Manuale della Procedura Civile*, I, 2ª edición, Turín, 1897, n. 12 y ss.; id., *Principii di Procedura Civile*, 3ª edición, Florencia, 1895, n. 24. La cita que realizamos la extraemos de BRUGI, op. cit., pg. 765, nota 11.

Sin embargo fue criticado por BRUGI porque va más allá del significado íntimo de la palabra y de la tradición jurídica, y considera que son conceptos distintos. Admite que su concepción de acción y excepción es escolástica, y que debe ser conservada en su significado romano, que es donde despliega toda su utilidad. En todo caso está dispuesto a reconocer que la excepción es una acción de rechazo con la misma fuerza que ésta ⁵⁸³, pero no a confundirlos ⁵⁸⁴.

Desde esta concepción abstracta de la acción se desplaza el problema de las relaciones entre el derecho y el proceso a la sentencia. Así se pronunciaba ROCCO ⁵⁸⁵ al considerar que al lado del interés primario, surge en la parte un interés secundario en que el derecho sea tutelado. Cuando el Estado prohíbe la autotutela, el interés secundario es reglamentado, dándole fuerza suficiente para promover la acción de los particulares, pasando a ser distinto del interés primario. La posesión del derecho sólo se conocerá en el momento de la sentencia. Basta con la alegación de un interés primario en abstracto ⁵⁸⁶.

De forma similar se pronunciaba BÜLLOW ⁵⁸⁷. Rechaza la teoría concreta de la acción porque el juez tiene la obligación de formarse una convicción acerca del material de la causa. Por lo que el derecho a una determinada sentencia surge en un momento que el titular no puede conocer. Esta consideración no excluye el derecho de accionar si se entiende como un poder jurídico frente al adversario. Así la sentencia favorable tendrá como condición la proposición de la demanda y la producción del material de cognición, que aparece como un poder frente al demandado; pudiendo existir antes del proceso y surgir durante la tramitación de éste ⁵⁸⁸.

La aceptación de esta teoría en Italia se realizó progresivamente, pudiendo ser considerada actualmente como dominante ⁵⁸⁹, siendo las excepciones la de COSTA que mantiene la teoría concreta de la acción ⁵⁹⁰ y SATTI que la contempla como postulación del juicio ⁵⁹¹.

BETTI elabora un concepto abstracto de acción, pero apartándose de la fundamentación realizada por DEGENKOLB y ROCCO ⁵⁹². Según BETTI la acción (como poder jurídico de provocar la actuación de la ley) es el derecho procesal,

⁵⁸³ Sigue en este aspecto a MANFREDINI, *Corso di Diritto Giudiziario Civile*, I, Bologna, 1898, n. 101, pg. 56. Citado por BRUGI, op. cit., pg. 765, nota 12.

⁵⁸⁴ BRUGI, op. cit., pg. 765.

⁵⁸⁵ ROCCO, *la Sentencia Civil*, México, 1945, pg. 127 y 153 (el libro original fue publicado en Turín en 1906).

⁵⁸⁶ ROCCO, op. cit., pg. 128 y 129. Ver SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 130, para una exposición detallada de la teoría de ROCCO y la respuesta a las críticas que se le formula.

⁵⁸⁷ BÜLLOW, *Klage und Urteil*, en "ZZPr, 1903, pg. 191 y ss. (citado por RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pg. 63, nota 173). Ver la síntesis que realiza CHIOVENDA, en *la Acción...*, cit., pg. 63-70.

⁵⁸⁸ CHIOVENDA, op. cit., pg. 67.

⁵⁸⁹ FAZZALARI, op. cit., pg. 920.

⁵⁹⁰ loc. cit.

⁵⁹¹ Ver *infra*. La explicación de los argumentos que le llevaron a elaborar su teoría de la acción serán desarrollados con posterioridad.

⁵⁹² SERRA DOMÍNGUEZ, *Evolución...*, cit., pg. 132.

coordinado como derecho-medio para una determinada razón hecha valer en juicio, individualizado por tal razón y por un interés de obtener un reconocimiento mediante un pronunciamiento o una medida jurisdiccional, teniendo el lado pasivo (demandado) una sujeción a los efectos jurídicos de tal pronunciamiento o medida en la hipótesis de que la razón afirmada sea demostrada: derecho, que es al mismo tiempo una carga, acompañado del riesgo de su falta de demostración⁵⁹³. Para él el poder de acudir a los Tribunales es un presupuesto necesario para ejercitar la acción⁵⁹⁴, que se dirige contra el adversario⁵⁹⁵.

Esta teoría fue recogida por LIEBMAN, pero dirigiendo la acción contra el Estado⁵⁹⁶. La define como la situación subjetiva que consiste en el poder de poner la condición en virtud de la cual el órgano se pone en movimiento⁵⁹⁷. No es concreta porque el Juez al resolver debe realizarlo en base a su convicción formada a lo largo del proceso⁵⁹⁸.

Posteriormente volvería a reformular su concepto de acción en el *Manual de Derecho Procesal Civil*⁵⁹⁹. Accionar significa perseguir en juicio la tutela del propio derecho y el término acción es el derecho. Pero admite que cualquier persona puede dirigir sus demandas a los Tribunales porque es la única forma⁶⁰⁰.

La distinción entre derecho subjetivo y acción la delimita claramente utilizando como criterio de distinción el destinatario de su ejercicio: mientras el primero tiene por objeto una prestación de la contraparte, la segunda tiende a provocar una actuación de los órganos jurisdiccionales. Por eso la acción tiene una naturaleza pública y un contenido uniforme como es la petición de tutela jurisdiccional del derecho propio⁶⁰¹.

En Italia el derecho de acción está constitucionalizado en el art. 24 Constitución. La misma se concede para la tutela de derechos propios (legitimación para accionar)⁶⁰² e intereses legítimos (interés para accionar)⁶⁰³. Por lo tanto se concede a todos aquellos que afirmen la titularidad de los mismos y que deben

⁵⁹³ BETTI, *Ragione e Azione*, en "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1932, pg. 234.

⁵⁹⁴ BETTI, op. cit., pg. 224.

⁵⁹⁵ BETTI, op. cit., pg. 226.

⁵⁹⁶ LIEBMAN, *l'Azione nella Teoria del Processo Civile*, en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1950, pg. 65.

⁵⁹⁷ LIEBMAN, op. cit., pg. 64.

⁵⁹⁸ LIEBMAN, op. cit., pg. 65.

⁵⁹⁹ LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, ed. EJEJA, Buenos Aires, 1980, pgs. 109 y ss.

⁶⁰⁰ LIEBMAN, pg. 110.

⁶⁰¹ LIEBMAN, op. cit., pg. 112.

⁶⁰² "La legitimación, como requisito de la acción, es una condición de la providencia de fondo sobre la demanda; indica, pues, para cada proceso, las *justas partes*, las *partes legítimas*, esto es las personas que deben estar presentes a fin de que el juez pueda proveer sobre un determinado objeto" (LIEBMAN, op. cit., pg. 117).

⁶⁰³ Es un interés procesal, secundario e instrumental, respecto del interés sustancial primario, y tiene por objeto la providencia que se pide al magistrado, como medio para obtener la satisfacción del interés primario (LIEBMAN, op. cit., pg. 115).

protegerlos a través de la vía judicial ⁶⁰⁴. Como no se puede saber de forma previa si es cierta la alegación efectuada, el derecho de iniciar un proceso se concede a todos los ciudadanos ⁶⁰⁵.

Consecuentemente con todo lo expuesto define la acción como “un derecho subjetivo diverso de los del derecho sustancial, porque está enderezado hacia el Estado, sin estar dirigido a una prestación suya: es más bien un derecho de iniciativa y de impulso, con el cual el individuo pone en movimiento el ejercicio de una función pública” ⁶⁰⁶.

El resultado del juicio dependerá de que exista la situación jurídica afirmada. Esta circunstancia no implica un nuevo derecho, sino una calificación de la acción ejercitada como fundada. Y mientras en el derecho procesal se encuentran los requisitos de la demanda, es en el derecho sustancial donde hallamos la regulación de la relación que constituye el objeto de la demanda ⁶⁰⁷. Por ello la acción de cognición es el derecho al juicio sobre el fondo de la demanda, pero no a que sea de un determinado contenido ⁶⁰⁸. Es decir, el actor aunque carezca de razón puede provocar el pleno ejercicio de la jurisdicción ⁶⁰⁹.

La formulación de LIEBMAN sería mayoritariamente acogida en la doctrina italiana ⁶¹⁰. Así MICHELI se pronunciaba de forma similar al concebir la acción como el hecho jurídicamente relevante que constituye la condición para que el juez se vea obligado a pronunciarse ⁶¹¹.

En España esta teoría ha sido mantenida en un principio por PRIETO-CASTRO ⁶¹², FAIRÉN GUILLÉN ⁶¹³, MORÓN PALOMINO ⁶¹⁴, ALMAGRO NOSETE ⁶¹⁵ y MONTERO AROCA ⁶¹⁶. Tras la aprobación de la Constitución Española lo

⁶⁰⁴ LIEBMAN, op. cit., pg. 113.

⁶⁰⁵ LIEBMAN, loc. cit.

⁶⁰⁶ LIEBMAN, op. cit., pg. 114.

⁶⁰⁷ LIEBMAN, op. cit., pg. 119.

⁶⁰⁸ LIEBMAN, op. cit., pg. 121.

⁶⁰⁹ LIEBMAN, op. cit., pg. 122.

⁶¹⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, *Evolución...*, cit., pg. 132. Ver la cita que realiza FAZZALARI, op. cit., pg. 920.

⁶¹¹ MICHELI, *Giurisdizione e Azione (premesse critiche allo studio dell'azione nel processo civile)*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1956, pg. 120.

⁶¹² PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Civil (Manual)*, tomo I, Librería General, Zaragoza, 1955, pg. 53.; id. *Acciones y Sentencias Constitutivas*, en “Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal”, ed. Edersa, Madrid, 1964, pg. 127; id., *Tratado de Derecho Procesal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1985, pg. 423.

⁶¹³ FAIRÉN GUILLÉN, *la Acción, Derecho Procesal y Derecho Político*, “Estudios de Derecho Procesal”, ed. Edersa, Madrid, 1955, pg. 81.

⁶¹⁴ MORÓN PALOMINO, *Sobre el Concepto de Derecho Procesal*, cit., pg. 532.

⁶¹⁵ ALMAGRO NOSETE, *el Libre Acceso como Derecho a la Jurisdicción*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid”, 1970, núm. 37, pgs. 95-137.

⁶¹⁶ MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pg. 145-176.

han incluido en el art. 24 GIMENO SENDRA ⁶¹⁷, PÉREZ GORDO ⁶¹⁸, ORTELLS RAMOS ⁶¹⁹, MORENO CATENA ⁶²⁰ y LOZANO-HIGUERO ⁶²¹.

PRIETO-CASTRO concibe la acción como “la potestad recibida del ordenamiento jurídico por los particulares o titulares de un derecho, para promover la actividad jurisdiccional encaminada a la actuación de la ley” ⁶²². Afirma que también puede ser considerada como un derecho a prestación de justicia si tenemos en cuenta la auto-obligación que asume el Estado de administrar justicia al suprimir la autotutela ⁶²³. La misma promueve una actividad destinada a un fin público (conservación del orden jurídico).

La única concepción de la acción que es posible mantener en la actualidad es la que considera que “es una posibilidad que corresponde a todo el mundo y que sólo produce el efecto de impulsar la actividad jurisdiccional, la realización de los actos que al juez incumben, y la sujeción del demandado, hasta llegar a la sentencia” ⁶²⁴.

Los requisitos de la acción para que sea admitida son tres: unos que son formales y que exige el art. 524, 503 y 504 LEC; la necesidad de tutela jurídica y el de calidad o carácter o legitimación ⁶²⁵. El segundo sólo se exige esporádicamente en el proceso civil, mientras que es obligatorio en el proceso administrativo ⁶²⁶. El tercero sólo determina quien puede ser demandante y demandado en una relación jurídica concreta, pero “no afecta a la posibilidad de ejercicio en abstracto de la acción” ⁶²⁷.

Posteriormente la definiría como “el ejercicio de una facultad para promover la actividad jurisdiccional, a fin de que mediante ella se declare la existencia de los supuestos legales y se produzca la nueva situación jurídica predeterminada en la ley” ⁶²⁸. El elemento esencial de la acción es el derecho o interés que ha movido al ciudadano a ejercerla, es postulación de justicia o tutela jurisdiccional ⁶²⁹.

⁶¹⁷ GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, ed. Civitas, Madrid, 1981, pgs.130-134.

⁶¹⁸ PÉREZ GORDO, *el Concepto de Derecho Procesal*, “Estudios de Derecho Procesal”, ed. Librería Pórtico, Zaragoza, 1981, pg. 45-46.

⁶¹⁹ ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., pg. 259-266.

⁶²⁰ MORENO CATENA, *Derecho Procesal. Proceso Civil*—con ALMAGRO NOSETE, GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ—, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, 5ª edición, pg. 178-184.

⁶²¹ LOZANO-HIGUERO, *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pg. 133.

⁶²² PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Civil (Manual)*, tomo I, Librería General, Zaragoza, 1955, pg. 53.

⁶²³ PRIETO-CASTRO, op. cit., pg. 54.

⁶²⁴ PRIETO-CASTRO, op. cit., pg. 56.

⁶²⁵ PRIETO-CASTRO, op. cit., pg. 67-68.

⁶²⁶ PRIETO-CASTRO, op. cit., pg. 67-68.

⁶²⁷ PRIETO-CASTRO, op. cit., pg. 68.

⁶²⁸ PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, *Acciones y Sentencias Constitutivas*, en “Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal”, ed. Edersa, Madrid, 1964, pg. 127.

⁶²⁹ PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1985, pg. 423.

FAIRÉN parte del origen de la acción: la prohibición de la autotutela por parte del Estado hace que éste deba articular los medios necesarios para que el ciudadano pueda lograr la resolución de las controversias de un medio pacífico. Así “nace el derecho del ciudadano de acudir a los Tribunales cuando piense que se le ha planteado un conflicto de intereses con otro”⁶³⁰. Es decir, la acción consiste en excitar la actividad jurisdiccional del Estado, que es una de sus obligaciones para lograr la pacífica resolución de los conflictos⁶³¹, y coincide con CARNELUTTI al considerar que es un derecho público subjetivo procesal⁶³². La misma tiene su fundamento en el derecho constitucional de petición⁶³³.

A continuación distingue entre acción y pretensión. La confusión de ambos términos es producto de superponerlos cuando son lógicamente distintos⁶³⁴. La diferencia esencial entre ambas se observa por el hecho de que la primera es eficaz en todo caso, mientras que la eficacia de la segunda está condicionada por la legitimación⁶³⁵. Mientras la primera corresponde a todos los ciudadanos y ante todo se da la obligación del Estado de examinar y resolver sobre ella, aunque sea negándose a proveer sobre el fondo por falta de una pretensión eficaz; la segunda sólo se atribuye a quien se halle en determinada relación con el interés que alega violado⁶³⁶. Como hemos indicado FAIRÉN GUILLÉN considera que el interés colectivo en la resolución pacífica de las controversias es el que origina la acción como obligación del Estado de pronunciarse en todo caso y como derecho de los ciudadanos⁶³⁷ en cuanto es recogida en los textos constitucionales⁶³⁸.

En términos parecidos MORÓN PALOMINO concibe la acción como el acto mediante el que se ejercita el derecho de accionar⁶³⁹. El mismo es un derecho subjetivo⁶⁴⁰, que cumple su finalidad cuando el órgano jurisdiccional actúa su jurisdicción⁶⁴¹. En concreto lo configura como un “derecho público, emanación de la personalidad humana”⁶⁴².

A continuación, la doctrina procesal empieza a considerar la acción como el derecho de acceso a los Tribunales, pero sin abandonar el punto de vista abstracto. Esta nota se hallaba expresada por FAIRÉN GUILLÉN al incluir la acción en el

⁶³⁰ FAIRÉN GUILLÉN, *la Acción, Derecho Procesal y Derecho Político*, “Estudios de Derecho Procesal”, ed. Edersa, Madrid, 1955, pg. 81.

⁶³¹ FAIRÉN GUILLÉN, op. cit., pg. 76.

⁶³² FAIRÉN GUILLÉN, op. cit., pg. 75.

⁶³³ FAIRÉN GUILLÉN, op. cit., pg. 74.

⁶³⁴ FAIRÉN GUILLÉN, op. cit., pg. 80.

⁶³⁵ FAIRÉN GUILLÉN, op. cit., pg. 77.

⁶³⁶ FAIRÉN GUILLÉN, op. cit., pg. 78.

⁶³⁷ loc. cit.

⁶³⁸ FAIRÉN GUILLÉN, op. cit., pg. 92.

⁶³⁹ MORÓN PALOMINO, *Sobre el Concepto de Derecho Procesal*, cit., pg. 532.

⁶⁴⁰ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 541.

⁶⁴¹ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 542.

⁶⁴² MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 542.

derecho de petición ⁶⁴³. Con el desarrollo del nuevo concepto de la organización estatal se incluye el derecho a la tutela judicial efectiva en los textos constitucionales. De esta manera lo recoge la Constitución Italiana en su art. 24 ⁶⁴⁴. En Italia la realizan ZANZUCCHI ⁶⁴⁵ y FURNO ⁶⁴⁶ desde la perspectiva constitucional.

Cuando los textos fundamentales españoles reconocen el libre acceso a los órganos jurisdiccionales, la doctrina incluye en este precepto la acción. Inicia esta orientación ALMAGRO NOSETE ⁶⁴⁷ y MONTERO AROCA ⁶⁴⁸. Al aprobarse la Constitución en el art. 24 GIMENO SENDRA ⁶⁴⁹, ORTELLS RAMOS ⁶⁵⁰, MORENO CATENA ⁶⁵¹ y LOZANO-HIGUERO ⁶⁵² realizarán una interpretación similar de este precepto. Otra de las consecuencias de la constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva es que OLIVA SANTOS deba construir un derecho al proceso distinto de la acción para seguir manteniendo una visión concreta de la misma ⁶⁵³.

MONTERO AROCA toma como punto de partida la teoría de FAIREN. Al analizar la acción como un derecho subjetivo que deriva del derecho de petición (art. 21 del Fuero de los Españoles), matiza esta concepción. Afirma que FAIREN la había configurado de esta forma en un intento de constitucionalizarla porque no existía un reconocimiento expreso en las leyes fundamentales. Pero que al promulgarse la Ley Orgánica del Estado debe ser modificada y diferenciar claramente el derecho de petición y el de libre acceso a los Tribunales de Justicia ⁶⁵⁴.

FAIREN reformula su teoría en 1991 y define la acción como “el derecho de acudir a la autoridad jurisdiccional con el propósito de presentarle un conflicto intersubjetivo y pedir que lo resuelva” ⁶⁵⁵. Es decir, sigue incluyendo el derecho de acción en el derecho de petición del art. 29 CE y no en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE ⁶⁵⁶, considerando un error la inclusión en este último

⁶⁴³ Ver infra la explicación de por qué lo incluye en este derecho más restringido que el de la tutela judicial efectiva.

⁶⁴⁴ Ver supra la interpretación realizada por LIEBMAN.

⁶⁴⁵ ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*, Milán, 1946, I, pg. 48 y ss.

⁶⁴⁶ FURNO, *Disegno Sistemático delle Oposizioni nel Processo Esecutivo*, apéndice, Florencia, 1942, pgs. 293 y ss. Citado por RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, cit., pg. 72, nota 218.

⁶⁴⁷ ALMAGRO NOSETE, *el Libre Acceso como Derecho a la Jurisdicción*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid”, 1970, núm. 37, pgs. 95-137.

⁶⁴⁸ MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pg. 145-176.

⁶⁴⁹ GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, ed. Civitas, Madrid, 1981, pgs.130-134.

⁶⁵⁰ ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., pg. 259-266.

⁶⁵¹ MORENO CATENA, *Derecho Procesal. Proceso Civil*—con ALMAGRO NOSETE, GIMENO SENDRA y CORTÉS DOMÍNGUEZ—, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, 5ª edición, pg. 178-184.

⁶⁵² LOZANO-HIGUERO, *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pg. 133.

⁶⁵³ Ver supra.

⁶⁵⁴ MONTERO AROCA, op. cit., pg. 163.

⁶⁵⁵ FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina General del Derecho Procesal (Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales)*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1991, pg. 82.

⁶⁵⁶ FAIRÉN GUILLÉN, op. cit., pg. 82 y 84.

del derecho de acción ⁶⁵⁷. Los intereses que concurren en la acción los diferencia en dos: el del actor frente al sujeto pasivo; y el existente entre el ciudadano que no puede ejercitar la autodefensa y que se ve obligado a acudir ante los órganos jurisdiccionales ⁶⁵⁸. Sirviendo la acción mejor al interés en favor de la pacífica composición o arreglo del litigio que al interés de fondo discutido ⁶⁵⁹.

GIMENO SENDRA analiza el concepto de acción desde la perspectiva del art. 24 de la CE. La concibe como un derecho subjetivo público de carácter constitucional cuyo objeto lo constituye el ejercicio de la actividad jurisdiccional ⁶⁶⁰. Posteriormente definirá la acción penal como “el derecho subjetivo constitucional mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una *notitia criminis*, se solicita la apertura del proceso penal, haciendo surgir en aquél la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución motivada” ⁶⁶¹.

El art. 24 CE parece que responde a la teoría concreta de la acción ⁶⁶². Pero debemos rechazar esta conclusión por dos motivos: porque supondría que se pudiera recurrir todas las resoluciones desestimatorias ante el TC para que examinara si la petición había sido correctamente denegada ⁶⁶³; y porque el TC entiende que el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva “consiste en obtener una resolución de fondo, si bien tal derecho se satisface cuando la resolución es de inadmisión y se dicta en aplicación razonada de una causa legal” ⁶⁶⁴.

ORTELLS RAMOS afirma que el grado de abstracción de la acción no llega hasta el extremo de dejarla sin contenido. Además la iniciación del proceso es un acto con un contenido determinado, incluso en el juicio verbal en que basta para su inicio la presentación de una papeleta. El contenido de la misma estaba previsto en el art. 720 LEC, y entre los extremos a que debía hacer referencia el demandante se incluía “la pretensión que se deduce”. Es decir, aquello que constituirá el objeto del proceso que se inicia ⁶⁶⁵. En la nueva LEC el art. 437 prevé que “el

⁶⁵⁷ Que ha sido cometido por el TC en Sentencia 108/1983 de 29 de noviembre, f.j. 2, BOE de 14 de diciembre de 1983 (para una recopilación de sentencias ver CHAMORRO BERNAL, *La Tutela Judicial Efectiva*, ed. Bosch, Barcelona, 1994., pgs. 42 y ss.). Y por un sector doctrinal que ha incluido el derecho de acción en el art. 24.1 CE representados por LOZANO-HIGUERO (op. cit., pg. 133), MORENO CATENA (op. cit., pg. 179) y ORTELLS RAMOS (op. cit., pg. 264-265).

⁶⁵⁸ FAIRÉN GUILLÉN, op. cit., pg. 84.

⁶⁵⁹ FAIRÉN GUILLÉN, op. cit., pg. 85.

⁶⁶⁰ GIMENO SENDRA, op. cit., pg. 130-134.

⁶⁶¹ GIMENO SENDRA, *el Derecho de Acción*, “Constitución y Proceso”, ed. Tecnos, Madrid, 1988, pg. 74. Este concepto de acción penal es sustancialmente idéntico al que mantenía con anterioridad (en *Fundamentos...*, cit., pg. 135-139).

⁶⁶² GIMENO SENDRA, (op. cit., pg. 133), MORENO CATENA (op. cit., pg. 177) y ORTELLS RAMOS (op. cit., pg. 263).

⁶⁶³ MORENO CATENA (op. cit., pg. 178) y ORTELLS RAMOS, loc. cit.

⁶⁶⁴ Sentencia del TC 69/1984 de 11 de junio, f.j. 2, BOE 11 de julio de 1984. En el mismo sentido STC 93/1984 de 16 de octubre (f.j. 5, BOE de 31 de octubre de 1984), STC 11/1988 de 2 de febrero (f.j. 4, BOE de 21 de abril)...etc. Ver ampliamente CHAMORRO BERNAL, *la Tutela Judicial Efectiva*, ed. Bosch, Barcelona, 1994, pgs. 177 y ss.

⁶⁶⁵ ORTELLS RAMOS, op. cit., pg. 254-259.

juicio verbal principiará mediante demanda sucinta, en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o domicilios en que pueden ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida”.

Por último indica que el derecho de acción no se satisface con cualquier resolución. Sino que debe ser una resolución jurisdiccional emitida después de haberse seguido el proceso correspondiente ⁶⁶⁶. Es precisamente el acto de iniciación del proceso el que determina el contenido de la sentencia de fondo que se pueda dictar. Para ello es necesario la petición de una resolución judicial sobre una consecuencia jurídica determinada y frente a otra persona y la afirmación de un estado de hechos jurídicamente relevante y adecuado para fundamentar la petición formulada ⁶⁶⁷. Y en esto consiste la pretensión procesal.

La gran aportación de esta teoría ha sido explicar el inicio y desarrollo del proceso desligándolo del derecho subjetivo extraprosesal. Y con ello logra la afirmación de la autonomía del derecho procesal frente al derecho “sustancial”. Pero se le puede criticar que lo realiza desde una perspectiva dualista de las relaciones entre jurisdicción y derecho, cuando el único mandato válido es el contenido en una sentencia firme; es decir, el derecho sólo se declara a través del juicio jurisdiccional. Además configuran la acción como el poder de obligar al órgano jurisdiccional a pronunciarse sobre la cuestión debatida. Y precisamente deberá realizarlo formándose un juicio jurisdiccional. Con lo cual están afirmando implícitamente que la acción consiste en la petición de que los órganos jurisdiccionales se formen un juicio acerca de los hechos planteados en el periodo de alegaciones del proceso.

4. La teoría de la pretensión

La pretensión procesal adopta una nueva perspectiva desde que GUASP definió la jurisdicción como satisfacción de pretensiones. La primera formulación de su teoría la realizó en *los Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* publicados en Madrid en 1943 ⁶⁶⁸.

Tras analizar la teoría abstracta y concreta de la acción y criticar el hecho de que mientras la primera corresponde al derecho político, la segunda se mueve en el ámbito del derecho privado, centra el estudio en el acto que el proceso tiene realmente en cuenta ⁶⁶⁹. El mismo es la pretensión procesal, que consiste en “la declaración de voluntad, en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a otra persona determinada y distinta del autor de la declaración” ⁶⁷⁰.

⁶⁶⁶ ORTELLS RAMOS, op. cit., pg. 259.

⁶⁶⁷ ORTELLS RAMOS, op. cit., pg. 258.

⁶⁶⁸ GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aguilar, Madrid, 1948, 2ª edición.

⁶⁶⁹ GUASP, op. cit., pg. 330.

⁶⁷⁰ GUASP, loc. cit.

Su naturaleza es la de un acto y no un derecho. Es decir, “es algo que se hace, pero no se tiene, lo que no quiere decir que tal acto no pueda configurarse como una manifestación de un poder atribuido a una persona; pero este poder... se desenvuelve en todo caso fuera del ámbito del proceso y es indiferente para éste”⁶⁷¹. Consecuentemente se diferencia del derecho subjetivo material que puede servirle de fundamento y de la acción como derecho subjetivo autónomo distinto del anterior⁶⁷².

La pretensión procesal constituye el objeto del proceso. Es decir, es “la materia sobre la que recae la actividad de los sujetos que en el proceso intervienen”. Siendo sus elementos un sujeto activo, un sujeto pasivo y el destinatario de la pretensión. El objeto es una cosa jurídica, pero puede tener otro distinto. El fundamento de la misma es su conformidad con una norma o serie de normas de las que forman parte del ordenamiento jurídico: “si se pide la actuación de una pretensión es porque esta actuación está ordenada por una norma para el caso de que exista un determinado supuesto de hecho, y este supuesto de hecho se da realmente”⁶⁷³.

Posteriormente resumiría su concepción de la siguiente forma: “concedido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones (derecho de acción), el particular puede reclamar cualquier bien de la vida frente a otros sujetos distintos, de un órgano estatal (pretensión procesal) iniciando para ello el correspondiente proceso (demanda), ya sea al mismo tiempo, ya después de su iniciación”⁶⁷⁴.

En la reformulación de su concepción contesta a las críticas que habían efectuado a su redacción originaria LOIS ESTÉVEZ⁶⁷⁵ y GÓMEZ ORBANEJA⁶⁷⁶.

LOIS ESTÉVEZ le critica que si la pretensión es un acto del proceso, resulta contradictorio configurarla como su objeto porque resultaría ser un todo y una parte a la vez⁶⁷⁷. GUASP responde a esta crítica que debe contemplarse no el momento en que el acto se produce, sino el momento o momentos en que ya se ha producido modificando la realidad⁶⁷⁸. Y es sobre este carácter de estado que imprime a la realidad una vez ha influido en ella, sobre la que gira el resto de elementos que aparece en la institución procesal⁶⁷⁹.

GÓMEZ ORBANEJA critica la distinción que realiza GUASP entre demanda y pretensión. Admite que conceptualmente pueden ser dos cosas distintas, pero

⁶⁷¹ GUASP, op. cit., pg. 331.

⁶⁷² GUASP, loc. cit.

⁶⁷³ GUASP, op. cit., pg. 332.

⁶⁷⁴ GUASP DELGADO, *la Pretensión Procesal*, ed. Civitas, Madrid, 1981, pg. 57.

⁶⁷⁵ LOIS ESTÉVEZ, *la Teoría del Objeto del Proceso*, “Anuario de Derecho Civil”, II, pg. 615.

⁶⁷⁶ GÓMEZ ORBANEJA, *Sobre una Nueva Entrega de los Comentarios de GUASP*, en “Revista de Derecho Procesal”, 1945, pg. 578.

⁶⁷⁷ loc. cit.

⁶⁷⁸ GUASP, op. cit., pg. 65.

⁶⁷⁹ GUASP, op. cit., pg. 66.

la petición de que comience un proceso, por sí sola no es nada ⁶⁸⁰. Ello es así porque “el proceso no es un efecto de la petición en que se expresa en tal sentido la voluntad del actor; es un efecto reflejo o colateral de la otra pretensión, la que se dirige a obtener una resolución determinada” ⁶⁸¹. Es decir, concibe esta diferenciación como artificial, pues la demanda, que según GUASP es acto iniciador del proceso y le proporciona su objeto, aunque pueden ser distintas, tiene el primer efecto como consecuencia del contenido de la misma.

GUASP le responde poniendo como ejemplo la demanda iniciadora del juicio verbal o del recurso de apelación, o en el proceso penal con la querrela y el escrito de iniciación, o en el orden administrativo con el escrito de interposición. Por ello afirma que si en el ordenamiento jurídico existe esta figura jurídica, “tiene derecho a un tratamiento dogmático apropiado” ⁶⁸².

Esta teoría ha sido mantenida en su formulación original por MARTINEZ BERNAL ⁶⁸³ y por GORDILLO que considera la pretensión como “el acto por el que una persona inicia la serie constitutiva del proceso respecto de determinada cuestión” ⁶⁸⁴. Sin embargo el término pretensión ha sido utilizado por otros sectores doctrinales, si bien dándole un sentido totalmente diverso del que originariamente le otorgó GUASP ⁶⁸⁵.

5. La superación de la perspectiva dualista: la polémica entre Satta y Cristoffolini

Hemos analizado la acción desde la perspectiva dualista del proceso. Pero la misma ha sido criticada desde una perspectiva sociológica. Al analizar el concepto de jurisdicción tratamos la superación del dualismo por obra de ALLORIO, SATTI y RAMOS MÉNDEZ ⁶⁸⁶. En el ámbito de la acción el mérito de haberlo realizado le corresponde a SATTI, quien mantuvo una dura polémica con las teorías

⁶⁸⁰ GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 578.

⁶⁸¹ GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 579.

⁶⁸² GUASP, op. cit., pg. 57, nota 58.

⁶⁸³ MARTÍNEZ BERNAL, *Sobre el Concepto del Derecho Procesal*, en “Revista de Derecho Privado”, tomo XXVIII (enero-diciembre 1944), pg. 639.

⁶⁸⁴ GORDILLO, *Concepto del Derecho Procesal (a través de una noción unitaria del proceso)*, Lecciones de Cátedra, Primera Entrega, Madrid, 1955, pg. 46

⁶⁸⁵ Así FENECH NAVARRO (*Derecho Procesal Penal*, Barcelona, 1960, pg. 286 y ss.), FAIRÉN GUILLÉN (*la Acción, Derecho Procesal y Derecho Político*, cit., pg. 80; y en *Doctrina General...*, cit., pg. 85), MONTERO AROCA (ver supra la jurisdicción como satisfacción de pretensiones), PÉREZ GORDO (*Programa de Derecho Procesal*, Zaragoza, 1981, lección 8; y *Apuntes de Derecho Procesal*, Zaragoza, 1981), GIMENO SENDRA (ver supra concepto de jurisdicción como satisfacción de pretensiones) y ORTELLS RAMOS (op. cit., pg. 258)..

⁶⁸⁶ Ver supra.

dualistas, representadas por CRISTOFFOLINI, quien recibió una pequeña ayuda de CARNELUTTI en un último momento.

Como ya indicábamos fue ALLORIO uno de los primeros autores que configuró la actividad jurisdiccional como la emisión de un juicio⁶⁸⁷. En principio concibe la acción como un poder abstracto que hace surgir en el juez un deber de pronunciar la resolución⁶⁸⁸. Con ello las relaciones entre el proceso y el derecho objetivo se remiten al momento de la emisión del juicio. Sin embargo posteriormente afirma que no hay inconveniente en admitir que al lado del poder abstracto de la acción exista un poder concreto cuando la demanda sea fundada; es decir, la entiende como el poder de dar vida, con la propia actividad procesal, al deber del juez de pronunciarse sobre la controversia con una sentencia favorable a la petición de quien la ha propuesto con la demanda⁶⁸⁹.

La posición expuesta es congruente con la noción que tiene de la ley. La misma es una orden que se dirige al órgano jurisdiccional para que resuelva cuando se dé el supuesto de hecho en un determinado sentido⁶⁹⁰. Así distingue entre el poder de cualquier ciudadano de obligarle a pronunciarse sobre una cuestión litigiosa, y el deber del órgano judicial en resolver de una forma determinada cuando así venga indicado por la norma positiva. Pero esta segunda obligación sólo surge en el momento en que el Juez se forma su juicio, por lo que no es un elemento que pueda tenerse en cuenta para dar un concepto de la acción, sino que pertenece a la actividad jurisdiccional⁶⁹¹.

Como indicábamos fue SATTÀ el primero que da una visión plenamente monista de la jurisdicción. Pero esto lo realiza en una última etapa de su vida. El concepto de acción fue desarrollado siguiendo una evolución que supuso la ruptura con las doctrinas que tomaban como punto de partida una visión dualista de las relaciones entre derecho y proceso.

En 1937 publica un artículo en el que contradice la visión publicística del proceso que se tenía desde que CHIOVENDA realizará la prolucción sobre *la acción en el sistema de los derechos*⁶⁹². Constata que esta teoría ha producido la separación entre acción y proceso porque si es verdad que la acción corresponde a quien tiene el derecho, también lo es que pendiente el proceso es incierto a quién corresponde: de esta forma el proceso se nos presenta como una expectativa⁶⁹³.

⁶⁸⁷ Ver supra.

⁶⁸⁸ ALLORIO, *l'Ordinamento...*, cit., pg. 32.

⁶⁸⁹ ALLORIO, op. cit., pg. 35; id., *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, "Problemi di Diritto. La Vita e la Scienza e il Diritto in Italia e in Europa e altri Studi", ed. Giuffrè, Milán, 1957, pg. 198.

⁶⁹⁰ Ver supra.

⁶⁹¹ Ver supra "juicio jurisdiccional".

⁶⁹² Ver supra.

⁶⁹³ SATTÀ- *gli Orientamenti Pubblicistici della Scienza del Processo*, "Rivista di Diritto Processuale", 1937, pg. 32-49; y en "Derecho Procesal Civil. Coloquios y Soliloquios de un Jurista", ed. EJEJA, Buenos Aires, 1971, pg. 145 y ss. Las citas son de la traducción española, pg. 145.

Para SATTÀ esta concepción da lugar a considerar el proceso como una relación jurídica. Pero parte de un error en la premisa: la falta del derecho durante la pendencia del proceso, en contraste con la efectiva existencia del derecho, que como hemos indicado es el presupuesto de la acción⁶⁹⁴. Además considera que entre la “actio” y el “iudicium” no hay contradicción, sino “relación de medio a fin”⁶⁹⁵.

Por ello cree necesario reformular los conceptos desde un punto de vista privatístico para contraponerlos a la visión publicística del derecho procesal⁶⁹⁶. Desde esta perspectiva la jurisdicción tiene la función de producir una modificación jurídica⁶⁹⁷. Así la acción sería el poder puesto al servicio de aquel que tiene derecho y que tiende a que tal cambio se realice y se le reintegre el derecho lesionado⁶⁹⁸.

Se plantea uno de los grandes interrogantes de la acción desde una perspectiva dualista: ¿cómo se puede obrar en juicio, intentar la acción, aún sin derecho?⁶⁹⁹ Para darle respuesta la analiza desde la perspectiva de la acción entendida en sentido sustancial y procesal: en el primer caso exige la demostración del derecho al cual está vinculada; en el segundo la acción sería el poder de pedir frente al órgano y presupone un interés. En ambos casos la conclusión es idéntica: “el obrar sin derecho es incompatible con ser titular de una acción”⁷⁰⁰.

Cuando se acciona contra derecho la lesión es reparada a través de la declaración negativa de certeza que se contiene en la sentencia absolutoria. Si no existe la acción no es tal, sino que implica un ejercicio ilegítimo de un poder⁷⁰¹.

Esta constituye una primera etapa de su pensamiento. Como se observa parte de una consideración dualista del proceso al vincular la acción a un derecho lesionado. La concepción de la acción es concreta, pero los matices que introduce motiva que se acerque a la posición abstracta de la acción. El gran avance es contemplar el proceso desde la perspectiva de las partes, huyendo de esta forma de la publicización que se había producido.

El “atrevimiento” de SATTÀ al efectuar esta revisión de la doctrina dominante y llegar a unas conclusiones contrarias, fue contestado rápidamente por CRISTOFFOLINI⁷⁰². Lo realiza a través de un artículo publicado en el siguiente número de la “Rivista di Diritto Processuale Civile”. El título del mismo expresa

⁶⁹⁴ SATTÀ, *Derecho...*, cit., pg. 147-148.

⁶⁹⁵ SATTÀ, op. cit., pg. 148.

⁶⁹⁶ Lo reconocerá en la apostilla que realiza a este artículo al publicarlo en *Coloquios y Soliloquios de un Jurista* (op. cit., pg. 164).

⁶⁹⁷ Ver supra el desarrollo que hemos efectuado del pensamiento de SATTÀ en torno a la jurisdicción.

⁶⁹⁸ SATTÀ, op. cit., pg. 152.

⁶⁹⁹ SATTÀ, op. cit., pg. 160.

⁷⁰⁰ SATTÀ, op. cit., pg. 161.

⁷⁰¹ SATTÀ, op. cit., pg. 162.

⁷⁰² CRISTOFFOLINI, *a Proposito di Indirizzi nella Scienza del Processo*, “Rivista di Diritto Processuale Civile”, 1937, pg. 105-124.

claramente la intención de su autor: *a proposito di indirizzi nella scienza del processo*. Es decir, se considera obligado a rebatir la opinión de SATTÀ desde un punto de vista tradicional. La crítica se funda en cuatro aspectos:

- La concepción de SATTÀ no responde al proceso penal y administrativo al no fundarse en el derecho privado ⁷⁰³.
- No explica los supuestos de legitimación anormal ⁷⁰⁴.
- Elude el problema de la sentencia injusta ⁷⁰⁵.
- No explica los procesos dispositivos ⁷⁰⁶.

SATTÀ responde a estas críticas de la siguiente manera. A la primera responde que su construcción se refiere a la hipótesis de la jurisdicción civil, pero no a aquéllas enumeradas por CRISTOFFOLINI ⁷⁰⁷. Por ello la objeción está desenfocada.

La segunda y cuarta crítica son tratadas conjuntamente por SATTÀ para responder a las mismas. El órgano judicial no es el sujeto pasivo de la relación procesal. Su actuación responde al poder de la parte que tiene su fuente en una norma procesal ⁷⁰⁸.

Por último la sentencia injusta no es admisible en la concepción sattiana. Esta valoración tendría un simple valor naturalístico. Le objeta que supondría la adquisición a una causa originaria, rompiendo la relación procesal respecto al bien reconocido en la sentencia ⁷⁰⁹.

En este mismo artículo replica a CARNELUTTI en la crítica que le efectúa en el comentario de su libro sobre la *Esecuzione Forzata*. En opinión de SATTÀ la crítica más desarrollada es la que se dirige contra la naturaleza sustancial de la acción y el hecho de que la acción se presenta contra el obligado y no frente al órgano jurisdiccional. Pero SATTÀ contesta a la misma reafirmando en su idea, salvando en todo caso los poderes del órgano y de la parte. El poder de la parte es de carácter sustancial y se dirige contra el adversario ⁷¹⁰. Con lo cual se reafirma en que la acción se dirige frente a la contraparte y no contra el órgano jurisdiccional ⁷¹¹.

SATTÀ explica el motivo por el que abandona la concepción dominante: “la dirección publicística me ha dado el hábito crítico y la conciencia viva de los gravísimos problemas de nuestra ciencia; al abandonarla, porque he considerado in-

⁷⁰³ CRISTOFFOLINI, op. cit., pg. 109.

⁷⁰⁴ CRISTOFFOLINI, op. cit., pg. 123.

⁷⁰⁵ CRISTOFFOLINI, op. cit., pg. 122.

⁷⁰⁶ CRISTOFFOLINI, op. cit., pg. 110.

⁷⁰⁷ SATTÀ, *Orientamenti e Disorientamenti nella Scienza del Processo*, “Foro Italiano”, 1937, tomo IV, pg. 277.

⁷⁰⁸ SATTÀ, op. cit., pg. 278.

⁷⁰⁹ SATTÀ, op. cit., pg. 284.

⁷¹⁰ SATTÀ, *Orientamenti...*, cit., pg. 286; id., pg. 180 de la edición española.

⁷¹¹ Recordemos que junto a REDENTI, también citado por SATTÀ en la primera prolucción (*Orientaciones...*, cit., pg. 160), es de los pocos autores que opinan que la acción se dirige frente a la parte contraria y no frente al órgano jurisdiccional. Y ésto es precisamente la crítica que le efectúa CARNELUTTI.

exactas las soluciones y las conclusiones a las cuales ella conducía, no he abandonado ni aquel hábito ni aquella ciencia”⁷¹².

CRISTOFFOLINI volvió a publicar un artículo en que replicaba la contestación de SATTA con los mismos argumentos ya analizados⁷¹³. Esta polémica tuvo el valor de poner de relieve la profunda innovación realizada por SATTA al elaborar esta teoría, y sobre todo porque supuso una mayor elaboración de la misma al tener que contestar a las objeciones indicadas. En todo caso no responde a la misma desde la óptica dualista del proceso que aparentemente mantiene y es donde surge porque es consecuencia de la divergencia entre el juicio contenido en la norma y el emanado por el órgano jurisdiccional. Hemos analizado como pone de manifiesto la confusión y aclara su postura al afirmar que en su concepción no cabe hablar jurídicamente de una sentencia injusta⁷¹⁴. Es decir, implícitamente está avanzando una visión monista en las relaciones entre proceso y derecho.

SATTA continua elaborando el concepto de acción en una serie de artículos que se publican en diversas épocas de su trayectoria científica⁷¹⁵. El estudio de los mismos nos proporciona una visión clara de la evolución de este autor en torno a uno de los conceptos fundamentales del derecho procesal.

La concepción monista en las relaciones entre derecho y proceso aparece claramente definida en el discurso pronunciado ante los abogados de Roma el 25 de mayo de 1963. En el mismo afirma que “el proceso de determinación de lo concreto consiste en esta progresión ideal de la ley a la acción”⁷¹⁶. Pone de relieve el error de la doctrina tradicional al identificar los actos en que se realiza esta concreción con lo concreto, agotando con ellos la realidad⁷¹⁷. Pero este hecho es más evidente en los casos de violación de la ley. En estas hipótesis parece difícil decir que lo concreto existe; y sin embargo esto es lo que sucede cuando se realiza el juicio jurisdiccional que se plasma en la sentencia⁷¹⁸. Y de esta circunstancia surgen las dificultades de las teorías dualistas.

La exigencia de que lo concreto se determine se canaliza a través del proceso. La acción aparece como la única realidad que existe cuando no se ha cumplido voluntariamente el mandato legal. En este momento la ley ya no tiene una razón de ser distinta de una mera hipótesis, será el juicio del órgano jurisdiccional el

⁷¹² SATTA, *Orientaciones...*, cit., pg. 180.

⁷¹³ CRISTOFFOLINI, *Contro i Disorientamenti nella Scienza del Processo*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1937, pg. 283-287.

⁷¹⁴ SATTA, *Orientaciones...*, cit., pg. 177.

⁷¹⁵ SATTA, *Historia y Publicización en el Proceso*, “Derecho Procesal Civil. Coloquios...”, cit., pg. 185 y ss. (el original en italiano fue publicado en “Rivista di Diritto Commerciale”, 1939); id., *Ultime Tendenze della Teoria dell’Azione*, “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1940, pgs. 1 y ss.; id., *L’Esercizio dell’Azione*, “Rivista Italiana per la Scienza Giuridiche”, 1947, pgs. 212 y ss.; id. *el Proceso en la Unidad del Ordenamiento Jurídico*, “Derecho...”, cit., pg. 133 (reproducción de una conferencia pronunciada en la sala del Consejo de la orden de los abogados de Roma, el 25 de mayo de 1963).

⁷¹⁶ SATTA, *el Proceso...*, cit., pg. 136.

⁷¹⁷ SATTA, op. cit., pg. 137.

⁷¹⁸ SATTA, op. cit., pg. 137.

que se impondrá a las partes. Y el mismo debe ser postulado por las partes a través de la acción ⁷¹⁹.

En esta conferencia realizó un avance con respecto a las posiciones que había mantenido con anterioridad. Supera el dualismo y denuncia sus inconvenientes, para inclinarse por una visión monista del ordenamiento. Es decir, concibe el ordenamiento jurídico como único, y afirma que su concreción se realiza a través del proceso. Posteriormente la desarrollaría en los *Comentarios al Codice di Procedura Civile* y en la 5ª edición del *Manual de Derecho Procesal Civil* ⁷²⁰.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hasta el momento hemos efectuado un repaso crítico de las diversas teorías que se han formulado en torno a la acción. En este instante debemos indicar por cuál de ellos nos decantamos o formular uno nuevo y fundamentarlo.

En nuestra opinión el actor que inicia un proceso lo realiza con la intención de que los órganos jurisdiccionales dicten una resolución favorable a la pretensión ejercitada. Pero como anteriormente hemos indicado ésta no es su función, sino la de crear el derecho en el caso concreto. Es decir, a través de la sentencia dicta la norma de conducta (el derecho) aplicable a los hechos enjuiciados. Las partes estarán interesadas en que sea favorable a su interés, pero ello no implica que debamos incluirlo en el concepto de acción. Ésta es relevante jurídicamente en cuanto explica el inicio del proceso y el ejercicio de los actos que posibilitarán que el órgano jurisdiccional pueda dictar una resolución jurisdiccional. Pero no puede incluir el juicio jurisdiccional porque hace referencia a otro de los protagonistas del proceso: el juez. Con este concepto se explica la participación de las partes en el proceso, pero no la del juez que es desarrollada en el concepto de “jurisdicción”.

Además esta perspectiva implica partir de una postura dualista en las relaciones entre derecho y proceso. Nosotros consideramos que derecho sólo hay uno, y éste es el que crea el órgano jurisdiccional a través del juicio. Por ello el Juez no puede estar obligado a pronunciarse en un sentido determinado porque su juicio es libre, debiendo dictar la resolución que estime más conveniente a la vista de los hechos acreditados en el proceso. Somos conscientes de que en este momento hemos excedido el ámbito propio de la acción para adentrarnos en el del juicio jurisdiccional, pero la teoría concreta nos obliga a ello porque intenta explicar la intervención de las partes a través del juicio que se forma el juez indicando cuál debe ser su sentido.

⁷¹⁹ SATTA, op. cit., pg. 138.

⁷²⁰ Op. cit., ver supra el desarrollo del mismo.

La teoría abstracta entiende la acción como el derecho, poder o facultad de iniciar el proceso. Es decir, intenta explicar únicamente el desarrollo del proceso. Pero las mismas responden a una concepción dualista de las relaciones entre derecho y proceso que hace que implícitamente incurran en el exceso denunciado anteriormente. En caso contrario lo dejarían sin contenido, convirtiéndolo por lo tanto en un recipiente vacío y, consecuentemente, inútil.

Precisamente por ello se formuló la teoría de la pretensión procesal. Fue un intento de superar esta contradicción realizado de forma magistral por GUASP. Pero la misma no explica el concepto de acción, sino que describe su actuación. Es consciente de las objeciones en que incurría la teoría abstracta y concreta de la acción, por ello reformula el concepto describiendo su funcionamiento y escindiendo artificialmente un concepto unitario como es la acción. Para ello reformula los conceptos de acción y la pretensión, pero sin explicar por qué actúa de esa manera y no de otra. Lo realiza de este modo porque desde la perspectiva dualista que mantiene no puede superar la principal objeción en que incurre. Ésta consiste en que se define desde la perspectiva de las partes, sin tener en cuenta al órgano jurisdiccional.

Nosotros estimamos que el derecho consiste en las reglas de juego de la convivencia humana que puede ser impuesta coactivamente en la sociedad ⁷²¹. Su creación corresponde a los órganos jurisdiccionales, utilizando para ello el juicio. Pero para que puedan hacerlo es necesario que sea solicitado por alguien, ya que en caso contrario perderían sus caracteres esenciales como son la independencia y la autoridad. Y esta actividad la realizan las partes a través de la acción. Por lo tanto estimamos que la acción es postulación del juicio jurisdiccional.

Tras la aprobación de la Constitución Española de 1978 se ha incluido la acción en el derecho a la tutela judicial efectiva que prevé el art. 24 CE ⁷²². Es una corriente dominante contra la que surge la voz crítica de FAIRÉN GUILLÉN que lo incluye en el derecho de petición del art. 29 CE ⁷²³.

En nuestra opinión la acción es algo distinto a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Concretamente es un *prius* respecto de este derecho fundamental del art. 24 CE. La acción responde al libre acceso a los Tribunales pero no a la prestación de una tutela efectiva. A través de la acción sólo postulamos un juicio irrevocable de un órgano revestido de ciertos caracteres y que será impuesto coactivamente.

Tampoco podemos incluirla en el derecho de petición del art. 29 CE porque se reconoce de la Administración hacia los órganos jurisdiccionales. Además la *ratio legis* de la norma era permitir que los individuos pudieran dirigirse por escrito

⁷²¹ Ver supra jurisdicción.

⁷²² Ver supra.

⁷²³ Ver supra.

a la Administración a través del procedimiento previsto legalmente ⁷²⁴. La acción se configura como un elemento esencial de la jurisdicción. La misma responde en un inicio a la resolución de los conflictos que puedan surgir por un tercero. Y la acción garantiza el carácter de tercero. Esta afirmación se demuestra en el proceso penal, donde el legislador debe crear un cuerpo administrativo específico como es el Ministerio Fiscal para que formule la acusación ante los órganos jurisdiccionales competentes ⁷²⁵. De esta forma se crea de forma artificial la dualidad de partes, pero es necesario para preservar la independencia y autoridad del Juez.

Ello nos lleva a delimitar la naturaleza jurídica de la acción. Las teorías que se han formulado la conciben como derecho, potestad o facultad. Desde la perspectiva que se formulan todas ellas son posibles dependiendo del momento que contemplemos: será un derecho si tomamos como referencia un momento previo a su ejercicio, y en este instante es una facultad de éste porque es el que decide su ejercicio o no; una vez ejercitada se convierte en una potestad porque implica un poder de obligar a los órganos jurisdiccionales a pronunciarse. Pero esta construcción no es válida porque el ciudadano puede acudir a otros medios para la determinación del derecho en el caso concreto. Es decir, puede acudir ante los órganos jurisdiccionales arbitrales para que lo creen. Y si tenemos en cuenta que todo derecho implica una obligación, la posición del ciudadano frente al Estado en el momento de presentar la acción no es el de un derecho, ni una facultad ni un poder.

En nuestra opinión la acción no es más que la condición previa del ejercicio de la jurisdicción. Sin acción no puede existir juicio porque no existirían los hechos sobre los que debe recaer. Consecuentemente la relación entre el ciudadano y los órganos jurisdiccionales, estatales o privado, no es una relación de subordinación sino de mutua dependencia: el individuo precisa del juicio para saber qué regla de conducta debe seguir en el futuro; y los órganos jurisdiccionales precisan de la acción para que puedan emitir un juicio. Sin acción no existiría juicio jurisdiccional, sino que a lo sumo sería una parodia del mismo totalmente ineficaz.

⁷²⁴ ALZAGA, *la Constitución Española de 1978 (Comentario Sistemático)*, ediciones del Foro, Madrid, 1978, pg. 269.

⁷²⁵ Exposición de Motivos de la LECRIM.

TERCERA PARTE: EL PROCESO

Hemos analizado la jurisdicción como concepto central de la rama de la ciencia que cultivamos. A su vez la acción es un concepto interdependiente al anterior, porque es necesario que una tercera persona ponga en conocimiento del órgano jurisdiccional unos hechos para que pueda emitir un juicio. Vamos a analizar el método de formación del juicio, es decir, el proceso.

I. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

1. Tipos de procesos

D. Miguel FENECH NAVARRO partía de una concepción no técnica de proceso como “un hecho con desarrollo temporal”⁷²⁶ y distinguía diversos tipos de procesos. Como primer criterio de distinción atendía a la participación de la voluntad del hombre en la consecución de un resultado, diferenciando de este modo entre procesos naturales e intencionales⁷²⁷.

Los procesos que nos interesan son los procesos intencionales, que a su vez se pueden dividir en jurídicos y metajurídicos. Los segundos se realizan sobre los actos externos e internos. Los primeros en procesos intencionales jurídicos públicos y jurídicos privados; y en legislativos, administrativos y jurisdiccionales⁷²⁸.

Los procesos que vamos a analizar a continuación son los procesos intencionales jurídico jurisdiccionales, tanto públicos como privados. La calificación de intencional de un proceso hace referencia a que su desarrollo depende de la voluntad del hombre; y la de juricidad a su regulación por normas positivas⁷²⁹. Y puede ser público cuando se desarrolle ante un órgano jurisdiccional del Estado como privado cuando se realice ante los órganos jurisdiccionales arbitrales.

Esta idea, expuesta de forma magistral por D. Miguel FENECH NAVARRO⁷³⁰, posteriormente fue acogida por una parte de la doctrina procesalista representada por SERRA DOMÍNGUEZ⁷³¹. En otras áreas jurídicas también se ha hecho

⁷²⁶ FENECH NAVARRO, *Notas Previas al Estudio del Derecho Procesal*, “Estudios de Derecho Procesal” –con CARRERAS LLANSANA–, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1962, pg. 39.

⁷²⁷ FENECH NAVARRO, op. cit., pg. 40-41.

⁷²⁸ FENECH NAVARRO, loc. cit.

⁷²⁹ FENECH, op. cit., pg. 41.

⁷³⁰ FENECH NAVARRO, op. cit.

⁷³¹ SERRA DOMÍNGUEZ, *Proceso*, “NEJca Seix”, tomo XVIII.

eco de esta doctrina BALLBÉ⁷³². En Italia esta teoría ha sido desarrollada, entre otros, por CARNELUTTI⁷³³. Ha sido criticado este punto de partida por dos motivos: bien por considerar que sólo existen procesos jurisdiccionales, consistiendo el resto en meros procedimientos⁷³⁴; bien porque el proceso debe ser entendido en su acepción de sustitución de un elemento por otro y no en el de avance o desarrollo temporal⁷³⁵.

En nuestra opinión el proceso es algo no privativo de la función jurisdiccional, sino que lo encontramos en todas las actividades humanas y naturales⁷³⁶. Este es el significado vulgar del término proceso, y para demostrarlo nada mejor que acudir al Diccionario de la Real Academia Española que da como cuarto significado de esta palabra el “conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial”⁷³⁷. El proceso que nos interesa a nosotros es el jurisdiccional, o si se prefiere utilizar la terminología acuñada por D. Miguel FENECH, el proceso intencional público judicial⁷³⁸.

2. El proceso jurisdiccional

La característica del proceso que vamos a analizar es su carácter jurisdiccional⁷³⁹. El proceso jurisdiccional es el medio reglado necesario para que el Juez forme el juicio jurisdiccional. Es decir, la nota característica de este proceso es su instrumentalidad respecto del juicio jurisdiccional. Por ello se ha afirmado que nos encontramos ante un “processus iudicii”⁷⁴⁰, es decir, “el proceso no es otra cosa que juicio y formación de juicio”⁷⁴¹.

La instrumentalidad ha sido entendida respecto del derecho sustantivo, lo que ha dado lugar a que se afirmara que el proceso era adjetivo del derecho material. Es decir, se vinculaba la existencia del derecho procesal a un derecho sustantivo.

⁷³² BALLBÉ, *la Esencia del Proceso*, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1947-II, pg. 5 y ss.

⁷³³ CARNELUTTI, *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho y Proceso*, tomo I, ed. EJEA, Buenos Aires, 1971, pg. 22.

⁷³⁴ MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Tecnos, Madrid, 1976, pg. 204 y 206-207; id., *Derecho Jurisdiccional*, tomo I –con ORTELLS RAMOS GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO), ed. J.M^º Bosch, Barcelona, 1994, pg. 284.

⁷³⁵ GUASP DELGADO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aguilar, Madrid, 1948, tomo 1^º, 2^a edición, pg. 3.

⁷³⁶ Como afirma CAPOGRASSI, “el proceso es cualquier cosa que toca todas las personas y todos los intereses” (*Giudizio, Processo, Scienza, Verità*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1950, pg. 1).

⁷³⁷ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1992, tomo I, pg. 1671.

⁷³⁸ FENECH NAVARRO, loc. cit.

⁷³⁹ PÉREZ GORDO, *el Concepto de Derecho Procesal*, “Estudios de Derecho Procesal”, Librería Pórtico, Zaragoza, 1981, pg. 50.

⁷⁴⁰ SATTÀ (*Derecho Procesal Civil. Manual de Derecho Procesal Civil*, tomo I, ed. EJEA, Buenos Aires, 1971, pg. 197) y RAMOS MÉNDEZ (*Derecho y Proceso*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1978, pg. 46; id., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, ed. J.M^º Bosch, Barcelona, 1994, pg. 329).

⁷⁴¹ SATTÀ, *il Misterio del Processo*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1949, pg. 281.

No podemos admitir esta afirmación porque tiene como fundamento la existencia de un ordenamiento jurídico material previo a la jurisdicción. La consecuencia de este punto de partida es que la única finalidad del proceso es aplicarlo, con lo que el derecho procesal se convierte en un mero apéndice del derecho sustantivo. Esta concepción está en la base de la consideración de la LEC como ley rituarial civil o de ley adjetiva. Partiendo de una concepción monista del derecho debemos rechazarlas. Lo cual es más evidente si se tiene en cuenta que la ley, por sí misma, es insuficiente. Necesita de un tercero que haga suyo el mandato contenido en la ley, lo cual se realizará a través del proceso. Pero también puede suceder que llegue a una solución contraria a la propugnada legalmente, sin que ello influya en la eficacia del juicio. Por lo que ha podido afirmar SATTÁ que “el proceso se sitúa con total autonomía frente a la ley”⁷⁴².

Además, el presupuesto de partida es falso. Como hemos indicado anteriormente la jurisdicción es anterior a la legislación, y ello se demuestra cuando se concibe un juicio jurisdiccional sin que se tome en consideración ninguna ley, ya que la ley no será nunca efectiva si no es utilizada por los jueces como un elemento a tener en cuenta en el momento del juicio jurisdiccional⁷⁴³. La instrumentalidad del proceso se predica del juicio y no de la norma positiva. Por ello no se puede afirmar que el proceso es secundario respecto de la norma jurídica estatal⁷⁴⁴.

La doctrina se manifiesta en sentidos similares al afirmar que “el proceso es el conjunto de actos jurídicos dirigidos al ejercicio de la jurisdicción”⁷⁴⁵ o al considerarlo como instrumento o medio de la función jurisdiccional⁷⁴⁶. Éste es el sentir general de la doctrina procesalista, tanto española como extranjera. Partiendo de esta idea base se producen discrepancias, pero son consecuencia de las diversas posiciones doctrinales existentes en torno al concepto de jurisdicción⁷⁴⁷.

3. La naturaleza jurídica del proceso jurisdiccional

Al analizar la naturaleza jurídica del proceso jurisdiccional pretendemos estudiar la posibilidad de incluirlo en una categoría general. Esta labor tiene la utilidad de cubrir las posibles lagunas legales que se puedan producir en la regulación del procedimiento, que es el medio que utiliza el proceso para avanzar.

A) Teorías privatísticas

⁷⁴² SATTÁ, *il Misterio...*, cit., pg. 277.

⁷⁴³ Ver supra jurisdicción.

⁷⁴⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, *Proceso*, “NEJca Seix”,..., pg. 862.

⁷⁴⁵ PÉREZ GORDO, *el Concepto de Derecho Procesal*, “Estudios de Derecho Procesal”, Librería Pórtico, Zaragoza, 1981, pg. 51.

⁷⁴⁶ PÉREZ GORDO, op. cit., pg. 57.

⁷⁴⁷ Ver supra.

En un primer momento la doctrina explica el proceso acudiendo a las categorías del contrato y del cuasi-contrato. Estas teorías han sido denominadas privativas por acudir a categorías jurídicas propias del derecho privado, y responden a una primera etapa de la ciencia procesal en su intento de lograr una autonomía del derecho privado, pero sin romper el vínculo que les une.

a) *El proceso como contrato*

En una primera etapa del derecho romano el proceso podía ser entendido como un contrato. Para ello debían concurrir las siguientes circunstancias ⁷⁴⁸:

- que el monopolio de la jurisdicción no estuviera en manos del Estado.
- que el Juez asumiera su función en virtud del acuerdo de las partes.
- que las partes decidieran someterse voluntariamente a la decisión de un tercero.

Según SERRA DOMÍNGUEZ estas condiciones sólo se dieron en los procesos que se siguieron al amparo de la *lex Julia*, sin que concuerrieran en una época anterior en que regía el sistema de *legis actiones*, ni posteriormente cuando desaparece el proceso formulario (s. III d.J.C). En esta última época aparecería incluso el proceso contumacial, en el que ya no podía afirmarse que existiera un acuerdo de las partes para someter la cuestión litigiosa a la decisión de un tercero ⁷⁴⁹.

Esta teoría fue utilizada en un primer momento de elaboración de nuestra disciplina para dar unidad al conjunto de actos que constituía el proceso ⁷⁵⁰. En concreto el contrato romano al que acudieron para explicar el proceso fue el de *litis-contestatio*. Los máximos representantes de esta tendencia fueron autores franceses como POTHIER ⁷⁵¹, RAUTER ⁷⁵², AUBRY y RAU ⁷⁵³ y DEMOLOMBEE ⁷⁵⁴.

La imperfección técnica de esta solución era evidente en la sociedad del siglo XIX en la que el Estado asumía la función jurisdiccional, y en aquellos supuestos en que no la tenía no estaba en poder de los ciudadanos sino de los nobles que poseían el señorío de la jurisdicción. Así en ningún caso este concepto fue válido para explicar la naturaleza jurídica del proceso.

b) *El proceso como cuasi-contrato*

⁷⁴⁸ MONTERO AROCA, *Derecho...*, cit., pg. 276.

⁷⁴⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 864.

⁷⁵⁰ PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1985, pg. 58.

⁷⁵¹ POTHIER, *Traité des Obligations*, "Oeuvres", tomo I, Bruselas, 1831, pg. 269.

⁷⁵² RAUTER, *Cours de Procedure Civile Française*, París, 1834, pg. 64.

⁷⁵³ AUBRY y RAU, *Cours du Droit Civil Français*, VIII, París, pg. 372.

⁷⁵⁴ DEMOLOMBEE, *Traité des Contrats*, tomo VII, "Cours de Code de Napoleon", París, 1879, pg. 257.

Ante el fracaso teórico de considerar al proceso como un contrato, DE GUENYVEAU acude al cuasi-contrato para explicar la naturaleza jurídica del proceso ⁷⁵⁵. Es decir, utiliza una creación artificial de la doctrina para incluir en este concepto ciertas figuras jurídicas marginales ⁷⁵⁶. Por ella el demandado no quedaría vinculado por el acuerdo con la parte contraria, sino por la voluntad unilateral del demandante ⁷⁵⁷. Con lo que el proceso podría incluirse en el concepto legal de cuasi-contrato del art. 1887 Cc ⁷⁵⁸.

Pero de esta manera se utilizaba un concepto más confuso y artificial para intentar aclarar lo qué era el proceso. Además no explicaba el proceso como serie ordenada de actos ⁷⁵⁹.

PRIETO-CASTRO afirmaba que estas teorías estaban pensadas “para un tiempo en que en el proceso sólo se veía su aspecto externo o procedimental, el conjunto de actos componentes, y responde a la preocupación de hallar un principio de aglutinación de ellos como orientados en su totalidad al logro de un resultado unitario: la decisión final” ⁷⁶⁰.

B) La teoría de la relación jurídica

En el último tercio del siglo pasado BÜLLOW formularía la teoría de la relación jurídica procesal. La misma lograría la autonomía definitiva del derecho procesal respecto del derecho privado, posibilitando de esta manera su desenvolvimiento autónomo. El valor de esta teoría se muestra en el hecho de que no se discute su validez, sino su insuficiencia para explicar el proceso de forma unitaria, y en la circunstancia de que sigue siendo mantenida actualmente por un importante sector doctrinal.

La teoría de la relación jurídica procesal concibe el proceso como un conjunto de derechos y deberes de las partes y del órgano jurisdiccional. Dependiendo del autor que la formule las relaciones se establecen bien entre las partes y el órgano jurisdiccional y de éstas entre sí (BÜLLOW), bien entre las partes y el órgano jurisdiccional de forma independiente (HELLWIG), bien entre las partes de forma bilateral sin intervención del órgano jurisdiccional (KÖHLER) ⁷⁶¹.

BÜLLOW fue el primer autor que formuló esta teoría en un estudio sobre las diversas excepciones procesales. La resumía en el capítulo primero con estas palabras: “desde que los derechos y obligaciones procesales se dan entre los funcio-

⁷⁵⁵ DE GUENYVEAU, *du quasi Contrat Judiciaire*, Poitiers, 1959.

⁷⁵⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 865.

⁷⁵⁷ MONTERO, *Derecho...*, cit., pg. 277.

⁷⁵⁸ MARTÍNEZ BERNAL considera que esta construcción era propia de una concepción privatística del proceso que políticamente era expresión del respeto de la libertad humana (*Sobre el Concepto de Derecho Procesal*, “Revista de Derecho Privado”, tomo XXVIII, enero-diciembre 1944, pg. 617-618).

⁷⁵⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 865.

⁷⁶⁰ PRIETO-CASTRO, op. cit., pg. 55.

⁷⁶¹ GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aguilar, Madrid, 1948, tomo 1, 2ª edición, pg. 20.

narios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se les toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al Derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública”⁷⁶².

Esta teoría ha sido mayoritariamente seguida por la doctrina procesalista. Así WACH concibe el proceso como una relación jurídica procesal en la que se articulan unas relaciones que son subordinadas y dependientes⁷⁶³. A su vez esta relación jurídica procesal es susceptible de formación y desarrollo gradual a través de hechos-tipo procesales⁷⁶⁴.

CHIOVENDA afirmaba que el proceso es una relación jurídica porque se presenta como dos o más aspiraciones normalmente opuestas, y otras tantas expectativas coincidentes, concedidas a las partes en servicio de sus respectivas aspiraciones⁷⁶⁵. Esta relación es autónoma, compleja y perteneciente al derecho público⁷⁶⁶.

CALAMANDREI concibe el proceso como una relación jurídica unitaria, compleja y continuativa. Supera el concepto de relación jurídica como conflicto intersubjetivo de intereses regulado por el derecho para sustituirlo por uno más amplio y comprensivo. Éste debe abarcar “no solamente la regulación jurídica de los conflictos de intereses entre dos sujetos, sino, además, el de la colaboración de intereses en que pueden encontrarse dos o varias personas cuando cooperan al logro de una finalidad común”⁷⁶⁷. La utilidad de este concepto la halla en que la unidad del proceso sólo puede ser afirmada cuando los actos se conciban como manifestación visible de una relación jurídica única⁷⁶⁸. La continuidad la justifica en que es una relación dinámica que tiende a alcanzar una finalidad, pero mientras no se ha logrado la relación procesal sigue estando pendiente como complejo de facultades y de cargas preordenadas a la finalidad del proceso⁷⁶⁹. Pero la verdadera justificación de este concepto aplicado al proceso es explicar las diferencias que existen entre el proceso y la causa⁷⁷⁰.

En España esta doctrina ha sido asumida por GÓMEZ ORBANEJA y MORÓN PALOMINO. Ambos autores sostienen que la importancia del concepto de relación jurídica procesal es “hacer posible una concepción unitaria del proceso”

⁷⁶² BÜLLOW, *la Teoría de las Excepciones Procesales y de los Presupuestos Procesales*, Buenos Aires, 1964, pg. 2.

⁷⁶³ WACH, *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I, ed. EJE, Buenos Aires, 1977, pg. 66-67.

⁷⁶⁴ WACH, op. cit., pg. 69-70.

⁷⁶⁵ CHIOVENDA, *el Proceso Civil y la Relación Jurídica Procesal*, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, vol. I, ed. EDESA, Madrid, 1936, pg. 60.

⁷⁶⁶ CHIOVENDA, op. cit., pg. 61.

⁷⁶⁷ CALAMANDREI, *Derecho Procesal Civil. Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I, ed. EJE, Buenos Aires, 1962, pg. 335.

⁷⁶⁸ CALAMANDREI, op. cit., pg. 343.

⁷⁶⁹ CALAMANDREI, op. cit., pg. 344.

⁷⁷⁰ CALAMANDREI, op. cit., pgs. 345 y ss.

⁷⁷¹. Pero la relación jurídica procesal no es lo mismo para estos autores que para aquellos que la sostuvieron a finales del siglo pasado; así GÓMEZ ORBANEJA la define como el “nexo entre sujetos jurídicos que existe en virtud del derecho objetivo y que el derecho objetivo regula” ⁷⁷², siendo su contenido derechos y deberes de naturaleza procesal ⁷⁷³. Pero al desarrollar su teoría afirma que el proceso es una relación en progreso “del tipo de relaciones continuadas o en duración.... Progresa o transcurre a través de los actos procesales, especialmente de las partes, los cuales pueden modificarla sin hacerle perder su unidad” ⁷⁷⁴; sin que por ello pueda afirmarse que exista una pluralidad de relaciones jurídicas, porque lo que interesa es constatar que todas ellas tienen un fin esencial que les otorga su unidad sustancial que la define como relación ⁷⁷⁵.

MORÓN PALOMINO afirma que el proceso “implica una relación de la vida social entre determinados sujetos y el Estado, relación que aparece disciplinada por el derecho objetivo, constituye de por sí una relación jurídica: la relación jurídico-procesal” ⁷⁷⁶. La ventaja de esta teoría es que resalta el valor de la persona en el proceso y permite una explicación unitaria del conjunto de facultades y deberes a que la interposición de la acción da lugar ⁷⁷⁷. Reconoce que la teoría de la relación jurídica procesal tiene algunas deficiencias, pero a pesar de ello la mantiene porque permite sistematizar la disciplina ⁷⁷⁸. Los caracteres que encuentra en ella son: relación de derecho público, autónoma ⁷⁷⁹, trilateral ⁷⁸⁰, con un objeto exclusivo y propio ⁷⁸¹, compleja, dinámica y progresiva ⁷⁸². Posteriormente se reafirma en esta posición porque permite una visión de conjunto del derecho procesal para percibir su autonomía ⁷⁸³.

Recientemente ALMAGRO NOSETE ha afirmado que “la relación jurídica procesal sigue siendo válida..., siempre que no se olvide la peculiaridad de los derechos y obligaciones procesales, por su carácter *ex lege*, ni las eventualidades que derivan de la liberación adecuada o no de las cargas que pesan sobre las partes”. La misma tiene un carácter triangular, pues vincula al juez con las partes y a éstas entre sí. Además es continuativa o de tracto sucesivo. Sin embargo posteriormen-

⁷⁷¹ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. 1º –con HERCE QUEMADA–, ed. Agesa, Madrid, 1979, 8ª edición, pg. 10. En el mismo sentido MORÓN PALOMINO, *Sobre el Concepto de Derecho Procesal*, “Revista de Derecho Procesal”, 1962, pg. 544.

⁷⁷² GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 6.

⁷⁷³ GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 7.

⁷⁷⁴ GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 10.

⁷⁷⁵ GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 11.

⁷⁷⁶ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 544.

⁷⁷⁷ MORÓN PALOMINO, loc. cit.

⁷⁷⁸ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg., 549.

⁷⁷⁹ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 551.

⁷⁸⁰ MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 553.

⁷⁸¹ MORÓN PALOMINO, op. cit., pgs. 554 y ss.

⁷⁸² MORÓN PALOMINO, op. cit., pg. 562.

⁷⁸³ MORÓN PALOMINO, *Derecho Procesal Civil (Cuestiones Fundamentales)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, pg. 149. Desarrolla las notas de la relación jurídica procesal en pgs. 153 y ss.

te afirma que la noción de relación jurídica procesal no contiene el rasgo definitorio último de lo que es el proceso, que es el de “ser el método legal para la válida formación de la sentencia”⁷⁸⁴.

La concepción del proceso como una relación jurídica fue revisada por GOLDSCHMIDT. Considera qué explica el proceso desde una visión estática y de forma errónea, ya que en él no pueden encontrarse derechos y obligaciones procesales, sino cargas y expectativas⁷⁸⁵.

Desde esta perspectiva RICCA-BARBERIS reconoce que el concepto de la relación jurídica procesal es capaz de dar una visión unitaria a muchos actos del procedimiento, pero no tiene la importancia que le había atribuido BÜLLOW⁷⁸⁶. Justifica su afirmación en dos razones: por un lado que si admitimos que el proceso hace surgir una relación entre las partes, ésta no puede ser diversa entre las distintas personas, y sin embargo el vínculo que une a las partes con el Juez es de sujeción, lo que debe interesar al derecho procesal no es la relación entre las partes, sino la relación de ambas con el órgano jurisdiccional; y por otro que no se comprende porque debe hablarse de relación jurídica procesal cuando el proceso surge de los actos establecidos por la ley⁷⁸⁷.

Además niega que el concepto de relación jurídica procesal pueda unificar todo el procedimiento porque éste es diverso según la etapa que contemplemos⁷⁸⁸. La unidad le viene dada “por el fin último de defensa del derecho” y no por su carácter de relación jurídica⁷⁸⁹.

CARNELUTTI critica el comentario de RICCA-BARBERIS porque considera que es muy sumario⁷⁹⁰. Al hacer referencia a la doctrina de ROSENBERG y GOLDSCHMIDT afirma que tiene muchas dudas acerca de ella, y que en todo caso no renuncia a estos conceptos porque “sostengan que la ciencia procesal no tiene necesidad de nuevos instrumentos, sino porque lo sustituyen por otro que es más nuevo”⁷⁹¹.

RICCA-BARBERIS responde a las objeciones de CARNELUTTI afirmando que es cierto que la consideración del proceso como una relación jurídica fue un avance porque permitió al derecho procesal “lograr la dignidad de ciencia que tenía el derecho civil”; pero el derecho procesal como ciencia debe ser autónomo

⁷⁸⁴ ALMAGRO NOSETE, *Instituciones de Derecho Procesal*, tomo I –con TOMÉ PAULE–, ed. Trivium, Madrid, 1993, pg. 164.

⁷⁸⁵ Ver infra teoría de la situación jurídica.

⁷⁸⁶ RICCA-BARBERIS, *Due Concetti Infecondi: negozio e rapporto processuale*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1930, parte II, pg. 194.

⁷⁸⁷ RICCA-BARBERIS, op. cit., pg. 194-195.

⁷⁸⁸ RICCA-BARBERIS, op. cit., pg. 196.

⁷⁸⁹ RICCA-BARBERIS, op. cit., pg. 197.

⁷⁹⁰ CARNELUTTI, *Postilla a Due Concetti Infecondi: negozio e rapporto processuale*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1930, parte II, pg. 198.

⁷⁹¹ CARNELUTTI, op. cit., pg. 199.

y no puede considerarse un mero accesorio ⁷⁹². Critica el concepto de relación jurídica procesal porque el proceso no puede ser calificado de esta manera cuando no existe una relación. Y finaliza afirmando que “si para mantener con vida este concepto necesita ser revisado ⁷⁹³...encuentro que es una razón de más para no estar de acuerdo” ⁷⁹⁴.

INVREA critica la teoría de la relación jurídica procesal en un doble sentido: por un lado porque no puede hablarse de obligación procesal del Juez de dictar sentencia hasta que no queda vista para sentencia ⁷⁹⁵; y por otro porque “el concepto de relación jurídica procesal, entendida como relación única y que es válida durante todo el desarrollo del proceso, puede admitirse únicamente en un proceso en el cual la persona física del juez se determine de modo invariable” ⁷⁹⁶.

A través de esta teoría se intenta explicar la noción unitaria del proceso. Una vez superadas las teorías del contrato y del cuasi-contrato para explicar la naturaleza jurídica del proceso, se acude a la relación jurídica como figura jurídica preexistente capaz de explicar el proceso. Es decir, se acude a un concepto propio del derecho privado, como es la relación jurídica, para explicar el conjunto de actos de las partes y del juez que integran el proceso. Pero la evolución de la misma hace que la relación jurídica procesal aparezca como algo diverso de la relación jurídica material que constituiría su objeto ⁷⁹⁷, hasta el extremo de negar que la relación jurídica sea un conjunto de derechos y deberes ⁷⁹⁸. De esta manera se sigue explicando el proceso desde datos externos al mismo, lo que motiva que se aparte el derecho procesal de la realidad práctica en algunos casos extremos ⁷⁹⁹ y que no explique la verdadera finalidad del proceso que es la de ser un instrumento para la formación del juicio jurisdiccional ⁸⁰⁰.

Esta teoría tiene el mérito de haber logrado afirmar la independencia del derecho procesal frente al derecho privado. Pero ello se realiza a costa de dar un significado distinto al concepto de relación jurídica. Hemos puesto de manifiesto como evoluciona a lo largo del desarrollo doctrinal desde ser definida como “una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso” ⁸⁰¹

⁷⁹² RICCA-BARBERIS, *Progresso o Regresso intorno ai Concetti di Negozio e Rapporto Processuale*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1931, pg. 170.

⁷⁹³ Como ha realizado CARNELUTTI al concebirlo como “el doble elemento de la obligación y del derecho” (citado por RICCA-BARBERIS, *Progresso...*, cit., pg. 172).

⁷⁹⁴ RICCA-BARBERIS, loc. cit.

⁷⁹⁵ INVREA *la Giurisdizione Concreta e la Teorica del Rapporto Giuridico Processuale*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1932, pg. 34.

⁷⁹⁶ INVREA, op. cit., pg. 37.

⁷⁹⁷ GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 8.

⁷⁹⁸ GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 11.

⁷⁹⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 866.

⁸⁰⁰ Como hemos indicado ALMAGRO NOSETE (ver supra) considera admisible esta teoría, pero reconoce esta laguna en la teoría. A pesar de ello no llega a afirmar que el proceso es una categoría jurídica autónoma que no puede ser explicada a partir de categorías exógenas al mismo, sino que se debe acudir a caracteres internos para determinar la naturaleza jurídica del proceso.

⁸⁰¹ BÜLLOW, op. cit., pg. 2.

hasta como un conjunto de relaciones que tiene un fin esencial ⁸⁰². Es decir, de una teoría que en un primer momento aparece como una evolución de la teoría contractualista y cuasi-contractualista ⁸⁰³, pero sin lograr romper la vinculación con el derecho civil, hasta una formulación totalmente diferente que da lugar a una distinción clara entre la relación jurídica procesal y material.

C) La teoría de la situación jurídica

Esta teoría, formulada por GOLDSCHMIDT, surge de la crítica que efectúa al proceso entendido como relación jurídica. La misma la fundamenta en dos aspectos: por un lado que el deber del órgano jurisdiccional de pronunciarse no es respecto de las partes, sino que deriva de la obligación estatal de administrar justicia ⁸⁰⁴; y de otro que aunque el proceso tiende a un fin, ello no es consecuencia de considerarlo como una relación jurídica, sino una característica propia del proceso ⁸⁰⁵.

Tras rechazar la doctrina dominante sobre la naturaleza jurídica de proceso elabora su propio concepto. Tiene el valor de que explica el proceso sin acudir a categorías exógenas al mismo. Ello motiva que más que una doctrina sobre la naturaleza jurídica del proceso, elabora una teoría general del derecho ⁸⁰⁶.

Al analizar la norma jurídica GOLDSCHMIDT distingue en orden al destinatario para determinar sus efectos: para los ciudadanos serían normas imperativas, mientras que para el órgano jurisdiccional serían medidas del juicio ⁸⁰⁷. La vertiente que le interesa al derecho procesal es la segunda. Una vez que se inicia un proceso al ciudadano le interesa tener la seguridad de cuál va a ser el resultado del mismo, pero eso no es posible. Por ello se crea una serie de situaciones jurídicas tendentes a lograr una situación de ventaja que pueda determinar una resolución favorable ⁸⁰⁸.

La situación procesal es definida por GOLDSCHMIDT como “aquellos actos de las partes o del Juez, que constituyen, modifican o extinguen expectativas, posibilidades o cargas procesales o la dispensación de las cargas” ⁸⁰⁹. Los actos que pueden realizar las partes pueden ser de dos tipos: los actos de obtención y los de causación. El acto fundamental del juez es la resolución, que es la manifestación de voluntad que emite con el fin de verificar lo que estima justo ⁸¹⁰.

⁸⁰² GÓMEZ ORBANEJA, loc. cit.

⁸⁰³ SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 868.

⁸⁰⁴ GOLDSCHMIDT, *Principios Generales del Proceso*, tomo II, ed. EJE, Buenos Aires, 1961, pgs. 72-74.

⁸⁰⁵ GOLDSCHMIDT, op. cit., pg. 75.

⁸⁰⁶ En este sentido SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 869.

⁸⁰⁷ GOLDSCHMIDT, *Principios Generales del Proceso*, tomo II, ed. EJE, Buenos Aires, 1962, pg. 76; id., *Principios Generales del Proceso*, tomo I, ed. EJE, Buenos Aires, 1961, pg. 49 y ss.

⁸⁰⁸ GOLDSCHMIDT, *Principios...*, tomo II, cit., pg. 76.

⁸⁰⁹ GOLDSCHMIDT, op. cit., pg. 79.

⁸¹⁰ GOLDSCHMIDT, op. cit., pg. 79-80.

GOLDSCHMIDT explica el proceso utilizando conceptos propios del proceso, empleando una nueva terminología que describe lo que realmente sucede. Por ello se ha tachado a su teoría de sociológica. Pero esta objeción se le realiza desde posiciones doctrinales que consideran que el proceso es una relación jurídica. Es decir, desde aquellos que explican el proceso a través de conceptos exógenos al mismo creando una construcción artificial al no reconocerle una autonomía conceptual.

La importancia de esta teoría radica en que analiza lo que el proceso es, y no lo que debería ser. La unidad del proceso no se discute porque su finalidad es lograr que el Juez esté en condiciones de emitir un juicio. Todo el proceso se preordena al mismo. Lo cual no significa que el proceso sea un medio para hacer apreciar y valer como derecho lo que no es derecho ⁸¹¹. Lo único que intenta es explicar que el Juez va a formarse el juicio a la vista de las alegaciones y pruebas que las partes hayan realizado en el proceso.

Esta teoría ha sido aceptada por la doctrina en aquellos aspectos que hacen referencia a los actos de las partes, y en especial a la noción de carga. En este sentido GÓMEZ ORBANEJA incorpora la terminología empleada por GOLDSCHMIDT, y a pesar de mantener que el proceso es una relación jurídica procesal, utiliza la situación jurídica para identificar los grados o fases por los que va pasando, siendo cada una de ellas condición de la siguiente, y todas ellas el fundamento de la sentencia ⁸¹². En el extranjero, CALAMANDREI afirmó que la importancia de la teoría de GOLDSCHMIDT se pone de manifiesto a medida que avanza el tiempo ⁸¹³. Por su parte LIEBMAN acoge alguno de los conceptos formulados por GOLDSCHMIDT como la situación jurídica o carga, si bien redefiniendo su significado ⁸¹⁴. Cuando MORÓN PALOMINO revisa su concepción del derecho procesal afirma que después de la teoría de la situación jurídica, no puede contemplarse la relación jurídica sólo en su aspecto estático, sino que también debe analizarse desde una perspectiva dinámica ⁸¹⁵.

Otro sector doctrinal ha aceptado tácitamente la construcción de GOLDSCHMIDT. Así FAIRÉN GUILLÉN define el proceso como “una serie de situaciones jurídicas contrapuestas de las partes, integradas por posibilidades, expectativas, perspectivas y cargas, conectadas entre sí de modo ordenado y destinado a la consecución de la satisfacción jurídica bajo la dirección del juez estatal” ⁸¹⁶. GIMENO SENDRA lo define de forma similar: “el proceso como conjunto de posibilidades, cargas y obligaciones que asiste a la parte como consecuencia de la

⁸¹¹ Crítica formulada por CALAMANDREI, *el Proceso como Situación Jurídica*, “el Proceso Civil”, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, pg. 223.

⁸¹² GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 9-10.

⁸¹³ CALAMANDREI, *un Maestro di Liberalismo Processuale*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1951, pg. 3.

⁸¹⁴ LIEBMAN, *Manual de Derecho Procesal Civil*, ed. EJEA, Buenos Aires, 1980, pg. 27.

⁸¹⁵ MORÓN PALOMINO, *Derecho...*, cit., pg. 153.

⁸¹⁶ FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina General del Derecho Procesal (hacia una Teoría y Ley Procesal Generales)*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1991, pg. 45.

interposición de la acción, cuya realización, ante el órgano jurisdiccional, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales desde las que, en un estado de contradicción, examinan sus expectativas de una sentencia favorable”⁸¹⁷.

PRIETO-CASTRO realiza una visión conciliatoria de las teorías que han explicado la naturaleza jurídica del proceso. Desde esta perspectiva considera que la teoría de la situación jurídica “es importante en cuanto analiza el proceso con criterios sociológicos”⁸¹⁸. Sin embargo esta visión no fue unánime en la doctrina española que criticó duramente esta teoría por tres motivos: por un lado por estimar que existían derechos y deberes procesales, y las cargas y las posibilidades que GOLDSCHMIDT construye como conceptos autónomos, no son más que elementos de los mismos⁸¹⁹; que esta teoría, si bien incide en el aspecto dinámico del proceso, describe un algo estático, “constituyendo como la instantánea de un objeto en movimiento”⁸²⁰; y que al dar el concepto de proceso no tiene en cuenta la posición del órgano jurisdiccional⁸²¹.

MUÑOZ ROJAS también considera que las teorías de la relación jurídica y la de la situación jurídica responden a distintos aspectos o modos de contemplar el proceso. La primera de ellas lo analizaría desde una posición estática, mientras que el segundo lo aprehende dinámicamente, es decir, en función de la resolución a la que tiende.

A pesar de todas estas objeciones que se le formula, el gran mérito de esta teoría es describir lo que realmente es y no lo que debería ser. Además, a través de la creación de nuevos conceptos, pone de manifiesto la imposibilidad de incluir el proceso en una categoría jurídica más general. Por lo que afirma la inutilidad de encontrar la naturaleza jurídica del proceso⁸²².

D) La teoría de la institución

La teoría de la institución fue desarrollada por GUASP tras analizar cada una de las teorías expuestas anteriormente. La teoría de la relación jurídica es insuficiente porque en el proceso no existe una sola relación, sino una multitud que deben reducirse unidad acudiendo a una categoría superior que las englobe⁸²³. Este concepto es la institución. La define como “el complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad”⁸²⁴. Siendo sus elementos esenciales la

⁸¹⁷ GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, ed. Civitas, Madrid, 1981, pg. 175.

⁸¹⁸ PRIETO-CASTRO, *Tratado...*, cit., pg. 62.

⁸¹⁹ GUASP, *Derecho...*, cit., pg. 21.

⁸²⁰ OLIVA SANTOS, *sobre Conceptos...*, cit., pg. 209.

⁸²¹ MONTERO AROCA, *Derecho...*, cit. pg. 281.

⁸²² MONTERO AROCA, *Derecho...*, cit., pg. 281-282.

⁸²³ GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aguilar, Madrid, 1948, tomo 1º, 2ª edición, pg. 20; id., *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1948, pg. 21.

⁸²⁴ GUASP, *Comentarios...*, cit., pg. 22; id., *Derecho...*, cit., pg. 22.

existencia de una idea objetiva y la suma de diversas voluntades, no resulta difícil aplicarlo al proceso jurisdiccional en cuanto va destinado a la actuación o denegación de pretensiones y existen dos partes ⁸²⁵.

Esta teoría ha sido seguida por GORDILLO ⁸²⁶, MARTÍNEZ BERNAL ⁸²⁷ y VIADA ⁸²⁸ en España; y por PINA ⁸²⁹ y COUTURE ⁸³⁰ en Hispanoamérica, si bien este último rectificaría su posición y consideraría que el proceso era una relación jurídica ⁸³¹.

Las críticas que se han efectuado a esta teoría radican en su generalidad y escasa utilidad práctica ⁸³². Recordemos que COUTURE modificó su postura porque consideraba que el concepto de institución era demasiado genérico para ser riguroso ⁸³³. PRIETO-CASTRO considera que “el concepto de institución es demasiado ambiguo, pudiéndose derivar de él las consecuencias a que llega el autor (GUASP), o cualesquiera otras” ⁸³⁴.

GORDILLO responde a estas críticas que no se le puede objetar a la teoría de GUASP que sea vaga o inconcreta “desde el momento que éste brinda previamente su concepto de la institución y lo aplica después a la figura del proceso de una manera también aceptable, proporcionado así la adecuada solución al complicado problema de la naturaleza jurídica del mismo” ⁸³⁵.

E) El proceso como categoría autónoma

Las teorías de la situación jurídica y de la institución explican el proceso teniendo en cuenta sus notas características, pero lo incluyen en una categoría superior. La primera fue criticada por su novedad y por explicar más la actividad de las partes en el proceso que la naturaleza de éste, mientras que la segunda lo ha sido por su vaguedad. Estas críticas que se han formulado son consecuencia de intentar explicar el proceso a través de categorías de derecho privado, cuando son realidades totalmente distintas. Por ello las dos teorías que se apartan de él

⁸²⁵ GUASP, *Comentarios...*, cit, pg. 22; id., *Derecho...*, cit., pg. 22.

⁸²⁶ GORDILLO, *Concepto de Derecho Procesal (a través de una noción unitaria del proceso)*, Lecciones de Cátedra, 2ª entrega, Madrid, 1956, pg. 80.

⁸²⁷ MARTÍNEZ BERNAL, *Sobre el Concepto del Derecho Procesal*, “Revista de Derecho Privado”, tomo XXVIII, enero-diciembre 1944, pg. 623.

⁸²⁸ VIADA, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1962, tomo I, pg. 52.

⁸²⁹ PINA, *Temas de Derecho Procesal*, México, 1961, pg. 198.

⁸³⁰ COUTURE, *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Buenos Aires, 1949, pg. 52; id., *el Proceso como Institución*, “Studi in Onore di Rendenti”, tomo I, Milán, 1951, pg. 350.

⁸³¹ COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1958, 3ª edición, pg. 145.

⁸³² MONTERO AROCA, *Introducción...*, cit., pg. 190. Ver nota 48 para una cita exhaustiva de los autores que han formulado estas objeciones a la teoría de la institución.

⁸³³ COUTURE, loc. cit.

⁸³⁴ PRIETO-CASTRO, *Panorama del Derecho Procesal*, “Estudios y Comentarios para la Teoría y la Práctica Procesal Civil”, pg. 781, nota 9 in fine.

⁸³⁵ GORDILLO, op. cit., pg. 79.

no pueden explicar a través de conceptos jurídicos elaborados y formados por la tradición lo que sea el proceso.

El proceso es una categoría jurídica autónoma. Su finalidad es ser el instrumento para la elaboración del juicio. Es decir, su nota característica es ser instrumental del juicio jurisdiccional⁸³⁶.

Anteriormente la instrumentalidad se predicaba del derecho sustantivo y no del juicio; lo cual era consecuencia de considerar que el órgano jurisdiccional se limitaba a aplicar el derecho material al caso concreto, por lo que el proceso era un instrumento de aplicación del derecho objetivo. De esta forma incluyen el proceso en una categoría jurídica propia del derecho privado.

Al evolucionar la ciencia procesal se pone de manifiesto que el proceso es una categoría jurídica autónoma al no poder ser incluido en un concepto jurídico más amplio. Por ello carece de sentido buscar la naturaleza jurídica del proceso. El análisis que hemos efectuado manifiesta el mérito de la doctrina procesalista que logra la autonomía del derecho procesal a través de la demostración de que no es sólo un procedimiento, sino algo más. Este es un camino que se ha recorrido poco a poco logrando la total desvinculación del derecho material. En el estado actual de nuestra disciplina no es necesario defender esta autonomía, puesto que ha sido lograda gracias a la ingente labor de aquellos que nos han precedido en el estudio. Por ello es posible analizarlo desde otra perspectiva. Ello nos lleva a afirmar que el proceso es un concepto que no puede incardinarse en uno superior. Como muestra de ello basta constatar la nula influencia de las conclusiones a las que llega la doctrina en la determinación de la naturaleza jurídica del proceso al elaborar los conceptos de Derecho Procesal⁸³⁷.

4. El desarrollo del proceso: el procedimiento

El proceso es el instrumento del juicio. O también puede definirse como el método de elaboración del juicio. Éste se va a desarrollar a través de una serie de reglas que constituyen el procedimiento; es decir, el procedimiento es el conjunto de reglas que determinan el avance del proceso para lograr su finalidad.

El procedimiento ha sido considerado como el lado externo de la actividad procesal⁸³⁸. Pero es algo más, porque la acumulación de acciones produce el efecto de discutirse todas en un mismo proceso, mientras que la acumulación de au-

⁸³⁶ Ver supra.

⁸³⁷ En términos similares MONTERO AROCA (*Introducción...* cit., pg. 194), OLIVA SANTOS (*sobre Conceptos...* cit., pg. 210), PÉREZ GORDO (*el Concepto...* cit., pg. 56) y SERRA DOMÍNGUEZ (op. cit., pg. 873).

⁸³⁸ PRIETO-CASTRO (*Tratado...* cit., pg. 11), MORÓN PALOMINO (op. cit., pg. 550) y GORDILLO (op. cit., pg. 117).

tos supone la acumulación de varios procesos y de varios procedimientos⁸³⁹. Para SERRA DOMÍNGUEZ el procedimiento es el método de ejecutar alguna cosa⁸⁴⁰.

El proceso que analizamos está hecho por hombres y para hombres. La naturaleza humana determina que sean precisas unas reglas de procedimiento para que el proceso llegue a su término, es decir, que el Juez pueda formarse un juicio. Los actos ordenados por estas reglas van a desarrollarse en un lapso de tiempo.

La primera nota esencial del proceso es su carácter reglado. Al tratarse de una actividad de órganos públicos debe regularse a través de una ley. Cuando la función jurisdiccional es ejercida por sujetos privados, son las partes que les somete la cuestión quienes determinan cuál será el procedimiento. La regulación debe responder a una serie de reglas técnicas que ayudan a una mayor eficacia del proceso en la práctica.

Por ser un método de formación del juicio los titulares de la función jurisdiccional deben seguir estrictamente el procedimiento previsto en la ley. Si no se realiza de este modo la resolución será impugnabile y se anulará cuando se vulnere algunos de los principios del proceso o del procedimiento, bien a través del ejercicio de los recursos de apelación o casación, del recurso de revisión cuando la infracción de las reglas procedimentales haya dado lugar a indefensión o del recurso de amparo.

Para el desarrollo de estas reglas procedimentales es necesario el transcurso de un periodo de tiempo. Ello es consecuencia de las limitaciones humanas del proceso jurisdiccional, de las que se deriva la necesidad de que el órgano jurisdiccional sea ilustrado acerca de hechos que desconoce.

En el proceso se identifican tres etapas: alegaciones, prueba y conclusiones. La distinta forma de configurar cada una de ellas dará lugar a los distintos procedimientos. Pero no es necesario que en un procedimiento concreto deba existir el periodo probatorio, que sólo será imprescindible cuando los hechos sean discutidos.

En la doctrina se han producido intentos de identificar el proceso con el procedimiento. Si FURNO afirma que “debemos decidimos a ver en el proceso un acto. Y si queremos encontrar para el acto-proceso la categoría técnica adecuada debemos buscarla en la dirección del procedimiento: debemos construir el procedimiento como la categoría técnica fundamental del Derecho Procesal”⁸⁴¹. En esta línea doctrinal MANDRIOLI afirma que “el proceso, como fenómeno jurídico unitario, es una serie de situaciones simples, que se desenvuelven en el tiempo”⁸⁴².

⁸³⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pg. 861.

⁸⁴⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, loc. cit.

⁸⁴¹ FURNO, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padua, 1953, pg. 111.

⁸⁴² MANDRIOLI, *Corso di Diritto Processuale Civile*, tomo I, Giappichelli editore, Turín, 1991, 8ª edición, pg. 38.

Recientemente FAZZALARI afirma que el fenómeno conocido como proceso, encuentra su significado y puede asumirse como modelo teórico sólo si se configura como un procedimiento en el que participan (o se les permite intervenir), en contradictorio, a todos aquellos a quienes va a afectar en su esfera jurídica la decisión final. Proceso y procedimiento serían “una secuencia de normas, de actos por ellos calificados, de posiciones jurídicas mantenidas”; distinguiéndose el primero del segundo en su carácter dialéctico ⁸⁴³. El criterio de distinción que utiliza FAZZALARI ya había sido formulado en España por BALLBÉ al distinguir el proceso del procedimiento por “la nota, constitutiva y propia de aquella institución, de que el sujeto o sujetos pasivos de la función pública..., han de tener derecho a participar en la formación de la serie o sucesión de actos que lo integran”⁸⁴⁴.

Esta identificación puede realizarse al confundir el proceso con el método del mismo. En la realidad el proceso se realiza a través de los concretos actos procedimentales. Pero ello no debe llevarnos a identificarlo porque un mismo proceso puede seguir distintos procedimientos. Así en la ley española el proceso de declaración puede realizarse a través del procedimiento verbal, el procedimiento de cognición, el procedimiento de menor cuantía y el procedimiento de mayor cuantía.

II. LOS PRINCIPIOS

El proceso es el punto de encuentro de la acción y de la jurisdicción. Todo él se dirige a que el órgano jurisdiccional se forme un juicio. Como indicábamos anteriormente el proceso es necesario para formar el juicio jurisdiccional. Por ello es necesario que responda a una serie de orientaciones para garantizar el acierto de la decisión, con lo que se logra respaldar la autoridad de las personas que desempeñan la función jurisdiccional al tener un instrumento adecuado para formar correctamente la decisión. A éstas se les denominan principios del proceso. Sin embargo no podemos afirmar que afecten a la eficacia del proceso pues la resolución que se adopte está respaldada por la “*potestas*” del Estado.

Entre los principios del proceso debemos distinguir dos clases: aquellos que informan directamente la estructura del proceso y que constituyen una garantía de acierto de la decisión jurisdiccional; y otros que son consecuencia del objeto del proceso. Los primeros tienen un carácter eminentemente técnico. Sin embargo los segundos derivan del carácter instrumental del juicio, lo que obliga a que el proceso se acople al objeto del mismo. En concreto responden a la necesidad del proceso y a la actuación de las partes en el mismo. Al responder esta determina-

⁸⁴³ FAZZALARI, *la Dottrina Processualistica Italiana: dall’Azione al Processo (1864-1994)*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1994-4, pg. 919.

⁸⁴⁴ BALLBÉ, *la Esencia del Proceso*, cit., pg. 41-42.

ción a un momento histórico determinado deben considerarse eminentemente políticos.

Los primeros son esenciales para que el proceso sea un instrumento eficaz para lograr el juicio. En caso contrario las partes no acudirían a el, sino a otros como la autotutela. Circunstancia que implicaría un retroceso en la evolución de la sociedad.

Partiendo de estos principios rectores el procedimiento se puede elaborar en torno a dos sistemas: la oralidad y la escritura. Cada uno de ellos tiene unas consecuencias como es en el primer caso la intermediación, la concentración y la publicidad; mientras que el segundo implica la mediación, la dispersión y el secreto.

A continuación analizaremos los principios técnicos comunes a todos los procesos, desarrollando los principios específicos de cada orden jurisdiccional al desarrollar la especificación del derecho procesal.

1. Los principios del proceso

A) Principios esenciales del proceso

a) El principio de dualidad de posiciones

El principio esencial del proceso es el de contradicción, lo cual implica que deben existir dos o más partes con posiciones contrapuestas entre sí. Su importancia se manifiesta en que el legislador ha creado el Ministerio Fiscal para garantizar la dualidad de posiciones en el proceso penal y, en general, en todos los procesos informados por el principio inquisitivo⁸⁴⁵. Tradicionalmente se afirmaba que existían dos tipos de proceso: el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio. Pero recientemente MONTERO AROCA afirma que “el denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no es un verdadero proceso”, mientras que “el llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existen realmente un juez imparcial y dos partes enfrentadas entre sí”. Finaliza concluyendo que “los llamados sistemas procesales penales son conceptos del pasado, que hoy no tienen ni siquiera valor pedagógico... y hay que proclamar como conquista de la civilización la garantía jurisdiccional entendida correctamente, esto es, asunción del monopolio del *ius puniendi* por los tribunales y exclusividad procesal de su ejercicio”⁸⁴⁶.

En el proceso deben existir tres posiciones: las contradictorias de las partes y la del órgano jurisdiccional⁸⁴⁷. De éstas el juez debe ser independiente e im-

⁸⁴⁵ Ver infra.

⁸⁴⁶ MONTERO AROCA, *la Garantía Procesal Penal y el Principio Acusatorio*, “la Ley”, 21 de enero de 1994, pg. 2.

⁸⁴⁷ VÁZQUEZ SOTELO, *los Principios del Proceso Civil*, “Justicia”, 1993-IV, pg. 606.

parcial ⁸⁴⁸. Lo cual implica que el conocimiento que tenga del litigio le sea proporcionado por aquellos que han participado en ellos, es decir, las partes. Es un principio inherente a la noción de jurisdicción ⁸⁴⁹.

Pero no basta con que existan tres posiciones en el proceso para que podamos afirmar que nos encontramos ante un proceso jurisdiccional. Es necesario que una de ellas sea imparcial y las otras dos sean contradictorias. Éste ha sido calificado como “la fuerza motriz, su garantía suprema” ⁸⁵⁰. Y ello es así porque “el proceso no es un monólogo sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y de contraataques” ⁸⁵¹.

Es decir, la justificación de este principio es poder incluir a las partes en el método dialéctico que es el proceso. A través de él se logra la síntesis que debe realizar el órgano jurisdiccional para que pueda tener un conocimiento más preciso de los hechos, y a partir de ellos elaborar su juicio.

b) El principio de audiencia

La contradicción implica que en el proceso todas las partes tengan oportunidad de ser oídas. Es decir, que puedan intervenir en el proceso realizando las alegaciones que más convengan a sus intereses. Éste es un requisito imprescindible para que el proceso sea un instrumento eficaz porque “no sería lógico ni mucho menos justo resolver un conflicto bilateral con audiencia unilateral” ⁸⁵². Las partes, a través de su intervención, le facilitarán al órgano jurisdiccional una versión interesada de los hechos. Precisamente por ello es necesario que ambas tengan oportunidad para realizarlo. Así el Juez tendrá un conocimiento total de los hechos presentes en el proceso, ya que sabrá cuáles son los intereses en juego por las alegaciones que formulen las partes para defenderlos. Éste se manifiesta de forma plena en todos los procesos, constituyendo uno de sus principios esenciales ⁸⁵³.

⁸⁴⁸ En el proceso penal se manifiesta en la incompatibilidad entre la acusación y el enjuiciamiento, para así garantizar la imparcialidad, la objetividad y la ecuanimidad (MUÑOZ ROJAS, op. ult. cit., pg. 191-192).

⁸⁴⁹ Ver supra.

⁸⁵⁰ CALAMANDREI, *el Carácter Dialéctico del Proceso*, “Proceso y Democracia”, ed. Ejea, Buenos Aires, 1960, pg. 148.

⁸⁵¹ CALAMANDREI, op. cit., pg. 150.

⁸⁵² MORÓN PALOMINO, *Derecho Procesal Civil (Cuestiones Fundamentales)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, pg. 72. Recordemos que MORÓN PALOMINO parte de una concepción subjetiva de la jurisdicción (ver supra), pero a pesar de que no lo compartamos esta afirmación aclara el fundamento mismo de la audiencia. De forma similar ALMAGRO NOSETE considera este principio, junto con el de contradicción y de dualidad de partes, como “los fundamentos del proceso, como método dialéctico que se estructura sobre un necesario estereotipo de dos partes enfrentadas con intereses contrapuestos...” (*Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo 1º –con TOMÉ PAULE–, ed. Trivium, Madrid, 1993, pg. 172).

⁸⁵³ Ver infra el desarrollo de este principio en los distintos ordenes jurisdiccionales.

c) El principio de igualdad

Las partes deben tener las mismas posibilidades de ser oídas. En caso contrario se permitiría que el Juez tuviera un conocimiento parcial de la realidad, cuando interesa que sea lo más completo posible porque su juicio la va a alterar de forma irrevocable. Las partes deben tener en el proceso las mismas oportunidades procesales. Que después sean utilizadas dependerá de la estrategia de actuación que sigan en el proceso concreto, pero la regulación del proceso les debe permitir intervenir de forma idéntica. Este principio implica el previo de la audiencia, hasta el extremo de que su violación implica también la del principio de igualdad ⁸⁵⁴.

Otra variante del principio de igualdad es que todas las partes personadas en un proceso deben tener conocimiento pleno de su contenido. Sólo de esta forma podrá actuar en el mismo de acuerdo a sus intereses. En caso contrario se produciría una desigualdad entre las partes que infringiría el proceso con todas las garantías previsto por el art. 24 CE.

El TC ha considerado que el principio de igualdad en el proceso deriva del derecho al proceso con todas las garantías del art. 24 CE ⁸⁵⁵ y no del art. 14 CE que consagra el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos ⁸⁵⁶. De esta forma reconoce que la vulneración de este principio procesal va a tener una trascendencia en el proceso, y es que la parte a la que se haya privado injustificadamente de una oportunidad procesal habrá visto vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías. La discusión acerca del precepto en que deba ser incluido es una cuestión meramente teórica sin ninguna trascendencia práctica, ya que desde las dos posiciones se llega a la conclusión de que “no habrá verdadera vulneración del principio de igualdad que no incida en el derecho de defensa” ⁸⁵⁷.

El principio de igualdad también puede ser tomado en consideración por el legislador para “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” (art. 9.2 CE). Pero los instrumentos que utilice el legislador para lograr la igualdad real de las partes en el proceso no deben conceder privilegios procesales a la parte más débil porque se infringiría el principio de igualdad procesal, ni aumentar los poderes de oficio del juez porque iría en contra de la imparcialidad que debe mantener. Lo recomendable es optimizar el funcionamiento de institucio-

⁸⁵⁴ OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, tomo I (con FERNÁNDEZ), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pg. 112.

⁸⁵⁵ BERZOSA FRANCO, *Principios del Proceso*, “Justicia”, 1992-III, pg. 569-570.

⁸⁵⁶ BERZOSA FRANCO, op. cit., pg. 570.

⁸⁵⁷ BERZOSA FRANCO llega a esta conclusión incluyendo este principio en el art. 14 CE, mientras que el TC lo realiza desde la perspectiva del art. 24 CE (BERZOSA FRANCO, op. cit., pg. 571).

nes como el beneficio de justicia gratuita⁸⁵⁸, derogar los obstáculos y limitaciones legales al derecho de acción que no sean racionales y simplificar los tipos procesales⁸⁵⁹.

B) Principios derivados del derecho material aplicado

Otro grupo de principios están influenciados por el derecho debatido en el proceso. No son necesarios para la mayor eficacia del mismo, pero son una exigencia de las normas materiales a aplicar. Se pueden clasificar atendiendo a los siguientes criterios: la necesidad de acudir al proceso, el criterio rector de la actuación de las partes y su poder respecto de los hechos.

Por un lado son principios políticos porque dependen de la opción legislativa en cada momento determinado para que el proceso esté informado por unos u otros. En concreto esta facultad hace referencia al poder de las partes, que se manifiesta en tres momentos: en la necesidad de acudir a un proceso, en el criterio que rige su actuación y en la disponibilidad del objeto del proceso.

a) Principio de conveniencia-principio de necesidad

Este primer grupo de principios hace referencia a la necesidad de un proceso para lograr la satisfacción del interés. En ocasiones sólo a través del proceso se puede producir una modificación de la situación fáctica existente con anterioridad. Cuando la existencia de un proceso jurisdiccional es imprescindible para que se produzca la modificación de la realidad se identifica la sentencia con la consecuencia jurídica, de forma que ésta es una creación “ex novo” de la resolución jurisdiccional.

El supuesto paradigmático es el proceso penal en el que es necesario que se siga un proceso para que se pueda imponer una pena. Esta necesidad viene expresada por el art. 1 LECR al indicar que “no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente código o de Leyes Especiales y en virtud de sentencia dictada por juez competente”. Es decir, la pena sólo se puede imponer a través de un proceso hasta el extremo de que el delito sólo existe en cuanto es declarada en una resolución jurisdiccional.

En el orden civil el acceso al proceso está informado por el principio de conveniencia. Es decir, las partes son libres de acudir al proceso para que se declare la norma de conducta que seguirán en el futuro o determinarla entre ellas. Pero esta regla general presenta unas excepciones cuando la modificación de la realidad jurídica sólo puede producirse a través de una declaración judicial. En estos

⁸⁵⁸ MONTERO AROCA (*Derecho Jurisdiccional*, cit., pg. 321; *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Tecnos, Madrid, 1976, pg. 249) y VÁZQUEZ SOTELO (op. cit., pg. 610).

⁸⁵⁹ MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, cit., pg. 320

casos nos encontramos ante los denominados procesos civiles de carácter inquisitivo y son, fundamentalmente, aquellos que afectan al estado civil de las personas o a sus derechos fundamentales ⁸⁶⁰. El motivo de que se regule esta excepción es la importancia del interés público concurrente, bien por afectar a instituciones básicas de la sociedad o bien a la misma esencia de la persona.

En el resto de los supuestos el proceso es un medio para lograr una modificación jurídica de la realidad, pero ésta se puede lograr también a través de otros medios. Cuando no es necesario acudir al proceso jurisdiccional para conseguir esta alteración de la realidad el proceso está regido por el principio de conveniencia.

b) Principio de oportunidad-principio de legalidad

Estos principios hacen referencia al criterio que deben seguir las partes en el momento de iniciar un proceso. Debemos distinguir las personas que pueden iniciar un proceso para determinar qué principio rige su actuación.

Las personas privadas acudirán o no al proceso sólo teniendo en cuenta la defensa de sus intereses. Si es más beneficioso para ellas acudir lo realizarán. Es decir, su actuación está regida por el principio de oportunidad. En el proceso penal se observa en la actuación de la acusación particular y popular, cuya presencia no es obligatoria sino que depende de la voluntad de los perjudicados o de terceros en personarse en el proceso penal.

Distinto es el supuesto de la actuación de personas públicas en el proceso, debiendo distinguir el Ministerio Fiscal de la actuación de la Administración como parte. El primero tiene la función de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social” (arts. 124.1 CE y 435 LOPJ). Los abogados del Estado realizan la función de “representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos” (art. 447.1 LOPJ) cuando concurra algún interés subjetivo del Estado en el proceso ⁸⁶¹. Es decir mientras el Ministerio Fiscal actúa como representante del interés general que se manifiesta en la legislación positiva de cada momento histórico, el Abogado del Estado defiende los intereses de la Administración pública en cuanto parte. Por ello el primero está regido en su actuación por el principio de legalidad mientras que el segundo se regiría por el principio de oportunidad.

Al ostentar el “*ius puniendi*” la sociedad, debe crearse un órgano que lo represente y defienda. Como afirma VERGER GRAU “el ejercicio del *ius puniendi*

⁸⁶⁰ En concreto se tratan del proceso sobre la tutela de los derechos fundamentales de la persona, el proceso sobre la capacidad de las personas, procesos sobre paternidad y filiación y procesos sobre nulidad de matrimonio, separación y divorcio.

⁸⁶¹ PÉREZ GORDO, *la Función del Ministerio Público –Fiscal– en el Proceso Civil*, “Estudios de Derecho Procesal”, Librería Bosch, Zaragoza, 1981, pg. 109.

está, pues, condicionado a la actitud del Ministerio Fiscal y de las demás acusaciones”⁸⁶². Como las segundas están regidas por el principio de oportunidad es imprescindible que el primero tenga como criterio rector el principio de legalidad para evitar la impunidad de ciertos hechos que puede constituir un delito. En el proceso acusatorio formal que actualmente informa el proceso penal español la presencia del Ministerio Fiscal como representante de la legalidad ordinaria deviene imprescindible para garantizar la imparcialidad del órgano judicial⁸⁶³.

Donde se advierte con más claridad la distinción de los criterios por los que se rige la actuación de las partes es en el proceso penal. El ministerio Fiscal, en cuanto representante del interés objetivo, debe defender la legalidad objetiva sin que interfieran otros criterios; mientras que las demás partes pueden acudir o no a un proceso penal ya iniciado en función de aquello que consideren más oportuno en cada momento para la defensa de sus intereses privados.

El ministerio fiscal también interviene en defensa de la legalidad en los procesos civiles inquisitivos cuando puede actuar como parte. Pero además puede actuar en defensa de un interés particular cuando la parte sea un menor de edad o incapacitado sin representante, si bien debe procederse en el plazo más breve posible al nombramiento de representante, tutor o curador⁸⁶⁴.

c) Principio dispositivo-principio de inmutabilidad

La disponibilidad por las partes del objeto del proceso también implica una configuración diversa del proceso. Debemos distinguir entre el proceso regido por el principio dispositivo y por el principio de inmutabilidad.

El principio dispositivo implica que los hechos que se discuten en el proceso pueden ser alterados por las partes sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales⁸⁶⁵. El poder de disposición se manifiesta en el proceso en que las partes tienen la facultad de determinar el contenido de la sentencia o de ponerle término en cualquier momento⁸⁶⁶. Este principio es la regla general del proceso civil, laboral y contencioso-administrativo (para la parte que inicia el proceso porque debe ser una persona que tenga un interés directo –art. 19 LJCA– en la revisión del acto administrativo impugnado). También existen una serie de excepciones que se materializan en los procesos civiles inquisitivos y en todos aquellos proce-

⁸⁶² VERGER GRAU, *la Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, ed. J.M. Bosch., Barcelona, 1994, pg. 42.

⁸⁶³ MONTERO AROCA (*el Principio Acusatorio. Un Intento de Aclaración Conceptual*, “Justicia”, 1994-IV, pgs. 781 y ss.) y VERGER GRAU (*op. cit.*, pgs. 21 y ss.).

⁸⁶⁴ PÉREZ GORDO, *la Función del Ministerio Público...*, cit., pgs. 111 y ss.

⁸⁶⁵ Lo distinguimos claramente del principio de aportación de parte que toma en consideración la formación del material fáctico del proceso.

⁸⁶⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, *Liberalización y Socialización...*, cit., pg. 520.

sos que son iniciados a instancia de un ente público ⁸⁶⁷, que viene motivado por la presencia de un interés público en el proceso.

El principio de inmutabilidad implica que las partes no disponen de los hechos que están presentes en el proceso jurisdiccional, por lo que no tienen ninguna facultad de disposición sobre ellos. Es el criterio rector en el proceso penal y las excepciones del proceso civil, laboral y contencioso administrativo. En el proceso penal también existe alguna salvedad a esta regla general, y es la que se produce en el enjuiciamiento de los delitos privados ⁸⁶⁸.

Una manifestación del principio de inmutabilidad que informa el proceso penal la encontramos en el art. 733 LECR. Este precepto permite que el órgano jurisdiccional discrepe de la calificación jurídica que hayan dado las partes al hecho enjuiciado. Pondrá en conocimiento de las partes esta circunstancia para que le ilustren acerca de ella. El Tribunal podrá imponer una pena superior a la solicitada por las partes cuando haya hecho uso de esta facultad, sin que en caso contrario pueda realizarlo. Este precepto es una consecuencia de la no disposición de las partes del objeto del proceso, por lo que el órgano jurisdiccional podrá dictar el derecho de forma distinta a la solicitada por las partes. Sin embargo se da audiencia a las partes para no infringir los principios esenciales del proceso.

En el proceso contencioso-administrativo hay un precepto similar. El art. 65.2 LJCA permite que el órgano jurisdiccional plantee cuestiones que no lo han sido por las partes. Ello es consecuencia de la diversidad de las partes en este proceso: el demandante es un sujeto privado, y su actuación está informada por el principio dispositivo en cuanto dispone de los intereses que han sido perjudicado; el demandado, que es el órgano público cuyo acto se impugna, debe actuar en función de los intereses públicos y de la legalidad, por lo que el objeto del proceso es inmutable para él. Por este motivo el órgano jurisdiccional puede plantear una cuestión no suscitada por las partes.

En los procesos civiles inquisitorios se manifiesta la inmutabilidad de dos maneras: legitimando como parte al Ministerio Fiscal y desvinculando al juzgador de las limitaciones que normalmente derivan de ciertos actos de parte, autorizándole a practicar de oficio las pruebas necesarias para comprobar la realidad de las alegaciones realizadas por las partes ⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ El cual, como hemos indicado, no actúa en defensa de sus intereses propios, y por lo tanto disponibles, sino de los intereses públicos y en defensa de la legalidad. Ver supra los supuestos en que el proceso laboral y contencioso-administrativo se inicia a instancia de un órgano público.

⁸⁶⁸ Actualmente los delitos privados se reducen al delito de estupro, calumnia e injuria (art. 104 LECR). Si bien debe tenerse en cuenta que para proceder por el primer delito basta la denuncia de la persona agraviada, pero una vez presentada el perjudicado pierde la disposición sobre su perseguibilidad (art. 443.2 CP). En los otros dos supuestos el perdón de la parte ofendida da lugar a que el culpable quede relevado de la pena impuesta (art. 467.4 CP); el poder de disposición sobre el objeto del proceso se manifiesta en la necesidad de celebrar un acto de conciliación entre el querellante y el querrellado antes de que se presente la querrela (art. 804 LECR).

⁸⁶⁹ ORTELLS RAMOS (*Derecho Jurisdiccional*, vol. II-2º, cit., pg. 383) y VÁZQUEZ SOTELO que considera más perfecta la primera solución (*los Principios...*, cit., pg. 627).

En el proceso penal existe un supuesto que puede parecer que implica una disposición del objeto del proceso por las partes. Nos estamos refiriendo a la conformidad del acusado con la pena más grave solicitada por los acusadores. Básicamente existen tres modalidades de esta conformidad: el reconocimiento de hechos en las diligencias previas; al presentar el escrito de defensa conformándose con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad; la conformidad del acusado manifestada al inicio del juicio oral con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o del escrito que se presente en el acto.

En la práctica se está haciendo un uso abusivo de esta institución al solicitar el Ministerio Fiscal una pena inferior si las partes se conforma a la presentada en el escrito de acusación que será tenido en cuenta por el Juez si se celebrara juicio oral. Ésta es consecuencia de la interpretación que realizó la Fiscalía General del Estado en la circular número 1/1989 que entiende que estos preceptos han introducido el principio de consenso en el proceso penal y que el Ministerio Fiscal “deberá promover esas soluciones facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso con el acusado y su defensa, especialmente en el ámbito de los delitos menos graves y de menor trascendencia social, esto es, en el de las infracciones penales conocidas como bagatelas”. En la Instrucción 2/2009, de 22 de junio, sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española actualiza los criterios e incorpora como anexo el protocolo suscrito.

Al interpretar estos preceptos hay que tener en cuenta que el Ministerio Fiscal actúa en función del principio de legalidad y que el objeto del proceso penal es inmutable para las partes. Partiendo de estas consideraciones hay que denunciar el abuso que realizan los miembros del Ministerio Fiscal que obligan a las partes acusadas a conformarse con la pena solicitada amenazándole con pedir una superior en un grado o dos en el acto del juicio oral. Este abuso del Ministerio Fiscal se ve favorecido por la sobrecarga de trabajo de los miembros de la judicatura que no revisan la pena en que se han conformado las partes. Es decir, el órgano judicial puede absolver a una persona que se haya conformado con la pena solicitada por la acusación.

Esta situación ha motivado que un sector doctrinal hable del principio de oportunidad en el proceso penal ⁸⁷⁰. Pero esta denominación debemos calificarla, como mínimo, de desafortunada: por un lado porque el principio de oportunidad va referido a la facultad de una persona de iniciar o no un proceso y se contraponen al principio de legalidad, que es el que informa la actuación del Ministerio Fiscal; y por otro porque en estos casos las partes realizan un acto de disposición

⁸⁷⁰ BERZOSA FRANCOS afirma que la conformidad del acusado “puede considerarse expresión del principio de oportunidad en cuando supone poner fin al proceso sin que se hayan desarrollado todas las fases que cabría esperar de acuerdo con el principio de legalidad” (*Principios del Proceso*, “Justicia”, 1992-III, pg. 592). En sentido similar ARMENTA DEU, *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*, ed. PPU, Barcelona, 1991, pg. 232.

del objeto del proceso que ya ha sido iniciado. Cabe hablar del principio de oportunidad cuando el proceso aún no se ha iniciado y las partes pueden transigir en algún aspecto, pero no cuando éste ya se ha iniciado y una de ellas debe velar por la correcta aplicación de la ley.

En todo caso esta práctica vulnera el principio de inmutabilidad propio de proceso penal, puesto que las partes disponen de algo indisponible. A pesar de ello ha sido sancionado por el legislador en los arts 50 y 51 de la ley del Jurado. El primero de ellos prevé la disolución del jurado si “las partes interesasen que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que presentaren en el acto”, reservando al Magistrado-presidente algunas facultades tendentes a la defensa de los derechos del acusado. El segundo ordena al Magistrado-presidente que disuelva el jurado “cuando el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras, en sus conclusiones definitivas o en cualquier momento anterior del juicio, manifestasen que desisten de la petición de condena del acusado”; lo cual implica que el objeto penal es disponible para las partes acusadoras. Esta disponibilidad del objeto del proceso penal se observa también en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que otorga amplias facultades al fiscal instructor y al órgano judicial para sobreseer el proceso por conciliación o reparación entre el menos y la víctima (arts. 19 y 36).

2. Los principios del procedimiento

El procedimiento es el conjunto de reglas a través de las que se desarrolla el proceso. Atendiendo a los principios esenciales del proceso, éstos se pueden configurar de dos formas para permitir que el órgano jurisdiccional esté en disposición de formarse el juicio y declarar el derecho aplicable al caso concreto.

El procedimiento puede estar informado por dos principios: la oralidad y la escritura. En ningún caso un procedimiento será exclusivamente oral o escrito, sino que estará informado predominantemente por uno de ellos. De estos dos principios derivan una serie de principios consecuencia.

A) El principio de oralidad

La oralidad implica que el Juez al dictar sentencia tomará en consideración los actos que se han realizado en su presencia y de forma oral. El procedimiento regido por la oralidad es el previsto por la Constitución Española y por las declaraciones de Derechos Fundamentales a la que España se ha adherido, y que por lo tanto forman parte de nuestro ordenamiento interno (art. 98 CE).

Según el art. 120.2 CE “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”. La oralidad es el criterio rector del procedimiento según la Constitución Española, si bien ello no impide que existan actos escritos como los actos de inicio del proceso. Además, es necesario documentar todas las actuaciones que se realicen de forma oral ante el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, el criterio de la oralidad no es el que toma en cuenta el legislador al realizar las reformas procesales. Las últimas reformas que se habían producido en el orden civil han ido dirigidas a eliminar la oralidad en estos procedimientos. El proceso contencioso-administrativo no corría mejor suerte. Sin embargo, la nueva LEC altera la situación legislativa al regular dos procedimientos ordinarios esencialmente orales y sancionar con la nulidad absoluta los actos orales en que no este presente el juez (art. 137.3 LEC). Esta previsión determinará el éxito de las reformas legales que tienden a introducir la oralidad en el proceso civil y contencioso-administrativo.

La oralidad se encuentra plenamente garantizada en el proceso penal. Las alegaciones de las partes y la práctica de la prueba se realizan en el acto del juicio oral. El art. 120.2 CE prevé que “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”. Este precepto se respeta en el orden penal. Además la interpretación que ha realizado el TC del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 CE) exigiendo que se haya practicado en el juicio oral una mínima actividad probatoria ha potenciado la importancia de éste.

El procedimiento laboral también está presidido por la oralidad. Salvo el escrito interponiendo la demanda, en la primera instancia todos los demás actos se practican en el momento de la vista. Es decir, en este caso hay un predominio absoluto de la oralidad, que incluso es perjudicial porque el demandado puede introducir cuestiones nuevas en el proceso al realizar la contestación de la demanda, aunque en ningún caso podrá formular reconvencción si no lo ha anunciado con carácter previo y lo ha realizado por escrito (art. 85.2 LPL).

La oralidad implica unas consecuencias, que parcialmente están enunciadas en el art. 74.1 LJS. Éstas son que el acto oral debe realizarse en presencia del órgano judicial (inmediación) y en un acto único o en actos sucesivos (concentración) y que terceras personas que asistan al acto del juicio oral podrán tener conocimiento del objeto del proceso (publicidad). Una consecuencia mediata es que al deber practicarse en un corto lapso de tiempo el procedimiento se tramitará de forma rápida.

a) Inmediación

Que el Juez tenga conocimiento de las alegaciones y de los hechos de forma oral implica que deba estar presente en el momento en que las partes aleguen lo que estimen más conveniente para sus intereses y en la práctica de la prueba. El órgano judicial deberá formar su juicio en base a estos elementos, por lo que es

necesario que esté presente en el momento de su práctica. Pero ello no impide que deba levantarse acta sobre todo lo que se alegue y el resultado de la prueba practicada. La finalidad de la misma sería aportar a los órganos jurisdiccionales superiores la información necesaria sobre el acto del juicio oral si deben revisar la decisión adoptada en la instancia porque la parte ha formulado un recurso devolutivo.

La importancia de la intermediación del órgano jurisdiccional en los actos orales se manifiesta en que el art. 258 LOPJ ordena repetir el asunto cuando uno de los magistrados que asistieron al acto del juicio oral no pueda emitir su voto y entre el resto de magistrados que componen la sala no llegaran a la mayoría de votos exigida por el art. 255 LOPJ. Esta previsión también se incluye en las leyes procesales específicas que regulan un procedimiento predominantemente oral: el art. 746 y 749 LECR, el art. 98 LJS y el art. 194 LEC.

Desde un punto de vista práctico es conveniente que el Juez esté físicamente presente en la realización de los actos orales del proceso, aunque éste sea predominantemente escrito, para tener más criterios para enjuiciar los hechos que se someten a su juicio. Puede decirse que en estos casos la sentencia se hace sola, y ello es porque el Juez ha tomado contacto directamente con las partes antes de que deba dictar la sentencia y forma su juicio poco a poco. A “sensu contrario”, en el proceso civil en que el Juez no está presente durante la práctica de la prueba testifical y de confesión en juicio, a pesar de que está prevista legalmente, determina una desconfianza sobre su resultado⁸⁷¹. La importancia de la presencia de la persona del Juez en la práctica de las pruebas de valoración libre “es la única garantía de acierto”⁸⁷². Por ello las leyes procesales obligan a que se repita el acto del juicio cuando el juez que lo presidió no pueda dictar sentencia (arts. 98 LJS), sancionando la resolución que se dicte sin respetar el principio de intermediación con la nulidad de pleno derecho (art. 137 LEC).

b) Concentración

Si todos los actos se realizan de forma oral es conveniente que se realicen todos en una sola audiencia, y si ello no fuere posible en varias sucesivas. La importancia de este principio la destaca MONTERO AROCA al afirmar que “lo que caracteriza a un procedimiento oral es más la concentración que la mera oralidad de los actos procesales”⁸⁷³, o como indica GÓMEZ ORBANEJA “el principio de concentración

⁸⁷¹ Como afirma SERRA DOMÍNGUEZ “los jueces no conceden valor a la prueba testifical porque no están presentes, y no están presentes porque no le atribuyen valor” (*NEJca. Seix*, voz “prueba testifical”, separata).

⁸⁷² GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI-2 –con SERRA DOMÍNGUEZ y CORDÓN MORENO–, coord. ALBALADEJO, ed. Edersa, Madrid, 1981, pg. 531.

⁸⁷³ MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, T.I, cit., pg. 346.

constituye la más señalada característica exterior del proceso oral”⁸⁷⁴. La finalidad de la concentración es que la causa pueda ser resuelta sobre la base de un solo debate oral ⁸⁷⁵

El art. 744 LECR prevé que “abierto el juicio oral, continuará durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión”. Y cuando éste deba suspenderse durante un largo periodo de tiempo o indefinidamente quedará sin efecto todo lo actuado (art. 749.1 LECR). El principio de concentración también informa al procedimiento laboral (art. 85 LJS).

La concentración exige que el acto se prepare. La forma de realizarlo es que las partes conozcan la posición de la contraria ⁸⁷⁶. En la LECR se prevé expresamente porque antes de la celebración del juicio oral las partes deben presentar los escritos de calificaciones provisionales en el procedimiento ordinario y los escritos de acusación y defensa en el procedimiento abreviado. Pero en la LJS no se regula este trámite previo porque la parte demandada formulará la contestación de la demanda en el acto del juicio, si bien debe limitarse a afirmar o negar los hechos de la demanda y alegar las excepciones que estime procedentes; si quiere formular reconvencción debe haberlo anunciado y formulado las bases esenciales en el momento de la conciliación previa al proceso o en la contestación a la reclamación previa (art. 85.3 LPL).

La consecuencia del principio de concentración es que las alegaciones, prueba y conclusiones se realizarán en un mismo acto. Ello motiva la rapidez del procedimiento ya que éste se va a celebrar en una sola jornada o en días sucesivos hasta que termine la práctica de todos estos trámites. Es decir, es “el que en mayor grado facilita la brevedad y economía de los juicios” ⁸⁷⁷.

c) *Publicidad*

Otro de los principios consecuencias de la oralidad es la publicidad de los actos procesales. La publicidad se puede predicar respecto de las partes o de terceros. En este momento nos referimos a esta última porque si las partes no tienen conocimiento del contenido del proceso no se infringe el principio de publicidad, sino el principio de audiencia y de igualdad de armas procesales ⁸⁷⁸.

El art. 120.1 CE obliga a que las actuaciones judiciales sean públicas. Pero permite que la ley establezca unas excepciones a la regla general. El art. 232 LOPJ transcribe literalmente el art. 120.1 CE, pero en su apartado 2º prevé que las ex-

⁸⁷⁴ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vo. 1º –con HERCE QUEMADA–, ed. AGESA, Madrid, 1979, 8ª edición, pg. 221.

⁸⁷⁵ FAIRÉN GUILLÉN, *Notas sobre el Principio de Concentración*, “Estudios de Derecho Procesal”, ed. Edersa, Madrid, 1955, pg. 292, nota 50.

⁸⁷⁶ FAIRÉN GUILLÉN, *Notas sobre el Principio de Concentración*, cit., pg. 290.

⁸⁷⁷ GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 221.

⁸⁷⁸ MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, tomo I, cit., pg. 347.

cepciones deberán atender a razones de orden público y de protección de los derechos y libertades.

En el orden penal el art. 680 LECR prevé que “los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad”. Sólo se podrá decretar el secreto “cuando así lo exijan las razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia” (art. 680.2 LECR). En el orden civil la regla general es la audiencia pública (art. 138 LEC), pudiendo decretarse que las diligencias de prueba, las vistas de los pleitos y demás negocios judiciales se hagan a puerta cerrada cuando sea necesario “para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia” (art. 138.2 LEC).

Para que la publicidad de los actos procesales cumpla su función es necesario que éstos sean orales. La finalidad es que los terceros puedan realizar una “fiscalización popular del funcionamiento de la justicia”⁸⁷⁹, con lo cual “se permite al pueblo presenciar y opinar sobre su Justicia, contribuyendo a reforzar la confianza de los ciudadanos en sus Jueces y Tribunales”⁸⁸⁰. Y esta labor no la podrían realizar si lo único que presenciarian fuera la presentación de los escritos. Para que pueda producirse es necesario que tengan conocimiento de los elementos que va a tener presente el Órgano Judicial en el momento de dictar sentencia, y ello sólo puede lograrse si el procedimiento está informado por el principio de oralidad. La correlación entre estos principios y el de concentración la ha expresado GÓMEZ ORBANEJA afirmando que “son aspectos distintos de una misma cosa”⁸⁸¹.

B) El principio de escritura

El otro principio que puede informar el procedimiento es la escritura. Nos encontramos ante un proceso escrito cuando el órgano jurisdiccional emite su juicio sobre la base de lo que está documentado en los autos⁸⁸². Como lo que toma en consideración el órgano jurisdiccional al dictar la sentencia son las alegaciones de las partes, el resultado de la prueba y las conclusiones, será escrito aquel procedimiento en que el conocimiento que tenga el Juez de ellos sea predominantemente documental.

El procedimiento escrito es el que informaba el proceso civil y administrativo. En el primero de ellos sólo el juicio verbal es teóricamente oral, pero en la práctica se realiza de forma escrita; al igual que el juicio de cognición, del que MONTE-

⁸⁷⁹ MONTERO AROCA, op. cit., pg. 348.

⁸⁸⁰ VÁZQUEZ SOTELO, *Principios del Proceso Civil*, cit., pg. 643.

⁸⁸¹ GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pg. 221.

⁸⁸² MONTERO AROCA, *Derecho...*, cit., pg. 348.

RO AROCA dice que “es el procedimiento más escrito de nuestro derecho, en el que la lectura de las alegaciones, su copia por los auxiliares y la ausencia del Juez son sus notas características”⁸⁸³.

a) Mediación

En el procedimiento escrito el Juez no tiene que haber presenciado la práctica de las pruebas ni ser la persona ante la que se han formulado las conclusiones cuando éstas revistan la forma oral (art. 675 LEC de 1881). Es decir, la ley no exige que exista el menor contacto entre las partes y el órgano jurisdiccional; las relaciones entre ellos se realizarán de forma escrita.

En este procedimiento la presencia del Juez en la práctica de la prueba constituye una garantía, pero no una exigencia para que pueda formarse criterio sobre el fondo del litigio. Así es posible que la prueba se practique ante un órgano jurisdiccional distinto de aquel que esté conociendo del proceso cuando éste no tenga jurisdicción en el lugar en que deba practicarse (arts. 273 y ss. LOPJ) o que sólo deban practicarse ante el magistrado ponente si el órgano competente para conocer es colegiado (art. 205.3 LOPJ).

Este principio incide en la posibilidad de que dicte sentencia un Juez distinto de aquél ante el que se ha tramitado todo el procedimiento.

b) Dispersión

Un procedimiento escrito no se podrá realizar de forma concentrada porque será necesario dar traslado de todo aquello que presente una parte a la contraria para cumplir con el principio de audiencia. Además, el periodo de tiempo por el que se le da traslado debe ser suficiente para permitirle examinar el asunto y contestar de forma adecuada. Una vez presentada la contestación el órgano jurisdiccional deberá estudiar la cuestión y dictar la resolución correspondiente, que a su vez deberá ser notificada a las partes que se hayan personado en el proceso. Se observa como el planteamiento de una cuestión por una parte motiva el transcurso de un periodo de tiempo mayor que en el procedimiento informado por la oralidad, lo que da lugar a que se desarrolle durante un lapso de tiempo mayor.

Los trámites del procedimiento deberán realizarse de forma ordenada, lo que ocasiona la preclusión. Es decir, cada acto deberá ser realizado en el momento previsto legalmente, y una vez transcurrido el plazo en que debe realizarse no podrá ser practicado, perdiendo la parte la posibilidad de realizar esta actuación.

c) Secreto

⁸⁸³ MONTERO AROCA, *Derecho...*, cit., pg. 349.

El procedimiento escrito es en principio secreto porque cualquier tercero no podrá tener acceso al expediente. Pero si acredita la condición de interesado podrá consultar “los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado” (art. 235 LOPJ). La LEC exige además que este interés sea legítimo (art. 140.1 LEC), lo que podría implicar una restricción al carácter público de los procesos.

Cuando se predica el carácter secreto del procedimiento escrito se realiza porque si concurrieran al acto terceros, lo único que presenciarían sería la presentación de los escritos y si asistiera a una vista o un acto oral el desarrollo del mismo sería ininteligible⁸⁸⁴. Y el tercero no va a tener la diligencia, a menos que estuviera interesado en el desarrollo del mismo, de seguir todos la tramitación procedimental. La forma de permitir que efectúe una valoración del funcionamiento de los órganos jurisdiccionales sería concentrar todos los trámites en un sólo acto, y esto sólo puede ser realizado en un procedimiento informado por la oralidad.

⁸⁸⁴ MONTERO AROCA, *Derecho...*, cit., pg. 353.

CUARTA PARTE: DE LA JUSTICIA A LA CIBERJUSTICIA ⁸⁸⁵

I. SOBRE LA NECESIDAD DE DISEÑAR UN PROCESO JUDICIAL DIGITALIZADO

1. Introducción

El riesgo que se corre con la ciberjusticia es que los principios esenciales no sean respetados en la resolución de las controversias judiciales. Esto ha provocado que, desde el CEPEJ, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos y la Comisión Europea se haya advertido de que la aplicación de las nuevas tecnologías al proceso judicial debe respetar las garantías esenciales del proceso⁸⁸⁶, que se identifican con los derechos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que son el núcleo esencial del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el ámbito de la Unión Europea deberá respetar el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en España el artículo 24 de la Constitución española y las interpretaciones que han realizado el TJUE y el TC⁸⁸⁷.

Las nuevas tecnologías se pueden aplicar fundamentalmente a la tramitación del proceso judicial, pero también existen sectores que afirman que se puede aplicar a la resolución de los conflictos.

El Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medias urgentes para la ejecución del plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, regula en el Libro Primero las Medidas de Eficiencia Digital y Procesal del Servicio Público de Justicia. Tal como indica la exposición de motivos se “potencia el expediente Judicial Electrónico mediante un cambio de paradigma, pasando de la orientación al documento a la orientación al dato”.

Para ello se regula el expediente judicial electrónico, la carpeta justicia, las notificaciones electrónicas, el inicio de procedimiento por vía telemática y acompañado de un formulario en los términos que establezca el Comité Técnico Esta-

⁸⁸⁵ Sobre esta materia ver extensamente mi monografía *De la justicia a la ciberjusticia*, edit. Atelier, Barcelona, 2022.

⁸⁸⁶ MORENO CATENA identifica el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva en el derecho de acceso a la justicia, el derecho a una sentencia de fondo y el derecho a la ejecución (en *Introducción al Derecho Procesal*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 217 y ss.).

⁸⁸⁷ Del mismo modo se pronuncia BARONA VILAR que advierte sobre el riesgo de la merma de garantías ante la aplicación de la mecanización judicial (en *Algoritmización del derecho y de la justicia, de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021., p. 661), afirmando que “nunca los avances de la robotización de la Justicia pueden hacerse a costa de los derechos y libertades de los ciudadanos” (op. cit., p. 662).

tal de la Administración Judicial Electrónica, las videoconferencias y las resoluciones generadas por sistemas informáticos (automatizadas, asistidas y proactivas). El Real Decreto Ley también modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para adaptar el proceso judicial a la digitalización.

En mi opinión la regulación realizada es positiva en muchos aspectos ya que regula unas cuestiones ex novo y aporta seguridad jurídica. Sin embargo, es criticable que haya pretendido adaptar un proceso judicial basado en la tramitación escrita a la digitalización tan solo regulando cuatro cuestiones: la tramitación del procedimiento y la celebración de vistas de manera telemática, las notificaciones electrónicas y las resoluciones generadas por sistemas informáticos. En mi opinión el cambio de paradigma que implica el soporte escrito al digital obliga al diseño de un procedimiento ex novo basado en este formato. En este trabajo analizaré esta última cuestión, atendiendo al respecto de los principios esenciales y la transformación del proceso declarativo.

2. La aplicación de los principios del proceso a la ciberjusticia. El respeto de las garantías procesales

El proceso es el punto de encuentro de la acción y de la jurisdicción. Todo él se dirige a que el órgano jurisdiccional se forme un juicio. El proceso es necesario para formar el juicio jurisdiccional. Por ello es necesario que responda a una serie de garantías que aseguran la correcta formación del juicio jurisdiccional. De esta forma se respalda la autoridad de las personas que desempeñan la función jurisdiccional al tener un instrumento adecuado para formar correctamente la decisión. A éstas se les denominan principios del proceso. Sin embargo, no se puede afirmar que afecten a la eficacia del proceso pues la resolución que se adopte está respaldada por la *potestas* del Estado.

Entre los principios del proceso hay que distinguir dos clases: aquellos que informan directamente la estructura del proceso y que constituyen una garantía de acierto de la decisión jurisdiccional; y otros que son consecuencia del objeto del proceso. Los primeros tienen un carácter eminentemente técnico. Sin embargo, los segundos derivan del carácter instrumental del juicio, lo que obliga a que el proceso se acople al objeto de este. En concreto responden a la necesidad del proceso y a la actuación de las partes en el mismo. Al responder esta determinación a un momento histórico determinado deben considerarse eminentemente políticos⁸⁸⁸.

⁸⁸⁸ Esta es una cuestión sobre la que se ha debatido doctrinalmente en España y depende del concepto que se tenga de la jurisdicción. Los que la conciben como creación del derecho en el caso concreto de forma irrevocable parten de un concepto absoluto, mientras que los que consideran que aplican el derecho en el caso concreto mantienen el carácter relativo del concepto. En mi opinión la jurisdicción crea el derecho en el caso concreto de forma irrevocable, por lo que debe analizarse su manifestación en el momento histórico actual y su adaptación a la ciberjusticia. A nivel doctrinal esta cuestión ha sido, pero considero esenciales las aportaciones de SERRA DOMÍNGUEZ (“Jurisdicción”, en *Estudios de Derecho*

Los primeros son esenciales para que el proceso sea un instrumento eficaz para lograr el juicio. En caso contrario las partes no acudirían a él, sino a otros como la autotutela. Y esto implicaría un retroceso en la evolución de la sociedad.

Los principios esenciales del proceso judicial son el principio de dualidad de posiciones, de audiencia y de igualdad. En el ámbito del proceso civil tradicionalmente nos hallamos ante procesos de carácter dispositivo, que son los que se regulan en el libro II de la LEC. Sin embargo, también existen procesos en que se aplican materias reguladas por normas de carácter imperativa o en las que concurren un interés público que justifica una modificación de los principios rectores del proceso judicial. Los principios concurrentes son el de conveniencia contra-puesto al de necesidad, el de oportunidad al de legalidad y el dispositivo al de inmutabilidad.

A) El principio de dualidad de posiciones

El principio esencial del proceso es el de contradicción, lo cual implica que deben existir dos o más partes con posiciones contrapuestas entre sí. Su importancia se manifiesta en que el legislador ha creado el Ministerio Fiscal para garantizar la dualidad de posiciones en el proceso penal y, en general, en todos los procesos informados por el principio inquisitivo. Tradicionalmente se afirmaba que existían dos tipos de proceso: el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio⁸⁸⁹.

En el proceso deben existir tres posiciones: las contradictorias de las partes y la del órgano jurisdiccional. El juez debe ser independiente e imparcial. Lo cual implica que el conocimiento que tenga del litigio le sea proporcionado por aquellos que han participado en ellos, es decir, las partes. Es un principio inherente a la noción de jurisdicción.

Pero no basta con que existan tres posiciones en el proceso para que podamos afirmar que nos encontramos ante un proceso jurisdiccional. Es necesario que una de ellas sea imparcial y las otras dos sean contradictorias. Éste ha sido calificado como “la fuerza motriz, su garantía suprema”⁸⁹⁰. Y ello es así porque “el proceso no es un monólogo sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y de contra estímulos, de ataques y de contraataques”⁸⁹¹.

Uno de los retos del legislador será adaptar el proceso judicial a las TICs. Es esencial que se respete el principio de dualidad de posiciones, respetando las garantías procesales de las partes. Uno de los riesgos es que se prescindiera de la

Procesal, edit. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 20 y ss.), GIMENO SENDRA (*Fundamentos del Derecho Procesal*, ed. Civitas, Madrid, 1981), y RAMOS MÉNDEZ (*Derecho y proceso*, edit. Librería Bosch, Barcelona, 1978).

⁸⁸⁹ MONTERO AROCA, *la Garantía procesal penal y el principio acusatorio*, “la Ley”, 21 de enero de 1994, pg. 2.

⁸⁹⁰ CALAMANDREI, “El carácter dialéctico del proceso”, *Proceso y democracia*, ed. Ejea, Buenos Aires, 1960, pg. 148.

⁸⁹¹ CALAMANDREI, *op. cit.*, pg. 150.

intervención preceptiva de abogado. Esta tendencia está presente en las reformas legislativas que la convierten en voluntaria y no en obligatoria⁸⁹². Considero esencial que se mantenga su intervención necesaria ya que la parte, por sí misma, no puede intervenir correctamente en el proceso debido a la complejidad jurídica, tanto procesal como sustantiva. La asistencia técnica del abogado garantiza el principio de dualidad de actuaciones, además de tener implicaciones en el resto de los principios del proceso⁸⁹³.

La regulación de la ciberjusticia debe incluir la obligación de que las partes tengan acceso a los criterios de decisión del litigio y la posibilidad de ser oídas y formular alegaciones acerca de la aplicación de estos al caso concreto. Este es un principio esencial irrenunciable y así ha sido reconocido tanto por el TEDH⁸⁹⁴ como por el TC⁸⁹⁵.

Sin embargo, las aplicaciones informáticas y la opacidad de los sesgos que se han utilizado para diseñar los algoritmos afectarán al principio de audiencia. Las partes deben tener la posibilidad de rebatir los criterios utilizados por las aplicaciones informáticas para sugerir la solución del caso concreto, y esto sólo se podrá garantizar si se hacen públicos⁸⁹⁶. Por ello, es imprescindible que el mismo sea

⁸⁹² Por ejemplo, el artículo 5 del Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal regulaba la intervención del abogado en los MASC previos y obligatorios al proceso judicial, sin establecer su obligación más que en los casos en que se realice una oferta vinculante y la cuantía sea superior a 2.000 €. De esta forma no es preceptivo en el resto de ADR con la consecuencia de que no se puede designar abogado de oficio en caso de insuficiencia de recursos de la parte. Una regulación similar estaba vigente en Italia y ha sido declarada inconstitucional por la Corte Constitucional Italiana en la Sentencia 10/2022, de 25 de noviembre de 2021 argumentando que negar la asistencia jurídica gratuita en el procedimiento de mediación, que recuerdo en que en Italia es preceptivo antes de iniciar el proceso judicial en una serie de materias, porque implica una asimetría entre las partes, que la intervención en el procedimiento de mediación exige unas conocimientos técnicos y que va a tener una repercusión procesal.

⁸⁹³ El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la asistencia de letrado trata de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y contradicción entre las partes (por todas STC 132/1992, de 28 de septiembre) y que es una existencia estructural del proceso que tiende a asegurar su correcto desenvolvimiento (por todas la STC número 189/2006, de 19 de junio).

⁸⁹⁴ Ver JUAN-SÁNCHEZ, Ricardo, *Proceso justo en España y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, edit. Aranzadi, 2020.

⁸⁹⁵ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El sistema procesal español*, edit. Atelier, Barcelona, 2016, pp. 371 y ss.

⁸⁹⁶ Es preocupante que estos programas vayan a ser diseñados por empresas privadas que los protegerán a través de las normas de propiedad intelectual, lo que impedirá acceder a los algoritmos para comprobar si se ajustan o no la ley y determinar los sesgos con los que ha sido creado. Así la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 8 de Madrid, número 143/2021, de 30 de diciembre, resuelve un recurso contencioso administrativo contra el Ministerio de Transición Ecológica sobre acceso a la información relativa a la aplicación informática que permita al comercializador de referencia comprobar que el solicitante del bono social cumple los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable. La sentencia desestima el recurso porque entiende que la decisión no se adopta por el sistema de información BOSCO, sino que ésta se utiliza de forma instrumental para adoptar la decisión y que contra ésta cae impugnación en vía administrativa y judicial. A continuación, hace propias las conclusiones de un informe emitido por el Centro Criptológico Nacional que afirma que “la relevación del código fuente aumenta de una manera objetiva la severidad de las vulnerabilidades de cualquier aplicación informática. Si además maneja información clasificada o sensible de la administración, el conocimiento del código fuente aumenta el riesgo de que la explotación de las vulnerabilidades pueda afectar a la seguridad nacional, la seguridad pública o la seguridad de los administrados”. Hay que tener

aprobado por el organismo competente legislativamente y que sea controlado en su aplicación por los órganos jurisdiccionales.

Actualmente el derecho de audiencia se garantiza permitiendo que las partes realicen alegaciones sobre los hechos objeto del proceso judicial, el cómo se han acreditado a través de los medios de prueba, el derecho aplicable y la jurisprudencia que lo ha interpretado. Todos estos elementos tienen carácter público y accesible. Y así debe ser para diseñar el proceso judicial tal como hoy en día lo concebimos. Por ello es esencial que el desarrollo del proceso judicial adaptado a las nuevas tecnologías permita el acceso de todas las partes y respete el principio de audiencia. Así es fundamental que las partes estén informadas de los criterios de decisión que pueden adoptarse utilizando las nuevas tecnologías y que tengan la posibilidad de realizar alegaciones.

En el contexto de la aplicación de las tecnologías de la información el principio de igualdad exige que se garantice que las partes y sus asesores legales tengan acceso a medios tecnológicos similares⁸⁹⁷.

En el momento de implantar las tecnologías de la información al proceso judicial será esencial distinguir entre los actos judiciales jurisdiccionales y no jurisdiccionales. A continuación, realizo una auditoria del proceso declarativo, planteando una adaptación del procedimiento e identificando los actos que se pueden automatizar.

3. La incidencia de las tics en la tramitación del proceso declarativo

A) La adopción de decisiones no jurisdiccionales automatizadas

El procedimiento es el conjunto de actos que conforman el proceso jurisdiccional. Éste se integra por dos tipos: unos de carácter administrativo o funcional que tiende a permitir que el proceso avance y otros jurisdiccionales en el que el órgano jurisdiccional toma decisiones que afectan a los derechos de las partes.

Así, por ejemplo, la convocatoria de la audiencia previa del juicio ordinario cuando se ha contestado a la demanda se acuerda de forma inmediata en el primer día hábil que el Juzgado tenga disponible en su agenda una vez que se ha presentado la contestación a la demanda y se ha admitido por el Tribunal. Sin embargo, la admisión de la prueba propuesta por las partes o el traslado al

en cuenta que la referencia a la seguridad de los administrados se realiza porque la Administración había alegado que el acceso al código fuente permitía el acceso a otras bases de datos en las que figuraba información que afectaba a la intimidad de los administrados como la discapacidad o la condición de víctima de violencia de género del solicitante.

⁸⁹⁷ Desde esta perspectiva sí que afecta al principio de igualdad, ya que ambas partes y su asistencia técnica deben tener la posibilidad de acudir a los mismos medios y herramientas tecnológicas. En caso contrario se podría generar una situación de indefensión (en este sentido se pronuncia el Group of the Commission to Reimagine the Future of New York's Courts en el *Report and Recommendations of the Future Trials Working Group* de mayo de 2021, p. 11.

demandante de la excepción reconvenicional a la parte demandante para que realice alegaciones afecta al derecho de audiencia que integra el justo proceso o el derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello ni puede tener el mismo tratamiento procesal ni la misma forma de resolución.

La decisión sobre el día en que se va a convocar la audiencia previa tiene un carácter automático y tan solo depende de la disponibilidad del Tribunal y de las partes. La primera es controlable por el órgano judicial ya que basta con comprobar su agenda. Sin embargo, la segunda no y por ello se permite que éstas puedan solicitar la suspensión de esta cuando concurra alguna de las causas legalmente previstas.

En una situación ideal en que los órganos jurisdiccionales estuvieran integrados en una única plataforma sería posible determinar cuando los abogados de las partes tienen otra actuación judicial programada, que es una de las causas de suspensión. Concurriendo estas circunstancias sería posible que se fijara la celebración de la audiencia previa en una fecha en la que tuvieran disponibilidad el juzgado convocante y las partes.

Estamos muy lejos de esta realidad ya que aún estamos discutiendo sobre la compatibilidad de los sistemas informáticos de gestión procesal de las distintas administraciones competentes para ello (Estado y Comunidades Autónomas con competencia delegada en materia de administración de justicia)⁸⁹⁸, pero sí que es posible que el juzgado determine la fecha que tiene disponible para convocar la audiencia previa. No existiría ningún problema procesal para que el programa informático determinase la fecha y realizase la propuesta al Letrado de la Administración de Justicia para que la validase. Lamentablemente algo tan sencillo aún no se ha realizado.

Yendo más allá de estos actos meramente procedimentales, pero que son necesarios para el desarrollo del proceso, podríamos aplicarlo a aquellos casos en los que la ley determina alguna consecuencia imperativa de carácter procesal, incluso que afecte al fondo del asunto.

Por un lado, pienso en las resoluciones judiciales, al margen de la competencia del Juez o del Letrado de la Administración de Justicia, que deben dictarse atendiendo a datos meramente objetivos que figuran en el expediente judicial y que no precisan de valoración judicial. Éste sería el caso de la declaración de la caducidad de la instancia o el archivo del recurso devolutivo porque la parte

⁸⁹⁸ Es significativo que el Real Decreto Ley 6/2023 prevea en su disposición adicional primera un plazo de cinco años desde la entrada en vigor del libro primero que se garantizará la interoperabilidad entre los sistemas al servicio de la Administración de Justicia. Recuerdo que la disposición adicional tercera de la ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y de la comunicación en la Administración de Justicia regulaba un plazo de cuatro años desde la entrada en vigor de la ley para garantizar la interoperabilidad entre los sistemas al servicio de la Administración de Justicia.

Es decir, el 7 de julio de 2015 los sistemas tenían que ser inoperables. Lo cierto es que en la fecha de la aprobación del Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, aún no se ha logrado y la administración se auto concede un plazo de 5 años para garantizarlo.

recurrente no ha comparecido ante el tribunal en el plazo legalmente previsto por el legislador. No encuentro ninguna razón procesal para no permitir que se generase automáticamente la resolución judicial y, previa valoración del órgano competente⁸⁹⁹, se notificara a las partes.

Por otro lado, también incluyo las resoluciones judiciales que ponen fin al proceso por razones de fondo y que se dictan de forma prácticamente automática por el transcurso del plazo procesal legalmente previsto sin que alguna de las partes realice alguna actuación. Me refiero al proceso monitorio, el juicio cambiario o los procesos que siguen la técnica monitoria como el proceso de desahucio por falta de pago de la renta arrendaticia o de entrega de la posesión en caso de ocupación ilegal del bien inmueble.

En estos supuestos la ley atribuye una consecuencia a la falta de personación y oposición por parte del demandado, que es el fin del proceso estimando íntegramente la demanda e imponiendo las costas procesales. En estos casos tampoco existiría ningún inconveniente para que el sistema informático de gestión procesal advirtiera y generase una propuesta de resolución que debiera ser validada por el órgano judicial.

En todos estos casos debemos advertir que considero imprescindible la validación por el Letrado de la Administración de Justicia o del Juez, en función de la distribución de competencias que realiza la LEC. En todo caso será imprescindible permitir que la decisión sea finalmente revisada por el Juez como titular de la función jurisdiccional.

En esta materia queda mucho por hacer. Actualmente tenemos una oficina judicial anacrónica. A través de la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, se intentó adaptar a las nuevas necesidades atendiendo a criterios de eficiencia. Lamentablemente los servicios comunes que se anunciaban en las materias que era competencia de los Letrados de la Administración de Justicia aún no se han implantado de forma generalizada en los distintos partidos judiciales. También queda por realizar la reforma de la planta judicial y atender de esta forma a las necesidades actuales en el que existe una realidad social muy distinta al momento histórico en que se diseñó la que actualmente tenemos⁹⁰⁰.

⁸⁹⁹ En mi opinión es esencial el control del órgano competente para dictar la resolución, tanto si es el Letrado de la Administración de Justicia como el Juez o Magistrado. Así por ejemplo la caducidad de la instancia se regula en los artículos 236 y ss. LEC e implica que se tiene por abandonado el proceso cuando éste permanezca suspendido durante el plazo de dos años durante la primera instancia y de uno si estuviera pendiente un recurso devolutivo. Aparentemente esta decisión tiene carácter objetivo, pero el artículo 238 LEC prevé que no se producirá cuando concorra fuerza mayor o la suspensión no sea imputable a la voluntad de las partes o interesados. Esta excepción obliga a que el órgano competente para adoptar la decisión deba apreciar si concurren o no estas circunstancias. Es decir, incluso en este supuesto en que parece que la decisión es automática, será imprescindible la intervención humana.

⁹⁰⁰ Actualmente se está tramitando el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, reforma la

A efectos de tramitación electrónica es sorprendente la escasez de medios con la que se ha pretendido implantar, lo que lleva a situaciones tan absurdas como que el Juzgado debe requerir la aportación de las copias de los escritos a las partes o imprimir los documentos esenciales del pleito. La situación es tan surrealista que en muchos partidos judiciales el Juez no puede acceder desde la Sala de Vistas al expediente judicial electrónico porque no tiene un punto de acceso. Lo que provoca continuos recesos para que lo pueda consultar desde su despacho.

Por último, una reflexión sobre los sistemas de gestión procesal que ha implantado el expediente judicial electrónico. Es cierto que ha constituido un avance, pero queda mucho por hacer. Al margen de problemas de infraestructuras como la escasez de sistemas informáticos en la Administración de Justicia, sorprende la incompatibilidad de los distintos sistemas existentes en el Estado Español que imposibilitan que los Juzgados se puedan comunicar electrónicamente entre ellos. También sería deseable actualizar los sistemas para permitir que los documentos que se pueden acompañar tengan un límite de tamaño que posibilite acompañar el mayor número de ellos y no sólo aquellos que tengan un formato escrito⁹⁰¹.

El Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, regula las actuaciones automatizadas y asistidas. Las primeras tienen carácter procedimental y se desarrollan en el artículo 56, siendo una variante las actuaciones proactivas que sirven para generar avisos o efectos directos a otros fines distintos. Las segundas están previstas en el artículo 57 y sirven para generar “un borrador total o parcial de documento complejo basado en datos, que puede ser producido por algoritmos, y puede constituir fundamento o apoyo de una resolución judicial o procesal”.

Lo que no ha hecho el legislador es integrar estas actuaciones en el proceso judicial. Hubiera sido deseable el diseño de un procedimiento en formato digital e integrando las decisiones automatizadas. Las asistidas es más complejo, pero se podrían utilizar para agilizar el fin del proceso en los casos de caducidad de la instancia o en los procesos en que se utiliza la técnica monitoria.

B) Los actos procesales de parte y la ciberjusticia

Los efectos que la ciberjusticia tendrá en el proceso va más allá de su influencia en la adopción de resoluciones procesales y en la tramitación del procedi-

organización judicial adaptándola a las nuevas necesidades. El antecedente fue el Anteproyecto de reforma de la ley Orgánica del Poder judicial que realizaba una reforma de la organización territorial judicial, que fue aprobado por el Consejo de Ministros el 4 de abril de 2014, pero que decayó por la disolución de las Cortes Generales debido a la convocatoria de elecciones generales el 20 de diciembre de 2015.

⁹⁰¹ El Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias delegadas en materia de Justicia están realizando un esfuerzo importante para actualizar los soportes informáticos de los Juzgados y Tribunales en el plan de trabajo de la Justicia 2030 y la aplicación de los fondos europeos Next Generation a este objetivo.

miento. Ésta va a tener una influencia decisiva en la forma en que las partes se relacionan con los órganos jurisdiccionales, y que incluye los siguientes aspectos:

- La relación de las partes con el Tribunal.
- La forma en que se realizan las alegaciones por las partes.

La relación de las partes con el Tribunal se manifiesta en la forma de otorgar la representación al procurador para que actúe como su representante en el proceso. La LEC prevé en el artículo 24, en la redacción dada por la ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la posibilidad de realizar la comparecencia electrónica. Relacionado con esta primera perspectiva también se plantea la forma en que se realizan las notificaciones procesales a las partes⁹⁰².

Estos dos apartados son importantes y esenciales en el proceso, ya que afectan al derecho de defensa, pero no estrictamente a su desarrollo ya que se trata de actividades al margen del método de formación del juicio. La ciberjusticia puede tener un efecto directo e inmediato en la forma en que las partes realizan las alegaciones.

Si analizamos el proceso judicial es relativamente sencillo implantarla en las alegaciones de las partes. En el ámbito de la Unión Europea ya se ha avanzado al implantar formularios para realizar los actos de parte en determinados procesos judiciales, como el proceso europeo de escasa cuantía o el proceso monitorio europeo⁹⁰³.

De una manera similar el legislador podría aprobar un anexo de la LEC en el que se indicasen los formularios que deben utilizarse para cada uno de los trámites del proceso judicial. Para su realización puede utilizarse la Guía de Buenas Prácticas sobre escritos e informes orales y actuaciones judiciales aprobada por la Sala de Gobierno del TSJ de Catalunya el 20 de noviembre de 2020, habiéndola consensuado en el seno de la Comisión Mixta TSJC-CICAC-ICAB⁹⁰⁴.

La ciberjusticia debe adaptar el proceso judicial existente, pero no se debe limitar sólo a la presentación de los escritos en formato telemático o sustituir los actos orales por las vistas telemáticas. Debería diseñarse un nuevo proceso judicial aplicando los nuevos medios tecnológicos que sustituyen el soporte papel por el soporte informático y facilitar el tratamiento informático de los datos. Para ello es esencial que se respeten los derechos fundamentales, en especial los derivados del derecho a la tutela judicial efectiva, y tener siempre presente que este formato

⁹⁰² Ver ampliamente el análisis que realizo en *De la Justicia a la Ciberjusticia*, edit. Atelier, Barcelona, 2022, pp. 75 y ss.

⁹⁰³ Ver https://e-justice.europa.eu/content_small_claims_forms-177-es.do?clang=es#action y https://e-justice.europa.eu/content_european_payment_order_forms-156-es.do?clang=es#action respectivamente.

⁹⁰⁴ Se puede consultar en <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/GUIA-BUENAS-PRACTICAS-SOBRE-ESCRITOS-INFORMES-Y-ACTUACIONES-JUDICIALES-castellano-vdef.pdf>

no puede considerarse como un fin en sí mismo, sino como un instrumento para lograr una mayor efectividad de la justicia.

Si atendemos al esquema del proceso por audiencias regulado en la LEC, la conversión a un sistema de ciberjusticia atendiendo a los siguientes criterios:

- Las alegaciones escritas deberían realizarse de forma telemática a través de la utilización de formularios creados específicamente para el acto concreto.
- Los actos orales deben realizarse de manera presencial, salvo que la sencillez del acto o el carácter técnico pueda justificar su realización a través de videoconferencia.
- Las resoluciones judiciales también deberían seguir un sistema uniforme.

De esta forma los escritos de demanda y contestación, tanto del procedimiento ordinario como verbal, se podría realizar en formato telemático. Así, por ejemplo, el escrito de demanda debería contener los siguientes apartados⁹⁰⁵:

- Orden jurisdiccional.
- Juzgado competente.
- Identificación de la parte demandante y demandada, indicando todos los datos necesarios para individualizarlos y realizar los actos de notificación.
- Objeto del proceso. Indicar el *petitum* de la demanda indicando una serie de palabras claves que permitan que se traten los datos de manera informática.
- Hechos. En este apartado debería permitirse añadir tantos apartados como fueran necesarios.
- Fundamentos jurídicos. Debería distinguirse los aspectos procesales de los materiales y permitir añadir tantos apartados como fueran necesarios. Para ello sería conveniente que en un ítem se indicase la legislación aplicable, en otro la jurisprudencia que la ha interpretado y que sea alegada por la parte y en un último apartado permitir que la parte justifique su aplicación al caso concreto.
- *Petitum*, con tantos apartados como fueran necesarias.
- Peticiones complementarias, permitiendo añadir la petición de medidas cautelares.

También deberían adaptarse la totalidad de las alegaciones escritas de las partes. Su realización no debería realizarse de manera administrativa ni por el Consejo General del Poder Judicial ni por el Ministerio de Justicia, sino que debería

⁹⁰⁵ Esta propuesta ya fue realizada por RAMOS MÉNDEZ, en *Guía para una transición ordenada a la LEC*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 303.

aprobarse como un anexo de la LEC por el poder legislativo ya que complementa a la ley aprobada⁹⁰⁶. Esto ya se realiza en el derecho de la Unión Europea cuando se aprueba un Reglamento al que se agrega un formulario común para su utilización por los Tribunal de los Estados miembros⁹⁰⁷.

Una de las cuestiones que se plantean cuando se analizan los formularios es la relación que tienen con el texto legal. En España se regulaba el uso de los formularios en el ámbito procesal en el artículo 9.3 y en el anexo 3 de la ley 18/2011 y en la Resolución de la Secretaría General de la Administración de Justicia de 15 de diciembre de 2015. El RDL 6/2023, de 19 de diciembre deroga esta norma y prevé en el artículo 33 que el inicio de un procedimiento judicial se realizará por medios electrónicos, debiendo acompañar “un formulario normalizado debidamente cumplimentado en los términos que se establezcan por el Comité Estatal de la Administración judicial electrónica”.

El uso de formularios ya se aplica en la interposición de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional y de casación civil ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional aprobó el acuerdo del Pleno el 15 de marzo de 2023 (BOE de 23 de marzo de 2023), por el que se regula la presentación de los recursos de amparo a través de su sede electrónica. En el introduce un formulario que complementa a la presentación del recurso de amparo. La regla segunda establece cuál es el contenido de este que es una breve exposición de las vulneraciones constitucionalmente denunciadas, la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso y la indicación del modo en que se ha producido el agotamiento de la vía judicial previa. El escrito de demanda no puede superar los 50.000 caracteres, utilizando la fuente times new roman, tamaño 12 puntos y con interlineado de 1,5 (lo que equivale aproximadamente a 25 páginas).

Del mismo modo la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial aprobó el 14 de septiembre de 2023, publicado en el BOE de 21 de septiembre de 2023, el acuerdo sobre extensión y otras condiciones extrínsecas de los escritos de recurso de casación y oposición civiles, en el que se prevé la aportación de una caratula junto con la interposición del recurso de casación y en el que no solo deben completarse los datos relativos al procedimiento e identificación de las partes, sino también realizar un resumen de la infracción cometida en 300 caracteres.

⁹⁰⁶ Sobre esta cuestión ver el análisis que realiza GARCIA-ROSTAN CALVIN, que estudia los formularios aprobados por el Ministerio de Justicia y por el Consejo General del Poder Judicial para formular demanda sucinta del juicio verbal del proceso civil en que no es preceptiva la postulación procesal, y en el que pone de manifiesto los aspectos en que éstos se exceden de lo previsto en la LEC (en “Los formularios y el principio de legalidad”, en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, edit. Atelier, dir. Juan H. Perezagua Javier López Sánchez, edit. Atelier, Barcelona, 2020, pp. 87).

⁹⁰⁷ El Reglamento fue aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 24 de septiembre de 2012 y ha sufrido distintas modificaciones, la última de las cuáles el 18 de noviembre de 2022, publicado en el DOUE el 14 de febrero de 2023 y que entra en vigor el 1 de abril de 2023.

Siguiendo esta línea el Real Decreto Ley 6/2023 prevé en el artículo 33 el inicio del procedimiento por medios electrónicos. En su apartado cuarto regula la obligación de acompañar a todos escrito iniciador del procedimiento un formulario normalizado debidamente cumplimentado en los términos que se establezca por el Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica.

La problemática que suscita el uso de los formularios se centra en los errores que se pueden cometer al seleccionar las opciones disponibles, bien porque la programación induzca a confusión o por causa imputable a las partes. En este caso no debe primar el formalismo sobre los derechos de las partes ni convertir el medio de transmisión en un fin en sí mismo, por ello debe permitirse la subsanación cuando nos hallemos ante un defecto estrictamente formal⁹⁰⁸.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2019, de 6 de mayo, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por la parte recurrida en un recurso de casación a la que se le inadmite el escrito de impugnación al hacer constar por error un código distinto al del recurso interpuesto. En esta sentencia el Tribunal Constitucional recuerda que los formularios tienen un papel accesorio de facilitación de la comunicación electrónica, pero no puede devenir en condicionante de la validez del escrito procesal remitido. Además, afirma que “el error en alguno de los datos del formulario normalizado no puede condicionar por sí sola la validez del acto de comunicación correctamente realizado”.

La correcta implementación de las nuevas tecnologías permitiría controlar los presupuestos procesales de una forma más ágil. Así, por ejemplo, cuando se exige la aportación de un documento como requisito de procedibilidad en el formulario podría constar el apartado en el que se indicase permitiendo que se adjuntase. De esta forma la parte tendrá constancia de este requisito y se le exigirá su cumplimentación. En el momento de admitir a trámite la demanda el órgano jurisdiccional deberá constatar que se ha aportado y que es el correcto. Si no fuera así se deberá requerir la subsanación del defecto si ello fuera posible, atendiendo a la naturaleza de la actuación extraprocesal y a la finalidad de su exigencia.

Mi opinión es que el órgano competente para regular la obligación del uso del formulario y su contenido es el poder legislativo, que debería aprobarlo como anexo de la ley correspondiente e integrarlo en el formulario para que se tramitase telemáticamente. Ya he indicado como en la práctica han sido los órganos

⁹⁰⁸ En el ámbito administrativo es habitual el uso de formularios electrónicos en la tramitación de los procedimientos administrativos. En estos casos se ha planteado la posibilidad de subsanar los defectos formales del solicitante, debiendo darse esta opción de forma preceptiva para garantizar los derechos del administrado. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso número 762/2021, de 31 de mayo, declara que “la Administración no puede escudarse en el modo en que ha sido diseñado el correspondiente programa informático para eludir el cumplimiento de sus deberes frente a los particulares, ni para erosionar las garantías del procedimiento administrativo”. Añade a continuación que “la Administración debe, en todo caso, dar la posibilidad de subsanación cuando el interesado reacciona frente a su no inclusión en la lista de admitidos y acredita que sólo omitió el paso final, esto es, la firma electrónica y el registro de su solicitud”.

jurisdiccionales lo han adoptado a través de la aprobación de acuerdos no jurisdiccionales. Pero en la medida en que éstos afectan al derecho de acceso a la jurisdiccional la competencia es del poder legislativo y no del poder judicial para adoptarlo. Una cuestión distinta es que la pasividad del legislador haya provocado que sean los órganos jurisdiccionales los que aprueben estos acuerdos con el visto bueno del poder legislativo⁹⁰⁹

Los actos orales también deben diseñarse de nuevo atendiendo a la posible utilización de la videoconferencia. Hasta ahora esta se ha integrado en el proceso judicial de forma esporádica debido a las limitaciones técnicas que tienen los Tribunales y la brecha digital existente en una gran parte de nuestra sociedad.

En mi opinión no todas las actuaciones orales pueden realizarse utilizando la vista telemática. Esta debería limitarse en un primer momento para los actos orales más sencillos o que tuvieran un carácter esencialmente técnico. Desde la primera perspectiva se podría integrar para determinados procesos, como los juicios verbales hasta una cuantía determinada o que fueran más sencillos por su carácter sumario⁹¹⁰.

4. A modo de conclusión: la necesidad de diseñar un proceso judicial en formato digital

A lo largo del trabajo he indicado como la aplicación al proceso judicial de las tecnologías de la sociedad de la información y de la comunicación debe realizarse con un respeto absoluto de los derechos fundamentales, y en especial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa de las partes. En el caso en que no fuera así y se generase indefensión las partes deben denunciarlo ante el órgano jurisdiccional alegando la vulneración de los artículos 24 de la Constitución Española, 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en el caso de aplicar la regulación de la Unión Europea, el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Si la vulneración del derecho de defensa de las partes se ha producido por el diseño que se ha realizado del proceso telemático la forma de denunciarlo dependerá del sistema que se haya seguido para su aprobación. En mi opi-

⁹⁰⁹ En este sentido el artículo 87 bis LJCA habilita a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo para adoptarlos. En esta misma línea el El RDL 11/2023 reformó el artículo 481 LEC, sobre el contenido del escrito de interposición del recurso de casación, previendo en su apartado 8 que “La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo podrá determinar, mediante acuerdo que se publicará en el Boletín Oficial del Estado, la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas al formato en el que deban ser presentados, de los escritos de interposición y oposición de los recursos de casación”. El 8 de septiembre de 2023 se adoptó el acuerdo relativo a la extensión y otras condiciones extrínsecas de los escritos de interposición y oposición de los recursos de casación civil.

⁹¹⁰ GIMENO SENDRA, enumera los procesos susceptibles de IA incluyendo el juicio monitorio, el proceso cambiario, los actos de jurisdicción voluntaria, los procesos filiación, paternidad y maternidad, menores, división de herencia, liquidación del régimen económico matrimonial, retracto, propiedad horizontal, alimentos y proceso para la declaración de nulidad de préstamos usuarios (en *La simplificación de la justicia civil y penal*, edit. BOE, Madrid, 2021., pp. 32 y 33).

nión debe ser el legislador el que lo regule, por lo que el órgano jurisdiccional que conozca del litigio deberá realizar una interpretación que tienda a la constitucionalidad de la norma legal. Si ello no fuera posible deberá plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie y declare la constitucionalidad o no de la norma legal. En el caso en que la regulación provenga directa o indirectamente de la Unión Europea el órgano competente para interpretar y decidir su adecuación al artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debiendo plantear el juez nacional actuando como tribunal de la Unión Europea la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En la práctica actual la regulación se está realizando a través de acuerdos adoptados por los Tribunales al estilo de guías de actuación, en ocasiones con delegación legislativa expresa y otras no. En este caso el Tribunal deberá hacer caso omiso de estas cuando se genere indefensión. Las partes podrán denunciarlo cuando se les genere indefensión alegando que se ha prescindido de las normas esenciales del procedimiento (artículos 238 y 225 LEC). La forma será a través de los recursos ordinarios y, si no fuera posible, el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones.

Si la aplicación de estas reglas de rango inferior a la ley determinarse la inadmisión de algún acto de parte y fuera subsanable, deber permitirse su subsanación de conformidad con lo previsto en los artículos 11.1 y 243.4 LOPJ y 231 LEC y la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional (ver por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional número 79/2012, de 17 de abril).

En todo caso cuando se regule el proceso telemático por el legislador debe actualizarse el régimen general de nulidad de actuaciones para permitir que las partes puedan denunciar la vulneración de los derechos fundamentales que se produzcan en el proceso judicial y la subsanación de los actos procesales de parte.

II. LA PREVISIBILIDAD JUDICIAL Y LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA ADOPCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

1. Introducción

Una de las cuestiones que se están debatiendo actualmente es la posibilidad de implantar los medios electrónicos en el juicio jurisdiccional. Es decir, la aplicación de la Inteligencia Artificial en la resolución de conflictos. En este trabajo no voy a analizar esta cuestión, sino su presupuesto como es la vinculación de los órganos jurisdiccionales a las resoluciones en España y la previsibilidad de la jus-

ticia como medio para dotar de mayor efectividad al proceso judicial. Es decir, las aplicaciones informáticas que afirman que pueden anticipar la resolución deben ser utilizadas para que las partes de un conflicto sean conscientes de cuál es su posible decisión por un tribunal estatal⁹¹¹.

Una cuestión distinta se plantea cuando se intenta implementar la Inteligencia Artificial en la toma de decisiones judiciales. En mi opinión se parte de un error conceptual y es la función del Juez en la resolución de los conflictos. Tal como entendemos hoy la división de poderes el Juez ya no es la boca muerta que pronuncia las palabras de la ley, tal como afirmaba Montesquieu⁹¹², sino que es el que dicta la sentencia judicial tomando como referencia la ley y otros elementos como la determinación de los hechos probados.

En mi opinión defender que una aplicación informática puede sustituir a un Juez o Tribunal implica, entre otras cosas, resucitar la teoría del silogismo judicial⁹¹³, que ya se demostró que no explica la formación del juicio jurisdiccional⁹¹⁴. Esta posibilidad implica el triunfo de las teorías monistas del proceso sobre las dualistas. Es decir, las que afirman que el juez crea el derecho del caso concreto y no se limita a aplicar la ley. El problema es que existen tantas normas concretas como casos resueltos, lo que hace muy complicado llegar a una solución general que permita la previsibilidad del resultado⁹¹⁵.

En este trabajo analizaré el precedente judicial y la previsibilidad de las resoluciones judiciales como premisa para la aplicación de la Inteligencia Artificial para ayudar al órgano jurisdiccional a la adopción de sus decisiones.

⁹¹¹ Las aplicaciones informáticas no pueden anticipar la decisión judicial, pero sí que pueden realizar un análisis de las probables soluciones. Esta labor le corresponde realizarla a los abogados de las partes, que podrán utilizarlas para facilitar su trabajo. En este contexto estoy de acuerdo con que será una herramienta muy útil, pero no podrán reemplazar ni la función del abogado ni del órgano jurisdiccional. En este sentido se pronuncia el CEPEJ en *la Carta ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018, párrafo 97.

⁹¹² Ver PEDRAZ PENALVA, “La Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, p. 919.

⁹¹³ En este sentido también se pronuncia el CEPEJ en *la Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, cit., pf. 78.

⁹¹⁴ Ver por todos SERRA DOMÍNGUEZ, en “El juicio jurisdiccional”, en *Estudios de Derecho Procesal*, edit. Ariel, Barcelona, 1967, pp. 94 y ss.

⁹¹⁵ Esta cuestión integra uno de los conceptos esenciales del derecho procesal como es el juicio jurisdiccional. La doctrina que lo ha analizado se ha decantado entre la visión dualista del proceso, en el que el juez aplica la ley, y la dualista, en la que crea el derecho. Es imposible realizar una cita de los autores que se han decantado por uno u otro ya que la bibliografía existente es muy abundante. Tal como indico en el texto el intento de integrar el precedente judicial o la previsibilidad de las resoluciones judiciales en el concepto de seguridad jurídica implica una opción por el monismo ya que se reconoce que no es suficiente con la ley formal, sino que es esencial la uniformidad de la resolución de los procesos y esta función se reserva a los órganos de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE). Para esta cuestión remito al análisis que realiza RAMOS MÉNDEZ (en *Derecho y proceso*, edit. Librería Bosch, Barcelona, 1978), que es el pionero en España en asumir el monismo y divulgarlo en la totalidad de sus trabajos.

2. Premisas para la aplicación de la inteligencia artificial a la decisión judicial: la vinculación al precedente judicial

A) La igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales

Una cuestión previa al análisis del uso del tratamiento de los datos jurisprudenciales ya existentes en un intento de predecir la decisión judicial en el caso concreto es determinar la vinculación del órgano jurisdiccional que debe juzgar un asunto a las decisiones anteriores adoptadas por él mismo o por otros Tribunales⁹¹⁶. Para responder hay que diferenciar dos cuestiones: la vinculación a las decisiones adoptadas por otros Tribunales y a las adoptadas por él mismo en supuestos similares.

Lo habitual es que no haya ni dos casos en que los hechos sean idénticos ni la misma solución jurídica. Los abogados de las partes, antes de iniciar el proceso o en el momento de contestar a la demanda analizan las leyes aplicables y la jurisprudencia existentes, además de la doctrina, para determinar las posibilidades procesales de éxito y perfilar la estrategia procesal a seguir para lograr el mejor resultado.

En esta labor de búsqueda es importante conocer la respuesta judicial que ha dado el mismo juez o Tribunal. El abogado es consciente de que no va a encontrar dos casos similares, por lo que es esencial esa labor de búsqueda para extraer los argumentos comunes que se han utilizado para resolver casos similares que permitirán defender a su cliente. Además, debe analizar en el caso concreto que hechos va a alegar y como va a intentar acreditarlos ante el órgano. Una vez efectuada estas reflexiones diseñará su estrategia procesal.

Desde el punto de vista judicial la postura no es tan distinta. El Juez, en la soledad de su labor tomará la decisión jurisdiccional que estime más oportuna a la vista de los hechos que considere probados, la ley aplicable y la jurisprudencia que la ha interpretado. Es cierto que una vez tomada esa decisión puede tender a cortar y pegar los argumentos ya utilizados en otra resolución judicial, propia o ajena. Pero es indudable que previamente habrá adoptado ese juicio jurisdiccional, que es la finalidad última del proceso judicial, y lo habrá revisado a través de la motivación de la resolución judicial⁹¹⁷.

⁹¹⁶ Ver CARRATTA, Antonio, en “Decisioni robotica e valori del processo”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, número 2, pp. 491 y ss.

⁹¹⁷ El artículo 120.3 de la Constitución Española regula la obligación de motivar las resoluciones judiciales, reproduciéndose en los artículos 248.2 LOPJ, 218.2 LEC y 142 LECRIM. Esta exigencia la ha incluido el Tribunal Constitucional en el derecho a la tutela judicial efectiva (ver por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 2000) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el derecho a un proceso justo previsto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ver la Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, derecho a un proceso equitativo –parte civil–, Consejo de Europa/Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2013, p. 48). Sobre la obligación de motivar ver por todos TARUFFO, *la motivazione de la sentenza civile*, Padua, 1975, pp. 319 y ss.

En esta labor, de unos y de otros, un instrumento importante será conocer lo que han dicho los Tribunales, básicamente las resoluciones dictadas por aquéllos que deben conocer de los recursos que se puedan interponer contra la sentencia que dicte el de primera instancia. En España, al igual que en otros países, es posible acceder a la jurisprudencia de los Tribunales a través de la web del Consejo General del Poder Judicial. Incluso hay empresas privadas como westlaw, vlex o la wolters kluwer que facilitan aplicaciones informáticas a los abogados y jueces para que tengan conocimiento de las estadísticas de casos similares y los argumentos jurídicos que pueden ser utilizados.

Ante esta realidad la cuestión que se plantea es si no sería suficiente con que el órgano judicial se limitase a indicar cuáles son los hechos acreditados y la aplicación informática, teniendo en cuenta la decisión de los tribunales en casos similares, dictase la sentencia. La sociedad puede entender que esto debe ser así atendiendo a la seguridad jurídica, el principio de igualdad y la celeridad de los procesos judiciales. Sin embargo, este criterio es contrario a la independencia judicial y al principio de separación de poderes.

La previsibilidad de las decisiones judiciales es esencial para que la justicia sea eficaz⁹¹⁸. Ésta aporta seguridad jurídica⁹¹⁹ y permite que los litigantes valoren la conveniencia o no de iniciar un proceso judicial. Si el resultado de éste es aleatorio la tendencia puede ser interponer la demanda ya que la sentencia judicial no empeorará la situación preprocesal existente, sino que tan sólo la puede mejorar. Por otro lado, desde la perspectiva del demandado el razonamiento es similar. Por ello la existencia de una doctrina jurisprudencial uniforme y constante⁹²⁰ evita la interposición de pleitos infundados. Así se ha afirmado que puede favorecer que las partes acudan a un sistema de ADR y/o ODR⁹²¹.

Estas reflexiones las realizo con la actual situación legislativa en España. A continuación, analizaré la vinculación que tienen los tribunales con la decisión de los Tribunales Superiores y la relación con la independencia judicial, con sus resoluciones anteriores y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁹¹⁸ En este sentido ver CONSTANTINO, en “La prevedilità della decisione tra uguaglianza e appartenza”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, pp. 645 y ss.

⁹¹⁹ FERRERES COMELLES, en “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, edit. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 54.

⁹²⁰ Tal como afirma ROSADO IGLESIAS la previsibilidad exige un conocimiento previo de lo previsto por el ordenamiento jurídico y del modo en que se aplica el ordenamiento jurídico (en “Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia”, en *Cuadernos de Derecho Público*, número 28, mayo-agosto 2006, p. 84).

⁹²¹ En este sentido se pronuncia el CEPEJ afirmando que “el cálculo de la información jurídica fundada en la jurisprudencia ayudará a las partes a evaluar la situación y a decidir si prefieren ir a los tribunales o regular sus diferencias por la vía de la regulación extrajudicial de las diferencias” (en *Herramientas para aplicar las líneas directrices que conduzcan al cambio hacia la cyberjusticia*, Documento adoptado en la 32 Reunión plenaria de la CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 13 y 14 de junio de 2019, p. 14).

B) La jurisprudencia, la vinculación con la decisión de los tribunales superiores y la independencia judicial

El artículo 1.6 del Código Civil prevé que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del proceso”. Es decir, la jurisprudencia no es una fuente del derecho, sino un complemento de este. Su función es esencial para la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto.

Es indudable que uno de los principios que informan la legislación es el de seguridad jurídica. El legislador refleja en las leyes aprobadas los principios esenciales de la comunidad en un momento determinado y ésta las utiliza para tomar sus decisiones. La problemática se genera cuando caben distintas interpretaciones y las partes no llegan a un acuerdo al respecto. En este caso hay que acudir a los mecanismos de resolución de conflictos para resolverlo. Si nos hallamos ante una materia de carácter dispositivo las partes podrán resolverlo llegando a un acuerdo o a través de la conciliación, mediación y arbitraje⁹²². Si no es posible será la jurisdicción estatal la que deba resolverlo aplicando e interpretando la ley aplicable a los hechos objeto de litigio y creando el derecho del caso concreto de forma irrevocable. Para unificar las distintas interpretaciones jurídicas se articula el recurso de casación y la función nomofiláctica del mismo.

SERRA DOMÍNGUEZ afirma que “en línea de principios, el recurso de casación resulta incluso más necesario que el recurso de apelación, en cuanto encuentra sus propias raíces en uno de los derechos más fundamentales de la persona, la igualdad ante la norma jurídica, y constituye la clave de bóveda del principio de unidad jurisdiccional”⁹²³. La uniformidad de la jurisprudencia se vincula con el principio de igualdad de los ciudadanos⁹²⁴ que se reconoce como derecho fundamental en el artículo 14 de la Constitución Española.

Desde este punto de vista las Sentencias del Tribunal Supremo tendrían fuerza vinculante para los órganos jurisdiccionales de instancia, los que no podrían apartarse de la doctrina jurisprudencial declarada por éste. Precisamente en este contexto se ha intentado la reforma del artículo 5 de la LOPJ en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial remitido por el Gobierno a las Cortes Generales el 27 de enero de 2006, y que decayó por la convocatoria de elecciones generales⁹²⁵. Del mismo modo el gobierno aprobó el 4 de abril de 2014 el Anteproyecto

⁹²² Vid., CALAZA LÓPEZ. “Hay Justicia más allá de la Jurisdicción”, en “MASC: to be or not to be? Medios adecuados de solución de conflictos en la Justicia”, bajo la dirección de Silvia Barona Vilar, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2023.

⁹²³ SERRA DOMÍNGUEZ, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, p. 785.

⁹²⁴ MARINONI, “El precedente interpretativo”, en *Revista Jurídica Luso Brasileira*, año 3, 2017, número 2, p. 442.

⁹²⁵ Ver ampliamente el análisis que efectúa MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, en “Comentario sobre las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007. A vueltas con

de Ley Orgánica del Poder Judicial que preveía en su artículo 32 la doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo que “será de obligada aplicación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional”⁹²⁶.

La cuestión que surge de forma inmediata es si realmente la aplicación uniforme del derecho por los Tribunales integra el derecho a la igualdad de los ciudadanos ante la ley o vulnera la independencia judicial de los Tribunales⁹²⁷. El antecedente legislativo lo hallamos en el recurso en interés de ley del proceso contencioso administrativo (art. 100.7 LJCA)⁹²⁸ que preveía que “La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional”⁹²⁹.

Para enfrentarnos a este conflicto debemos tener en cuenta que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, sino que se pueden limitar cuando entren en conflicto con otros derechos o intereses de similar categoría y aplicando el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva sería viable que se establezca como límite de la independencia judicial la seguridad jurídica⁹³⁰.

Estos límites deben establecerse por el legislador ordinario. En mi opinión debe realizarlo a través de Ley Orgánica, ya que el artículo 81.1 de la Constitución Española prevé que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales” y nos enfrentamos ante la resolución de un conflicto entre dos derechos fundamentales como es la independencia judicial, que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho a la igualdad y el principio de seguridad jurídica⁹³¹.

En esta dualidad de principios se mueve el Tribunal Supremo cuando analiza el carácter vinculante de su doctrina jurisprudencial y el principio de independencia judicial. Así la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

el valor vinculante de la jurisprudencia”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 2009, 17, p. 3 de la versión digital.

⁹²⁶ La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el anteproyecto de 4 de abril de 2014 de LOPJ analiza este precepto y llega a la conclusión de que “no considera conveniente la incorporación de la noción de jurisprudencia vinculante, en la medida que puede llegar a alterar el sistema de fuente establecido”.

⁹²⁷ Ver el análisis que efectúa ARMENTA DEU (en “Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales”, en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, enero 2018, pp. 28 ss) y CABAÑAS GARCÍA (en *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 32 y ss).

⁹²⁸ Ver por todos el análisis crítico realizado por DOMÉNECH PASCUAL, en “Creación Judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de ley”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, enero 2013.

⁹²⁹ Este precepto fue suprimido por la disposición final 3.2 de la ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

⁹³⁰ Sobre esta cuestión ver ampliamente el análisis que efectúa TAPIA FERNANDEZ, Isabel, en “¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)”, en *Justicia* 2017, número 2, p. 58.

⁹³¹ En este sentido se pronuncia TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, op. cit., pp. 57 y 58.

número 927/2007, de 26 de noviembre, afirma al resolver el motivo primero del recurso de casación, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1994, que “en virtud el principio de independencia judicial y a tenor de los cambios sociales y legales producidos, es legítimo que una sentencia de un órgano jurisdiccional inferior se separe de la doctrina del Tribunal Supremo”. A continuación, desestima el motivo de casación argumentándolo en que la Audiencia Provincial “se separa de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pero no la desconoce, pues la cita, pero lo hace al considerar un elemento de derecho no tenido en cuenta por el Alto Tribunal que le permite promover una reorientación de la jurisprudencia”.

TARUFFO al analizar la eficacia del precedente afirmaba que “el juez posterior no se encuentra nunca obligado a someterse al precedente. Por el contrario, está obligado a justificar de manera adecuada su decisión cuando opte por no adherirse a aquel exponiendo las razones de su actuación”⁹³².

En mi opinión el Tribunal Supremo parte de un error de concepto y es considerar que su doctrina jurisprudencial es un precedente en sentido técnico. La referencia indudable en esta cuestión es el profesor TARUFFO que ya afirmaba que la declaración de una corte suprema sobre la determinada interpretación de una norma no es un precedente⁹³³. Tal como afirma “el precedente provee una regla –susceptible de ser universalizada, como ya se ha dicho– que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso”, siendo el Tribunal posterior el que debe establecer si existe o no el precedente fundándose en el análisis de los hechos⁹³⁴.

El Tribunal Supremo en España no establece precedentes, sino que dicta sentencias en las que realiza la función nomofilática que le está atribuida por el ordenamiento jurídico. Pero ésta sólo será eficaz en el caso en el que se pueda interponer recurso de casación que no siga esa regla establecida por el Tribunal. La oposición a la misma por parte de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial tan sólo constituye una de las causas previstas para interponer el recurso de casación⁹³⁵.

El Tribunal Constitucional se ha planteado esta cuestión en numerosas sentencias en las que ha declarado la no vinculación del órgano jurisdiccional a la jurisprudencia anterior de otros Tribunales. La excepción serían aquellos casos en los que el legislador prevé el efecto vinculante de la sentencia que dicte el Tribunal Supremo al resto de órganos jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria. Este es el caso del suprimido artículo 100.7 LJCA del recurso de casación en inte-

⁹³² TARUFFO, en *Aspectos del precedente judicial*, edit. Coordinación Editorial, Nuevo León, 2018, p. 17.

⁹³³ TARUFFO, op. Cit., p. 15.

⁹³⁴ TARUFFO, en “Precedente y jurisprudencia”, en *Precedente Revista Jurídica*, 2007, p. 88.

⁹³⁵ El artículo 477.3 LEC prevé que “se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”.

rés de ley del proceso contencioso administrativo que prevé que “la sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional”⁹³⁶.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre este precepto en la Sentencia del pleno 37/2012, de 19 de marzo, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 9689/2009, interpuesta por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Elche, descartándola. Lo fundamenta en que:

“porque el legislador, conforme a la libertad de configuración que le corresponde al establecer el régimen jurídico de los recursos y en atención a preservar intereses constitucionalmente garantizados, como lo son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional (arts. 1.1, 14 y 139.1 CE), ha establecido en el art. 100.7 LJCA el carácter vinculante de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo al resolver recursos de casación en interés de ley, lo que, aparte de ser ejercicio legítimo de las facultades del legislador, no puede en modo alguno considerarse lesivo para la independencia judicial, que implica la sumisión al imperio de la Ley (art. 117.1 CE), y que incluye también, como ya se dijo, el respeto «a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico» (STC 133/1995, F. 5). Recuérdese, por otra parte, el carácter excepcional del recurso de casación en interés de ley, tanto por la limitación de los legitimados para su interposición, como por su finalidad específica: corregir las sentencias de los Tribunales inferiores que se estiman «gravemente dañosas y erróneas», de manera que el Tribunal Supremo pueda fijar, en su caso, una doctrina legal correctora y vinculante, pero respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia impugnada (STC 111/1992, F.4)”.

En España el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico no contempla la jurisprudencia como una de ellas, sino como un complemento de las mismas⁹³⁷. La función de los Tribunales no es el dictar normas generales y abstractas, sino el resolver los casos concretos que se someten a su enjuiciamiento. Tal como afirma la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en el informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014 “la función que posee la doctrina sentada de modo reiterado por el Tribunal Supremo, tanto en nuestro sistema jurídico cuanto en aquellos otros pertenecientes a la misma concepción del De-

⁹³⁶ Este recurso tenía su antecedente en el recurso de casación en interés de ley regulado en los artículos 1718 y ss LEC de 1881 (ver por todos el comentario que realiza SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 923 y ss.). En el proceso laboral también se regulaba el recurso en interés de ley en los artículos 185 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral (ver por todos CREMADES, *El recurso en interés de ley*, edit. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969).

⁹³⁷ Ver por todos NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal I, Introducción*, edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 2019, pp. 41 y ss.

recho, no es la de redactar normas generales, sino la de establecer el sentido que una disposición tiene ante un concreto litigio⁹³⁸.

Además, reconocer este carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es contrario a la división de poderes que informa nuestro Estado de Derecho⁹³⁹. Ello implicaría reconocer funciones legislativas a los tribunales y sería contrario al artículo 117.3 de la Constitución Española que recoge la función de los tribunales de Justicia⁹⁴⁰.

C) La vinculación del órgano jurisdiccional a sus criterios jurisdiccionales previos

Para que estas aplicaciones predictivas funcionasen sería necesario que los órganos jurisdiccionales estuvieran vinculados por sus decisiones anteriores⁹⁴¹. Lo expuesto tiene una relación directa con el derecho a la igualdad y de seguridad jurídica⁹⁴².

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión⁹⁴³. El Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 176/2005, de 5 de mayo inadmite un recurso de amparo en el que se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. En el fundamento jurídico segundo lo motiva con cita de sentencias anteriores del Tribunal Constitucional:

“Por lo que se refiere a la pretendida violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE), debemos recordar que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, desde la STC 8/1981, de 30 de marzo, F. 6, el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley proscribire el trato desigual carente de adecuada justificación. En el ámbito de protección de tal derecho, la doctrina constitucional ha ido perfilando una serie de criterios, que resultan relevantes para el caso examinado, y que se sintetizan, entre otras muchas, en las SSTC 266/1994, de 3 de octubre, F. 3, 188/1998, de 28 de septiembre, F. 4, 240/1998, de 15 de diciembre, F. 6, y 176/2000, de 26 de junio, F. 3, tales como: a) el trato desigual debe provenir de un mismo órgano judicial; b) sólo cabe apreciar trato desigual en la decisión de casos sustancialmente iguales, y c)

⁹³⁸ Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014, p. 33.

⁹³⁹ En este sentido se pronuncia la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en el informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014, cit., p. 33. En este sentido ver COMOGLIO, Luigi Paolo, en “Riflessioni su rule of law e precedente giudiziale”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, pp. 942 y ss.).

⁹⁴⁰ Tal como afirma TARUFFO en Italia “sería inconstitucional que una norma ordinaria intentara introducir en dicho ordenamiento la norma del precedente vinculante” (en *Aspectos del precedente judicial*, cit., p. 27).

⁹⁴¹ Tal como he analizado anteriormente no es el caso de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español. La excepción lo constituye las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sí que tienen carácter preceptivo (artículos 5.1 LOPJ).

⁹⁴² Ver ARMENTA DEU, “Recurso de casación...”, cit., pp. 28 y ss.

⁹⁴³ Ver ampliamente el análisis que realiza ROSADO IGLESIAS, en “Seguridad jurídica...”, cit., pp. 89 y ss.

el tratamiento desigual ha de concretarse en la quiebra injustificada del criterio aplicativo mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional, respondiendo así a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad.

Como se puede comprobar la doctrina del Tribunal Constitucional llega a las siguientes conclusiones:

- un órgano jurisdiccional no está vinculado por la jurisprudencia de otro Tribunal.
- respecto de su jurisprudencia anterior tan sólo está vinculado cuando concurren los siguientes requisitos: que los casos sean sustancialmente iguales y que el trato desigual se concrete en una quiebra injustificada del criterio mantenido hasta entonces⁹⁴⁴.

Cuando concurren estas circunstancias y el Tribunal no justifique su cambio de criterio estará vulnerando el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

D) La vinculación de los Tribunales a las sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Las reflexiones anteriores se realizaban en referencia a los órganos de la jurisdicción ordinaria. En la organización jurisdiccional existen otros Tribunales, cuyas decisiones tienen carácter vinculante para la jurisdicción ordinaria. Me refiero al Tribunal Constitucional y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está previsto en el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

Tal como afirma PÉREZ GORDO el Tribunal Constitucional va a “actuar como legislador o como juez a decir el derecho, el nuevo derecho, e incluso a dar el derecho”⁹⁴⁵. Estoy de acuerdo con esta conclusión que PÉREZ GORDO ya vaticinaba en 1972⁹⁴⁶. El Tribunal Constitucional en su función de controlar la

⁹⁴⁴ Ver ampliamente CABAÑAS GARCÍA, op. cit., pp. 86 y ss.

⁹⁴⁵ PÉREZ GORDO, Alfonso, *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, edit. Bosch. Barcelona, 1982, p. 32. Posteriormente analiza las sentencias interpretativas y afirma que “en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución o no la interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados, o, incluso, integrativas, colmando insuficiencias de los textos legales a aplicar, realmente lo que hace es legislar” (op. cit., p. 64).

⁹⁴⁶ PÉREZ GORDO, Alfonso, en “El control de constitucionalidad de las leyes”, *Revista Jurídica de Catalunya*, número 3, 1972, pp. 83 y ss., que se publicó también en *Estudios de Derecho Procesal*, edit. Portico, Zaragoza, 1981, pp. 365 y ss.

constitucionalidad de las leyes se ha convertido en un auténtico legislador. Y esta función se ha recogido en el artículo 5.1. LOPJ.

A diferencia de las reflexiones que he realizado anteriormente, la jurisprudencia que dicta el Tribunal Constitucional sí que tiene carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria⁹⁴⁷. A idéntica conclusión tenemos que llegar cuando España cede parte de su soberanía al firmar un tratado internacional, que en lo que nos interesa hace referencia a la sumisión a determinados tribunales internacionales. Este es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁴⁸.

Uno de los aspectos más controvertidos del derecho comunitario son los efectos de las Sentencias que el TJUE dicta en toda clase de procedimientos. En este apartado podemos partir de la base que las sentencias del TJUE tiene el mismo valor que las que dictan los Tribunales Constitucionales estatales en el ámbito de su competencia⁹⁴⁹.

Para comprender la función del TJUE es esencial partir de la razón de su creación, que es unificar la interpretación o aplicación del derecho de la Unión Europea. Para que pueda realizarlo se obliga al órgano jurisdiccional nacional, que actúa como Juez Comunitario, a plantear una cuestión prejudicial al TJUE cuando tenga una duda sobre la interpretación o aplicación del derecho de la Unión Europea, original o derivado. Una vez que éste ha declarado la interpretación o la aplicación de una norma de la Unión, original o derivada, los jueces nacionales tienen la obligación de seguir el criterio indicado. En caso contrario estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁵⁰.

Otro Tribunal Internacional al que España se ha sometido es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Doctrinalmente se ha discutido el carácter vinculante para los jueces nacionales de su jurisprudencia. Además, a nivel interno la única norma que regula la efectividad de las sentencias que dicte es la causa de la acción de revisión de

⁹⁴⁷ XIOL RIOS afirma que “el artículo 5.1 de la LOPJ no trat de regula la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional como mandatos (lo que entra en el concepto de cosa juzgada), sino su valor como precedente, al margen del caso concreto resuelto y de aquellos a los que el fallo afecte por extensión. El artículo 5.1 de la LOPJ consagra el precedente constitucional” (en “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional”, en *Revista del Poder Judicial*, número 3, septiembre 1986, p. 13 de la versión digital).

⁹⁴⁸ TARUFFO afirma que “es probable que se pueda hablar d un precedente en el sentido propio de la palabra” (en *El precedente judicial*, cit., p. 22).

⁹⁴⁹ Sobre esta cuestión ver ampliamente el análisis que realiza JIMENO BULNES, Mar, en *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1991, pp 455 y ss. Tras desarrollar la doctrina y jurisprudencia, nacional e internacional, que se ha pronunciado sobre los efectos de las Sentencias dictadas por el TJUE al resolver una cuestión prejudicial planteada al amparo del artículo 177 TCE concluye que “el esquema previsto en la Constitución y en la LOTC con relación al valor de las sentencias constitucionales procedentes de nuestro Tribunal Constitucional puede ser trasladado al espacio comunitario” (op. cit., p. 506).

⁹⁵⁰ Ver por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional número 241/2015, de 5 de noviembre y el análisis que realizo en *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

sentencias firmes⁹⁵¹. Tal como afirma GUILLÉN LÓPEZ “el activismo el Tribunal ha logrado poner la obligatoriedad y la eficacia de sus sentencias como principio de general observancia, como concepto al que se concede una vis atractiva respecto del resto de los constructos procesales”⁹⁵².

En la práctica judicial el Tribunal Supremo ha admitido la eficacia directa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en procesos distintos a los que se alegó la vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así el auto del pleno del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 se plantea si puede valorar de nuevo lo ya resuelto por sentencia firme cuando posteriormente a la misma el TEDH dicta una sentencia que puede influir en el sentido de la decisión, admitiendo el incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia firme que se había planteado alegando la vulneración de un derecho fundamental. Lo fundamenta en el fundamento jurídico sexto en que “La función y las competencias que los actuales arts. 32 y 46 del Convenio atribuyen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacen que la interpretación de los preceptos del Convenio por dicho Tribunal tenga una eficacia interpretativa muy relevante respecto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestra Constitución”.

Como se puede comprobar no le reconoce directamente la eficacia directa, pero al admitir el incidente está haciéndolo implícitamente.

3. El precedente judicial, la previsibilidad de la respuesta judicial y el tratamiento procesal de las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario

Un fenómeno judicial que se ha producido en los últimos años ha sido la litigiosidad masiva provocada por las cláusulas abusivas existentes en los contratos de préstamo hipotecario celebrados en la primera década del año 2000. La crisis económica que se inició a nivel global en el año 2008 provocó que los deudores hipotecarios devinieran insolventes, que se impagasen y que se ejecutasen. La LEC limitaba las posibilidades de oposición del deudor hipotecario y los Tribunales venían abocados a inadmitirlas y proseguir la ejecución iniciada, terminando con el lanzamiento del deudor hipotecario.

⁹⁵¹ La Ley Orgánica 7/2015, reformó las leyes de enjuiciamiento de los cuatro órdenes jurisdiccionales para incluir como causa de revisión de sentencias firmes “cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”. Así da nueva redacción a los artículos 102 LJCA, 510 LEC, 328 Ley Procesal Militar,

⁹⁵² GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, en “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 42, 2018, p. 356.

Los Tribunales recogieron el sentimiento social de la injusticia que se estaba produciendo ya que los acreedores eran entidades financieras que habían recibido ayudas públicas para su mantenimiento. Así promovieron distintas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, finalmente, provocó la transformación del tratamiento procesal del consumidor en el proceso civil, tanto declarativo como de ejecución⁹⁵³. El deficiente tratamiento legislativo ha provocado una litigiosidad masiva que ha provocado el colapso de los Tribunales.

Las opciones para solventarlas han sido varias. La primera fue la utilización de las acciones colectivas. Un sector de la jurisprudencia extendió los efectos de litispendencia y de cosa juzgada a las acciones individuales de los consumidores⁹⁵⁴. El efecto fue que éstas se desestimaron. Sin embargo, los afectados plantearon varios recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de acceso a los Tribunales. Los Juzgados de instancia, a los que se revocaban las decisiones que habían adoptado desestimando la excepción de litispendencia y de cosa juzgada alegada por las entidades financieras demandadas, interpusieron una cuestión prejudicial ante el TJUE⁹⁵⁵.

El TJUE respondió a la cuestión prejudicial planteada en la Sentencia de 14 de abril de 2016 afirmando que “las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 9/13, objetos y efectos jurídicos diferentes”. Posteriormente afirma que “sin que la articulación sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13”.

En el mismo sentido se pronunció Tribunal Constitucional en las Sentencias 148/2016, de 31 de octubre y 208/2016, de 12 de diciembre, que declaró que las acciones individuales y colectivas no tienen identidad objetiva porque “lo cierto es que en ese proceso no se conoció la cláusula sueldo de su contrato”, además de

⁹⁵³ Ver extensamente el análisis que realizo en mi monografía *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, cit..

⁹⁵⁴ Esta interpretación la realizó la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Ver por todas las resoluciones de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona número 326/2014, de 13 de octubre, que aprecia la excepción de cosa juzgada, y el auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona número 112/2014, de 9 de octubre, que estima la existencia de litispendencia.

⁹⁵⁵ El Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona planteó las cuestiones prejudiciales C-381/14 y C-385/14, que fueron resueltas por la Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016. Su planteamiento provocó el acuerdo de Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona de 21 de noviembre de 2014, en que suspendían los procesos en que se hubiera alegado la litispendencia o prejudicialidad hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviera las cuestiones prejudiciales planteadas. El motivo del acuerdo indicado era que: “los Jueces de lo Mercantil de Barcelona estamos resolviendo de forma diferente sobre las consecuencias jurídicas que tiene sobre el ejercicio de una acción individual de nulidad de una condición general de la contratación, el ejercicio de una acción colectiva de cesación y reclamación de daos y perjuicios por unas asociaciones de consumidores impugnando esa misma cláusula contra los mismos-a entidad bancaria. En unos casos desestiman las excepciones de prejudicialidad civil y en otros se archiva el procedimiento por litispendencia. Ello se debe a que las normas no son claras en esta materia, ya que las diferentes soluciones tienen una sólida fundamentación, pero lo cierto es que se están causando agravios comparativos graves entre los ciudadanos que acuden ante estos Juzgados”.

no concurrir tampoco la subjetiva porque los afectados no habían sido parte en el proceso colectivo.

Lo que realmente sucedió es que las acciones colectivas ejercitadas no eran tales, o al menos tenían un talón de Aquiles que determinó la no extensión de los efectos de las sentencias dictadas en el proceso colectivo al individual, con lo que perdía toda su eficacia. Así lo reconoció el Tribunal Supremo al no reconocer efectos de cosa juzgada del primero sobre el segundo en las Sentencias 139/2015, de 25 de marzo, 357/2017, de 6 de junio, 486/2017, de 20 de julio respecto del efecto negativo de cosa juzgada. Sobre el efecto positivo se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia número 367/2017, de 8 de junio, que declara que tienen efecto de cosa juzgada pero que el Tribunal que conozca de la acción individual podrá “resolver en un sentido diferente... cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual”.

Es decir, produce efecto de cosa juzgada salvo que las entidades financieras acrediten que las circunstancias personales del cliente o la información suministrada provoque que los elementos fácticos que fueron tenidos en cuenta en el proceso colectivo no concurren en el caso concreto, con lo que el Juez que conozca de la acción individual podrá pronunciarse en un sentido distinto.

Este matiz de las circunstancias personales, junto con la inactividad legislativa, fue aprovechado por las entidades financieras y por algunos asesores de los afectados. Las primeras para negar la extensión de los efectos de las sentencias dictadas a los afectados por concurrir circunstancias personales que los excluían y los segundos para interponer las acciones judiciales a través de demandas estereotipadas en las que no se hacía referencias a ésta.

El resultado ya se conoce y ha sido la alta litigiosidad que provocó la creación de juzgados especializados para evitar el colapso de la Administración de Justicia.

Desde la perspectiva del objeto de este artículo, que es el análisis del precedente judicial, lo que interesa resaltar es el fracaso del Tribunal Supremo en su función nomofiláctica y la propuesta de crear procedimientos testigo.

A) El fracaso de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo

En el sistema procesal español el Tribunal Supremo tiene la función nomofiláctica a través del recurso de casación. De esta forma se intenta lograr una interpretación y aplicación uniforme de la norma jurídica para dotar de seguridad jurídica a los justiciables. Sin embargo, los tribunales no están vinculados a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia de

las Comunidades Autónomas. Para lograr su efectividad las partes pueden interponer el recurso de casación, siendo uno de los motivos que pueden alegar el interés casacional consistente en que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Actualmente el Tribunal Supremo ya no es en todos los casos el máximo intérprete del ordenamiento jurídico. Cuando se aplica, directa o indirectamente, el Derecho de la Unión esta función está reservada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La problemática se plantea por el hecho de que las partes no pueden interponer ningún recurso ante el mismo, sino que es el juez nacional el que tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial si tiene alguna duda sobre su interpretación o aplicación. Cuando el TJUE las resuelve no se pronuncia sobre el caso concreto, sino que responde a la pregunta que le ha formulado el juez nacional, que actúa como juez comunitario, y es éste el que debe aplicarla dictando la sentencia definitiva.

Posteriormente la aplicación que haga el juez nacional de la interpretación realizada por el TJUE también puede generar dudas y decisiones contradictorias. Actualmente tenemos un ejemplo de este sistema la posibilidad de considerar o no como abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario que referencia al IRPH el interés remuneratorio. Cronológicamente las resoluciones judiciales han sido las siguientes:

- La Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre, afirma que la cláusula de interés variable que referencia al IRPH es un índice definido y regulado legalmente, pero que no se define contractualmente, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales. El Tribunal Supremo afirma que es la Administración Pública la que debe controlar que estos índices se ajustan a la normativa, por lo que quedan fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil y no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE al estar excluido en su artículo 1.2.
- La sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, que interpreta que “la referencia al IRPH de las cajas de ahorros en la cláusula controvertida para el cálculo de los intereses adeudados en el marco del contrato sobre el que versa el litigio principal no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, en el sentido de la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 y 32 de la presente sentencia” (pf. 36).
- La sentencia del Tribunal Supremo número 581/2020, de 6 de noviembre, que lo analiza al aplicar la doctrina de la Sentencia del TJUE citada, pero desestima el recurso de casación interpuesto afirmando que “no puede admitirse que la cláusula que fija como índice de referencia del préstamo hipotecario el tipo de interés previsto para la financia-

ción de las viviendas de protección oficial en el Real Decreto 801/2005 sea abusiva. No se entiende cómo el ofrecimiento al consumidor de un préstamo sometido al sistema de financiación previsto para las viviendas de protección oficial en su normativa reguladora, puede considerarse como una actuación de la predisponente contraria a las exigencias de la buena fe. Tampoco puede aceptarse que la dispar evolución en los años posteriores del índice de referencia de este sistema respecto de otros índices, por causas no atribuibles al predisponente, o la falta de información sobre la evolución futura de tal índice, causara, en el momento de la contratación, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, contrario a las exigencias de la buena fe.”

- Contra esta interpretación del Tribunal Supremo el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona ha vuelto a plantear una cuestión prejudicial mediante auto de 2 de diciembre de 2020, asunto Gómez del Moral Guasch II (C-655/20).
- El Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2021 que resuelve la segunda cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona.

Lo cierto es que a pesar del carácter vinculante de la jurisprudencia del TJUE la aplicación de la misma por los jueces nacionales generan problemas de interpretación. El Tribunal Supremo ha intentado en varias ocasiones unificar la aplicación del derecho interno para adecuarlo al derecho de la Unión, pero la posibilidad de que los Tribunales de instancia formulen cuestiones prejudiciales ante el TJUE permite que éstos cuando tengan dudas de la solución aportada por el Tribunal Supremo interpongan cuestiones prejudiciales, con lo que el TJUE revisa la decisión adoptada por el TS. Esta situación recuerda al conflicto que se generó entre el TS y el TC⁹⁵⁶. El TS debe aceptar que el máximo intérprete de la legislación de la Unión Europea, directa o indirecta, es el TJUE. Es cierto que de manera formal ya lo reconoce, pero es irremediable que la interpretación que realice del Derecho de la Unión pueda ser revisada posteriormente por el TJUE, lo que dará lugar a discrepancias. Y el perjudicado será la previsibilidad de las resoluciones judiciales, que incide en una falta de seguridad jurídica y en un incremento de la litigiosidad.

Esta circunstancia se produce por el sistema normativo multi nivel. El TJUE recuerda constantemente que la aplicación de la interpretación del derecho de la Unión que realiza en sus sentencias es competencia del Juez nacional, que lo realizará aplicando la doctrina del TJUE a su normativa interna. El problema es que, por un lado, la función nomofiláctica del derecho nacional la tiene el Tribunal Supremo y, por otro, el máximo intérprete del derecho de la Unión es el

⁹⁵⁶ Ver ampliamente el análisis que realice en *La protección civil de los derechos fundamentales*, edit. Atelier, Barcelona, 2011, pp. 101 y ss.

TJUE. La coordinación de ambas normativas, desde la perspectiva que estamos analizando que es fijar unos criterios uniformes de interpretación que pueda ser aplicado por los Tribunales, no está prevista. Y ello provoca que la fijación de esta doctrina jurisprudencial uniforme que aporte seguridad jurídica no se realiza de una manera sencilla.

La debilidad del derecho de la Unión es que las partes no pueden recurrir al TJUE ante una sentencia que sea contraria al mismo, sino que la revisión del criterio judicial se realiza en el ámbito judicial nacional. También debo advertir que a nivel interno el Tribunal Constitucional ha reforzado la aplicación del derecho de la Unión y la interpretación que realiza el TJUE declarando que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva las sentencias nacionales que no las aplican. Siendo cierto, también lo es que deja al margen numerosos procesos en los que el juez nacional no planteó la cuestión prejudicial ante el TJUE y dictó una sentencia aplicando un criterio que luego el TJUE ha afirmado que vulnera el derecho de la Unión⁹⁵⁷.

B) Los procedimientos testigo

Los artículos 37.2 y 3, 110 y 111 de la Ley de La Jurisdicción Contencioso Administrativa desarrollan el procedimiento testigo. Esta regulación se incorporó al ordenamiento jurídico español con la aprobación de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁹⁵⁸. En el apartado III in fine de la Exposición de Motivos el legislador justifica la regulación en “La preocupación por agilizar la tramitación de las causas es dominante y, en particular, explica la regla que permite al Juez o Tribunal suspender la tramitación de los recursos masivos que tengan idéntico objeto y resolver con carácter preferente uno o varios de ellos. De esta manera se puede eludir la reiteración de trámites, pues los efectos de la primera o primeras sentencias resultantes podrían aplicarse a los demás casos en vía de ejecución o, eventualmente, podrían inducir al desistimiento de otros recursos”⁹⁵⁹.

La Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la Comisión General de Codificación ha advertido que la

⁹⁵⁷ Sobre esta cuestión ver ampliamente al análisis que realizo en mi monografía sobre *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

⁹⁵⁸ Estos preceptos han sido objeto de diversas modificaciones legislativas, siendo la última de ellas las de la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que dio nueva redacción a los artículos 37.2 y 3 y 110.4, y la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado que modifica el artículo 110.1 LJCA.

⁹⁵⁹ Ver el análisis que realiza NOYA FERREIRO, Lourdes, en “La extensión procesal. Del ámbito del enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Tratado sobre el Proceso Administrativo*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, documento TOL7.435.014.

eficacia de este instrumento ha sido nula y ha provocado un incremento de los litigios⁹⁶⁰, realizando una serie de propuestas de mejora, entre las que destaco:

- Extender los efectos del pleito testigo no sólo a los supuestos de sentencia favorable, sino a todas ellas.
- Que sea la Administración y no el órgano judicial el que acuerde extender los efectos de la sentencia.

Además, la doctrina ha puesto de manifiesto numerosas dudas que genera la aplicación de estos preceptos. Así GASCON INCHAUSTI analiza hasta diez cuestiones no resueltas por el legislador, que son las siguientes: la imprecisión del legislador al no indicar el número de recursos que justifique el recurso al procedimiento testigo; el criterio al qué debe atenderse el órgano jurisdiccional para seleccionar el proceso o procesos que han de servir de tipo y que se tramitarán de forma preferente; si se tramita más de un proceso de forma preferente cómo debe tramitarse; si se ha de esperar a la firmeza de la sentencia testigo para proceder a su notificación y dar cabida a la triple opción de los litigantes de los procesos suspensos; el plazo del que disponen los litigantes de los procesos suspensos para solicitar la extensión de la eficacia, la continuación del procedimiento o el desistimiento; si debe incoarse el proceso de ejecución de la sentencia testigo; las consecuencias que tiene en el proceso suspenso la extensión de la eficacia de la sentencia-testigo; cuándo se entiende que la pluralidad de recursos tiene objeto idéntico; quién debe y en que momento procesal analizar la concurrencia de la identidad de objetos; y la eficacia de la sentencia testigo cuando la doctrina determinante de su fallo fuera contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina de los TSJ en el recurso de casación para unificación de doctrina al amparo del artículo 99 LJCA⁹⁶¹.

En el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de diciembre de 2020, se regula el pleito testigo en el orden civil. Lo que se pretende es solucionar la problemática planteada por la litigiosidad masiva derivada de las condiciones generales de la contratación. En la exposición de motivos justifica la reforma a que los actores utilizan demandas o plantillas iguales o similares para el ejercicio de las mismas pretensiones, de modo que un gran número “termina litigando

⁹⁶⁰ Tal como afirma la Comisión General de Codificación, Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa “el resultado final es que, lejos de disminuir, el número de recursos se ha incrementado en todas las instancias y también se ha multiplicado el número de recursos de casación que se pronuncian sobre temas referidos a la extensión de efectos, llegando a generar cientos de sentencias del Tribunal Supremo que han congestionado algunas secciones” (en *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, p. 53).

⁹⁶¹ GASCON INCHAUSTI, Fernando, “Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo”, en *Tribunales de Justicia*, 2001 (3), pp. 69-77. Se puede consultar en <https://eprints.ucm.es/26589/>.

con demandas prácticamente idénticas”. Afirma que “este procedimiento testigo reducirá notablemente la litigación en masa”.

La propuesta de regulación la realiza en un nuevo artículo 438 ter LEC, que se inserta como una especialidad del juicio verbal porque también modifica el artículo 250.1 LEC añadiendo el inciso 14º para remitir a este procedimiento la tramitación de las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia”.

La especialidad del procedimiento testigo está en que cuando el Juez aprecie que una demanda “incluye pretensiones que han sido objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes que no es preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante y que las condiciones generales de la contratación cuestionadas tienen identidad sustancial”, lo suspenderá mediante auto hasta que se dicte sentencia firme. Contra este auto se puede interponer recurso de apelación.

Una vez que se dicte sentencia firme en el proceso que se ha elegido como procedimiento testigo, el actor del juicio suspendido podrá:

- Desistir de sus pretensiones.
- Solicitar la continuación del procedimiento suspendido, indicando las razones que deben ser, a su juicio, resueltas.
- extensión de efectos de la sentencia dictada en el procedimiento testigo, remitiéndose al incidente del artículo 519 LEC.

Como se puede comprobar la regulación propuesta en el anteproyecto incurre en los mismos defectos que la regulación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que han provocado el fracaso de la regulación del procedimiento testigo.

Al margen de ello hay que plantearse la vinculación de esta regulación con el de las acciones colectivas. Tal como he expuesto en el apartado anterior éstas están previstas en el ordenamiento jurídico español, pero de forma deficiente. Actualmente estamos pendientes de la trasposición de la Directiva UE 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, que debe ser traspuesta por los Estados miembros antes del 25 de diciembre de 2022, tal como prevé en su artículo 24.

La regulación propuesta incide directamente en la institución del precedente judicial y, en mi opinión, está abocada a su ineficacia. Tal como ha sucedido en el orden contencioso administrativo si se aprueba al menos se duplicarán los litigios:

- El primero será el incidente de suspensión de procedimiento en el que el órgano judicial acuerda suspender el proceso, en el que se puede interponer recurso de apelación si se acuerda.
- El segundo será o bien la continuación del proceso judicial o la solicitud de aplicar el resultado del proceso testigo al suspendido, de conformidad con lo previsto en el artículo 519 LEC.

Además, hay que recordar que el Tribunal Supremo declara la eficacia de las sentencias dictadas en los procesos en los que se ha ejercitado la acción colectiva, salvo que se acredite la concurrencia de circunstancias subjetivas en el caso concreto que justifiquen su no aplicación. Las entidades financieras se han acogido a ella para no reconocer la existencia de cláusulas abusivas a los afectados y de esta forma seguir aplicándola, no dejando otra opción que la reclamación judicial. Y en estos procesos una de los hechos controvertidos es la información y conocimiento que tenía el deudor.

La opción por el procedimiento testigo implicaría imponerlo a las partes, lo que podría ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de las partes a obtener una resolución de fondo fundada en derecho.

C) Los ataques a la previsibilidad de las resoluciones judiciales

En España no se puede hablar técnicamente del precedente judicial, salvo las excepciones de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tal como he expuesto debemos hablar de previsibilidad de las decisiones judiciales, que es esencial para lograr una justicia efectiva. Lamentablemente en muchos de los temas que se están planteando ésta no existe, lo que provoca una mayor litigiosidad.

En este último apartado quiero realizar una reflexión sobre los ataques a la previsibilidad de las decisiones judiciales, que considero que son los siguientes:

- La existencia de un ordenamiento jurídico multinivel.
- La frenesís legislativa.
- La sumarización del proceso.
- La no recurribilidad de las resoluciones judiciales ante los tribunales superiores.
- Los intentos de excluir del conocimiento judicial determinados litigios.

En la actualidad una de los principales inconvenientes que se plantean es la existencia un sistema normativo multinivel y policéntrico⁹⁶². En España las leyes las dicta el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias. Además, también se dictan normas legales por la Unión Europea, que son aplicables directamente (los Reglamentos) o a través de su trasposición por los

⁹⁶² Expresión utilizada por CARRATTA, op. cit., p. 507.

Estados (Directiva). Esta diversidad de fuentes legislativas provoca que, en ocasiones, deban interpretarse conjuntamente previsiones que están informadas por distintos principios y que son interpretadas por distintos Tribunales. Las soluciones no son uniformes y pueden generar mayor inseguridad jurídica.

A título de ejemplo basta con considerar en la situación actual la regulación aprobada por el Estado y por la Comunidad Autónoma de Catalunya para afrontar los efectos de la pandemia del COVID 19 en los desahucios judiciales y su relación con el derecho a la vivienda. En la Comunidad Autónoma de Catalunya el Govern aprobó el Decreto Ley 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo a la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la COVID-19 en que se acordaba la suspensión de los lanzamientos judiciales hasta la finalización del estado de alarma. Posteriormente el Gobierno de España aprobó el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a la situación de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda, que regula la suspensión de los lanzamientos judiciales cuando concurren una serie de circunstancias. Los requisitos previstos en esta normas son distintas.

Ante esta doble regulación se plantea cuál debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales con sede en Catalunya. Es criticable que el legislador haya provocado esta situación de inseguridad jurídica, pero la pregunta es qué norma aplicarán. El mecanismo de solución del conflicto es que el Gobierno plantease cuestión de inconstitucionalidad contra el Decreto autonómico, lo que implicaría su suspensión automática. Sin embargo, no lo ha hecho.

Los tribunales, pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Pero solo se suspendería el proceso concreto y el resto de tribunales podrían realizar una interpretación distinta y aplicar el derecho autonómico.

Por último, el Tribunal Constitucional ha cambiado su criterio sobre la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por los órganos jurisdiccionales cuando deban aplicar una normativa autonómica que sea incompatible con una norma estatal. El TC en la Sentencia del pleno 102/2016, de 25 de mayo, declaró que el aplicador del derecho debe realizar un juicio de prevalencia e inaplicar la norma de derecho autonómico cuando sea incompatible con el derecho estatal. Esta doctrina ha sido ratificada en las Sentencias del TC 112/2016, de 20 de junio, 127/2016, de 7 de julio, 204/2016, de 1 de diciembre y en los autos 167/2016, de 4 de octubre y 27/2019, de 9 de abril.

Todo ello lo que crea es inseguridad jurídica sobre la norma aplicable, tal como advierten los votos particulares que se han formulado a las resoluciones citadas.

En este contexto MARINONI afirma que las causas que acaban con la previsibilidad es la subordinación de la ley a los derechos fundamentales, lo que obliga a que el Juez razone a partir de las normas-principios y la necesidad de “considerar cuestiones de orden moral, político y económico, que se encuentran en la estruc-

tura abierta de las disposiciones constitucionales” y el uso legislativas de técnica de cláusulas abiertas para evitar una multiplicidad de normas jurídicas en casos iguales⁹⁶³. Estoy de acuerdo con el diagnóstico realizado indicando que, por otro lado, son irremediables. Por un lado, la aplicación de los derechos fundamentales y la irrupción de los derechos sociales obligan a interpretar la ley de conformidad con éstos, y esta función la tiene que hacer el órgano jurisdiccional al dictar la sentencia del caso concreto. Del mismo modo el legislador debe regular de forma general, siendo el juez el que decidirá la controversia del caso concreto interpretando, entre otros elementos, la norma jurídica aprobada. Ambos elementos implican que la decisión final del juez sea imprevisible.

En otro nivel nos encontramos con la incompatibilidad entre las normas estatales y el derecho de la Unión y la interpretación que realicen los Tribunales. Me remito al apartado 3.1. en que analizaba el fracaso de la función nomofilática del Tribunal Supremo en estos casos.

Lo cierto es que la existencia de un sistema normativo multinivel o policéntrico genera inseguridad jurídica e impide la imprevisibilidad de las decisiones judiciales, lo que potencia la litigiosidad.

CONSTANTINO afirma que la “frenesís legislativa” y la sumarización del proceso afectan a la previsibilidad de las sentencias⁹⁶⁴. Trasladando sus reflexiones al proceso español debemos compartir sus conclusiones.

Por un lado, la frenesís legislativa provocan que no se asiente la interpretación uniforme de las leyes aprobadas, lo que implica que cada órgano jurisdiccional la interprete según su criterio, que es válido, pero no único ni uniforme con el del resto de Juzgados y Tribunales. Ello implica una gran inseguridad jurídica ya que las partes antes de iniciar el proceso no saben la interpretación que se realizará de la norma jurídica, con lo que no se podrá valorar la conveniencia ni determinar la estrategia a seguir para solucionar el litigio. Por otro lado, el criterio que en un principio se siga tampoco garantiza nada ya que luego podrá ser modificado a medida que se resuelvan los recursos que se interpongan contra la decisión judicial. La doctrina jurisprudencial que fije el tribunal superior no tiene el valor de precedente, pero sí que garantiza a las partes que en el caso en el que el Tribunal de instancia no lo siga se podrá adecuar al mismo por la vía de los recursos.

Para ello lo que hace falta es la norma jurídica se asiente y la misma tenga una vigencia que lo permita. CONSTANTINO nos informa de las modificaciones que se han producido en Italia del Codice di Procedura Civile, criticándolas. En España se ha producido un fenómeno similar⁹⁶⁵ que se ha incrementado con motivo de la pandemia. Lo que provoca es inseguridad jurídica al no saber las partes el criterio interpretativo que a va a ser aplicado por los Tribunales.

⁹⁶³ MARINONI, op. cit., p. 428.

⁹⁶⁴ CONSTANTINO, en “La prevedibilità...”, cit., pp. 654 y 656 respectivamente.

⁹⁶⁵ A título de ejemplo en el momento de la redacción de este trabajo, enero de 2021, la Ley 1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha sido reformada en 73 ocasiones.

Otro elemento que hay que valorar es que la interpretación no es uniforme, sino que la jurisprudencia evoluciona en la misma para adecuarla a la realidad social. Por ello es fundamental que se articule un sistema de recursos adecuado que permita que la jurisprudencia se vaya formando. La doctrina jurisprudencial se fija y establece tras el análisis de una multitud de procesos, que son aparente similares pero que en la práctica difieren en los hechos, lo que puede provocar distintas respuestas judiciales. Por ello la solución no es provocar una decisión rápida por parte del Tribunal Supremo, para que fije su interpretación y se impongan su carácter vinculante a los tribunales de instancia. Ya he analizado antes que esta previsión implicaría convertirlo en legislador, lo cuál es contrario al sistema jurídico vigente en la actualidad.

Desde esta perspectiva debe mantenerse una estabilidad en las leyes, que permitan que se forme la doctrina jurisprudencial por los Tribunales que permitan que las partes prevean las posibles decisiones.

Lamentablemente no es la situación actualmente existente en España, ni en países de nuestro entorno como Italia. Esta inflación legislativa lo que provoca son incoherencias en las leyes aplicables para resolver el conflicto, lo que determina la imprevisión de las decisiones judiciales. Y todo ello hace que la justicia sea más ineficaz ya que las partes no saben cuál es el criterio que va a seguirse para resolver el conflicto, lo que determina el incremento del número de litigios.

CONSTANTINO también denuncia que otro de los obstáculos a la previsión de las decisiones judiciales es la tendencia a la sumarización del proceso civil por el riesgo que concurre de que dependa de la persona del Juez.⁹⁶⁶ Esta afirmación la realiza en el contexto legislativo italiano en el que se ha potenciado la sumarización permitiendo que el Juez opte por tramitar el procedimiento con cognición plena o sumaria. Desde esta perspectiva es lógica la posición de CONSTANTINO, pero no es la situación en nuestro país.

En España, el legislador también ha potenciado los procesos sumarios como un instrumento para dotar de mayor eficacia al proceso judicial⁹⁶⁷. Así por ejemplo lo realiza con la creación del juicio especial para recuperar la posesión de los bienes inmuebles cuando el ocupante no tenga título legítimo regulado en la ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas para permitir

⁹⁶⁶ CONSTANTINO lo justifica en que “la difusión de la tutela sumaria, no vinculada a razones objetivas, como la economía procesal o la naturaleza de los intereses en juego, y, sobre todo, sin ninguna posibilidad de una sucesiva declaración y cognición plena, determina inevitablemente la incertidumbre aplicativa y es fuente de vulneración del principio de igualdad, porque la ausencia de las reglas procesales predeterminadas genera el riesgo de formación de prácticas deformadas de oficio a oficio judicial, y sobre todo de una vuelta al sistema feudal en el cual prevalece la lógica de la pertenencia a la decisión de un *favor principis* y no la aplicación de una regla predeterminada y preventivamente adoptada”. (en “La prevedililità...”, cit., pp. 654 y ss).

⁹⁶⁷ Esta opción ha sido criticada por la doctrina. Ver por todos GIMENO SENDRA, en *La simplificación de la Jústicia Penal y Civil*, edit. BOE, Madrid, 2021, pp. 71 y ss.

la recuperación de la posesión por su titular legítimo de una forma rápida ante la insuficiencia de los procedimientos previstos en la LEC. Es cierto que en estos casos el juez tiene mayores facultades procesales, pero no se le permite elegir el procedimiento por el que debe tramitarse. Sin embargo, la imposibilidad de recurrir alguna de las resoluciones que se dictan, como el auto adoptando medidas cautelares, impedirán la creación de esa doctrina jurisprudencial uniforme y deberemos atender al criterio particular que haya adoptado el órgano jurisdiccional que conozca del asunto.

En mi opinión otros elementos que atacan a la previsibilidad de las decisiones judiciales son la no posibilidad de recurrir una decisión ante los tribunales superiores o la derivación obligatoria a un mecanismo complementario de resolución de conflictos.

Finalmente debo manifestar mi preocupación en esta materia por la tendencia legislativa. El 15 de diciembre de 2020 el Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. Con la excusa de introducir mecanismos eficientes para “acoger el previsible incremento de la litigiosidad” y “recuperar el pulso de la actividad judicial” plantea la reforma de la LEC regulando un sistema obligatorio de negociación antes de iniciar el proceso judicial y el procedimiento testigo.

La obligatoriedad del intento previo de negociación previa a la vía jurisdiccional implica un intento de excluir del conocimiento judicial de determinados asuntos, al margen de otras consideraciones sobre su eficacia⁹⁶⁸. Desde esta perspectiva es criticable que no se permita la formación de una doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de una cuestión jurídica.

Otra de las medidas que propone este Anteproyecto de ley es la regulación de los procedimientos testigo en el ámbito de las reclamaciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación, que se tramitan a través del juicio verbal (art. 250.1.14 LEC) y que he analizado anteriormente. En mi opinión no contribuirá a la formación de una doctrina jurisprudencial ya que son acciones en las que para excluir la eficacia de cosa juzgada de las sentencias ya dictadas en las acciones colectivas que se han ejercitado se centra en las circunstancias personales de las partes y, concretamente, en la información precontractual recibida por el consumidor.

Por ello, desde la perspectiva de la previsibilidad de las decisiones judiciales, creo que estas medidas no contribuirán a que las partes sepan cuáles son los criterios que siguen los órganos jurisdiccionales y se volverá a atender al del órgano jurisdiccional que específicamente conozca del proceso judicial.

⁹⁶⁸ Ver ampliamente al respecto el análisis que realicé en “La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas”, en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, número 1, pp. 88 y ss.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Evolución de la doctrina procesal*, en “Estudios de teoría general, cit”, t. II, p. 295 y ss.
- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Notas relativas al concepto de jurisdicción*, RDPrlb, 1972, pp. 477 y ss.
- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Proceso. Autocomposición y defensa*, México, 1947.
- ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas y Sugerencias de Algunos Procesalistas Sudamericanos acerca de la Acción*, en “Estudios en Honor de Hugo ALSINA”, Buenos Aires, 1946
- ALCALÁ-ZAMORA, *Notas Relativas al Concepto de Jurisdicción*, en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1972.
- ALLORIO, *Ensayo polémico sobre la “jurisdicción” voluntaria*, en: “Problemas de Derecho Procesal”, T. II, Trad. de Santiago Sentís Melendo a la ed. de 1957. Buenos Aires, 1963.
- ALLORIO, *Naturaleza de la cosa juzgada*, en: “Problemas de Derecho Procesal”, T. II, Trad. de Santiago Sentís Melendo a la ed. de 1957. Buenos Aires, 1963.
- ALLORIO, *Nuevas Reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada*, en: “Problemas de Derecho Procesal”, T. II, Trad. de Santiago Sentís Melendo a la ed. de 1957. Buenos Aires, 1963.
- ALLORIO. *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, “Problemi di Diritto. La Vita e la Scienza e il Diritto in Italia e in Europa e altri Studi”, ed. Giuffrè, Milán, 1957,
- ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal*, tomo I, vol. 1 –con GIMENO SENDRA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA–, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, 5ª edición.
- ALMAGRO NOSETE. *Derecho Procesal Civil*, tomo I –con TOMÉ PAULE–, ed. Trivium, Madrid, 1993.
- ALMAGRO NOSETE. *El “libre acceso” como derecho a la jurisdicción*. Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n° 37, vol. XIV, 1970, pp. 95 y ss.
- ALMAGRO NOSETE. *El derecho procesal en la nueva Constitución*, RDProc, 1978, pp. 837 y ss.
- ALMAGRO NOSETE. *El Libre Acceso como Derecho a la Jurisdicción*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid”, 1970, núm. 37, pgs. 95-137.
- ALZAGA. *la Constitución Española de 1978 (Comentario Sistemático)*, ediciones del Foro, Madrid, 1978.
- ANDRIOLI. *Significato attuale dell'azione nel processo penale*, Riv. di dir. proc. civ. 1973, pp. 355 y ss.
- ARAGONESES. *Proceso y Derecho Procesal (concepto, naturaleza, tipos, método, fuentes y aplicación del Derecho Procesal)*, Madrid, 1981.

- ARMENTA DEU. “Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales”, en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, enero 2018.
- ARMENTA DEU. *Consideraciones Sobre Inembargabilidad por Motivos de Derecho público y Ejecución de Sentencias Condenatorias de la Administración*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, 1989.+
- ARMENTA DEU. *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*, ed. PPU, Barcelona, 1991.
- AUBRY y RAU. *Cours du Droit Civil Français*, VIII, París.
- BALLBÉ Manuel. *la Esencia del Proceso –el Proceso y la Función Administrativa–*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1947-II, pg. 5 y ss.
- BALLBÉ. *la Esencia del Proceso*, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1947-II, pg. 5 y ss.
- BARONA VILAR. *Algoritmización del derecho y de la justicia, de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021..
- BERZOSA FRANCO. *Demanda, “causa petendi”, y objeto del proceso*, Córdoba 1984.
- BERZOSA FRANCO., *Principios del proceso*, Justicia 1992, pp. 553 y ss.
- BETTI. *Ragione e Azione*, en “Rivista di Diritto Processuale Civile”, 1932
- BIONDI. *In tema di potere discrezionale del giudice (appunti e spunti polemici)*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1928.
- BONET NAVARRO, Angel. *Escritos sobre la Jurisdicción y su Actividad*, ed. Cometa, Zaragoza, 1981.
- BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO GIMENEZ y FERNANDEZ FARRERES. *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, 1995
- BRONIEWICZ. *Funzione del processo civile e teoria della norma giuridica*, Riv. di dir. proc. civ. 199, pp. 823 y ss.
- BRUGI. *Azione*, en: “Il Digesto Italiano, 1893-1899”, pp. 758 y ss.
- BUJOSA VADELL y RODRIGUEZ GARCÍA. *Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional*, en “la Ley”, 30 de marzo de 1999.
- BÜLLOW. *la Teoría de las Excepciones Procesales y de los Presupuestos Procesales*, Buenos Aires, 1964.
- CABALLOL ANGELATS. *Consideraciones sobre la exclusividad de la potestad de ejecutar, con motivo de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, sobre el proceso notarial de realización hipotecaria*, en “la Ley”, 1999-3.
- CABALLOL ANGELATS. *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Barcelona, 1997
- CABAÑAS GARCIA. *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*, edit. Aranzadi, 2010.
- CALAMANDREI, *La Génesis Lógica de la Sentencia Civil*, en “Estudios sobre el Proceso Civil”, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945
- CALAMANDREI. *Casación Civil*, ed. EJEa, Buenos Aires, 1959
- CALAMANDREI. *el Carácter Dialéctico del Proceso*, “Proceso y Democracia”, ed. Ejea, Buenos Aires, 1960.
- CALAMANDREI. *el Proceso como Situación Jurídica*, “el Proceso Civil”, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- CALAMANDREI. *Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*, ed. Góngora, 1936

- CALAMANDREI. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, Opere Giuridiche, vol. I, pp. 427 y ss.
- CALAMANDREI. *Il processo come giuoco*, Riv. di dir. proc. civ. 1950, pp. 23 y ss.
- CALAMANDREI. *Il processo come situazione giuridica*, Opere Giuridiche, vol. I. pp. 177 y ss.
- CALAMANDREI. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Traducción de Santiago Sentís Melendo a la edición de Padova, 1943. Buenos Aires, 1986.
- CALAMANDREI. *La Crisis de la Motivación*, en "Proceso y Democracia", ed. EJEA, Buenos Aires, 1960
- CALAMANDREI. *La relatività del concetto d'azione*, Opere Giuridiche, Vol. I, pp. 427 y ss.
- CALAMANDREI. *Un Maestro di Liberalismo Processuale*, "Rivista di Diritto Processuale", 1951.
- CALAMANDREI. *Un maestro di liberalismo processuale*, Riv. di dir. proc. civ. 1951, p. 1 y ss.
- CALAMANDREI. *La certezza del diritto e le responsabilità della Dottrina*, Opere Giuridiche, Vol. I, pp. 505 y ss.
- CALAZA LÓPEZ. "*La cosa juzgada*", Ed. La Ley, Madrid, 2009.
- CALAZA LÓPEZ. "Confluencia de la Jurisdicción y desjudicialización", Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2020.
- CALAZA LÓPEZ. "*Rebus sic stantibus*, extensión de efectos y cosa juzgada", Ed. La Ley, Madrid, 2021.
- CALAZA LÓPEZ. "Hay Justicia más allá de la Jurisdicción", en "MASC: to be or not to be? Medios adecuados de solución de conflictos en la Justicia", bajo la dirección de Silvia Barona Vilar, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2023.
- CAPOGRASSI. *Giudizio processo scienza verità*, Riv. di dir. proc. civ. 1950, pp. 1 y ss.
- CARNELUTTI. *Ancora sulla lite nel processo penale*, en: "Studi di Diritto Processuale", Padova, 1939, pp. 53 y ss.
- CARNELUTTI. *Clinica del diritto*, Riv. di dir. proc. civ. 1935, pp. 12 y ss.
- CARNELUTTI. *Contro il giudicato penale*, en "Rivista di Diritto Processuale", 1951, I
- CARNELUTTI. *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho y Proceso*, tomo I, ed. EJEA, Buenos Aires, 1971.
- CARNELUTTI. *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho y Proceso*, vol. I, ed. EJEA, Buenos Aires, 1971
- CARNELUTTI. *Diritto e processo*, Napoli, 1958.
- CARNELUTTI. *Giuoco e processo*, Riv. di dir. proc. civ. 1951, pp. 101 y ss.
- CARNELUTTI. *Il concetto di lite nel processo penale*, en: "Studi di Diritto Processuale", Padova, 1939, pp. 47 y ss.
- CARNELUTTI. *La certezza del diritto*, Riv. di dir. proc. civ. 1943, pp. 81 y ss.
- CARNELUTTI. *Lite e processo*, en: "Studi di Diritto Processuale", Padova, 1939, pp. 21 y ss.
- CARNELUTTI. *Matematica e diritto*, Riv. di dir. proc. civ. 1951, pp. 201 y ss.
- CARNELUTTI. *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, Riv. di dir. proc. civ. 1956, pp. 81 y ss.

- CARNELUTTI. *Postilla a Due Concetti Infecundi: negozio e rapporto processuale*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1930, parte II.
- CARNELUTTI. *Postilla*, apostilla al estudio de RICCA-BARBERIS, Mario, *Due concetti infecundi: “negozio” e “rapporto processuale”*, Riv. di dir. proc. civ. 1930, pp. 198 y 199.
- CARNELUTTI. *Principios del proceso penal*, Buenos Aires, 1971
- CARNELUTTI. *Profilo dei rapporti tra diritto e processo*, Riv. di dir. proc. civ. 1960, pp. 539 y ss.
- CARNELUTTI. *Saggio di una teoria integrale dell’azione*, Riv. di dir. proc. civ. 1946, pp. 5 y ss.
- CARNELUTTI. *Torniamo al giudizio*, Riv. di dir. proc. civ. 1949, pp. 165 y ss.
- CARNELUTTI. *Tutela dei diritti*, Riv. di dir. proc. civ. 1943, pp. 3 y ss.
- CARRATTA. “Decisioni robotica e valori del processo”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, número 2, pp. 491 y ss.
- CARRERAS LLANSANA. *Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria*, en “Estudios de Derecho Procesal”, con FENECH NAVARRO, Barcelona, 1962
- CARRERAS LLANSANA. *El Derecho procesal como arte*, en FENECH-CARRERAS, “Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona, 1962, p.53 y ss
- CARRERAS LLANSANA. *El Juez ante la Ley*, ed. Universitat de Barcelona, 1991
- CARRERAS LLANSANA. *Facultades materiales de dirección*, en: “FENECH / CARRERAS, Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona 1962, p. 255 y ss.
- CARRERAS LLANSANA. *las Fronteras del Juez*, en “Estudios de Derecho Procesal” (con FENECH NAVARRO), ed. Librería Bosch, Barcelona, 1962
- CARRERAS LLANSANA. *Proceso, guerra y juego*, en: “FENECH / CARRERAS, Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona 1962, pp. 63 y ss.
- CEPEJ, *Herramientas para aplicar las líneas directrices que conduzcan al cambio hacia la cyber-justicia*, Documento adoptado en la 32 Reunión plenaria de la CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 13 y 14 de junio de 2019.
- CEPEJ. *Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018.
- CHAMORRO BERNAL. *La Tutela Judicial Efectiva*, ed. Bosch, Barcelona, 1994.
- CHIOVENDA, *L’azione nel sistema dei diritti*, en “Saggi di diritto processuale civile”. Reimpresión de la ed. de Roma 1931. Milano, 1993.
- CHIOVENDA. *El Derecho y la Acción*, en “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, vol. I, Madrid, 1936,
- CHIOVENDA. *El Proceso Civil y la Relación Jurídica Procesal*, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, vol. 1, ed. EDERSA, Madrid, 1936.
- CHIOVENDA. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I (reedición de la 2ª ed, Napoli, 1960) y II, Napoli, 1936.
- CHIOVENDA. *La acción en el sistema de los Derechos*, en “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, 1949, I,
- Comisión General de Codificación, Sección Especial para la reforma de a Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *Informe explicativo y propuesta de ante-*

- proyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.
- COMOGLIO. “Riflessioni su rule of law e precedente giudiziale”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, pp. 942 y ss.
- CONSTANTINO. “La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenza”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, pp. 645 y ss.
- CORDON MORENO. *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Pamplona, 1995
- CORTÉS DOMÍNGUEZ. *El proceso, la demanda, el derecho material*, RDProc. 1974, pp. 639 y ss.
- COUTURE. *El proceso como institución*, en: “Studi in onore di Enrico Redenti”, vol. I, Milano 1951. pp. 349 y ss.
- COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1958, 3ª edición.
- COUTURE. *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1974.
- COUTURE. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Buenos Aires, 1949.
- COUTURE. *Introducción al estudio del proceso civil*, Reimpresión de la 2ª ed. de 1953. Buenos Aires, 1988.
- CREMADES. *el recurso en interés de ley*, edit. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969.
- CRISTOFOLINI. *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, Riv. di dir. proc. civ. 1937, pp. 105 y ss.
- CRISTOFOLINI. *Contro i disorientamenti nella scienza del processo*, Riv. di dir. proc. civ. 1937, pp. 282 y ss.
- DE FINA. *Ordinamento e giurisdizione. Una polemica tra processualisti*, Riv. di dir. proc. civ. 1969, pp. 62 y ss.
- DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona 1980.
- DE LA OLIVA SANTOS. *Sobre Conceptos Básicos del Derecho Procesal*, “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1976,
- DE LA OLIVA, Andrés. *Derecho Procesal Civil*, tomo I –con FERNÁNDEZ–, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.
- DE LA OLIVA. *El Tribunal Constitucional como Última Instancia Jurisdiccional*, en “Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid”, 1982, pgs. 9 y ss.
- DE LA RUA. *El concepto de acción en la doctrina*, en: “Problemática actual del Derecho Procesal”, (coord. Augusto Morello), Libro Homenaje a Amilcan A. Mercader. La Plata 1971..
- DE MARINI. *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1954, pgs..225 y ss.
- DE MARINI. *Il giudizio di equità nel processo civile*, CEDAM, Padova, 1959.
- DEGENKOLB. *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig 1877.
- DEMOLOMBEE. *Traité des Contrats*, tomo VII, “Cours de Code de Napoleon”, París, 1879.
- DENTI. *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, Riv. di dir. proc. civ. 1964, pp. 64 y ss.
- DOMÉNECH PASCUAL. “Creación Judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de ley”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, enero 2013.

- DOVAL DE MATEO. *la Revisión Civil*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1979
- FAIRÉN GUILLÉN, *Notas sobre el Principio de Concentración*, “Estudios de Derecho Procesal”, ed. Edersa, Madrid, 1955.
- FAIRÉN GUILLÉN. *Acción, Derecho Procesal y Derecho Político*, RDProc, 1951, pp. 395 y ss.
- FAIREN GUILLEN. *De los hechos al derecho. Uno de los sofismas de la Ley del Jurado de 1995*, en “Revista de Derecho Procesal”, 1997-2.
- FAIRÉN GUILLÉN. *De nuevo sobre los conceptos de acción y pretensión*, RDProc, 1988, pp. 7 y ss.
- FAIRÉN GUILLÉN. *Doctrina General del Derecho Procesal (Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales)*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1991.
- FAIRÉN GUILLÉN. *El Proceso como Función de Satisfacción Jurídica*, en “Temas del Ordenamiento Procesal”, Madrid, 1969, tomo I
- FAIRÉN GUILLÉN. *la Acción, Derecho Procesal y Derecho Político*, “Estudios de Derecho Procesal”, ed. Edersa, Madrid, 1955
- FAIRÉN GUILLÉN. *La historia del proceso civil y la reforma de la Justicia en España*, RDProc.
- FAZZALARI. *La dottrina processualistica italiana: Dall’“azione” al “processo” (1864-1994)*, Riv. di dir. proc. civ. 1994, pp. 911 y ss.
- FAZZALARI. *la Dottrina Processualistica Italiana: dall’Azione al Processo (1864-1994)*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1994-4.
- FAZZALARI. *Processo e giurisdizione*, Riv. di dir. proc. civ. 1992, pp. 1 y ss.
- FENECH NAVARRO. *Derecho Procesal Tributario*, tomo I, Librería Bosch, Barcelona, 1949
- FENECH NAVARRO. *Notas Previas al Estudio del Derecho Procesal*, en “Estudios de Derecho Procesal” –con CARRERAS LLANSANA–, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1962.
- FENECH NAVARRO. *Patología Procesal y Orgánica*, en “Estudios de Derecho Procesal” –con CARRERAS LLANSANA–, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1962
- FERRERES COMELLES. “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, edit. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- FOSCHINI. *Natura giuridica del processo*, Riv. di dir. proc. civ. 1948, pp. 110 y ss.
- FURNO. “Atti del Congresso internazionale di Diritto Processuale Civile”. Padova 1953.
- FURNO. *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padua, 1953.
- FURNO. *Disegno Sistemático delle Oposizioni nel Processo Esecutivo*, apéndice, Florencia, 1942
- GARCIA-ROSTAN CALVIN. “Los formularios y el principio de legalidad”, en *Aciertos, excesos y carencias en la tramitación del proceso*, edit. Atelier, dir. Juan H. Perezagua, Javier López Sánchez, edit. Atelier, Barcelona, 2020.
- GARRIGA ARINO. *El nuevo incidente de nulidad de actuaciones*, en “Economist&Jurist”, julio-agosto 1999.
- GASCON INCHAUSTI,, “Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo”, en

- Tribunales de Justicia*, 2001 (3), pp. 69-77. Se puede consultar en <https://eprints.ucm.es/26589/>.
- GIMENO SENDRA. *El Recurso de Amparo -con CASCAJO CASTRO-*, ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- GIMENO SENDRA. *Fundamentos del Derecho procesal (Jurisdicción. Acción y proceso)*, Madrid, 1981.
- GIMENO SENDRA. *Fundamentos del Derecho Procesal*, ed. Civitas, Madrid, 1981.
- GIMENO SENDRA. GIMENO SENDRA, en *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, edit. Boe, Madrid, 2021.
- GIMENO SENDRA. *La simplificación de la justicia civil y penal*, edit. BOE, Madrid, 2021.
- GIMENO SENDRA. *Poder judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*, RDProc. 1978, pp. 311 y ss.
- GOLDSCHMIDT. *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin 1925.
- GOLDSCHMIDT. *El proceso como forma justa del reparto*, RDProc, 1957, pp. 321 y ss.
- GOLDSCHMIDT. *Explicación de la teoría de la situación jurídica*, RDProc, pp. 353 y ss.
- GOLDSCHMIDT. *Principios Generales del Proceso*, tomo I, ed. EJEA, Buenos Aires, 1961.
- GOLDSCHMIDT. *Principios Generales del Proceso*, tomo II, ed. EJEA, Buenos Aires, 1961.
- GÓMEZ COLOMER. *Reflexiones sobre las bases científicas de la parte general del Derecho Jurisdiccional*, Justicia, 1989, pp. 569 y ss.
- GÓMEZ DE LIAÑO. *Notas sobre la inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial del artículo 129.2 de la ley Hipotecaria*, en “la Ley”, 22 de julio de 1998.
- GÓMEZ ORBANEJA. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo II, vol. 1, casa editorial Bosch, Barcelona, 1951,
- GÓMEZ ORBANEJA. *Derecho Procesal Civil*, vol. 1º, ed. Agesa, Madrid, 1974.
- GÓMEZ ORBANEJA. *El Ejercicio de los Derechos*, ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1975.
- GÓMEZ ORBANEJA. *La acción penal como derecho al proceso*, RDPriv, Febrero 1948, pp. 85 y ss.
- GÓMEZ ORBANEJA. *La acción penal*, en: “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, Barcelona, 1951, p. 160 y ss.
- GÓMEZ ORBANEJA. *Sobre una Nueva Entrega de los Comentarios de GUASP*, en “Revista de Derecho Procesal”, 1945.
- GONZÁLEZ MONTES. *El Derecho Procesal y sus conceptos básicos*, “Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos”, vol. X-XI, 1981-1982, pp. 109 y ss.
- GORDILL. *Concepto del Derecho procesal. (A través de una noción unitaria del proceso)*, Salamanca, 1963.
- GORDILLO. *Concepto del Derecho Procesal (a través de una noción unitaria del proceso)*, Lecciones de Cátedra, Primera Entrega, Madrid, 1955.
- GUASCH FERNÁNDEZ. *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona, 1997.
- GUASP DELGADO. *La pretensión procesal*, Anuario de Derecho Civil, 1952, pp. 11 y ss.
- GUASP DELGADO. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aguilar, Madrid, 1948
- GUASP DELGADO. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aguilar, Madrid, 1948, 2ª edición.
- GUASP DELGADO. *Derecho procesal y Ciencia Forense*, RDProc, 1969, pp. 827 y ss.
- GUASP DELGADO. *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943

- GUASP DELGADO. *la Pretensión Procesal*, ed. Civitas, Madrid, 1981
- GUASP DELGADO. *Los Límites Temporales de la Cosa Juzgada*, en “Anuario de Derecho Civil”, 1948
- GUILLEN LÓPEZ. “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 42, 2018, pp. 335 y ss.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo XVI-2 -con SERRA DOMÍNGUEZ y CORDÓN MORENO-, coord. ALBALADEJO, ed. Edersa, Madrid, 1981.
- GUTIÉRREZ de CABIEDES. *Inejecución por la Administración Pública de Condenas Pecuniarias Acordadas en Sentencia Firme Judicial*, en “libro homenaje a Jaime Guasp”, ed. Comares, Granada, 1984
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES. *Una nueva reflexión acerca del concepto de Derecho Procesal*, en: “Estudios de Derecho Procesal”, Pamplona 1974, pp. 37 y ss.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ y CONRADÍ. *Doctrina procesal española sobre la acción: 1830-1930*, RDProc, pp. 21 y ss.
- HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, Reimpresión de la edición de Leipzig, 1924, Darmstadt, 1967.
- HERNÁNDEZ GALILEA. *la Nueva Regulación de la Nulidad Procesal -el sistema de ineficacia de la LOPJ*, edit. Forum, Oviedo, 1995
- HERRANZ. *El Derecho Procesal Canónico y sus principios fundamentales*, RDProc, 1953, pp. 55 y ss.
- HINOJOSA SEGOVIA. *el Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales -Estudio Jurisprudencial-*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.
- IGLESIAS CANLE. *Procedimiento extrajudicial hipotecario -a propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 402/1998 de 4 de mayo*, en “la Ley”, 18 de diciembre de 1998.
- INVREA, *Interesse e azione*, Riv. di dir. proc. civ. 1928, pp. 320 y ss.
- INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, Riv. di dir. proc. civ. 1939, pp. 313 y ss.
- INVREA. *Interesse e Azione*, en “Rivista di Diritto Processuale Civile”, 1928, pg. 320 y ss
- INVREA. *la Giurisdizione Concreta e la Teorica del Rapporto Giuridico Processuale*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1932.
- JAPIOT. *Jurisprudence Française*, en “Revue Trimestelle de Droit Civil”, 1912.
- JEZE. *l'Acte Jurisdictionelle et la Clasificación des Recours Contentieux*, en “Revue de Droit Public”, 1909, pgs. 667 y ss.
- JEZE. *les Principes Généraux de Droit Administratif*, París, 194.
- JIMENO BULNES. *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1991.
- JUAN-SÁNCHEZ. *Proceso justo en España y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, edit. Aranzadi, 2020.
- LIEBMAN. *Apéndice a la voz “azione”*, en: “Novissimo Digesto Italiano, 1958”.
- LIEBMAN. *Conclusioni di una polemica*, Riv. di dir. proc. civ. 1969, pp. 268-269.
- LIEBMAN. *Diritto e giurisdizione (note polemiche)*, Riv. di dir. proc. civ. 1969, pp. 82 y ss.
- LIEBMAN. *L'azione nella teoria del processo civile*, Riv. trim di Dir. e Proc. Civ., 1950, pp. 47 y ss.

- LIEBMAN. *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, en: "Problemi del processo civile", Milano, 1962.
- LIEBMAN. *L'Azione nella Teoria del Processo Civile*, en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1950,
- LIEBMAN. *Manual de Derecho Procesal Civil*, ed. EJEA, Buenos Aires, 1980.
- LIEBMAN. *Unità del giudicato*, Riv. di dir. proc. civ. 1986, pp. 233 y ss.
- LOIS ESTÉVEZ. *La teoría del objeto del proceso*, Anuario de Derecho Civil, 1949, pp 606 y ss.
- LOZANO-HIGUERO. *Introducción al Derecho Procesal*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.
- MANDRIOLI. *Corso di Diritto Processuale Civile*, tomo I, Giappichelli editore, Turín, 1991, 8ª edición.
- MANDRIOLI. *La tutela giurisdizionale specifica dei diritti*, Riv. di dir. proc. civ. 1953, pp. 30 y ss.
- MANFREDINI. *Corso di Diritto Giudiziario Civile*, I, Bologna, 1898, n. 101
- MARINONI, "El precedente interpretativo", en Revista Jurídica Luso Brasileira, año 3, 2017, número 2, pp. 423 y ss.
- MARTIN DEL BURGO y MARCHAN. *Una visión antidogmática de la sentencia*, en "Revista General de Derecho", julio-agosto 1997, núm. 634-635.
- MARTÍNEZ BERNAL. *Sobre el Concepto de Derecho Procesal*, "Revista de Derecho Privado", tomo XXVIII, enero-diciembre 1944.
- MARTÍNEZ BERNAL. *Sobre el concepto de Derecho Procesal*, Revista de Derecho Privado, 1944, pp. 603 y ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *Comunicación a la Ponencia sobre la Función Jurisdiccional y el "Status" de los Jueces y Magistrados*, en "Documentación Jurídica", tomo XII, en-jn. 1985, núm. 45/46
- MATTIROLO. *Tratado de Derecho Judicial Civil*, tomo I, ed. Reus, Madrid, 1930,
- MAZARELLA. *Fatto e diritto in cassazione*, en "Rivista di Diritto Processuale", 1974, pg. 82 y ss.
- MICHELI. *Considerazioni sulla legittimazione ad agire*, Riv. di dir. proc. civ. 1960, pp. 566 y ss.
- MICHELI. *L'unità dell'ordinamento e il processo civile*, Riv. di dir. proc. civ. 1968, pp. 429 y ss.
- MICHELI. "L'Unità dell'ordinamento e il Processo Civile", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, pgs. 429 y ss.
- MICHELI. *Corso di Diritto Processuale Civile*, tomo I, Milán, 1959.
- MICHELI. *Giurisdizione e Azione (premesse critiche allo studio dell'azione nel processo civile)*, en "Rivista di Diritto Processuale", 1956
- MICHELI. *Iura novit curia*, Riv. di dir. proc. civ. 1961, pp. 575 y ss.
- MONTERO AROCA. "Del derecho procesal al derecho jurisdiccional", en *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988.
- MONTERO AROCA. *Del Derecho Procesal al Derecho Jurisdiccional*, en: "Trabajos de Derecho Procesal", Barcelona, 1988, pp. 13 y ss.
- MONTERO AROCA. *El Principio Acusatorio. Un Intento de Aclaración Conceptual*, "Justicia", 1994-IV.

- MONTERO AROCA. *En Torno al Concepto y Contenido del Derecho Jurisdiccional*, en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1976.
- MONTERO AROCA. *En torno al concepto y contenido del Derecho Jurisdiccional*, en: “Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona, 1981. pp. 15 y ss.
- MONTERO AROCA. *Evolución y futuro del Derecho procesal*, Bogotá, 1984.
- MONTERO AROCA. *Introducción al Derecho Procesal (Jurisdicción. Acción y Proceso)*, Madrid, 1979.
- MONTERO AROCA. *la Función Jurisdiccional y el “status” de Jueces y Magistrados*, en “Documentación Jurídica”, tomo XII, en-jn. 1985, núm. 45/46.
- MONTERO AROCA. *la Función Jurisdiccional y el “Status” de Jueces y Magistrados*, en “Documentación Jurídica”, tomo XII, en-jn. 1985, núm. 45/46,
- MONTERO AROCA. *la Garantía Procesal Penal y el Principio Acusatorio*, “la Ley”, 21 de enero de 1994.
- MONTÓN REDONDO, *Iniciación al estudio del Derecho Procesal (Conceptos básicos y Fuentes)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1987.
- MORELLO. *La acción, la jurisdicción y el proceso*, en: “Problemática actual del Derecho Procesal”, (coord. Augusto Morello), Libro Homenaje a Amilcar A. Mercader. La Plata 1971.
- MORÓN PALOMINO. *Derecho Procesal Civil (Cuestiones Fundamentales)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.
- MORÓN PALOMINO. *Derecho Procesal Civil (Cuestiones Fundamentales)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.
- MORÓN PALOMINO. *Problemática de la Sentencia Civil*, en “Revista de Derecho Procesal”, 1964, pg. 47 y ss.
- MORÓN PALOMINO. *Sobre el concepto de Derecho Procesal*; RDProc. 1962, pp. 507 y ss.
- MORTARA. *Manuale della Procedura Civile*, I, 2ª edición, Turín, 1897, n. 12 y ss.; id., *Principii di Procedura Civile*, 3ª edición, Florencia, 1895, n. 24
- MUÑOZ ARANGUREN. “Comentario sobre las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007. A vueltas con el valor vinculante de la jurisprudencia”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 2009, 17.
- NASI. *Fatto –giudizio di-*, en “Enciclopedia di diritto”, tomo XVI, Milan, 1967, pg. 201 y ss.
- NIEVA FENOLL. *Derecho Procesal I, Introducción*, edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 2019.
- NIEVA FENOLL. *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000.
- NOYA FERREIRO, en “La extensión procesal. Del ámbito del enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Tratado sobre el Proceso Administrativo*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, documento TOL7.435.014.
- ORESTANO. *Enciclopedia del Diritto*, voz “azione”, tomo IV, ed. Giuffrè, 1959, pg. 786 y ss.
- ORTEGO PÉREZ y PICO JUNOY. *Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal*, en “Revista Jurídica de Catalunya”, 1995, núm. 3, pgs. 27 y ss
- PALACIO. *La acción y la pretensión en el proceso penal*, en: “Problemática actual del Derecho Procesal”, (coord. Augusto Morello), Libro Homenaje a Amilcan A. Mercader. La Plata 1971.

- PEDRAZ PENALVA. “La Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, pp. 905 y ss.
- PEDRAZ PENALVA. *Constitución, jurisdicción y proceso*, 1991.
- PEDRAZ PENALVA. *la Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu*, en “*Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*”, 1976
- PEDRAZ PENALVA. *Privilegios de las Administraciones Públicas en el Proceso Civil*, cuadernos Civitas, Madrid, 1993.
- PEKELIS., *Azione*, en: “Nuovo Digesto Italiano, 1937”, pp. 91 y ss.
- PEKELIS., *Azione*, “Novissimo Digesto Italiano”, ed. Utet, Turín, 1958, pg. 29 y ss.
- PERELMAN. *Raisonnement juridique et logique juridique*, en “IX Archives de Philosophie du Droit”, 1966, pgs. 1 y ss.
- PÉREZ DAUDÍ. “La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas”, en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, número 1, pp. 88 y ss.
- PÉREZ DAUDÍ. *El allanamiento en el proceso civil*, Barcelona, 2000
- PÉREZ DAUDÍ. *La protección civil de los derechos fundamentales*, edit. Atelier, Barcelona, 2011.
- PÉREZ DAUDÍ. *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.
- PÉREZ GORDO., *Introducción al Derecho Procesal*, en: “Estudios de Derecho Procesal”, Zaragoza 1981, pp. 15 y ss.
- PÉREZ GORDO. “El concepto de derecho procesal”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Zaragoza, 1981.
- PÉREZ GORDO. *Apuntes de Derecho Procesal*, Zaragoza, 1981
- PÉREZ GORDO. *Concepto, Método, Fuentes y Programa del Derecho Procesal*, pg. 105; id., “Estudios de Derecho Procesal”, ed. Pórtico, Zaragoza, 1982.
- PÉREZ GORDO. *El concepto del Derecho Procesal*, en: “Estudios de Derecho Procesal”, Zaragoza 1981, pp. 27 y ss.
- PÉREZ GORDO. *El Tribunal Constitucional y sus Funciones*, ed. Bosch, Barcelona, 1982.
- PÉREZ GORDO. *la Función del Ministerio Público -Fiscal- en el Proceso Civil*, “Estudios de Derecho Procesal”, Librería Bosch, Zaragoza, 1981.
- PÉREZ GORDO. *La inconstitucionalidad de las leyes en el arbitraje*, en “Estudios de Derecho Procesal”, Zaragoza, 1982.
- PÉREZ GORDO. *Programa de Derecho Procesal*, Zaragoza, 1981, lección 8.
- PÉRROT. *Institutions judiciaires*, Paris, 1995, pp. 470 y ss.
- PESCATORE. *Lezione Universitarie*, Turín, 1857
- PICO JUNOY. *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997.
- PINA. *Temas de Derecho Procesal*, México, 1961.
- PLÓSZ. *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig 1880.
- PODETTI. *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, en: “Teoría y técnica del proceso civil y Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil”, Buenos Aires, 1963.
- PONCE SOLÉ. *El principio de buena administración: discrecionalidad y procedimiento administrativo*, Barcelona, 1999.

- POTHIER. *Traité des Obligations*, “Oeuvres”, tomo I, Bruselas, 1831.
- PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ. *Tribunales Españoles, Organización y Funcionamiento* -con GUTIÉRREZ de CABIEDES, ALMAGRO NOSETE y GONZÁLEZ-DELEITO-, ed. Tecnos, Madrid, 1977, 4ª edición,
- PRIETO-CASTRO. *Acciones y Sentencias Constitutivas*, en “Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal”, ed. Edersa, Madrid, 1964,
- PRIETO-CASTRO. *Los hechos en casación*, en “Estudios y comentarios para la teoría y la practica procesal civil”, vol. I, Madrid, 1950, pg. 244 y ss.
- PROVINZIALI. *Norme di diritto processuale nella costituzione*, Milan, 1959.
- PUNZI. *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milan, 1963.
- RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, Barcelona, 1978.
- RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, edit. Atelier, Barcelona, 2016.
- RAMOS MENDEZ. *Derecho y Proceso*, Barcelona, 1978.
- RAMOS MÉNDEZ. *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, edit. Atelier, Barcelona, 2008.
- RAMOS MÉNDEZ. *La jurisdicción voluntaria en los negocios de comercio*, Barcelona, Madrid, 1978
- RAMOS MÉNDEZ. *Proceso y método*, Revista de Derecho Procesal, 1978, pp. 493 y ss.
- RAUTER. *Cours de Procedure Civile Française*, París, 1834.
- RESENTI. *Diritto Processuale Civile*, Milano 1995.
- RICCA-BARBERIS. *Due concetti infecundi: “negozio” e “rapporto processuale”*, Riv. di dir. proc. civ. 1930, pp. 190 y ss.
- RICCA-BARBERIS. *Due Concetti Infecundi: negozio e rapporto processuale*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1930, parte II.
- RICCA-BARBERIS. *Progresso o Regresso intorno ai Concetti di Negozio e Rapporto Processuale*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1931.
- RICCA-BARBERIS. *Progresso o regresso intorno ai concetti di negozio e rapporto processuale (risposta a F. CARNELUTTI)*. Riv. di dir. proc. civ. 1931, pp. 170-173.
- ROCCO. *La Sentencia Civil*, México, 1945
- ROCCO. *La sentenza civile*, Torino 1906.
- RODRIGUEZ RAMOS. *Necesidad de motivación de las sentencias (comentario a la STC 55/1987 de 13 de mayo)*, en “la Ley”, 1987-4, pgs. 1057 y ss.
- ROSADO IGLESIAS. “Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia”, en *Cuadernos de Derecho Público*, número 28, mayo-agosto 2006, pp. 83 y ss.
- SATTA. *A proposito di diritto e giurisdizione*, Riv. di dir. proc. civ., 1969, pp. 265 y ss.
- SATTA. *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, Riv. di dir. proc. civ., 1939, pp. 201 y ss.
- SATTA. *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, Riv. trim di dir e proc. civ. 1964, pp. 28 y ss.
- SATTA. *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, Riv. di dir. proc. civ. 1937, pp. 32 y ss.
- SATTA. *il Misterio del Processo*, “Rivista di Diritto Processuale”, 1949.
- SATTA. *Il mistero del processo*, en: “Soliloqui e colloqui di un Giurista”, Padova, 1968, pp. 3 y ss.
- SATTA. *L'azione in generale*, dentro de la voz “azione”, en: *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1959, pp. 785 y ss.
- SATTA. *L'esercizio dell'azione*, Riv. it. per le scienze giuridiche, 1947, pp. 212 y ss.

- SATTA. *L'Esercizio dell'Azione*, "Rivista Italiana per la Scienza Giuridiche", 1947, pgs. 212 y ss.
- SATTA. *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, Foro Italiano, 1937, pp. 276 y ss.
- SATTA. *Ultime tendenze della teoria dell'azione*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Gennaio-Febrero, 1940, pp. 1 y ss.
- SATTA. *Ultime Tendenze della Teoria dell'Azione*, "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1940, pgs. 1 y ss.
- SEGNI, *Giurisdizione*, Novissimo Digesto Italiano, T. VII, 1963, pp. 985 y ss.
- SENTIS MELENDO. *Ex factor oritur ius –del hecho nace el derecho–*, en "La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio", Buenos Aires, 1978, pg. 391 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ (*el Incidente de Nulidad de Actuaciones*, "Justicia", 1981, pgs. 43 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. "El juicio jurisdiccional", en *Jurisdicción, acción y proceso*, edit. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 69 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ. *Comentarios a la Reforma Urgente de la LEC*, coord. CORTÉS DOMÍNGUEZ, AAVV, ed. Tecnos, Madrid, 1985.
- SERRA DOMÍNGUEZ. *Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción*, en: "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona 1969, pp. 118 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ. *Jurisdicción*, en "Estudios de Derecho procesal", Barcelona, 1969, p.20 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ. *la Defensa de la Empresa ante el Tribunal Constitucional*, en "la Empresa Constitución Española", Fomento del Trabajo Nacional, AAVV, ed. Aranzadi, Pamplona, 1989.
- SERRA DOMÍNGUEZ. *Liberalización y socialización del proceso civil*, RDProc, 1972, pp. 511 y ss.
- SERRA DOMÍNGUEZ. *Proceso*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XX, Barcelona 1993, pp. 860 y ss.
- SILVA MELERO. *Contribución al estudio de la relación jurídica procesal*, en RGLJ, 1930, I, p. 156 y ss.
- TAPIA FERNANDEZ. "¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)", en *Justicia* 2017, número 2, pp. 21 y ss.
- TARUFFO. *Aspectos del precedente judicial*, edit. Coordinación Editorial, Nuevo León, 2018
- TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*, Padua, 1975
- TARUFFO. TARUFFO, en "Precedente y jurisprudencia", en *Precedente Revista Jurídica*, 2007, pp. 86 y ss.
- TARZIA. *La tutela cautelare*, en: "Il nuovo processo cautelare" Padova, 1993, pp. XXI a XXXIII.
- TRIBUNAL SUPREMO, Sala de Gobierno. *Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014*.
- TROCKER. *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, Riv. di dir. proc. civ. 199, pp. 949 y ss.
- VÁZQUEZ SOTELO. *Los Principios del Proceso Civil*, "Justicia", 1993-IV.

- VERGÉ GRAU (*el Incidente de Nulidad de Actuaciones*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1982)
- VERGÉ GRAU. *el Incidente de Nulidad de Actuaciones*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1987
- VERGER GRAU. *la Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, ed. J.M. Bosch., Barcelona, 1994.
- VIADA. *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1962, tomo I.
- VIEHWEG. *Tópica y jurisprudencia*, traducción DIEZ-PICAZO PONCE DE LEON, Madrid, 1986.
- WACH. *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. 1, ed. EJEA, Buenos Aires, 1977.
- XIOL RIOS. “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional”, en *Revista del Poder Judicial*, número 3, septiembre 1986.
- ZANZUCCHI. *Diritto Processuale Civile*, Milán, 1946, I.
- VV.AA., “Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio”, bajo la dirección de la Prof^a. Sonia CALAZA LÓPEZ y la coordinación de la Prof^a. D^a. Mercedes DE PRADA RODRÍGUEZ, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2022.

