

JORDI NIEVA FENOLL
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona (U.B.)

DERECHO PROCESAL I (INTRODUCCIÓN)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
TEMA 1	
ORIGEN Y FUENTES DEL ENJUICIAMIENTO	
I. EL ORIGEN	8
1. De la autotutela a la heterotutela	10
2. Descripción elemental de un proceso	11
3. Concepto, contenido y denominación de la disciplina	13
4. El estudio doctrinal y científico del Derecho procesal.....	15
II. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. AUTOCOMPOSICIÓN. HETEROCOMPOSICIÓN	20
III. LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL.....	24
1. El principio de legalidad procesal.....	24
2. Elenco de fuentes	26
A. La Constitución, el Convenio Europeo de Derechos Hu- manos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	27
B. Las normas internacionales.....	27
C. Las leyes procesales.....	29
D. La costumbre.....	32
E. Los principios generales del Derecho	34
F. La jurisprudencia	35
3. La interpretación de leyes procesales	38
4. Ámbito espacial y temporal de la ley procesal.....	39
IV. BIBLIOGRAFÍA	41
TEMA 2	
LA JURISDICCIÓN Y EL PROCESO	
I. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN.....	45

	Pág.
II. OBJETIVO FUNDAMENTAL DE LA JURISDICCIÓN: EL JUICIO JURISDICCIONAL.....	48
1. Teorías del juicio jurisdiccional.....	48
2. El concepto de objeto de juicio	52
A. Las viejas teorías de la acción	52
B. Teorías del objeto del juicio.....	54
C. Utilidad actual de las teorías	57
III. LA JURISDICCIÓN ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO	58
1. La trayectoria histórica de la jurisdicción	59
2. El elemento distintivo de la jurisdicción	60
IV. EL PROCESO.....	62
1. Naturaleza jurídica.....	63
2. Contenido del estudio del proceso	65
V. BIBLIOGRAFÍA	66

TEMA 3

GARANTÍAS DE LA JURISDICCIÓN

I. LA INDEPENDENCIA.....	71
1. Independencia de los jueces como Poder del Estado.....	72
A. Amparo del Consejo General del Poder Judicial	73
B. Inamovilidad.....	73
C. Exclusividad	76
D. Predeterminación legal de los jueces y de su competencia.	77
a) Creación del órgano jurisdiccional por ley previa	78
b) Determinación genérica de la competencia judicial.....	78
c) Determinación apriorística de la competencia	82
d) Predeterminación legal de las normas de composición del órgano jurisdiccional	82
E. Inmunidad	82
F. Libertad de asociación de los jueces	83
G. Garantía judicial del cumplimiento de la ley.....	84
H. No sumisión a otros jueces	85
2. Independencia de los jueces como personas	86
A. La independencia económica	87
B. Incompatibilidad con el desempeño de determinadas profesiones	88
C. Incapacidades.....	89
3. El autogobierno de los tribunales	90
A. El Consejo General del Poder Judicial.....	91
B. Otros órganos de autogobierno.....	94
C. La inspección.....	96
D. Las juntas de jueces.....	97

	Pág.
II. LA RESPONSABILIDAD JUDICIAL.....	97
1. Responsabilidad civil.....	98
2. Responsabilidad penal.....	100
3. Responsabilidad disciplinaria.....	101
4. Responsabilidad patrimonial del Estado.....	105
A. Error judicial.....	107
B. Prisión «preventiva» indebida.....	108
C. Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.....	110
III. LA INMEDIACIÓN.....	111
IV. LA UNIDAD JURISDICCIONAL.....	112
V. BIBLIOGRAFÍA.....	113

TEMA 4

DERECHOS FUNDAMENTALES, PRINCIPIOS DE LA JURISDICCIÓN Y FORMAS DEL PROCEDIMIENTO

I. PRINCIPIOS, DERECHOS FUNDAMENTALES, «GARANTÍAS PROCESALES» Y <i>DUE PROCESS OF LAW</i> : INTENTO DE ACLARACIÓN CONCEPTUAL.....	122
II. LA TRILOGÍA BÁSICA DE DERECHOS PROCESALES: IMPARCIALIDAD, DEFENSA Y COSA JUZGADA.....	125
III. EL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL.....	129
1. Dualidad de posiciones: la imparcialidad formal.....	129
2. Causas de parcialidad.....	131
3. Neutralidad política.....	134
4. Abstención y recusación.....	136
IV. EL DERECHO DE DEFENSA.....	138
1. La formulación antigua: el principio de audiencia.....	139
2. La confusa formulación de la Constitución española.....	140
3. Contenido esencial del derecho de defensa.....	141
A. Derecho al libre acceso a los tribunales.....	142
a) Subsanabilidad.....	142
b) Principio de publicidad.....	143
c) Coste económico razonable.....	146
d) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.....	147
e) Instalaciones judiciales humanizadas.....	149
B. Derecho a formular alegaciones.....	149
C. Derecho a la prueba.....	150
D. Derecho a la contradicción.....	151
E. Derecho a la igualdad de partes.....	153
F. Derecho a la asistencia letrada.....	155
G. Derecho a la motivación.....	155

	<u>Pág.</u>
H. Derecho al recurso	158
I. Derecho a la ejecución	159
4. La asistencia jurídica gratuita	160
A. Sujetos que pueden solicitarla y requisitos	160
B. Contenido	162
C. Competencia y procedimiento.....	163
V. EL DERECHO A LA COSA JUZGADA.....	164
VI. LOS PRINCIPIOS DE LA JURISDICCIÓN	166
1. Dispositivo/oficialidad.....	168
2. Aportación de parte/inquisitivo	171
VII. LAS FORMAS DEL PROCEDIMIENTO.....	175
1. Oralidad/escritura	175
2. Concentración/dispersión	178
VIII. BIBLIOGRAFÍA	178

TEMA 5

LOS PROFESIONALES DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

I. EL JUEZ	189
1. Acceso a la carrera judicial.....	190
A. Oposición libre	192
B. Concurso de méritos	193
C. Designación discrecional	195
2. Ascensos y formación continuada.....	196
3. Los jueces legos	197
II. LA OFICINA JUDICIAL	198
1. Los secretarios judiciales	201
A. Acceso y formación continuada	201
B. Estatuto personal y principios de actuación	202
C. Funciones.....	203
2. Cuerpos de funcionarios de la oficina judicial	204
A. Cuerpo de gestión procesal y administrativa.....	207
B. Cuerpo de tramitación procesal y administrativa.....	207
C. Cuerpo de auxilio judicial.....	208
3. Las unidades administrativas.....	208
III. CUERPOS ESPECIALES	208
IV. EL MINISTERIO FISCAL	210
1. Origen y denominación.....	210
2. Principios que inspiran su organización y funcionamiento.....	212

	Pág.
3. Estructura organizativa del Ministerio fiscal	215
4. Intervención del Ministerio fiscal en los diferentes procesos....	216
5. Acceso y estatuto personal.....	216
V. ABOGADOS Y PROCURADORES	217
1. El abogado	218
A. Acceso	219
B. Estatuto personal	221
C. Asuntos en los que interviene. Retribución	222
2. El procurador de los tribunales.....	223
3. El abogado del Estado. Otros letrados de Administraciones pú- blicas	225
VI. BIBLIOGRAFÍA	226

TEMA 6

LA ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL

I. LA JURISDICCIÓN, LA COMPETENCIA Y EL REPARTO.....	235
II. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPA- ÑOLES.....	237
III. DIVISIÓN EN ÓRDENES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA.....	239
IV. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES: CONCEPTO Y CLASES....	240
V. LA CONSTITUCIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ...	242
VI. ÓRGANOS JURISDICCIONALES CIVILES	243
VII. ÓRGANOS JURISDICCIONALES PENALES	243
VIII. ÓRGANOS JURISDICCIONALES ADMINISTRATIVOS	247
IX. ÓRGANOS JURISDICCIONALES SOCIALES.....	249
X. ÓRGANOS JURISDICCIONALES MILITARES.....	250
XI. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	251
XII. ÓRGANOS JURISDICCIONALES INSTITUCIONALES DE LA UNIÓN EUROPEA.....	252
XIII. ÓRGANOS JURISDICCIONALES INTERNACIONALES	253
1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	253
2. El Tribunal Penal Internacional.....	254
3. El Tribunal Internacional de Justicia	255
XIV. TRIBUNALES CONSUECUDINARIOS	256
XV. LA COOPERACIÓN JURISDICCIONAL.....	257
1. Cooperación entre tribunales españoles.....	257
2. Cooperación internacional	258

	Pág.
XVI. EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO	259
XVII. LOS CONFLICTOS JURISDICCIONALES.....	261
1. Entre Jurisdicción y Administración	261
2. Entre órdenes jurisdiccionales.....	263
3. Entre los tribunales militares y el resto de órganos jurisdiccionales.....	264
XVIII. BIBLIOGRAFÍA	265

TEMA 7

LOS ACTOS PROCESALES

I. CONCEPTO.....	273
II. CLASIFICACIÓN.....	274
1. Del juez o tribunal.....	275
A. Providencia	275
B. Auto	276
C. Sentencia	277
2. Del secretario judicial	278
A. Diligencia de ordenación	278
B. Diligencia de constancia	278
C. Decreto.....	279
3. De las partes	281
III. LUGAR.....	281
IV. TIEMPO.....	283
1. Días y horas hábiles	283
2. Cómputo de plazos.....	284
V. IDIOMA	286
1. Lenguas oficiales en España	286
2. Lenguas extranjeras	289
VI. ACTOS DE COMUNICACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL...	290
1. Terminología de los actos de comunicación.....	291
2. Modos de notificación no telemática	291
3. Procedimiento de notificación personal domiciliaria	292
VII. LA BUENA FE PROCESAL.....	294
VIII. NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES.....	295
IX. LA RECONSTRUCCIÓN DE AUTOS.....	297
X. LA POLICÍA DE ESTRADOS	298
XI. EL SERVICIO DE GUARDIA	299
XII. BIBLIOGRAFÍA	300

TEMA 1

ORIGEN Y FUENTES DEL ENJUICIAMIENTO

El enjuiciamiento es un método de resolución de conflictos. Pretende evitar que dos o más sujetos enfrentados resuelvan violentamente sus diferencias, posibilitando que acudan a un tercero que, emitiendo su opinión sobre el conflicto, solventa el litigio que existe entre ellos. Esa «opinión» es conocida con el nombre de *juicio jurisdiccional*, porque se trata ciertamente de una opinión o juicio, y ese juicio, además, pretende «decir derecho» (*iuris-dictio*).

De ese modo, el enjuiciamiento nació como un simple método de pacificación social, y no como una estructura de poder. Sin embargo, el *sistema* de justicia —la estructura institucional dispuesta para enjuiciar— sí surgió como un instrumento de poder, concebido para intentar controlar a los grupos sociales resolviendo sus pequeños litigios interindividuales cotidianos, que aunque en principio no tienen relevancia para terceros, sí que generan conflictividad social cuando no son resueltos. Y es esa conflictividad, perjudicial para todo el grupo, la que pretendía evitarse. Pero atiéndase a la idea base: el sistema de justicia nació como un sistema de control. No es sino mucho más adelante cuando, transformándose, se convierte en lo que en su origen fue el enjuiciamiento: un modo de servir a la humanidad. Es decir, lo que es —o debiera ser— en el momento actual, aunque quizá sin poder dejar de ser un sistema de poder.

En un principio el sistema no sólo atendió a litigios que hoy llamaríamos «civiles». Originariamente no existía una auténtica separación entre cuestiones civiles y penales, básicamente porque la existencia de un sistema de penas propiamente dicho, por básico o salvaje que sea, supone una estructura social más organizada que la que dio lugar a la existencia del juicio jurisdiccional, ya que esta última estructura, como

veremos seguidamente, fue en un principio muy básica. Por tanto, en un origen los jueces se encargaron de dirimir cualesquiera litigios de los miembros de la comunidad en la que actuaban, sin distinción sobre la especialización jurídica que hoy les atribuiríamos.

La separación entre «lo civil» y «lo penal» tardó, en realidad, mucho en surgir, y de hecho es relativamente reciente. En la actualidad, en muchos lugares existe esa división entre justicia civil y justicia penal. Pero esa distinción no es la única posible, sino que se pueden establecer tantas divisiones como se deseen, distinguiendo los órdenes jurisdiccionales que se precisen en razón de un eficiente reparto del trabajo jurisdiccional. Lo veremos más adelante.

Ocurre, sin embargo, que el orden civil ha quedado como el orden originario, residual, al que acudimos cuando no podemos determinar la especialización del asunto. Y es el orden del que, en el fondo, surgieron todos los demás órdenes, probablemente porque los primeros litigios que aparecieron debieron de tener una base patrimonial, igual que suele suceder, en el fondo, en el mundo animal, dejando al margen, de momento, los conflictos por preponderancia genética. Al no ser resueltos pacíficamente dichos conflictos a través de un acuerdo o transacción, se podía generar una violencia que era evitable, precisamente, a través del enjuiciamiento, que para su formación precisa de la celebración de un proceso jurisdiccional. Y así se conformó lo que muchos siglos después (siglo XII) fue denominado *actus trium personarum* por el glosador BÚLGARO en una carta. Lo veremos seguidamente.

En esta lección se analizarán los fundamentos y desarrollo doctrinal, institucional y orgánico de todo este sistema hasta nuestros días.

I. EL ORIGEN

No se sabe cuándo empezó a existir el enjuiciamiento, aunque sí puede deducirse cómo. Ese nacimiento se produjo en el momento en que uno o varios seres humanos, enfrentados con otro u otros por cualquier razón, acudieron a un tercero para que dicho tercero, habiendo escuchado a ambas partes, estableciera la solución del conflicto. Se ha discutido mucho sobre si para que exista actividad jurisdiccional es siempre precisa la presencia de un conflicto, pero lo que es seguro —por pura lógica— es que la primera vez que intervino un tercero en las condiciones indicadas, fue forzosamente a raíz de un conflicto.

Es poco probable que dicho tercero adoptara el rol de juez en sentido propio en un primer momento, como también es difícil —aunque no imposible— que ese papel fuera atribuido a una sola persona. Lo que nos enseña el estudio de lo que sabemos de culturas muy antiguas es justamente que ese tercero no existe de manera individualizada. Así lo

muestran algunas de las culturas germánicas que invadieron Roma, o la propia cultura Aymara, así como las actuales que han permanecido en un estado similar al neolítico, como las de las Islas Trobriand, que estudió MALINOWSKI. Parece, en consecuencia, que originalmente es todo el grupo social en su conjunto el que conforma ese «tercero» que dirime el conflicto, escuchando a ambos contendientes, intentando a buen seguro mediar entre ambos y, de ser imposible la mediación, decantándose en beneficio de uno, en detrimento del otro. Se trata propiamente de un sistema asambleario de hacer justicia, más similar al que hoy utilizamos para elaborar las leyes, lo que, por cierto, demostraría desde este punto de vista el origen común de las leyes y de los juicios jurisdiccionales.

Aunque este sistema asambleario se ha seguido practicando cuando los grupos sociales son más numerosos, y hasta han existido algunos intentos de síntesis del mismo como sólo en cierto sentido puede ser el jurado, la verdad es que es prácticamente imposible que dicho sistema funcione cuando el grupo es muy nutrido.

Quizá en ese momento en que los grupos humanos se hicieron más complejos, se empezaron a escoger personas que aunaran o representaran la voluntad del grupo, probablemente por su *auctoritas* o prestigio social, como sugirió CARRERAS LLANSANA, surgiendo de ese modo la figura del juez como síntesis del primitivo sistema asambleario. Es entonces cuando nace el auténtico sistema de justicia, la valoración judicial de la prueba y, ante sus dificultades, en muchísimas culturas nació el recurso a la ordalía o juicio de Dios, que acude a métodos bestiales tales como la ingesta de veneno o tocar un hierro al rojo vivo, entre otros, para determinar quién tiene razón, recurriendo a la gracia divina aunque, por supuesto, tomando el nombre de Dios en vano. Las antiguas tradiciones mesopotámicas, judías y germánicas, por ejemplo, hicieron uso de la ordalía durante mucho tiempo, aunque —es importante decirlo— nunca de modo sistemático. En la actualidad se sigue practicando por varios pueblos, tales como la tribu centroafricana Azande, estudiada por CHASE, o por los Efik de Nigeria. Y hasta nosotros mismos seguimos recogiendo juramentos y promesas en nuestras leyes, que no son más que una dulcificación de la antigua ordalía, aunque resulten igualmente absurdos por las mismas razones.

Es difícil que todo este sistema de justicia surgiera espontáneamente. Todos los grupos sociales, por pequeños que sean, suelen tener líderes. Es posible que esos líderes, percibiendo la enorme importancia de hacer justicia en esos litigios para mantener unido y pacífico al grupo, en beneficio del mismo y de su propio liderato, se atribuyeran ellos mismos la función judicial y sus métodos, delegándola posteriormente conforme el grupo fue aumentando de tamaño. De ese modo comenzaría a generarse la estructura propia del sistema de justicia. Así parece atestiguarlo, por ejemplo, lo relatado en el capítulo 18 del Éxodo.

Pero desde luego, esta historia pudo ser diferente. Sin embargo, como ya se ha dicho, la versión que se acaba de relatar encaja con lo que sabemos de las civilizaciones antiguas y de algunas de las actuales que han permanecido viviendo en pequeños grupos en un entorno natural, sin modificarlo hasta el punto de construir ciudades. Por desgracia, salvo que un milagro científico permita viajar al pasado u observarlo de algún modo, nunca se sabrá con seguridad cómo surgió todo, cuándo y en qué especie o especies precisas del género *homo*.

1. De la autotutela a la heterotutela

En todo caso, lo que se pretendía es que hubiera paz. Y que las disputas por todo lo que en aquel momento se consideraba un bien material —lo que podía incluir también a las personas— se resolvieran por medios no violentos, probablemente para evitar guerras que, finalmente, provocaban inestabilidad y una gran vulnerabilidad frente a los ataques de grupos vecinos provocados probablemente, en la mayoría de los casos, por disputas basadas en la búsqueda de alimentos o en el predominio del linaje. Aunque no siempre tuvieran esos orígenes más comunes, los mismos pueden ser los mayoritarios, al estar basados en una máxima biológica universal suficientemente contrastada: la selección natural, que solamente los seres humanos hemos conseguido poner en cuestión, afortunada o desgraciadamente —según los casos— desde varios puntos de vista. Pero ese es otro tema.

Se ha denominado tradicionalmente «autotutela» a ese recurso a medios violentos, entre los que, desde luego, se incluye el móvil de la venganza, que es una forma de autotutela propia y exclusiva del ser humano, y que no es más que una absurda desviación patológica del instinto de supervivencia originario, representada, por ejemplo, en la ley del talión, aunque la misma constituyera, precisamente, un control y limitación de la venganza. Autotutela significa autoprotección, autodefensa personal. Dicho de un modo más coloquial pero también más depurado, tomarse la justicia de propia mano, es decir, sin recurrir a la previa asistencia, mediadora o juzgadora, de un tercero.

La sociedad no puede subsistir de ese modo. En ese contexto, el individualismo es cada vez más intenso, por lo que son escasas nuestras posibilidades de subsistir, teniendo en cuenta la fragilidad de nuestro físico, especialmente en la infancia, que es muy prolongada en el ser humano. Si el individualismo se acentúa, las comunidades se hacen cada vez más pequeñas y desaparecen, precisamente por la falta de confianza mutua, lo que provoca que el intercambio de conocimientos sea más lento y el progreso cultural de la especie acabe deteniéndose.

Por ello, el recurso al tercero en caso de conflicto debió de ser uno de los catalizadores más importantes para el crecimiento del género *homo*, aunque sólo podemos atestiguar esa realidad en el *sapiens* como especie. Sea como fuere, la solución pacífica de litigios trajo menos conflictividad y más tiempo para pensar en otros asuntos que no fueran la simple supervivencia. Además, de ese modo los grupos se hacían más numerosos, por lo que los líderes de esos grupos tenían más medios para repeler una agresión externa. Es posible que, por ello, algunas culturas se dieran cuenta relativamente pronto de la necesidad de supervisar esos conflictos, como motor para que la comunidad fuera más próspera. Pero muy probablemente el recurso al tercero fue espontáneo, como antes dije, buscando el instintivo refugio en el parecer o protección (tutela) del grupo, intentando que ese parecer (el juicio) protegiera la postura de uno de los contendientes. En ese momento nació la heterotutela, o protección de un tercero. Y a partir de ese germen se fue desarrollando posteriormente el sistema de justicia.

El enjuiciamiento es uno de los métodos de heterotutela, pero no el único. Entre los medios de resolución de conflictos existen otros recursos a un tercero que no suponen enjuiciamiento. El más básico, sin duda, es el recurso a la autoridad policial.

2. Descripción elemental de un proceso

Cualquier ser humano, para tomar una decisión, necesita un proceso, es decir, un esquema y una estrategia de información y decisión, como lo confirma la Psicología del pensamiento. Trasladada esa realidad al ámbito judicial cabe decir que cualquier juez, para juzgar, precisa de un proceso, que se llama *proceso jurisdiccional*, precisamente para subrayar que es un juicio o decisión jurídica (*iuris-dictio*) lo que resulta de su celebración. Se ha dicho —FENECH— que sólo los dioses pueden juzgar sin proceso, lo que subrayaría la supuesta naturaleza sobrenatural de esos dioses. Aunque también confirmaría que todos los relatos de procesos judiciales celebrados por dioses, incluido el juicio final, no son más que historias especulativas inventadas por seres humanos desde su más estrecha perspectiva, pero que resultan imposibles al ser incoherentes.

Sin embargo, lo cierto es que se ha interiorizado en gran medida en el ser humano la idea de que el proceso conduce a una solución justa del conflicto. No de otro modo se explican los «juicios sumarísimos», que no son más que farsas de proceso en las que la sentencia está dictada de antemano. Al ser humano, pese a que se proponga realizar una injusticia, le parece importante dotar de esa forma externa a sus decisiones, por expeditivas y poco deliberativas que sean. Sobran ejemplos incluso en momentos dramáticos de la historia, como el periodo del terror de la Revolución Francesa.

En cualquier caso, se pueden distinguir unas fases básicas comunes a cualquier proceso jurisdiccional que se celebre en el mundo.

En primer lugar, se encuentra la fase de *alegaciones*. El juez precisa que las partes le comuniquen el objeto del litigio. A través de esas alegaciones, dichas partes litigantes suministrarían al juez las informaciones necesarias sobre su punto de vista en el conflicto.

Tras las mismas, aparece la fase de *prueba*. Durante la misma se aportan al proceso los elementos o vestigios que contribuyen a demostrar la veracidad de las alegaciones, trayendo la realidad extraprocesal al proceso.

En tercer lugar, suele distinguirse una fase de *conclusiones*. En ese momento se compendia lo que ha dado de sí la prueba y la reflexión llevada a cabo en el proceso sobre el ordenamiento jurídico aplicable, intentando fijar qué alegaciones han quedado probadas y cuáles no, realizándose de ese modo un útil resumen de todo lo actuado.

El proceso concluye con el *juicio*, normalmente expresado en una resolución que suele recibir el nombre de sentencia. El juez, una vez celebradas las fases anteriores, dispone ya de los elementos para emitir una decisión, sea la que fuere, que dirima el conflicto: el juicio jurisdiccional. Y para darle mayor seguridad jurídica e incentivar la pacificación, se le suele atribuir al juicio un carácter definitivo e irrepetible, efecto que conocemos con el nombre de «cosa juzgada», y que no existe en otra expresión de los poderes del Estado que no sea la judicial, como subrayó SERRA DOMÍNGUEZ.

En ocasiones, para intentar optimizar el acierto del juicio jurisdiccional se permite una revisión, o incluso una repetición total o parcial de lo actuado. Con ese objetivo se dispone el mecanismo de los recursos contra la resolución dictada, a fin de que —habitualmente— un juez distinto del que dictó el primer pronunciamiento, entre de nuevo en el objeto de lo juzgado, confirmándolo o anulándolo. En esos casos, se difiere el efecto de cosa juzgada hasta el pronunciamiento del último juez.

Con ello concluye la llamada «fase de declaración», que recibe ese nombre —un tanto impropio— porque la misma está enfocada a que el juez «declare» el juicio jurisdiccional.

Pero de nada sirve un pronunciamiento judicial si se queda en una simple declaración sin eficacia práctica. Es por ello por lo que, si no se ha producido el cumplimiento voluntario de la sentencia por parte del condenado, es preciso en la mayoría de ocasiones pasar a la «fase de ejecución», cuya denominación tampoco es que sea muy eufónica, pero es la que se ha impuesto de forma unánime desde hace siglos.

Acompañando a todo ello, en los ordenamientos más modernos —aunque no tan recientes como suele creerse— se crearon las llama-

das «medidas cautelares». Su misión es que el tiempo que inevitablemente tarda en sustanciarse el proceso, no perjudique su eficacia. Dicha eficacia debe ser entendida en sentido general, no sólo ejecutiva. Es por ello por lo que, por ejemplo, puede embargarse el patrimonio del deudor demandado, para evitar que se quede en insolvencia en el momento en que se dicta la sentencia, pero también puede anotarse preventivamente una demanda en un Registro público, para que no se sucedan los actos de terceros que pongan más en cuestión el derecho discutido en el proceso.

Todas las subfases de la fase de declaración se suelen encontrar dispuestas en el orden citado a lo largo y ancho de los procesos jurisdiccionales del mundo. La razón de ello no es solamente que sea la periodificación más lógica de la toma de una decisión, lo que hace que sorprendentemente se parezca de forma extraordinariamente fiel a la descripción que los psicólogos suelen realizar de esa actividad intelectual. El motivo principal es que esa estructura fue la que nos legó el proceso romano postclásico, y se ha mantenido con pocos cambios en lo básico hasta nuestros días.

Pero no es el único modo de configurar esas fases. El propio proceso romano, en el periodo del proceso formulario, concibió una original manera de disponer la fase de declaración, comenzando con una fase de alegaciones y juicio sobre el derecho aplicable ante el pretor (fase *in iure*), y prosiguiendo ante el *iudex* con una práctica de la prueba, conclusiones y juicio teniendo en cuenta lo actuado y lo declarado por el pretor (fase *apud iudicem*). Fue un proceso de circunstancias, probablemente concebido para ser utilizado por ciudadanos no romanos en las zonas ocupadas, a fin de evitar que tuvieran la sensación de estar siendo ocupados, dado que el *iudex* solía ser indígena, y romano el pretor, como se desprende de la primera sentencia conservada prácticamente íntegra del mundo romano: el Bronce II de Botorrita (87 a. C.). Sea como fuere, esa forma procesal se acabó imponiendo en todo el Imperio durante bastante tiempo, y es un testimonio de que las fases procesales se pueden disponer de diferentes y creativas maneras.

3. Concepto, contenido y denominación de la disciplina

El Derecho procesal es la rama del Derecho que estudia todas las manifestaciones del fenómeno jurisdiccional. Dentro de esas manifestaciones se incluyen:

— Las llamadas instituciones procesales, cuyos conceptos constituyen, pese a su enorme trascendencia práctica, la parte más teórica de nuestra disciplina (cosa juzgada, carga de la prueba, congruencia, motivación, etc.).

— El fenómeno jurisdiccional, o génesis del juicio, explicando cómo surge el mismo y qué relaciones tiene con la generación del propio Derecho.

— Las circunstancias de la vida cotidiana que influyen en el proceso. En este apartado se incluye el factor económico, el temporal, el psicológico, el ideológico, etcétera.

— Los procedimientos o trámites precisos para celebrar un proceso.

También estudia el Derecho procesal lo que la doctrina, con voluntad academicista, reconoce mayoritariamente como los tres conceptos fundamentales de esta disciplina: la jurisdicción, el proceso y la acción. Se les llama «fundamentales» porque con ellos se supone que se construirían todos los demás contenidos del Derecho procesal. La *jurisdicción* sería el producto de la actividad judicial, que se manifiesta en el pronunciamiento jurisdiccional. El *proceso*, *grosso modo*, sería el vehículo para que las partes realicen sus solicitudes, desempeñen sus actividades de defensa, y el juez pueda formarse una opinión para emitir el juicio jurisdiccional. Y, por último, la *acción* trataría de explicar la posición de las partes en el proceso, aunque esto último sólo es cierto en parte, dado que también se habla de «acción» para referirse al acto que daría inicio al proceso, y asimismo como sinónimo de la noción «objeto del juicio». De ese modo se convierte en un concepto polisémico, ambiguo, polémico y quizá en buena medida inútil como tal concepto. Lo veremos más adelante.

Como se ve, el objeto de la disciplina es sumamente amplio. Normalmente, los distintos apartados se combinan —deben hacerlo— en cualquier estudio científico. En parte debido a ello, se han propuesto incluso cambios de denominación de la materia. Ha aparecido así la rúbrica «Derecho jurisdiccional», planteada por FENECH NAVARRO y popularizada decididamente por MONTERO AROCA, que hasta tituló así su manual, enfatizando que lo más importante de la disciplina era el estudio de la *iurisdictio*, es decir, el acto del juicio jurisdiccional, que veremos después. Yo mismo he hablado en algunas ocasiones de Ciencia jurisdiccional, para intentar abarcar todo el objeto de estudio de una forma omnicomprendensiva, pero sin voluntad clasificatoria.

En el pasado recibió otras denominaciones. En los siglos XVI a XIX se conoció con el nombre de «práctica» en Castilla, en los territorios de la Corona de Aragón, en Francia y en otros lugares [v. gr. *Practica criminalis et ordinis iudicarii civilis* (1603) de Lluís de PEGUERA (1603), la *Practica und Proceß* de Kilian KÖNIG (1550) o la *Practique judiciaire* de Joost DE DAMHOUDERE (1555)] o «práctica forense», denominaciones inspiradas probablemente en la «*practica iudiciaria*» acuñada por BALDO DE UBALDIS (siglo XIV) en su *Practica Baldi*, resaltando de ese modo la importancia del trabajo, administrativo sobre todo, de los tribunales. No obstante, en los siglos XIII y XIV se designó con frecuencia la materia a través de la

denominación genérica de «juicios» [DURANDUS (siglo XIII), BARTOLUS DE SAXOFERRATO (siglo XIV)], rúbrica que todavía influye en el lenguaje cotidiano actual, y que de hecho tuvo especial trascendencia en los territorios italianos, donde en el siglo XIX Mateo PESCATORE y Luigi MATTIROLO habían escrito manuales y tratados de *Diritto giudiziario*. En menor medida, la doctrina también estudiaba el Derecho procesal bajo el rótulo «acciones» (OLIVA en Cataluña o BÖHMER en los Estados alemanes).

También hizo alguna fortuna, durante un cierto tiempo, la denominación de raíz francesa «Derecho del procedimiento» (*Droit de la procédure*), utilizando la palabra «*procédure*», de uso común en ese país ya desde la Baja Edad Media por lo menos. Hoy en día se mantiene dicha denominación en Francia y en buena medida en los países de habla inglesa (*Procedural Law*). También tuvo incidencia en España en el siglo XIX y principios del XX («procedimientos judiciales»), por la misma influencia francesa, aunque dicha denominación convivió casi cien años con la de «práctica forense».

Una última designación, que se trasladó a las leyes españolas de finales del XIX, fue la de «enjuiciamiento», que de hecho volvía a los orígenes de los «juicios», denominaciones ambas que, por cierto, en absoluto son desacertadas desde la perspectiva científica.

Sin embargo, la denominación que se ha impuesto es la de «Derecho procesal». Su origen parece ser germánico, y se remontaría nada menos que al siglo XVI, cuando se escribieron varios manuales de *Gerichtlicher Proceß*. De ahí a hablar de *Zivilprozeßrecht* y *Strafprozeßrecht* sólo medía un pequeñísimo paso, aunque tardó un poco en darse. La expresión se detecta ya desde finales del siglo XVII y aparece consolidándose desde los años veinte del siglo XIX con el importante manual de LINDE (1825) sobre todo, y también con BETHMAN-HOLLWEG (1827), refiriéndose varios textos de la época —también textos administrativos— literalmente al *Civilprozeßrecht*. En todos esos estudios parece haber tenido gran influencia la antigua voluntad de construir un código procesal común para los Estados alemanes, que se consiguió finalmente con el vigente de 1877.

Está plenamente probado que la denominación germánica influyó sobre todo a la doctrina italiana y —mayoritariamente a través de esa doctrina italiana— a los autores españoles. Y por la ventaja lingüística, la denominación española «Derecho procesal» ha acabado implantándose también en todo el área latinoamericana.

4. El estudio doctrinal y científico del Derecho procesal

El proceso ha sido objeto de estudio desde hace muchísimo tiempo. Quizá el testimonio manualístico procesal más antiguo sea el comentario IV de las *Instituciones* de GAYO (siglo II d. C.), en el que, entre otros

temas, se hace una exposición sintética de cómo era y había sido el proceso en época romana.

Pero nunca se dejó de escribir acerca del proceso. Mejor dicho, nunca se debió de dejar de escribir, porque lo cierto es que se han debido de perder muchas obras, la enorme mayoría, y no es posible afirmar prácticamente nada al respecto. La propia obra de GAYO se recuperó por casualidad en 1816. Sea como fuere, a veces el afán de los autores era más bien descriptivo. Otras veces se trataba de instruir a los participantes técnicos del proceso, en torno a la mejor manera de plantear sus escritos y alegatos, elaborándose desde época muy pretérita algo que ha sido una constante de la literatura procesal hasta nuestros días: los formularios judiciales. Aunque, desde luego, no constituyan su mejor testimonio, ni mucho menos.

No obstante, ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO apuntó una periodificación de la evolución del estudio científico del Derecho procesal que hizo fortuna y ha sido seguida por muchos autores. Al hilo de esa orientación se acostumbran a distinguir cinco fases principales: la primitiva, la judicialista, la práctica (forense), el procedimentalismo y el Derecho procesal.

La primera abarcaría un larguísimo periodo, desde los ignotos orígenes de hace milenios hasta la Recepción más o menos (siglo XII). La segunda surge tras esa Recepción a través de los estudios de Bolonia, y se denominó judicialista, como antes vimos, al denominar así a los estudios del proceso (*iudicia*). Es, sin duda, la etapa de los glosadores y, sobre todo, de los comentaristas, que basaban sus estudios en la exégesis del *Corpus iuris civilis*. En la tercera etapa (que comenzaría hacia inicios del siglo XVI), los autores se habrían limitado a explicar los usos forenses y a elaborar formularios, aunque basándose en una enorme medida en los escritos de los comentaristas del periodo anterior. En el cuarto periodo, el procedimentalista (hacia el siglo XIX), habría existido una mayor preocupación por el cumplimiento de los trámites previstos en las leyes, sobre todo en los nuevos códigos, describiendo dichos trámites minuciosamente. Y en la quinta y última etapa, en la que estaríamos todavía ahora, existiría un auténtico estudio científico derivado de la construcción de conceptos, nociones y categorías teóricas e instituciones que permiten trazar un sistema a través del cual se consigue, además, obtener una autonomía científica con respecto al Derecho sustantivo.

Esta quíntuple división, pese a ser indudablemente ingeniosa y sistemática, no se compagina con la realidad hasta sus últimas consecuencias. Por ejemplo, esa autonomía científica existió mucho antes que la histórica discusión sobre la acción de WINDSCHEID y MUTHER¹, al contra-

¹ B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856. Scientia Verlag Aalen, 2.ª ed. Darmstadt, 1984. Th. MUTHER, *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiskontestation und der Singularsukzession in ob-*

rio de lo que ha solido afirmarse por la mayoría de autores. O bien no existía, pero como tampoco existía la autonomía del resto de materias respecto al *ius civile*. Muchos de los juristas de esas épocas, como los médicos hasta mediados del siglo xx, «entendían» de todo en sus obras, es decir, intentaban con frecuencia abarcar la mayoría de la ciencia jurídica. Sí que es cierto que con el tiempo se fueron parcelando más las obras distinguiéndose entre Derecho civil y Derecho penal. Pero en la mayoría de esos trabajos, como en la propia obra de GAYO incluso, la parte procesal ocupaba un lugar bien separado. Esa misma separación puede observarse incluso en las Partidas —con la Partida III especialmente— y en otras muchas obras, varias de ellas monográficas sobre el proceso, como vamos a ver. Por consiguiente, no es correcto sostener que, en estas condiciones, la autonomía científica del Derecho procesal sólo se alcanzó a finales del siglo xix.

Además, en todas las épocas, en mayor o menor medida, se han creado y explicitado conceptos, se han descrito procedimientos y se han recopilado los usos forenses. De hecho, existen obras monográficas sobre el proceso al menos desde el siglo xiv. Sea como fuere, leyendo a los autores medievales, y hasta los textos romanos o visigodos, uno no puede llevarse la sensación de que ha sido en los siglos xix y xx cuando se han creado las nociones de cosa juzgada, de prueba, de carga de la prueba o de legitimación, por ejemplo. Ni mucho menos.

Lo que sí que ha habido es una diferenciada aproximación científica a los temas tratados, pero que tampoco admite una estricta parcelación por épocas. Y tomando en cuenta ese criterio, sí que se puede distinguir entre autores que describen el uso forense y elaboran formularios, autores que se dedican más bien a hacer comprensible el proceso a estudiantes de Derecho sobre todo; autores que, apoyándose fundamentalmente en argumentos de autoridad, construyen algo parecido a una pseudofilosofía del proceso; y por último, autores que, superando los enfoques anteriores, intentan crear, utilizando el método científico, soluciones a problemas eminentemente prácticos, de forma que las soluciones no acaben creando incoherencias teóricas, tratando de sistematizar las materias implicadas.

Siguiendo esas grandes categorías, sí que se podría construir una cierta evolución, dentro de cada una de ellas, de los estudios doctrinales, pese a que varios autores se inscriben en más de una de ellas. Pero lo que resulta casi imposible es seguir de una forma rigurosa una evolución histórica del global de obras sobre el proceso. No obstante lo anterior, cabe

ligationen. Eine Kritik des windscheidschen Buchs «die Actio des römischen Zivilrechts», Erlangen, 1857 (en la reed. de Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1984). B. WINDSCHEID, *Die Actio. Abwehr gegen Dr. Theodor Muther*, Düsseldorf, 1857, en la reedición de Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1984.

decir que salvando la obra de GAYO, los primeros trabajos doctrinales de Derecho procesal que poseemos son los de glosadores y comentaristas, que, como ya se ha dicho, intentaban explicar el proceso sustentándose en los argumentos de autoridad del *Corpus iuris civilis*, aunque con una no desdeñable creatividad que se separaba del precedente romano. Ese podría ser el primer periodo.

A partir del siglo xv, aunque siguiéndose el mismo método de los comentaristas, empieza a detectarse que los argumentos de autoridad provienen ya de esos textos del periodo inmediatamente anterior, y no directamente de las fuentes romanas. Y desde el siglo xvi se comienza a observar un avance científico considerable, aunque paulatino, empezándose al mismo tiempo a utilizar las leyes vigentes en el discurso jurídico. Sin abandonar del todo (explícita o implícitamente) la autoridad de los textos de los comentaristas, surgen en esa época manuales de práctica forense con pinceladas teóricas indiscutibles. Testimonio de esa línea son el anónimo *Gerichts-Ordnung und Proceß ietzläuffiger übungen* (1531), o las obras de JUSTINUS GÖBLER (*Gerichtlich Proceß auß grund der Rechten und gemeyner übung*, 1536) y de KILIAN KÖNIG (*Practica und Prozeß*, 1541) en los territorios alemanes. También debe reseñarse en Francia la obra de JOOST DE DAMHOUDERE (*Practique judiciare es causes criminelles*, 1555) y de J. FOUCHER (Ioannis Fucherii), *Ritus Iudiciales in negotiis Civilibus experiundis, quibus etiam practici utuntur in omnibus Galliae curiis*, Paris, 1548. Así como en Castilla —pese a ser publicada en Lima— la *Curia Philípica* de JUAN DE HEVIA BOLAÑOS (1603), que desde luego no es solamente un texto de práctica forense, sino que en muchos apartados recuerda a un manual actual. Al igual que, en parte, en Cataluña la obra de LLUÍS DE PEGUERA antes citada (1603) y la de SALGADO DE SOMOZA sobre el proceso concursal (1651), publicada en Lyon pese a que el autor era de Galicia. O el *Processus Iudiciarius Granicialis Regni Poloniae* (1641) y las *Regulæ juris et loci communes forenses*, ambas de Stanisław ŁOCHOWSKI, con origen en la Polonia del siglo xvii. En ese periodo existen notables, aunque algo aisladas, aportaciones científicas.

Una de las primeras obras —que no es solamente procesal— que huye ya completamente de un enfoque forense y que, desde luego, no es un texto procedimental, son con mucha claridad los *Commentaries on the Laws of England* de WILLIAM BLACKSTONE (1766). Tampoco se puede dejar de lado, en este contexto, algunos aspectos del *Traité des obligations* de POTHIER (1761) o, en más escasa medida, la obra del CONDE DE LA CAÑADA (1794) y el *Nouveau Style Criminel*, de DUMONT (Paris, 1776). Pero el trabajo que probablemente resulte más reseñable sea la obra procesal de JEREMY BENTHAM, escrita a caballo entre los siglos xviii y xix, y que desde luego es realmente científica e indudablemente pionera, exactamente al mismo nivel, en muchísimos apartados, de lo que se escribe actualmente.

Sin embargo, el impulso de dichas obras no era seguido por todos los autores, porque nunca todos los expertos en una materia poseen la misma creatividad y capacidad de abstracción. Además, en el siglo XIX se codifica finalmente, por lo que surgen multitud de obras que describen los preceptos de las leyes recién promulgadas, lo que es algo bien comprensible, comercialmente sobre todo. Pero aun así, sigue habiendo autores que claramente hacen ciencia procesal, y no meramente procedimental. Quizá el más destacado de todo el siglo XIX sea Friedrich Karl von SAVIGNY, que sigue también un enfoque estrictamente científico. Y en España la obra de José de VICENTE y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento* (1856), que, desde luego, hace auténtico honor a su título, así como el tratado de GÓMEZ DE LA SERNA y de MONTALBÁN (1861). Sin embargo, a finales del siglo XIX, al hilo de la polémica entre WINDSCHEID y MUTHER (1856-1857), surgen en Alemania y en Austria-Hungría autores que, sobre todo, hacen (pseudo)filosofía del Derecho procesal, lo que atañe a algunos de los escritores de las obras sobre la acción.

Pero el impulso científico sí que se mantiene de forma estable ya desde entonces. Parece que entre mediados y finales del siglo XIX se da ya el paso definitivo, y dejamos de encontrar autores aislados, como los citados, que hacen auténtica ciencia procesal al construir y explicar conceptos de manera compatible con los requerimientos de la práctica. Ya es en este contexto en el que puede citarse a IHERING y a MITTERMAIER, al propio WINDSCHEID desde luego, a ENDEMANN, y en mucha más escasa medida a Oskar von BÜLOW. Algo más tarde a Adolf WACH, a Josef KOHLER y su profusa obra, y a Friedrich STEIN. Y a partir de ahí a otra serie de escritores no tan conocidos. Todos esos autores trascendieron sus fronteras, teniendo especial incidencia en Italia en el periodo inmediatamente posterior, sobre todo a través de CHIOVENDA.

Seleccionando solamente a los autores con más impacto doctrinal en el mundo hispanoparlante, inmediatamente después surgen en Alemania ROSENBERG y GOLDSCHMIDT, en Italia CALAMANDREI y CARNELUTTI, y en España GÓMEZ ORBANEJA, PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, FAIRÉN GUILLÉN y, con un alcance mucho más limitado pese a su cuidado y valioso trabajo, GUASP DELGADO. Tras ellos viene toda una generación, con figuras muy relevantes, de la que todavía es pronto para destacar algunos de sus nombres.

Pero lo importante es que ya a partir de entonces no se pierde la referencia de lo que correspondía hacer: ciencia y filosofía jurídica, pero ya no obras meramente descriptivas de la práctica procesal, de las normas legales o de lo que habían dicho otros autores antes que ellos.

En consecuencia, si realmente se quiere hacer justicia a los autores de cada época, habría que empezar por hacer un listado de lo que real-

mente aportaron, lo que excede en mucho de los límites de este apartado. En ese momento se descubrirán muchas sorpresas, quizá se romperá algún mito —como el de la supuesta lucha por la autonomía del Derecho procesal en el siglo XIX— y saldrán a la luz autores no demasiado conocidos todavía, como alguno de los referidos.

Pero al margen de lo citado, establecer épocas en el estudio del Derecho procesal resulta incurrir en una generalización que no sirve sino para distorsionar la realidad. Es bueno intentar poner orden en las materias a estudiar, pero no a costa de dejar en el olvido a varios nombres de los citados porque, simplemente, no escribieron monográficamente algo que pudiera parecerse remotamente a un manual de Derecho procesal. Y en este sentido, para revisar con cierta precisión la historia pasada, lo único que podría hacerse, además de lo descrito, es dividir el estudio por siglos fundamentalmente, descubriendo los autores que aportaron algo científicamente en cada época. Lo que, obviamente, ultrapasa los objetivos de una obra como la presente.

II. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. AUTOCOMPOSICIÓN. HETEROCOMPOSICIÓN

Como es obvio, el proceso jurisdiccional no es la única forma de resolver conflictos pacíficamente. En la actualidad el proceso padece, desgraciadamente, un cierto desprestigio social que es fruto, sobre todo, de la lentitud e ineficacia que sufre en algunos casos. Dichos inconvenientes son provocados, fundamentalmente, por la tradicional falta de inversión y atención generalizada de los Gobiernos en materia de Justicia en todas sus facetas: creación de tribunales, dotación de medios personales y materiales para su labor y formación del personal judicial.

Como consecuencia de esa mala imagen y deficiencias, ha hecho fortuna, no tanto en la práctica como en la teoría y, desde luego, en algunos foros jurídicos, la referencia a los medios «alternativos» de resolución de conflictos o ADR por sus siglas en lengua inglesa (*Alternative Dispute Resolution*). Alternativos, por supuesto, al proceso judicial. Se pretendería así incidir en la muy cuestionable idea de que el proceso jurisdiccional es negativo en varios sentidos, y muy beneficiosos, en cambio, esos medios.

Los ADR han sido examinados por la doctrina bajo una doble clasificación que distingue entre autocomposición y heterocomposición.

La autocomposición supondría que las partes mismas llegan a una solución del conflicto, sin que ningún tercero se implique directamente en dicha solución interactuando con las partes.

El medio autocompositivo por excelencia es la transacción, aunque también puede hablarse de la simulación y del dictamen a un experto. Estos dos últimos no son apéndices de la transacción ni intentan necesariamente favorecerla, porque pueden concluir con un desistimiento de las partes.

La transacción consiste en un acuerdo entre las partes a través del cual ambas pierden y ganan a la vez. Y no siempre de manera equitativa, puesto que hay transacciones en las que una de las partes es coaccionada por el poder económico o fáctico de la otra, o incluso por su propia debilidad económica o emocional. Son raras las transacciones que se alcanzan sin la ayuda de los abogados de cada parte, que tratan, no sólo de aminorar los efectos de las citadas desigualdades, sino también y sobre todo de realizar un control de regularidad jurídica de lo acordado.

La simulación supone la celebración de un proceso ficticio, de no más de un día de duración normalmente, en el que las partes exponen sus principales argumentos ante un jurista de su mutua confianza, que no se implica en la solución del conflicto más allá de la realización de la simulación, lo que equivale a no implicarse. Dicho jurista dará una opinión no vinculante sobre el litigio al concluir la simulación. Y con esa opinión, las partes pueden valorar mejor sus expectativas ante un proceso real, lo que puede favorecer que acaben llegando a un acuerdo o, como se ha dicho, desistan del conflicto.

El dictamen de un experto es una variación sustancial de lo anterior, aunque en el fondo también se busca la opinión de un tercero que favorezca la solución del conflicto e, igualmente, no se implique en la misma. Consiste en acudir a un experto en la materia objeto del proceso para que dictamine sobre el litigio, del mismo modo de manera no vinculante. La controversia puede ser de carácter jurídico fundamentalmente, pero cuando se acude a estos dictámenes la discrepancia suele versar más acerca de una materia extrajurídica.

La heterocomposición supone que las partes acuden a un tercero para que se implique activamente en la solución del conflicto *interactuando con las partes*, pudiendo llegar al extremo de resolverlo directamente, como sucede en el arbitraje. Precisamente es este último, el arbitraje, el medio heterocompositivo más frecuente, aunque a lo largo de los siglos, de manera discontinua, se han ido observando repuntes de la mediación/conciliación, que también es un medio heterocompositivo.

Con el arbitraje, el Estado, con el fin de descongestionar a los tribunales, renuncia a su exclusividad jurisdiccional en litigios que no le interesan demasiado —suelen excluirse los penales y los administrativos—, y permite que algunos de esos conflictos sean resueltos directamente por un tercero escogido por las partes, que por ello será de su —supuesta— confianza. El árbitro celebrará un proceso muy similar o idéntico al

proceso judicial, pero en el que las partes tienen el protagonismo en la determinación del procedimiento sobre todo. El proceso concluye con la emisión de un «laudo», que equivale en todo —también en sus efectos— a una sentencia.

La mediación o conciliación consiste en que las partes acuden a un tercero para que favorezca su entendimiento, emitiendo propuestas de solución de manera informal y con habilidad psicológica. La finalidad de la mediación no es la transacción, sino la solución del conflicto simplemente. Puede ser que la mediación concluya con un acuerdo, ciertamente, pero también es posible que una de las partes desista unilateralmente del conflicto sin contrapartidas.

Con respecto a la mediación/conciliación se ha discutido mucho acerca de si se trata de medios distintos o idénticos, habiendo llegado los autores a soluciones diametralmente opuestas y hasta contradictorias. Con todo, el argumento de distinción más repetido consiste en sostener que el mediador sólo intentaría acercar a las partes, mientras que el conciliador daría el *consilium*, como la etimología que la palabra indica. Es decir, un consejo o propuesta de acuerdo. Pero ese criterio de distinción es imposible, dado que si el mediador no realiza propuestas de acuerdo, la conclusión es que no hace nada en realidad, o bien se convierte en un simple gestor de emociones, lo que ha sido descartado por la mayoría de los autores.

Otro criterio aún más perspicaz distingue la mediación de la conciliación en función de que el tercero esté vinculado de alguna manera al asunto discutido. Estaría vinculado si es el juez del proceso, o un miembro de la oficina judicial, o los abogados o procuradores de las partes, y en ese caso hablaríamos de conciliación. Estaría desvinculado si no es ninguno de los anteriores, tratándose entonces, siempre según esta opinión, de una mediación.

Sin embargo, ese criterio es muy discutible porque, como reconocen los que lo defienden, el contenido de la labor desempeñada por el mediador y el conciliador sería exactamente la misma, acabando ambos implicados directamente en la solución del litigio, lo que hace muy cuestionable que sea realmente necesario hablar de dos medios distintos de resolución de conflictos. Además, la mediación de abogados y procuradores de las partes es absolutamente excepcional, y cuando se produce no se separa, en realidad, de una transacción, puesto que abogados y procuradores no son más que *longae manus* de las partes. Y cuando es el personal judicial quien hace la función de mediación, el mismo debe estar desvinculado necesariamente del fondo asunto, en virtud de su imparcialidad, pues de lo contrario no podría decidir sobre la materia. Es cierto que puede pensarse, no sin razón, que el juez del asunto estará psicológicamente condicionado para impulsar con vehemencia

un acuerdo. Pero ese comportamiento es indebido y rechazable, porque compromete su imparcialidad simplemente para evitar tener que realizar el trabajo de celebración del proceso. Esa conducta, cuando conste, debe ser corregida incluso disciplinariamente, y por ello no debería erigirse en criterio determinante para distinguir a la mediación de la conciliación.

Por ello, cabe confirmar la tesis de que, en realidad, estamos hablando del mismo medio alternativo de resolución de conflictos.

Tras todo lo expuesto y para concluir, debe volverse a examinar esa idea inicial, tan difundida actualmente, de que el proceso jurisdiccional es nefasto y, por el contrario, muy benéficos esos medios alternativos.

Ese planteamiento, profundamente maniqueísta, es completamente falso. El proceso jurisdiccional es el medio ideal, desde cualquier punto de vista, para examinar los argumentos y pruebas de los contendientes, dándole su derecho a quien realmente lo tiene. Es decir, haciendo justicia. El único inconveniente que padece desde hace siglos es, como ya se ha dicho, la falta de inversión pública en esa misma Justicia, precisamente.

En cambio, algunos medios alternativos —especialmente la mediación— suponen, casi siempre, que consiga algo quien no tiene razón, lo que pone en tela de juicio su justicia. En cambio, lo que sí que suelen obtener —cuando tienen éxito— es la pacificación, lo que puede resultar aceptable desde un punto de vista social, al menos a primera vista. Pero esa pacificación a toda costa también genera una notable insatisfacción, como saben muchos de los que han intentado acudir a los tribunales y, de un modo u otro, han sido forzados a perder miserablemente el tiempo con esos medios alternativos. Ello sucede especialmente en EEUU y en el Reino Unido, donde estos medios alternativos han contado con una notable utilización y promoción —muchas veces bajo amenaza— por los Poderes públicos, con el objeto de evitar a toda costa el proceso jurisdiccional. Y todo ello por una simple razón siempre ocultada: no es necesario que los Poderes públicos destinen demasiados recursos económicos a los mismos. Es decir, son baratos.

Sin embargo, lo que se obtiene en estos países, en no pocas ocasiones, es una larguísima negociación preprocesal muy poco transparente, que puede llegar a durar años, y a la que las partes suelen ser ajenas, salvo en el momento de ir pagando a sus abogados durante todo el tiempo que dura la negociación. Y es que son los abogados, y no las partes, los auténticos protagonistas de esa fase. Con todo, el principal problema es que al final de todo, como se ha dicho, quien no tiene razón casi siempre acaba ganando algo, por lo que no pocos litigantes temerarios se lanzan a realizar reclamaciones sin el más mínimo fundamento, porque saben que algo ganarán. Y en ese empeño son jaleados por indignos

abogados, que persiguen simplemente cobrar un suculento porcentaje de lo obtenido (*cuota litis*) sin trabajar en realidad, sino simplemente «negociando».

III. LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

El concepto de fuente es algo disperso. La doctrina tradicional ha dado por sentado que el Derecho proviene de la ley, de la costumbre y de los principios generales del Derecho, siguiendo la enumeración del art. 1 del Código Civil. Pero muchas veces se ha aludido también al concepto de fuente con respecto al creador de la norma, y en este punto el tema se complica bastante más. Así, respetando la prelación de fuentes del Código Civil, nos encontraríamos con que el Derecho provendría o bien del Poder legislativo —la ley—, o bien de la población —uso reiterado con *opinio iuris*—, o bien de la interpretación de los juristas —principios generales del Derecho—.

Todo lo anterior es, en no escasa medida, falso. La exposición que se acaba de hacer es muy teórica, y no pasa de ser un *desideratum* para la práctica, como veremos en el epígrafe siguiente. No obstante, para mayor claridad en los próximos epígrafes, seguiré ese esquema teórico en lo fundamental, aunque evitando una reiteración de la teoría general de fuentes. Y con la advertencia de que el panorama práctico es muchísimo más difuso de lo que puede imaginar cualquier estudiante de Derecho.

1. El principio de legalidad procesal

La ley es la norma jurídica fundamental en materia procesal, como recuerda el principio de legalidad enunciado en el art. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Obviamente, este principio hay que entenderlo en sentido amplio, englobando no únicamente a las leyes que lo sean formalmente, sino también a toda la normativa que veremos a continuación. Lo que resulta fundamental es que la norma procesal conste expresamente en un texto de Derecho positivo, que será aplicado respetando la jerarquía habitual de fuentes.

La razón de que sea así es bien sencilla. El legislador no quiere que el proceso sea un terreno de descoordinación y discrepancias entre los diferentes jueces, y por ello impone una ley única a todos ellos que sea observada por igual. De ese modo, cualquier justiciable puede tener la confianza legítima de que va a ser sustancialmente lo mismo lo que va a encontrar cuando llegue a cualquier juzgado de un Estado. Se trataría, en definitiva, de una aplicación, no solamente uniforme, sino también igualitaria de las normas procesales.