

JORDI NIEVA FENOLL

# **JURISDICCION Y PROCESO**

**ESTUDIOS DE CIENCIA JURISDICCIONAL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN.....	9
<b>I. NOCIONES FUNDAMENTALES Y GENERALIDADES</b>	
1. IMPRECISIONES PRIVATISTAS DE LA CIENCIA JURISDICCIONAL.....	13
1. Introducción .....	13
2. El fondo y la forma .....	16
3. El concepto de acción. El trípode definitivamente desvencijado .....	19
A) Los mil y un intentos de explicar un concepto que no es fundamental.....	19
B) La influencia privatista en el estudio de la acción .....	25
C) Objeto del proceso. Teoría bimembre .....	27
4. La legitimación.....	28
5. La carga de la prueba.....	38
6. Los tipos de sentencias .....	42
7. Cosa juzgada, ¿sólo <i>inter partes</i> ? .....	44
8. La fascinación doctrinal por los procesos colectivos .....	45
2. LA COSA JUZGADA: EL FIN DE UN MITO .....	49
3. LA COSA JUZGADA Y LAS DESORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES .....	65
1. Introducción .....	65
2. Brevísimas historia y concepto de la cosa juzgada .....	66
3. La cosa juzgada de las resoluciones definitivas de contenido procesal... ..	68
4. La cosa juzgada de las resoluciones penales sobre el fondo.....	69
5. La cosa juzgada de las resoluciones de los procedimientos sumarios. ..	73
6. Vigencia de la triple identidad.....	75
7. ¿La cosa juzgada se restringe solamente al fallo?.....	81

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
8. La cosa juzgada de los pronunciamientos implícitos.....	82
9. La cosa juzgada entre órdenes jurisdiccionales.....	85
10. ¿Dura eternamente la cosa juzgada? .....	88
4. LOS PROBLEMAS DE LA ORALIDAD .....	91
1. Introducción .....	91
2. La fascinación por la oralidad.....	92
3. Algunos inconvenientes de la oralidad .....	95
4. Algunas ventajas de la escritura.....	100
5. ¿Principios-consecuencia de la oralidad? .....	102
6. Fases procesales para las que es recomendable la oralidad.....	106
7. Fases procesales para las que es recomendable la escritura.....	107
8. Conclusión .....	109
5. LA JUSTICIA DE PROXIMIDAD .....	111
1. ¿Acercamiento de la justicia al ciudadano, o penúltimo intento desesperado de reducción de los retrasos ante los tribunales? .....	111
2. Brevísimas historia de la justicia municipal.....	113
A) Antecedentes medievales.....	114
B) La justicia de paz en la Revolución Francesa .....	115
C) La situación española. Los jueces de paz y los primeros intentos de justicia de proximidad en las ciudades.....	117
3. Experiencias de Derecho comparado .....	122
A) El sistema inglés y el modelo australiano de Queensland.....	123
B) El sistema italiano .....	124
C) El sistema francés.....	126
4. Reflexiones sobre la justicia de proximidad al hilo del actual proyecto de ley sobre la materia .....	131
A) Inadecuada denominación.....	132
B) Localización de los jueces de proximidad .....	132
C) Competencia objetiva .....	134
D) La formación de los jueces de proximidad.....	136
E) El conocimiento de la lengua autonómica y del Derecho autonómico.....	138
F) La inamovilidad.....	139
G) El procedimiento .....	141
5. Reflexión final .....	142

## II. HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL

6. EL PRIMER ESCRITO JUDICIAL DE HISPANIA: REFLEXIONES DE DERECHO PROCESAL SOBRE EL BRONCE II DE BOTORRITA O TABULA CONTREBIENSIS .....	147
1. Introducción. Transcripción y traducción.....	147
2. Posible hipótesis de lo sucedido.....	151

## ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
3. Los detalles sorprendentes del escrito .....	152
A) ¿Procesos colectivos?.....	153
B) ¿Prejudicialidad y acumulación de acciones? .....	154
C) ¿Terceros?.....	156
D) ¿Motivación?.....	157
E) ¿Cosa juzgada con efectos en terceros? .....	158
4. Breve explicación del proceso formulario .....	159
5. La posible razón de existencia del proceso formulario .....	160
6. Ley o sentencia como origen del Derecho.....	162
7. EL «ÚLTIMO» PROCESO INQUISITIVO ESPAÑOL (el proceso penal de la Novísima Recopilación).....	163
Introducción .....	163
1. Marco normativo de la NR en materia procesal penal.....	166
2. Caracteres generales y principios procesales .....	167
3. El órgano jurisdiccional.....	170
4. Partes y postulación .....	175
5. Procedimiento .....	179
A) Procedimiento de oficio .....	179
B) Procedimiento a instancia de parte.....	193
6. Los recursos.....	196
7. Procedimiento ante los jueces de la Hermandad.....	197
8. Reflexión final .....	200
8. EL PROCESO JURISDICCIONAL CATALÁN ENTRE 1714 y 1835. BREVE RESEÑA HISTÓRICA.....	201
1. Introducción .....	201
2. Organización jurisdiccional y proceso vigentes en 1704: Líneas generales .....	203
A) Organización jurisdiccional.....	203
B) El último proceso catalán autóctono .....	209
C) Influencia del uso forense.....	220
3. Impacto del Decreto de Nueva Planta .....	222
A) Sobre la organización jurisdiccional.....	223
B) Sobre el Derecho procesal catalán .....	225
C) Sobre la lengua de procedimiento.....	227
4. El proceso desde el DNP hasta 1759.....	230
A) Organización jurisdiccional.....	231
B) Procedimiento.....	234
5. El proceso de 1759 a 1808.....	238
A) Organización jurisdiccional.....	239
B) Procedimiento.....	240
6. El proceso de 1808 a 1833.....	242

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
A) El proceso durante la ocupación francesa.....	242
B) Los paréntesis constitucionales (1810-1814 y 1820-1823).....	246
C) El proceso durante el absolutismo de Fernando VII (1814-1820 y 1823-1833).....	250
7. El proceso de 1833 a 1835.....	251
9. LA RECUPERACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CATALÁN. POSIBILIDADES CONSTITUCIONALES DE DESARROLLO.....	255
Síntesis en español.....	255
1. Introducció.....	256
2. El marc constitucional.....	258
A) La marginació del legislador autonòmic en matèria processal....	261
B) Raons d'aquesta marginació.....	263
C) Possibilitats de desenvolupament al màxim de la norma constitucional.....	266
3. Legitimitat i raonabilitat de la legislació processal autonòmica .....	275
4. Normes processals del dret català.....	278
A) Jurisdicció.....	278
B) Normes processals imprescindibles per a la funcionalitat i manteniment de l'esperit del règim substantiu .....	280
C) Normes sobre nul·litat de matrimoni, separació i divorci.....	282
D) Procediment especial de filiació.....	283
5. Matèries necessitades de regulació processal catalana .....	285
10. EL «AUTO» Y EL «FALLO» .....	287
1. «Auto» .....	288
A) Existencia de resoluciones análogas al «auto» en el Derecho histórico catalán .....	289
B) Denominación de la institución en otras lenguas .....	295
C) Adecuación de la palabra a su sentido semántico .....	296
D) Adaptabilidad de la palabra al lenguaje común .....	298
2. «Fallo».....	299
A) Existencia de la institución estudiada en el Derecho histórico catalán .....	300
B) Denominación de la institución en otras lenguas .....	301
C) Adecuación de la palabra a su sentido semántico .....	302
D) Adaptabilidad de la palabra al lenguaje común.....	302
<b>III. PRUEBA</b>	
11. LA PRUEBA EN DOCUMENTO MULTIMEDIA.....	305
1. Introducción .....	305
2. Prueba en soporte multimedia vs. prueba documental.....	307

## ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
A) Consideraciones históricas .....	307
B) Analogías y diferencias.....	311
C) Precisiones terminológicas .....	313
D) Listado de soportes multimedia .....	314
3. Régimen procesal de la prueba en documento multimedia.....	318
A) Deficiencias de técnica legislativa .....	318
B) Exhibición de documentos multimedia .....	321
C) Aportación de la prueba.....	324
D) Práctica de la prueba.....	330
E) Verificación del documento multimedia.....	331
F) Valoración de la prueba .....	341
12. EL DISCUTIDO VALOR PROBATORIO DE LAS DILIGENCIAS POLICIALES .....	347
1. Introducción .....	347
2. Las diligencias policiales en 1882 y en la actualidad .....	349
3. Deficiente regulación de las diligencias policiales.....	352
4. Necesidad de regulación, conforme a la Constitución, de las diligencias de investigación policial.....	357
A) Investigación de delitos flagrantes .....	359
B) Investigaciones urgentes .....	360
5. El valor probatorio de las diligencias policiales en la jurisprudencia: la declaración testifical del policía.....	365
6. Ineficacia probatoria de las diligencias policiales y extrema fragilidad del testimonio policial.....	369
7. Enjuiciamiento de delitos con innecesaria o nula investigación policial o judicial .....	374
13. LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS DILIGENCIAS POLICIALES DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL .....	375
1. Introducción .....	375
2. Las directrices básicas de respeto por los derechos fundamentales en las actuaciones de investigación penal .....	378
3. La necesidad de sigilo no avala la actuación policial sin autorización judicial.....	381
4. Cómo practicar las diligencias policiales respetando siempre los derechos fundamentales .....	384
A) Decisión de inicio de las diligencias .....	384
B) Interrogatorios .....	385
C) Operativos policiales y videovigilancia .....	388
D) Actuación de agentes encubiertos .....	390
E) Intervenciones e inspecciones corporales para la recogida de restos biológicos o somáticos .....	390
F) Cacheos y otras intervenciones e inspecciones corporales en averiguación de la posesión de objetos .....	394

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
G) Registro de lugares en que se desarrolle la intimidad .....	396
H) Intervención de comunicaciones.....	398
5. La ausencia de regulación de las diligencias policiales.....	400
14. EFICACIA Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL EN EL ENJUICIAMIENTO DE DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE .....	401
1. Introducción .....	401
2. Concepto de prueba pericial.....	403
3. Dificultades específicas de la prueba pericial en el enjuiciamiento de delitos contra el medio ambiente.....	404
4. Práctica de la prueba pericial anticipada durante la instrucción.....	406
5. Problemática de la prueba pericial en el juicio oral.....	409
6. Factores a considerar en la admisibilidad de la pericia .....	412
7. Crítica de la valoración probatoria en segunda instancia y práctica de la prueba pericial durante el recurso de apelación.....	413
8. Ética y praxis del forense ambiental.....	414
9. Impacto social de la pericia ambiental.....	415
<b>IV. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN</b>	
15. LA REFORMA DE LA LABOR DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA «UNIFICACIÓN DE DOCTRINA». PERSPECTIVAS DE LA INTRODUCCIÓN DEL MODELO ANGLOSAJÓN EN NUESTRO DERECHO .....	419
1. Introducción .....	419
2. Casación ante el Tribunal Superior de Justicia <i>vs.</i> casación ante el Tribunal Supremo .....	422
3. La «unificación de doctrina».....	428
4. La selección discrecional de recursos: el « <i>leave to appeal</i> » británico y el « <i>writ of certiorari</i> » estadounidense .....	432
A) « <i>Leave to appeal</i> » .....	432
B) « <i>Writ of certiorari</i> » .....	433
C) Crítica de ambos sistemas .....	434
D) Perspectivas de introducción de la selección discrecional de recursos en nuestro ordenamiento jurídico.....	438
5. Propuestas de reforma. La modificación estructural del Tribunal Supremo.....	439
A) Propuesta de reforma, conservando la competencia casacional del Tribunal Supremo.....	440
B) Propuesta de reforma atribuyendo la casación a los Tribunales Superiores de Justicia .....	443
16. LA ENUNCIACIÓN DE LOS MOTIVOS DE CASACIÓN EN LAS LEYES PROCESALES .....	447
1. Introducción .....	447
2. Motivos <i>in iudicando</i> e <i>in procedendo</i> . Una división desacertada .....	451

	<u>Pág.</u>
3. La enunciación de motivos en las leyes procesales. Diversos sistemas.	455
4. La elaboración de un listado de motivos de casación .....	460
5. Motivos objeto del listado ejemplificativo .....	464
6. El listado del art. 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo .....	466
A) Análisis del inciso 1.º .....	466
B) Análisis del inciso 2.º .....	468
C) Análisis del inciso 3.º .....	472
D) Propuesta de reforma .....	476
7. Reflexión final .....	477
<b>17. LA RELEVANCIA SOCIAL DE LA CASACIÓN: LA IMPORTANCIA DEL IUS LITIGATORIS</b> .....	<b>479</b>
1. Introducción .....	479
2. Los excesos de CALAMANDREI y la realidad de la casación originaria....	480
3. La relevancia de la defensa del <i>ius litigatoris</i> para conseguir la protec- ción del ordenamiento jurídico .....	483
4. El cambio de las estructuras sociales y el porqué de la acumulación de asuntos .....	487
5. El formalismo de los Tribunales de casación y sus consecuencias .....	489
6. La importancia social de la casación .....	495
7. Replanteamiento de la necesidad de la casación en el ordenamiento jurídico, y de su estructura y funcionamiento .....	500
<b>18. LA CASACIÓN EN MATERIA SOCIAL («ORDINARIA» Y POR UNIFICA- CIÓN DE DOCTRINA): LA DECADENCIA DE LA CASACIÓN</b> .....	<b>505</b>
1. Introducción .....	505
2. Origen y finalidades de la casación .....	506
3. ¿Especificidad de la casación en materia laboral? .....	510
4. La casación en la Ley del Procedimiento Laboral española .....	511
A) La llamada «casación ordinaria» .....	512
B) El recurso de casación para la unificación de doctrina .....	516
5. El problema de la sobrecarga de asuntos ante los Tribunales de Casación .....	535
A) Aspectos históricos y lógicos .....	535
B) Planteamiento del problema desde una perspectiva orgánica .....	538
<b>19. EL RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TSJ DE GALICIA, TRAS LA LEC 1/2000</b> .....	<b>543</b>
1. Introducción .....	543
2. Las posibilidades de legislación procesal de las Comunidades Autónomas .....	545
3. Los Tribunales Superiores de Justicia y la casación gallega .....	548
A) Breve relato histórico de la casación civil .....	549
B) Generalidades sobre los Tribunales Superiores de Justicia .....	551
C) Naturaleza jurídica de la casación gallega .....	560
D) Fines de la casación gallega .....	562



## ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
4. Ámbito del recurso de casación gallego .....	568
A) Competencia objetiva y funcional .....	568
B) El problema de las resoluciones recurribles.....	571
5. Legitimación para recurrir .....	574
A) Teoría general del gravamen.....	574
B) El gravamen para recurrir en casación.....	576
6. Motivos de casación .....	577
A) Los motivos de casación de las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1881 y 2000 .....	577
B) Elenco de motivos de la casación gallega.....	579
C) Estudio de los motivos de casación .....	580
7. Procedimiento de la casación gallega.....	599
A) Disfunciones procedimentales provocadas por el régimen de la Disposición Final 16.....	599
B) Preparación del recurso .....	601
C) Interposición del recurso .....	603
D) Admisión del recurso.....	604
E) Impugnación de la parte recurrida .....	606
F) La vista .....	607
G) Decisión del recurso .....	609
H) Las costas .....	613
8. Vigencia del recurso de casación en ejecución de sentencia tras la nueva LEC.....	614
20. EL SISTEMA DE RECURSOS EN LA JURISDICCIÓN COMUNITARIA, TRAS EL TRATADO DE NIZA .....	615
1. Introducción. Histórica evolución del sistema jurisdiccional comunitario .....	615
2. Los dos problemas actuales: la sobrecarga de asuntos. Las lenguas de procedimiento.....	616
3. La nueva organización jurisdiccional.....	617
A) El fin de la «agregación» del Tribunal de Primera Instancia al Tribunal de Justicia .....	617
B) La creación de Salas Jurisdiccionales «agregadas» al Tribunal de Primera Instancia .....	618
C) El papel del Tribunal de Justicia en la nueva organización .....	619
4. El sistema de recursos .....	619
5. Los recursos contra las decisiones de las Salas jurisdiccionales ante el Tribunal de Primera Instancia (art. 225.2 TCE) .....	621
A) La opción «apelación».....	622
B) La opción «casación» .....	624
C) Propuesta procedimental .....	624
6. El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia contra las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia (art. 225.1 TCE).....	626

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
A) Balance de una década.....	626
B) Finalidades de la casación .....	627
C) La limitación a las cuestiones de Derecho .....	629
7. El «reexamen excepcional».....	630
A) Naturaleza jurídica y finalidad del «reexamen excepcional» .....	631
B) Legitimación de las partes y admisión del reexamen .....	632
C) Efectos de la interposición del reexamen y de su resolución por el Tribunal de Justicia .....	634
21. LA REVISIÓN FRENTE A LA COSA JUZGADA EN EL PROCESO CIVIL .....	637
1. Introducción .....	637
2. Contenido, efecto y utilidad de la cosa juzgada.....	638
3. Antecedentes históricos de la revisión .....	640
4. Finalidad y naturaleza jurídica de la revisión.....	643
5. Diversidad de la formulación de los motivos de revisión en los ordenamientos .....	645
6. Identificación de los motivos de revisión compatibles con su finalidad...	648
7. La revisión como garante de la cosa juzgada.....	651

## V. EJECUCIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES

22. DESPACHO, OPOSICIÓN, IMPUGNACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN .....	655
1. El despacho de la ejecución .....	655
A) Introducción .....	655
B) La demanda ejecutiva.....	658
C) Documentos a acompañar a la demanda ejecutiva.....	663
D) Auto de despacho de la ejecución .....	664
E) Momento procesal para dictar el auto de despacho de ejecución .	666
F) Denegación del despacho de ejecución.....	668
G) Intervención del ejecutado en el despacho de la ejecución.....	669
H) Sentencias merodeclarativas y constitutivas .....	671
2. La oposición al despacho de ejecución.....	672
A) Antecedentes históricos, Derecho comparado y razones de la existencia de esta fase.....	672
B) Causas de oposición a la ejecución .....	673
C) Procedimiento de la oposición por motivos de forma.....	676
D) Procedimiento de la oposición por motivos de fondo .....	678
E) Impugnación de la competencia .....	679
F) Alegación de la pluspetición como única causa de oposición.....	681
3. Impugnación de actos de ejecución.....	684
A) Recurso de reposición .....	684
B) Recurso de apelación .....	687
C) Incidente o «escrito» contra actos de la ejecución.....	688

## ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
D) Nulidad de actuaciones .....	688
E) Proceso posterior .....	689
4. Suspensión de la ejecución.....	690
A) Causas de suspensión total de la ejecución .....	691
B) Causas de suspensión parcial .....	700
C) Efectos de la suspensión .....	701
23. LAS PULSERAS TELEMÁTICAS: APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS A LAS MEDIDAS CAUTELARES Y A LA EJECUCIÓN EN EL PROCESO PENAL .....	703
1. Introducción .....	703
2. La aplicación de medios técnicos de localización de personas encau- sadas en el proceso penal .....	704
A) Finalidades de las medidas cautelares y ejecutivas penales .....	705
B) Los medios técnicos de localización de personas .....	706
C) Colocación de esos medios en personas. Posibles vulneraciones de derechos fundamentales .....	709
D) Los dispositivos telemáticos no constituyen una medida cautelar...	713
E) Aplicación de estos medios en medidas cautelares concretas.....	713
F) Aplicación de estos medios en la ejecución penal.....	718
<b>VI. PROCESOS COLECTIVOS Y OTROS PROCESOS ESPECIALES</b>	
24. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE CONSUMI- DORES Y USUARIOS: LAGUNAS, REMEDIOS E IDEAS DE FUTURO ....	723
1. Introducción. La razón de ser de estos procedimientos.....	723
2. Las diferentes categorías de identificación de los intereses colectivos. ¿Es realmente preciso tanto detallismo? .....	726
A) Categorías de las doctrinas italiana, brasileña y española .....	727
B) Categorías según el Derecho estadounidense.....	728
C) Paralelismos entre una y otra orientación.....	729
D) Propuesta de reclasificación .....	731
3. Diversas soluciones para conseguir la más adecuada celebración de estos procesos .....	732
4. El inicio del proceso y la notificación de su pendencia .....	737
5. Competencia territorial.....	742
6. Dificultades probatorias .....	743
7. La cosa juzgada de la sentencia .....	747
8. La ejecución de la sentencia.....	750
25. EL «AUTO-MODELO»: UN NUEVO CONCEPTO PARA EL DERECHO PROCESAL Y UN NUEVO INSTRUMENTO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.....	753
1. Problemática general de las inversiones de capital .....	753
2. La figura del «consumidor»-inversionista .....	756

## ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
3. Protección civil general del inversionista .....	759
A) Responsabilidad derivada de folletos.....	759
B) Informaciones de carácter concreto.....	761
4. El auto-modelo. Perspectiva general.....	761
5. Algunos detalles del procedimiento para la emisión de un auto-modelo.	763
6. Efectos del auto-modelo .....	765
7. Aplicabilidad de las soluciones del legislador alemán al proceso español.....	767
8. Reflexión final .....	769
26. LA INSTRUCCIÓN Y EL ENJUICIAMIENTO DE DELITOS CAUSADOS POR LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	771
1. Introducción. Aspectos sociológicos de la reforma procesal .....	771
2. Competencia para la instrucción y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género. El papel del Ministerio Fiscal .....	777
A) Los ¿nuevos? Juzgados de Violencia sobre la Mujer.....	777
B) Competencia objetiva y territorial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer .....	780
C) Especialización de las Audiencias Provinciales.....	789
D) Reorganización del Ministerio Fiscal.....	792
3. Medidas preinstructoras e instructoras de protección de la víctima ...	794
A) La importancia de la actuación policial .....	794
B) Diligencias de investigación. La importancia de las diligencias de prevención.....	794
C) La evitación de la confrontación visual con los menores.....	796
D) Protección de testigos.....	797
E) La orden de alejamiento y suspensión de las comunicaciones.....	800
F) La orden de protección .....	803
G) Especialidades de la prisión provisional.....	806
H) Otras medidas para la protección de la víctima. Aspectos comunes a todas ellas .....	808
4. Aspectos probatorios de los procesos por delitos de violencia de género .....	809
A) Las declaraciones del imputado, de la víctima y de otros testigos...	811
B) La esencial práctica de otras pruebas .....	815
5. Aspectos procedimentales del enjuiciamiento de los delitos de violencia de género.....	817
A) El problema de la intermediación .....	817
B) Postulación.....	818
C) La instrucción y enjuiciamiento de estos delitos. La posibilidad de enjuiciamiento rápido .....	818
D) El enjuiciamiento de estos hechos como faltas.....	824
6. La sentencia y la ejecución de la condena .....	824

**VII. DERECHO ARBITRAL**

27. LAS MATERIAS INDISPONIBLES EN EL ARBITRAJE .....	829
1. Introducción .....	829
2. Erróneo planteamiento legislativo de la cuestión.....	830
A) El seguimiento inadvertido de la orientación contractualista .....	831
B) Trascendencia práctica del erróneo planteamiento .....	832
3. El objeto del juicio arbitral.....	833
A) Composición teórica. Diferentes opciones .....	834
B) Identificación de la materia indisponible .....	837
C) Identificación de la materia disponible .....	843
4. Posibilidad de separación teórica y práctica de los elementos del objeto del juicio .....	844
A) La unión inseparable de las materias. Concepto dogmático.....	844
B) Descripción del objeto del juicio en caso de unión inseparable ...	847
C) Criterios de separación .....	851
5. Trascendencia del problema desde la teoría jurisdiccional del arbitraje .	856
28. LAS EXCEPCIONES EN EL ARBITRAJE .....	859
1. Introducción. Principales cambios con respecto a la LA de 1988 .....	859
2. El procedimiento arbitral. Reflexiones sobre la libertad procedimental .	861
3. Momento procesal oportuno para el planteamiento de las excepciones .	862
4. Sujetos de las excepciones .....	864
5. Concreción de las excepciones que pueden plantearse .....	866
6. Trascendencia del silencio del demandado en cuanto a la excepción de falta de jurisdicción.....	871
7. Momento procedimental oportuno para la resolución de excepciones ...	873
29. LA PREJUDICIALIDAD PENAL EN EL ARBITRAJE .....	877
1. Introducción .....	877
2. El laudo de 29 de marzo de 2005.....	879
3. La prejudicialidad penal. Concepto y motivo de su estricta naturaleza .	880
4. Estudio del objeto del juicio arbitral .....	884
5. Alcance de la prejudicialidad penal .....	886
6. ¿Es posible la prejudicialidad penal en el arbitraje? .....	889
7. Modo de resolver el asunto sometido a arbitraje sin entrar en la cuestión penal .....	890
8. Reflexión final .....	894
30. EL NUEVO PROCESO ARBITRAL DE CONSUMO.....	897
1. Introducción .....	897
2. Normativa procesal aplicable al arbitraje de consumo en Barcelona.....	899
3. Objeto del juicio arbitral en materias de consumo.....	901
4. El proceso arbitral entre consumidores individuales y empresarios ...	903

## ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
A) Órgano jurisdiccional.....	903
B) Las partes.....	911
C) Procedimiento.....	916
5. El proceso arbitral colectivo.....	929
6. El laudo.....	932
31. AMPLIACIÓN DE LAS POSIBILIDADES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.....	935
1. Introducción. La discutible recurribilidad de los laudos.....	935
2. Los recursos contra los laudos arbitrales en el Derecho histórico y las opiniones a favor y en contra de la existencia de dichos recursos.....	938
3. Exposición de errores que podrían provocar la nulidad del laudo.....	943
A) Los flagrantes errores en la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico.....	944
B) ¿Errores en la valoración de la prueba?.....	947
C) Las vulneraciones del art. 24 CE.....	949
4. La imposibilidad de una concepción amplia del concepto de orden público. ¿Hacia una nueva causa de nulidad?.....	950
5. La impugnabilidad del laudo no entorpece el arbitraje.....	951
32. LA ORALIDAD EN EL ARBITRAJE.....	953
1. Introducción.....	953
2. El mito de la oralidad.....	955
3. Los arbitrajes sumarios y los arbitrajes plenarios.....	957
4. Los arbitrajes celebrados en diferentes idiomas.....	961
5. El arbitraje <i>on line</i> .....	964
6. El laudo: la emisión del pronunciamiento y su motivación.....	967
7. La flexibilidad del procedimiento arbitral.....	968
8. Conclusiones.....	969

## PRESENTACIÓN

En esta recopilación se incluyen la mayoría de mis artículos tal y como vieron la luz, dividiéndolos por grandes temas, y no por especialidades del Derecho Procesal, porque creo que el fenómeno jurisdiccional tiene una naturaleza única, y una gran parte de lo publicado sirve, en realidad, para cualquier proceso, sea éste civil, penal, administrativo, laboral, supranacional o del orden que sea. He dejado al margen, lógicamente, los siete libros, y también una veintena de trabajos menores, como crónicas, comentarios de jurisprudencia, recensiones, prólogos, e incluso algunos artículos que me pidieron en ocasiones muy puntuales, pero que por eso carecen de interés general. En cualquier caso, ésta es la obra de los últimos diez años aproximadamente, y agradezco a la Editorial Marcial Pons su compromiso y esfuerzo para publicarla.

Simplemente quisiera añadir unas brevísimas palabras para aquellos y aquellas a quienes va dedicada esta obra. Tras no demasiados años aún en la Universidad, he visto alejarse de la misma a bastantes buenos compañeros de toda España, de la «escuela» que sean, porque para qué, dicen ellos. Y no pocos de entre todos ellos habrían de ser profesorado universitario funcional con auténtico merecimiento. Eso sólo se explica porque la valoración de los candidatos depende en demasiadas ocasiones únicamente de simples criterios personales de afectividad, pero nunca científicos. Lo curioso es que en absolutamente todas las escuelas hay damnificados y sensación de descontento, pero eso no quiere decir que el sistema sea justo e igual para todos, sino que esa elección por criterios simplemente afectivos acaba pasando en todas partes una factura que no merecen ni la Ciencia ni los alumnos, pero desde luego tampoco los profesores damnificados. Y a medio-largo plazo, ese vergonzante sistema de elección no produce ni «poder» real.

Están / estamos hartos de las actitudes antiuniversitarias, de los *lobbies*, de la prepotencia, de los abusos y de las intrigas, de las llamadas... Aunque también de la odiosa y tediosa burocracia, que sufrimos a través de la presentación de diferentes versiones de *curriculum* y de otros documentos sobreabundantes con los que los más diversos órganos administrativos nos

torturan constantemente. También son impresentables los imprecisos e inseguros criterios de evaluación del profesorado, que por esa imprecisión e inseguridad no han eliminado ni los *lobbies* ni las alianzas estratégicas para que salga éste o el otro candidato en cada concurso. Eliminar todo eso era lo que teóricamente se ha pretendido con cada reforma del sistema. Y ya he vivido tres sistemas distintos —pero idénticos en el fondo— desde que estoy en activo, y en los momentos en que escribo estas líneas se prepara el cuarto... Todo ello ha dejado ya, desde hace años, una imagen de evidente corrupción de la Universidad española que, también hay que decirlo, muchos de sus profesores no merecen. Es curioso que, reforma tras reforma del sistema, lo único que finalmente se ha conseguido es que el prestigio de cada jurista viva al margen de su acceso al funcionariado profesoral, que ya es triste. Y es que existen profesores de la máxima categoría que son perfectos desconocidos y no tienen ni una obra relevante —y a veces ni una obra—, y otros que, en cambio, no son ni funcionarios, pero son reconocidos por su *auctoritas* en cualquier foro, salvo el universitario, claro está. Eso es algo que, por desgracia, ha pasado en otras épocas y había pasado ya en muchos países. Pero me parece increíble que esté sucediendo en el mío, en democracia y en el siglo XXI.

Este libro está dedicado a todos mis compañeros universitarios que están sufriendo todo lo anterior, sean titulares, asociados, contratados-doctores, ayudantes, lectores o lo que se quieran inventar las autoridades académicas en el futuro para vilipendiarles. Pero todos Profesores con años ya de experiencia —pese a la categoría contractual que ostenten— y con una misma dignidad científica que nunca puede depender de la figura contractual que estén padeciendo. No merece tal nombre un profesor universitario que juzga a sus compañeros por su categoría contractual, sin haber leído sus obras, o que desprecia lo que lee precisamente por la categoría contractual —o por la «escuela»— de quien lo escribe. Lo importante es que todos investiguen efectivamente, y que todos colaboremos para que todos puedan hacer ciencia y publicar en la medida de lo humanamente posible. Porque cuanto más ciencia se haga, más oportunidades habrá de que el Derecho evolucione y sea más y más útil al ser humano. Y eso es lo único que, a la postre, importa.

Jordi NIEVA FENOLL



# 1. IMPRECISIONES PRIVATISTAS DE LA CIENCIA JURISDICCIONAL \*

## 1. INTRODUCCIÓN

Existen una serie de puntos clave de la Ciencia jurisdiccional en los que la doctrina, por más que debate, no consigue ponerse de acuerdo. Con frecuencia se trata de un diálogo de sordos, porque pese a que unos y otros autores se lean entre sí, pocas veces se observa que un autor haya convencido a otro con su teoría, y mucho menos si se trata de uno de esos puntos clave a los que me estoy refiriendo. Desde luego, ello podría explicarse a través de diferentes factores puramente psicológicos y sociológicos que tienen la rivalidad por base. Pero en cualquier caso, es de todos conocido lo mucho que cuesta en los «ambientes científicos» —que no en la ciencia— modificar una conclusión.

Dejando al margen esas cuestiones, siempre he pensado que no todas estas discrepancias podían tener un origen psicológico o sociológico, aunque algunas indudablemente lo tengan <sup>1</sup>. Tengo la convicción de que, en ocasio-

---

\* Publicado en *Justicia* 2008, núms. 3-4, pp. 295-343, y destinado al *Libro homenaje al Profesor Manuel SERRA DOMÍNGUEZ*.

<sup>1</sup> La propia polémica sobre la *actio* entre WINDSCHEID y MUTHER lo tuvo, puesto que el segundo trataba de hacer una defensa apasionada de la obra de SAVIGNY fundamentalmente. Vid. T. MUTHER, *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiskontestation und der Singularsukzession in obligationen. Eine Kritik des windscheidschen Buchs «die Actio des römischen Zivilrechts»*, Erlangen, 1857 (en la reed. de *Scientia Verlag Aalen*, Darmstadt, 1984), pp. IV y V. Sucedió algo todavía más evidente desde ese punto de vista sociológico con la polémica entre S. SATTI, «Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo», *Riv. di dir. proc. civ.*, 1937, pp. 32 y ss., y G. CRISTOFOLINI, «A proposito di indirizzi nella scienza del processo», *Riv. di dir. proc. civ.*, 1937, pp. 105 y ss. Explica esta pequeña historia J. MONTERO AROCA, «Salvatore Satta», en *Proceso (civil y penal) y garantía. El proceso como garantía de libertad y responsabilidad*, Valencia, 2006, p. 693. Sobre estos detalles sociológicos en el ámbito español, y de cómo influyen en el ámbito científico, puede consultarse J. L. VÁZQUEZ SOTELO, «Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz», *Justicia*, 1995, III-IV, pp. 22 y ss. F. RAMOS MÉNDEZ, *Bibliografía procesal española*

nes, hay algo mucho más científico detrás de la discrepancia. Dicho de otro modo, entre científicos que cumplan su trabajo con seriedad no se discrepa para molestar a nadie, sino que, honestamente, se disiente cuando no les convence la teoría de otro autor por razones objetivas, incluso aunque puedan no estar siempre bien determinadas.

Pasando revista a algunas de las discrepancias que hace más tiempo que se arrastran en nuestra disciplina, he creído ver ese trasfondo verdaderamente científico en varias de ellas, y además da la casualidad de que se trata de un trasfondo común. Ese escenario común se basa en un punto, no por más conocido y repetido, menos olvidado en el quehacer cotidiano de los procesalistas: la lucha —ya antigua— por la independencia de nuestra disciplina con respecto al Derecho privado<sup>2</sup>. Cuando se aborda el Derecho procesal desde el punto de vista histórico, se sitúa muchas veces el origen del mismo en VON BÜLOW<sup>3</sup>, aunque la razón no sea del todo clara. DEGENKOLB afirmó que el libro de VON BÜLOW, pese a contar con precedentes, fue muy relevante para dar su substancia al Derecho procesal<sup>4</sup>, fundamentalmente por el concepto de «relación jurídica procesal». Así se ha mantenido en general desde entonces por la doctrina. Debe reconocerse que en el citado libro<sup>5</sup> —que en su mayoría es de Derecho romano<sup>6</sup>— dicho profesor de Derecho procesal civil y de Derecho civil romano expuso, efectivamente, una serie de «conceptos de Derecho procesal»: fundamentalmente la «relación jurídica»<sup>7</sup> y los «presupuestos procesales»<sup>8</sup>. Y al haber creado esos conceptos teóricamente autónomos de Derecho procesal y no hacerse referencia a ningún otro intento anterior en este sentido<sup>9</sup>, se tiene por válida la conclusión de que todo empezó con ese libro publicado en Gießen en 1868.

Pues bien, con independencia de que esa última conclusión sea o no auténtica —tema en el que lamentablemente no puedo entrar en este trabajo pero que algún día habría que revisar<sup>10</sup>—, ese libro representa, ciertamen-

(1978-2000), Barcelona, 2001, pp. 31 y ss. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, 1980, p. 42.

<sup>2</sup> Vid. J. GUASP DELGADO, «Derecho procesal y Ciencia Forense», *RDPProc*, 1969, p. 855.

<sup>3</sup> Así lo hace, por ejemplo, J. L. GÓMEZ COLOMER, «Reflexiones sobre las bases científicas de la parte general del Derecho Jurisdiccional», *Justicia*, 1989, p. 591. Vid., al respecto, MONTERO AROCA, *La legitimación*, cit., p. 53, nota 84.

<sup>4</sup> H. DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen*, Leipzig, 1877, pp. 2-3.

<sup>5</sup> O. VON BÜLOW, *Die Lehre von den Proceßinreden und die Proceßvoraussetzungen*, Gießen, 1868.

<sup>6</sup> Como reconoce acertadamente MONTERO AROCA, *La legitimación*, cit., p. 53, nota 84.

<sup>7</sup> VON BÜLOW, *Die Lehre*, cit., pp. 1 y ss.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pp. 5 y ss.

<sup>9</sup> Aunque los hubo. Debe consultarse, por ejemplo, a M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses*, Berlin, 1827, quien habla nada menos que de «Legitimation zur Sache» (p. 78), así como de carga de la prueba (p. 319). Desde luego, este libro, en muchos pasajes, se parece mucho más a un manual de Derecho procesal actual que la obra de VON BÜLOW, y desde luego, en torno a la legitimación, expone sorprendentemente algunas de las discusiones **actuales** de la doctrina española. Si se aceptara que este precedente forma parte del Derecho procesal, como bien parece leyendo sus páginas, habría que situar el nacimiento de nuestra disciplina mucho antes de la obra de VON BÜLOW.

<sup>10</sup> Empezando quizás por la obra de VON BETHMANN-HOLLWEG que acabo de citar.

te, una de las primeras batallas por la independencia científica del Derecho procesal. Aunque cabe preguntarse por el sentido actual de esa supuesta «guerra». Por una parte porque es una ilusión creer que las ramas del Derecho pueden ser completamente independientes. Y por otra porque casi nadie discute ya la autonomía científica del Derecho procesal.

En algunos aspectos el Derecho procesal ha creado conceptos verdaderamente autónomos, como ocurre con el desistimiento, que se separa claramente de la renuncia. Sin embargo, en algunos otros puntos la Ciencia jurisdiccional no ha salido todavía del Derecho privado, como sucede en el arbitraje, cuando el legislador<sup>11</sup> determina el objeto del juicio arbitral excluyendo las materias que no sean de libre disposición para las partes<sup>12</sup>. En ocasiones, el Derecho procesal simplemente se deja arrastrar en exceso por los antiguos esquemas privatistas, que por otra parte están en buena medida superados incluso por el propio Derecho privado, como superada está también —aunque se siga utilizando a efectos mnemotécnicos— la propia vigencia de la distinción entre Derecho público y Derecho privado<sup>13</sup>, basada en la disyuntiva entre individuo y colectividad, propia del Derecho burgués, como afirma LACRUZ BERDEJO<sup>14</sup>.

Sin menosprecio alguno por el Derecho privado, más bien todo lo contrario, voy a exponer a continuación algunos de esos puntos, tratando de evidenciar qué es lo que diría —o dice— de los mismos el Derecho privado, desde su antigua contraposición al Derecho público, y qué es lo que quizás habría de decir si se hubiera seguido más de cerca la lógica de pensamiento propia de lo que llamamos «Derecho público», al que pertenecería, al menos en principio, el Derecho procesal. Me centraré en alguna de esas cuestiones, pero ojalá puedan descubrirse en el futuro otras cuya precisa determinación, finalmente, completen la autonomía científica del Derecho procesal. Pero insisto, sin que ello suponga el rechazo por otras ramas del Derecho por parte de nuestra disciplina, que resultaría inaceptable.

Por último, querría añadir, antes de comenzar, que el título de este artículo es un homenaje a mi Maestro, el Profesor Manuel SERRA DOMÍNGUEZ.

---

<sup>11</sup> Art. 2.1 de la Ley de Arbitraje: «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».

<sup>12</sup> Analicé ese tema en J. NIEVA FENOLL, «Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las que las partes no tienen poder de disposición», *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 3, 2002, pp. 11 y ss. Actualmente debe consultarse también P. PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio arbitral*, Cizur Menor, 2005, pp. 127 y ss. R. YÁÑEZ VELASCO (con ESCOLÀ BESORA), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Valencia, 2004, pp. 155 y ss. C. GONZÁLEZ CARRASCO, «Comentario al art. 2», en GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje*, Barcelona, 2004, pp. 27 y ss. C. SANCINENA ASURMENDI, «Materias objeto de arbitraje», en GUILARTE (dir.), *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, pp. 64 y ss. J. MONTERO AROCA, «Art. 2. Materias objeto de arbitraje», en BARONA VILAR (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, pp. 99 y ss.

<sup>13</sup> Así lo afirmó ya hace años J. CARRERAS LLANSANA, «Derecho público y Derecho privado. Actualidad y fecundidad de su distinción», en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1957, pp. 31-32.

<sup>14</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO (con SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA), *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General del Derecho Civil, vol. I, Madrid, 2002, p. 10.