Begoña Vidal Fernández

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL

tecnos

INTRODUCCIÓN
AL DERECHO PROCESAL

BEGOÑA VIDAL FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL

tecnos

Diseño de cubierta: J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

Está prohibida la reproducción total o parcial de este libro electrónico, su transmisión, su descarga, su descompilación, su tratamiento informático, su almacenamiento o introducción en cualquier sistema de repositorio y recuperación, en cualquier forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, conocido o por inventar, sin el permiso expreso escrito de los titulares del Copyright.

www.tecnos.es

© Begoña Vidal Fernández, 2017
© de la edición, EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S. A.), 2017
Juan Ignacio Luca de Tena, 15. 28027 Madrid
ISBN: 978-84-309-7116-9
Versión digital de la 1.ª edición, 2017

A Celia.
A Manuel.
A Isabel.

ÍNDICE

ABREVIATURAS ..... *Pág.* 17

PARTE I
CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

CAPÍTULO 1: MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS 21

CAPÍTULO 2: CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL 27

1. CARACTERES DEL DERECHO PROCESAL: CIENTÍFICO, AUTÓNOMO, PÚBLICO Y LEGAL 27
   A) *Derecho Científico* 27
      a) Primera etapa: La práctica forense 28
      b) Segunda etapa: El procedimentalismo 29
      c) Tercera etapa: Procesalismo científico 30
   B) *Derecho Autónomo: derecho material-derecho procesal* 31
      a) La polémica doctrinal entre Windsheid y Müther (1856 y 1857) 32
      b) Publicación de la Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales (O. von Bülow, de 1868) 32
   C) *Derecho Público* 32
   D) *Derecho Legal* 33
2. CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL 33
3. CONCEPCIÓN ACTUAL DEL DERECHO PROCESAL 35
   A) *Dimensión constitucional o estática del Derecho de la justicia* 35
   B) *Dimensión procesal o dinámica del Derecho de la justicia* 36
4. CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL COMO DERECHO DE LA JUSTICIA 37

CAPÍTULO 3: LA JURISDICCIÓN 39

1. INTRODUCCIÓN 39
2. LA POTESTAD JURISDICCIONAL 39
   A) *Evolución histórica* 39
   B) *Caracteres de la potestad jurisdiccional: exclusividad, unidad, independencia.* 42
3. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL 45
   A) *Teorías subjetivas* 45
   B) *Teorías objetivas* 46
   C) *Teorías mixtas: satisfacción irrevocable de intereses jurídicos socialmente relevantes* 47
4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ANORMAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y POR ERROR JUDICIAL 48

CAPÍTULO 4: LA ACCIÓN 51

1. INTRODUCCIÓN 51
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE ACCIÓN. TEORÍAS SOBRE LA ACCIÓN 51
   A) *Teorías monistas* 51
   B) *Teorías dualistas* 53
      a) Concepción concreta de la acción 57

b) Concepción abstracta de la acción 60
3. La acción como derecho fundamental a la tutela judicial efectiva 60
A) *Dimensión constitucional o estática de la acción* 60
B) *Configuración constitucional de este derecho fundamental* 61
a) Titulares 61
b) Contenido 62
c) Protección 63
4. Acción y pretensión 63
A) *Dimensión procesal o dinámica de la acción: pretensión* 64
a) Diferencias acción-pretensión desde la concepción abstracta 64
b) La relación acción-pretensión en la concepción concreta 64
B) *Clases de pretensiones* 65
a) Pretensiones de declaración 65
b) Pretensiones de ejecución 67
c) Pretensiones cautelares 67
5. La acción en el proceso penal 67

Capítulo 5: EL PROCESO 69

1. Introducción. Dimensión estática o constitucional: El derecho al debido proceso. Contenido 69
2. Dimensión dinámica del proceso: Enjuiciamiento. Teorías sobre la naturaleza jurídica del proceso 70
A) *Teorías privatistas* 70
B) *Teorías publicistas* 71
a) El proceso como relación jurídica 71
b) El proceso como situación jurídica 73
c) El proceso como servicio público 77
d) Conclusión. Concepto de proceso 77
3. Proceso y procedimiento 78

Capítulo 6: FUENTES DEL DERECHO PROCESAL 80

1. Introducción 80
2. La Constitución 81
3. La ley: Leyes de organización (orgánicas) y procesales 82
A) *Caracteres de las leyes procesales* 82
B) *Clases* 83
a) Leyes de organización 83
b) Leyes o normas de procedimiento 85
4. Otras fuentes enumeradas en el Código Civil 90
A) *La costumbre* 90
B) *Los principios generales del Derecho* 90
C) *La jurisprudencia* 90
5. Otras fuentes del Derecho Procesal 91
A) *El Derecho de la Unión Europea* 91
B) *Los Tratados Internacionales* 92
C) *Fuentes de conocimiento del Derecho Procesal* 93
6. Límites de la eficacia de las normas procesales 93
A) *La ley procesal en el tiempo* 94
B) *La ley procesal en el espacio* 95
7. Interpretación de la ley procesal 97

PARTE II
ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN

CAPÍTULO 7: ÓRGANOS JURISDICCIONALES 101

1. ÓRGANOS JURISDICCIONALES ORDINARIOS NACIONALES. INTRODUCCIÓN 102
A) *Clasificación, composición y atribuciones* 103
B) *Planta judicial establecida por la LOPJ* 107
a) Ámbito territorial municipal: Juzgados de Paz 107
b) Ámbito territorial de partido judicial 110
b.1) Juzgados de primera instancia e instrucción 110
b.2) Juzgados de violencia sobre la mujer 112
c) Ámbito territorial provincial 112
c.1) Órganos unipersonales 112
c.1.1) Orden jurisdiccional civil: Juzgados de lo mercantil 113
c.1.2) Orden jurisdiccional penal 113
c.1.2.1) Juzgados de lo penal 113
c.1.2.2) Juzgados de vigilancia penitenciaria 115
c.1.2.3) Juzgados de menores 115
c.1.3) Orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo: Juzgados de lo contencioso-administrativo 117
c.1.4) Orden jurisdiccional social: Juzgados de lo social 118
c.2) Órganos colegiados: Audiencias Provinciales 119
d) Ámbito territorial autonómico: Tribunales Superiores de Justicia 120
e) Ámbito territorial estatal 122
e.1) Órganos unipersonales 122
e.1.1) Orden jurisdiccional penal 122
e.1.1.1) Juzgados Centrales de Instrucción 122
e.1.1.2) Juzgado Central de lo Penal 123
e.1.1.3) Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria 123
e.1.1.4) Juzgado Central de Menores 124
e.1.1.5) Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo 124
e.2) Órganos colegiados 124
e.2.1) Audiencia Nacional 124
e.2.2) Tribunal Supremo 127
f) El Tribunal del Jurado 129

2. OTROS ÓRGANOS JURISDICCIONALES: TRIBUNALES ESPECIALES SALVADOS POR LA CONSTITUCIÓN 136
A) *Tribunales consuetudinarios y tradicionales* 136
a) Tribunal de las aguas de la Vega de Valencia 137
b) Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia 137
B) *El Tribunal de Cuentas* 137
C) *El Tribunal Constitucional* 139
a) Regulación 140
b) Composición 140
c) Atribuciones 141
d) Funcionamiento 142

3. ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL MILITAR 143
A) *Introducción* 143
B) *Regulación* 145
C) *Ámbito competencial* 146
D) *Órganos de la Organización judicial militar* 146

4. ÓRGANOS JURISDICCIONALES SUPRANACIONALES Y SUPRAESTATALES 147
A) *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)* 147
B) *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)* 154
C) *La Corte Penal Internacional (CPI)* 159

5. Conflictos jurisdiccionales 164
A) *Conflictos de jurisdicción en sentido estricto* 164
B) *Conflictos de atribuciones* 165
C) *Conflictos de competencia* 165
D) *Formalización del conflicto* 166
E) *Cuestiones de competencia* 167
6. Órganos de Gobierno de los tribunales españoles 167
A) *Introducción* 167
B) *El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)* 168
a) Composición 168
b) Organización y atribuciones 169
C) *Otros órganos de gobierno de los tribunales* 171
a) Salas de Gobierno 171
b) Presidentes de los tribunales y de las audiencias 171
c) Presidentes de Sala y Jueces titulares de juzgados 172
d) Jueces Decanos 172

Capítulo 8: PERSONAL DE LA JURISDICCIÓN 173

1. Introducción 173
2. Personal del órgano jurisdiccional 174
A) *Titulares de la potestad jurisdiccional: Jueces y magistrados* 174
a) Clasificación e ingreso en la carrera judicial 175
a.1) Personal perteneciente a la carrera judicial 175
a.2) Personal jurisdiccional no integrado en la carrera judicial 176
b) Requisitos (incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones) 177
c) Derechos y deberes (en especial la abstención y la recusación) 178
d) Responsabilidad (disciplinaria y penal) 184
B) *Letrados de la Administración de Justicia* 185
a) Regulación 186
b) Garantías 186
c) Ingreso en el Cuerpo 186
d) Organización 187
e) Funciones 187
2. Auxiliares de la Justicia 188
A) *Cuerpos de funcionarios al servicio de la administración de Justicia* 188
a) Cuerpos generales 188
a.1) Cuerpo de gestión procesal y administrativa 188
a.2) Cuerpo de tramitación procesal y administrativa 188
a.3) Cuerpo de auxilio judicial 188
b) Cuerpos especiales 189
b.1) Institutos de medicina legal y ciencias forenses 189
b.2) Instituto nacional de toxicología y ciencias forenses 189
b.3) Otros 190
B) Policía Judicial 190
3. Colaboradores del órgano jurisdiccional 191
A) *Ministerio Fiscal (MF)* 191
a) Estatuto jurídico y estructura del MF 192
b) Principios de funcionamiento del MF 193
c) Funciones y actuación del MF ante los tribunales 194
B) *Abogados y Letrados del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales* 196
C) *Abogados, Procuradores y Graduados Sociales* 197
a) Abogados 197
b) Procuradores 198
c) Graduados sociales 198

PARTE III

GARANTÍAS Y PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO (CIVIL Y PENAL)

CAPÍTULO 9: LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL ART. 24.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA («EL DEBIDO PROCESO») 203

1. INTRODUCCIÓN 203
2. PRINCIPIOS, GARANTÍAS Y DERECHOS 204
   A) *Relativos a la Jurisdicción* 204
      a) Derecho al juez ordinario y predeterminado por la ley 204
      b) Derecho al juez imparcial 205
   B) *Relativos a la acción* 207
      a) Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales 207
      b) Derecho a la tutela cautelar 208
      c) Derecho a la ejecución 208
   C) *Relativos al proceso «con todas las garantías»* 209
      a) Derecho de audiencia, contradicción y defensa 209
      b) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes 209
      c) Derecho a la asistencia letrada y a la asistencia jurídica gratuita 210
      d) Derecho a un proceso público 210
      e) Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas 211
      f) Derecho a ser informado de la acusación 211
      g) Derecho a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable 213
      h) Derecho a los recursos y a la doble instancia 213

CAPÍTULO 10: PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL PROCESO CIVIL Y PENAL. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL ENJUICIAMIENTO 215

1. PRINCIPIOS CONSTITUTIVOS 215
   A) *Principio de necesidad y principio de oportunidad* 216
   B) *Principio de proporcionalidad* 217
   C) *Principio de igualdad de partes* 218
2. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO 218
   A) *Principio dispositivo y principio de oficialidad* 218
   B) *Principio de oralidad (inmediación, concentración y publicidad)* 220
   C) *Principio de escritura* 222
   D) *Principio de prueba tasada (legal) y de prueba libre* 225

PARTE IV

LOS ACTOS PROCESALES

CAPÍTULO 11: TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS PROCESALES 231

1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO 231
2. CARACTERÍSTICAS 231
3. REQUISITOS 232
   A) De lugar 232
   B) De tiempo 233
   C) De forma en sentido estricto 235
   D) Lengua oficial 237
4. PRINCIPIOS RECTORES DE LAS ACTUACIONES PROCESALES 238
   A) Oralidad e inmediación 238
   B) Publicidad e información sobre las actuaciones 239
   C) Fe pública y documentación 240

5. Defectos de los actos procesales 241
A) *Irregularidad* 241
B) *Anulabilidad* 241
C) *Nulidad* 242
D) *Subsanación de defectos* 244
6. Clasificación de los actos procesales 245
A) *Actos de las partes* 245
a) De postulación 245
b) De disposición 245
B) *Actos del órgano jurisdiccional* 245
a) Del Juez 245
b) Del Letrado de la Administración de Justicia 246

Capítulo 12: ACTOS PROCESALES 247

1. Actos del órgano jurisdiccional 247
A) *Actos del juez* 247
a) Resoluciones gubernativas 247
b) Resoluciones jurisdiccionales 248
b.1) Providencias 248
b.2) Autos 249
b.3) Sentencias 251
c) Caracteres y notas comunes a todas las resoluciones jurisdiccionales 254
B) *Actos del Letrado de la Administración de Justicia (LAJ)* 257
a) En ejercicio de sus funciones..... 257
b) Aclaración, corrección y subsanación de *Decretos* del LAJ 260
c) Recursos contra los actos del LAJ 260
2. Actos procesales de las partes 261
A) *Actos de postulación* 261
B) *Actos dispositivos* 262

Capítulo 13: ACTOS DE COMUNICACIÓN JUDICIAL 263

1. Introducción 263
2. Actos de comunicación con otros tribunales (auxilio judicial). Introducción 264
A) *Auxilio Judicial interno* 265
B) *Auxilio (cooperación) Judicial Internacional* 267
a) Regulación aplicable 267
b) Vía y procedimiento para su práctica 269
C) *Cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea (ELSJ: Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia)* 270
3. Actos de comunicación a funcionarios: auxilio a la justicia 271
4. Actos de comunicación a particulares 272
A) *Trascendencia de las notificaciones* 273
B) *Clases de actos de comunicación a particulares* 274
C) *Modos y lugar de efectuar del acto de comunicación* 275
4. Del traslado de escritos (actos de comunicación entre las partes procesales en el proceso civil) 282
5. Reconstrucción de los autos en los procesos civiles 284

PARTE V
SUJETOS Y OBJETO DEL PROCESO (CIVIL Y PENAL)

CAPÍTULO 14: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA 287
1. INTRODUCCIÓN 287
2. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA (COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL) 288
3. COMPETENCIA GENÉRICA O POR ÓRDENES JURISDICCIONALES 293
4. NORMAS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA: FUNDAMENTO 293
5. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA 294
A) *Criterio objetivo* 295
B) *Criterio funcional* 297
C) *Criterio territorial: fueros* 299
6. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA JURISDICCIÓN Y DE LA COMPETENCIA 303
A) *De oficio* 304
B) *A instancia de parte* 305
a) Orden civil: Declinatoria 305
b) Orden penal 306
7. EL REPARTO DE ASUNTOS 307

CAPÍTULO 15: LAS PARTES PROCESALES 309
1. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DE PARTE PROCESAL, CAPACIDAD PARA SER PARTE, CAPACIDAD PROCESAL 309
2. LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL 312
A) *Capacidad para ser parte* 312
B) *Capacidad procesal o para comparecer en juicio* 313
C) *Tratamiento procesal de la capacidad. Efectos de la falta de capacidad* 316
D) *El Ministerio Fiscal en el proceso civil* 317
E) *La legitimación en el proceso civil* 317
a) Concepto 317
b) Clases de legitimación 318
c) Tratamiento procesal de la legitimación 320
F) *Pluralidad de partes en el proceso civil* 324
G) *La sucesión procesal* 327
a) Concepto 327
b) Requisitos 327
c) Supuestos 328
3. SUJETOS DEL PROCESO PENAL 329
A) *Sujetos penales* 329
a) Acusación 330
a.1) Acusador popular 330
a.2) Acusador particular 330
a.3) Acusador privado 331
b) Parte pasiva: el investigado o encausado, procesado, condenado 331
B) *Partes civiles en el proceso penal* 332
a) Actor civil 332
b) Responsable civil 333
C) *El Ministerio Fiscal en el proceso penal* 333

CAPÍTULO 16: OBJETO DEL PROCESO 334
1. OBJETO DEL PROCESO CIVIL: LA PRETENSIÓN 334
A) *Elementos de la pretensión* 335
a) Sujetos (*personae*) 335
b) Causa de pedir (*causa petendi*) 335
c) Petición (*petitum*) 336

B) *Determinación y modificación del objeto del proceso civil* 337
C) *Acumulación de pretensiones* 337
a) Requisitos 338
a.1) Conexidad 338
a.2) Jurisdicción y competencia del tribunal 339
b) Efectos 339
c) Supuestos de acumulación 339
c.1) Acumulación inicial de pretensiones («Acumulación de acciones»). 340
c.1.1) Clases de acumulación de acciones en la demanda 340
c.1.2) Tratamiento procesal de la acumulación 341
c.2) Acumulación sobrevenida 342
c.2.1) Ampliación de la demanda 342
c.2.2) Reconvención 342
c.2.3) Intervención principal 343
D) *Acumulación de procesos* 343
a) Solicitud 344
b) Causas que justifican la acumulación 344
c) Procedimientos 344
c.1) Procesos pendientes ante el mismo Tribunal (arts. 81 a 85 LEC) 344
c.2) Procesos pendientes ante tribunales distintos (arts. 86 a 97 LEC) ... 345
d) Tipos de acumulación de procesos..... 345
d.1) Acumulación de procesos singulares a universales 346
d.2) Acumulación de procesos de ejecución 346
d.3) Acumulación de procesos declarativos 346
E) *Tipos de procesos civiles: de declaración, cautelar, de ejecución* 347
a) El proceso de declaración 347
a.1) Pretensiones de cognición. Características y clases 347
a.2) Clases de procesos de declaración 348
b) El proceso de ejecución 349
b.1) Clases de ejecución 350
b.2) El título ejecutivo 350
b.3) Clases de títulos 351
b.4) Sinopsis del proceso de ejecución 352
c) El proceso cautelar 353
c.1) Presupuestos de las medidas cautelares 354
2. Objeto del proceso penal 355
A) *El objeto penal. Elementos esenciales* 355
B) *Determinación del objeto del proceso penal* 356
C) *La pretensión civil en el proceso penal* 356
a) Elementos esenciales de la pretensión civil 357
a.1) Subjetivos 357
a.2) Objetivos 357
D) *Cuestiones prejudiciales* 358
a) Concepto 358
b) Clases 358

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional.
Art.	Artículo.
BOE	*Boletín Oficial del Estado.*
CA	Comunidad Autónoma.
CC	Código Civil.
CC.AA.	Comunidades Autónomas.
CC.GG.	Cortes Generales.
CE	Constitución Española de 1978.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
cit.	Citado.
CP	Código Penal.
CPI	Corte Penal Internacional.
D.	Derecho.
DR	Derecho Romano.
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
HC	*Habeas Corpus.*
Ibídem	Mismo autor, misma obra y misma página.
Ídem	Mismo autor y misma obra.
Infra	Más adelante.
J	Juzgado.
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LJS	Ley de la Jurisdicción Social.
LOCJ	Ley Orgánica de Conflictos de Jurisdicción.
LOHC	Ley Orgánica de *Habeas Corpus*.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.
MF	Ministerio Fiscal.
Op. cit.	Obra citada.
PJ	Poder Judicial.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
ss.	Siguientes.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
Supra	Más arriba (antes).
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TG	Tribunal General.
TJ	Tribunal de Justicia.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
TUE	Tratado de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.
Vid.	Ver.

PARTE I

CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

CAPÍTULO 1

MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

ALCALÁ-ZAMORA[1] realiza una clasificación de los mecanismos de resolución de conflictos agrupándolos en dos bloques, distinguiendo según el conflicto sea solventado por los propios contendientes o con la intervención de un tercero.

En el primer caso el comportamiento de los contendientes puede dar lugar a su vez a dos mecanismos diferentes, según la forma de resolver el conflicto: *consintiendo* uno de ellos en el sacrifico de su propio interés (*autocomposición*); o por el contrario *imponiendo* el sacrificio del interés ajeno (*autotutela o autodefensa*).

En el segundo caso, cuando interviene un tercero proponiendo o imponiendo la solución estamos ante la *heterocomposición*[2], denominada también «solución imparcial» puesto que no se deja en manos de las partes enfrentadas.

Autodefensa o autotutela.—Constituye el método más primitivo, y consiste en el sacrificio del interés de una de las partes en beneficio de la otra. Puede ser *unilateral*: la solución la impone uno de los contendientes actuando solamente él (legítima defensa); o *bilateral* cuando intervienen ambos (duelo). Esta última está siempre prohibida por el ordenamiento jurídico, pues no deja de ser una manifestación de la guerra aunque limitada a dos sujetos.

Las notas que la caracterizan son dos:

a) La solución es parcial, estando por tanto ausente un juez distinto de las partes.

b) Una de las partes la impone a costa del sacrificio del interés contrario.

La autodefensa está permitida por el ordenamiento de manera reducida y controlada, a través de las modalidades legalizadas de *legítima defensa o del estado de necesidad*, así como en general en aquellas situaciones en que es preciso hacer frente a imprevistos o emergencias.

Autocomposición.—El vocablo fue acuñado por CARNELUTTI. El fundamento jurídico de las fórmulas autocompositivas lo constituye el convencimiento de no tener razón y en consecuencia se traducen en actitudes de renuncia o reconocimiento a favor de interés del adversario. Estas actitudes pueden ser unilaterales: *renuncia y desistimiento* (cuando la solución la facilita el atacante), *allanamiento*

---

[1] *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

[2] — Espontánea: mediación y buenos oficios.
— Provocada: conciliación y ADR / arbitraje y proceso.

(si la facilita el atacado); o bilaterales: *transacción* (supone concesiones mutuas por ambas partes).

Heterocomposición.—Se caracteriza por la intervención de un tercero, que puede ser *espontánea*, es decir, que se ofrece a los contendientes y que se asemeja a la autocomposición (*mediación o buenos oficios*) o *provocada*, cuando el tercero interviene a petición de los contendientes, son los supuestos de *conciliación* (que también se asemeja a la autocomposición pues sólo propone la solución), y aquellos en los que el tercero impone su solución: *el arbitraje y el proceso*.

La *mediación*[3] *o buenos oficios* se asemeja a la autocomposición porque la intervención del tercero imparcial es totalmente espontánea y éste se limita a proponer una solución que los litigantes son dueños de aceptar, rechazar o modificar. El mediador no se sitúa *supra* partes, sino al mismo nivel o incluso *infra* partes. Tradicionalmente estos mecanismos han desplegado su eficacia principalmente en el campo del Derecho Internacional (*buenos oficios*). La mediación es un mecanismo en el que prima el contacto personal. El mediador necesita desarrollar habilidades mediadoras que construyan el clima de confianza necesario para que pueda alcanzarse una solución. Revela su eficacia especialmente en los ámbitos familiar y vecinal, donde es particularmente importante preparar la situación posterior a la resolución del conflicto para que permita la reconstrucción de las relaciones interpersonales. Actualmente existe una regulación legal y reglamentaria de los presupuestos, requisitos, procedimiento y efectos de esta vía alternativa de la Justicia (la regulación de la mediación familiar era inicialmente autonómica. Así, en Castilla y León está regulada por la Ley 1/2006, que ha sido desarrollada mediante Reglamento Decreto 50/2007). Actualmente contamos con una Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 6 de julio de 2012, incluidos los conflictos transfronterizos. En estas circunstancias de lejanía geográfica de las partes, la mediación también es posible gracias a la popularización de los medios de comunicación virtuales, singularmente el correo electrónico en primer lugar y el resto de medios de relación por internet, que ha conducido al desarrollo de la *mediación on line*. Este nuevo cauce para la mediación se ha mostrado necesario no solamente en dichos supuestos transfronterizos sino también cuando el conflicto ha surgido a través de la Red, especialmente en los casos de comercio electrónico, y además aparece como el cauce idóneo para los supuestos en que las partes, estando de acuerdo en resolver su conflicto a través de una mediación, sin embargo no quieren encontrarse personalmente porque ello puede resultarles desagradable, incómodo o incluso violento[4].

---

[3] *La mediación: algunas cuestiones de actualidad* (dir. Pardo Iranzo, V.), Tirant Monografías, 975, Valencia, 2015.

[4] Sobre esta materia vid. Montesinos García, A., «Mediación on line», en *Revista de Contratación Electrónica*, n.º 94, junio 2008. La mediación on line es la que se realiza a distancia por medio de internet, donde las partes y los mediadores se comunican a través de medios electrónicos. Es un mecanismo muy adecuado para el entorno virtual por su falta de formulismo o rigidez. Su puesta en práctica exige el desarrollo de una especie de «lenguaje electrónico» que atraiga la atención de las partes.

Vid. también Conforti, O. D., «Mediación electrónica. e-Mediación», *Diario La Ley*, de 15 de abril de 2015, n.º 8519. «Para desarrollar un proceso de mediación electrónica, el mediador debería utilizar un sistema de gestión de expedientes (gestor documental) para las etapas iniciales y final más

Aunque tradicionalmente se ha excluido la mediación del ámbito penal, por no ser éste un ámbito de libre disposición, las últimas tendencias están revelando que es precisamente en este campo donde puede tener mayores beneficios en cuanto es el instrumento que logra mayor satisfacción de las víctimas de los delitos. Las últimas reformas legislativas tienden a potenciar la llamada «Justicia restaurativa» que tiene como instrumento principal la mediación.

Ahora la mediación aparece como una importante ADR (modalidad alternativa de resolución de conflictos). Pero no es la única, por ello es conveniente hablar de los nuevos mecanismos de resolución de conflictos que se agrupan bajo la denominación de «modalidades alternativas de resolución de conflictos» o ADR[5] (siglas de su denominación en inglés: *Alternative Dispute Resolution*), y junto a ellas cabe también hablar de otros métodos novísimos conocidos como ODR (*online dispute resolution*), para la solución de controversias a través de internet, cuya aplicación tiene especial interés en el caso de litigios transfronterizos, y en el creciente campo del comercio electrónico[6]. También será recomendable acudir a estos

---

una sala de videoconferencia privada y segura que garantice la interacción y la sincronicidad, además de mantener la privacidad y evitar la suplantación de identidad; al mismo tiempo el mediador deberá desarrollar las técnicas propias del proceso de mediación (escucha activa, manejo emocional, repreguntas, etc.) y ser capaz de gestionar cualquier incidencia menor en el ámbito de las TIC. Conforme esto último, además del desafío relativo a la formación del mediador (por ejemplo, en técnicas de lectura e interpretación del lenguaje no verbal facial), también están presentes los de tipo tecnológico entre los cuales se pueden enumerar (no taxativamente) problemas de conectividad, superar la falta de conocimiento del usuario o cliente y superar la confianza de los terceros profesionales (abogados, peritos, etc.)».

[5] Bajo esta denominación se acoge: el *arbitraje*, *la conciliación*, *la mediación*, la *«med-arb»* (*mediación-arbitraje o concilio-arbitraje*: expresión americana para definir un mecanismo de conciliación o de mediación en el que las partes acuerdan que el tercero puede convertirse en árbitro si las primeras fracasan), el *fact-finding* (especialmente utilizado en conflictos laborales (el tercero ha de buscar y fijar los hechos pertinentes y relevantes para el conflicto, y a continuación someter al tribunal un informe con sus recomendaciones de solución del conflicto, que pueden ser aceptadas o rechazadas por las partes, pero en todo caso han de hacerlo en su totalidad, sin poder elegir entre ellas); el *rent-a-judge* (método en el cual el juez normalmente competente para el litigio nombra un tercero investido de poder jurisdiccional, que está regulado legislativamente en algunos estados de EE.UU. La decisión de este tercero puede ser recurrida en las mismas condiciones de un tribunal estatal. Es una especie de «juez *ad hoc*»); *summary-trial* (una audiencia a puerta cerrada, que normalmente se celebra en media jornada, presidida por un magistrado, ante un jurado de seis personas, que han de dar un veredicto por unanimidad o, de no ser posible, expresar sus opiniones individuales. Las partes pueden adoptar el veredicto del jurado como una transacción, o no, quedándoles siempre la posibilidad de acudir a la jurisdicción para la resolución del conflicto); la *regulatory negotiation* o «reg-neg» (negociación reguladora que permite a las agencias gubernamentales evitar verse involucradas en numerosos litigios), y el *mini trial*.

[6] Dentro de esta política europea de protección de los consumidores se ha creado la *Plataforma europea de resolución de conflictos en línea (RLL)*, mediante el Reglamento (UE) 524/2013. La plataforma se concibe como una ventanilla única a disposición de los consumidores y los comerciantes que deseen resolver sus conflictos extrajudicialmente, potenciando de este modo el comercio electrónico.

Sobre este nuevo instrumento vid. fundamentalmente VALBUENA GONZÁLEZ, F., «La plataforma europea de resolución de litigios en línea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* n.º 52, septiembre/diciembre 2015, pp. 987 a 1016. En esta materia vid. asimismo RICHARD GONZÁEZ, M., «Los proce-

ODR en los casos en que las partes quieran alcanzar una solución pero no deseen enfrentarse «cara a cara»[7].

Las ADR son una modalidad de resolución de conflictos que se basa más en el consenso hacia el que se trata de guiar a las partes que en la resolución que impone un juez o un árbitro. Su aparición se produce hace aproximadamente treinta años como consecuencia de un movimiento típicamente anglosajón (movimiento de libre acceso a la Justicia, en Harvard) que busca que todos tengan la posibilidad de acceder a un medio de solución efectivo de la controversia o conflicto planteado. Son fruto de tres causas: el colapso de los órganos judiciales civiles y penales, el sentimiento creciente de la necesidad de mecanismos privados de solución de conflictos entre particulares, y la incapacidad del sistema para facilitar el acceso de todos a la Justicia. Hoy en EE.UU. las ADR se han convertido en parte del sistema judicial, incorporadas a las instituciones públicas con carácter previo al proceso adversarial clásico. Ya no son alternativas puramente privadas. Y tienen como características esenciales:

a) ser vías menos formales y rituarias que el proceso judicial, con una concepción privatista e individualista del conflicto,

b) y fomentar la mayor participación de las partes, lo que implica su mayor compromiso en la aceptación y cumplimiento de la solución[8].

Dentro de estas posibilidades destaca una de origen anglosajón: el mini-trial. Es un método de resolución de conflictos distinto a cualquier otro sistema, y con él se pretende implicar a los directivos de las empresas en la solución negociada de sus disputas. Es bastante utilizado en los países anglosajones y esencialmente por las multinacionales y las grandes empresas. No se trata de restablecer la comunicación para el futuro como en la mediación, ni de imponer una decisión con eficacia de cosa juzgada como sucede en el arbitraje, sino de intercambiar información, y toma prestado del «proceso» cierto formalismo. Se desarrolla en dos etapas: intercambio de información y fase transaccional.

Mediante el mini-trial, los directivos de las empresas en conflicto efectúan un intercambio de información (tanto de documentos técnicos como de informes jurídicos) y escuchan a sus propios abogados, quienes exponen sus argumentos de forma similar a un proceso. Tras este intercambio de información, dichos directivos se constituyen en órgano colegiado o tribunal, frecuentemente también integrado por un tercero neutral o «consejero» que lo preside, que debe ser un especialista en el sector implicado y preferiblemente un abogado. Sólo interviene como consejero cuando las partes de forma expresa lo deciden. Se trata de un tribunal interno ante el que los abogados exponen de forma separada el conflicto. Primero un abogado y luego el otro exponen, sin hablar con el directivo de su propio cliente

---

dimientos electrónicos de resolución alternativa de conflictos (on-line dispute resolution)», *Diario La Ley*, n.º 8360, Sección Tribuna, 23 de julio de 2014.

[7] Vid. MONTESINOS GARCÍA, A., «Mediación on line», cit.

[8] GONZÁLEZ CANO, I., «Los métodos alternativos de resolución de conflictos», en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, coord. SOLETO MUÑOZ Y OTERO PARGA, Tecnos, Madrid, 2007, p. 139.

que integra el tribunal ni intentar influir en el tercero neutral, que en su caso intervenga. Cada abogado tan sólo intenta persuadir al directivo de la adversa de la bondad de sus planteamientos y de que, conforme al intercambio de información inicial, debería llegarse a un acuerdo. Cada directivo escucha los argumentos y planteamientos expuestos por el Letrado de la otra parte, lo que constituye un eficaz método de persuasión. Tras la intervención de los letrados el tribunal delibera e intenta consensuar la resolución del conflicto, de forma que la solución que se alcanza tan sólo vincula en la medida en que es aceptada por las partes como un contrato.

Este método no es excluyente ni alternativo a la acción judicial. Se basa en el intercambio de información y en la persuasión del directivo de cada parte de la bondad de llegar a un acuerdo concreto. Al basarse en la persuasión de los directivos enfrentados por la controversia, tiene un importante componente psicológico, de forma que además de resolver el conflicto favoreciendo e convencimiento de las partes, contribuye a restablecer las relaciones comerciales entre las mismas partes.

A nivel de la Unión Europea contamos con un mecanismo particular: el SOLVIT. Constituye un modo alternativo de solución de los conflictos provocados por la aplicación incorrecta de la legislación relativa al mercado interior por parte de autoridades públicas. En cada Estado miembro hay un Centro SOLVIT (más Noruega, Islandia y Liechtenstein), que forma parte de las administraciones nacionales, para prestar ayuda para la tramitación de reclamaciones de ciudadanos y de empresas (problemas para la obtención de un permiso de residencia, el reconocimiento de una titulación, o de cualificaciones profesionales, la matriculación de un vehículo, impuesto sobre la renta, el derecho de voto, derechos laborales, con la Seguridad Social...). SOLVIT, que comenzó a funcionar en 2002, es una red en línea creada por la Comisión, en la que los Estados miembros trabajan en colaboración para solucionar estos problemas transfronterizos de manera práctica y ágil (el plazo establecido es de diez semanas)[9].

En los Estados europeos son más conocidos y más ampliamente utilizados la *mediación* y la *conciliación*, así como el *arbitraje*, como métodos de solución de conflictos alternativos al proceso. Todo ello es un obstáculo a la extensión rápida y aceptación masiva de estas ADR.

En la *conciliación* el tercero también se limita a proponer una o más soluciones a las partes, que mantienen su libertad de aceptarlas o de rechazarlas. El conciliador por tanto adopta la misma posición que el mediador. Pero la diferencia fundamental respecto de la mediación está en que aquí la intervención del tercero es provocada: los contendientes, ante su impotencia para resolver un conflicto que les enfrenta, acuden al tercero a fin de que les ayude a lograr un acuerdo o consenso.

El *arbitraje* es una fórmula de intervención de un tercero provocada en la que éste impone su decisión. El árbitro aparece ya situado en una posición *supra* partes. La autoridad del tercero para imponerse procede del compromiso de las partes de aceptar la solución del árbitro expresado en un convenio. El árbitro emite su resolución en forma de «laudo arbitral». Es un mecanismo especialmente útil en ma-

[9] Puede encontrarse toda la información, formularios... en la dirección de internet: http:ec.europa.eu/solvit.

teria de consumidores, ámbito en el que se ha creado el Tribunal arbitral de consumo (www.cecu.es).

Parte de la doctrina afirma la naturaleza jurisdiccional del arbitraje basándose en: la imparcialidad del árbitro, la irrevocabilidad de su decisión y la posible ejecución forzosa de la misma (establecidas en el art. 44 LA 60/2003). Pese a esta apariencia, hay un dato que conviene no olvidar: que la autoridad del árbitro tiene su origen en un contrato entre los contendientes, es decir en la propia voluntad de las partes, quienes por lo mismo pueden abandonarlo en cualquier momento. El árbitro posee *auctóritas y potestas*[10], dada por la voluntad expresa de las partes de someterse a su decisión, pero se agotan con la resolución de esa controversia. Y carece del *imperium* del Estado.

El último de los métodos heterocompositivos en el que también interviene un tercero que ha sido llamado a solucionar el conflicto y que impone su decisión es el proceso. A diferencia del anterior, no depende de la voluntad de las partes sino que supone el ejercicio del poder del Estado. El tercero que impone la solución, el juez, está establecido por el propio Estado para resolver todos los conflictos que surjan. Tiene el *imperium* del Estado cuando actúa en el proceso. El proceso es imprescindible para que la potestad jurisdiccional se realice: la Justicia sólo puede actuarse con estricta observancia de las garantías consagradas en la CE que aseguran el respeto por los poderes públicos de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

El Derecho procesal se desarrolla con el estudio de este método de resolución de conflictos.

---

[10] D'Ors: *auctoritas* es la verdad socialmente reconocida (o el saber socialmente reconocido). La *potestas* es la voluntad de poder también socialmente reconocida (o el poder socialmente reconocido). Vid. más ampliamente sobre esta relación: R. Domingo, «El binomio «auctoritas-potestas» en el derecho romano y moderno» (en *Persona y Derecho*, n.º 37, 1997, pp. 183 a 195). Expresa esta contraposición Domingo mediante una conocida anécdota sobre Valle-Inclán, publicada en el diario *El País*, del jueves 7 de enero de 1999, que reproduzco parcialmente a continuación: «Una noche de finales de octubre de 1927, […] Ramón María del Valle-Inclán, con el fin de asistir al estreno de la comedia "El hijo del diablo" [...] Antes de que finalizara el segundo acto, el ínclito don Ramón comenzó a vociferar de forma tan desmesurada que hubo de interrumpirse el estreno [...] Los agentes de vigilancia se acercaron a la butaca que ocupaba el ilustre literato para llevárselo a Comisaría […], y se presentaron diciendo: "Somos la autoridad", a lo que don Ramón replicó: "Aquí, en el teatro, yo soy la única autoridad, pues soy crítico". Naturalmente, los agentes de la "potestad" se llevaron al portador de la autoridad, pues la fuerza se impone momentáneamente a la razón… Para explicar esta contraposición entre autoridad —que con tino Álvaro d'Ors define como saber socialmente reconocido— y potestad, o poder socialmente reconocido, este maestro de juristas acudió en cierta ocasión al simbolismo de la mano (*manus*, en latín, significa poder): el puño cerrado evidencia la fuerza, el poder, y es símbolo de la revolución. El puño abierto mostrando la palma es el símbolo del poder ya reconocido, es decir, de la potestad; es, por eso, el que utilizó Hitler en la época nacionalsocialista. Un dedo levantado simboliza el saber; el niño que sabe dar respuesta a la pregunta que ha formulado el maestro de escuela levanta un dedo —absolutamente inofensivo—, porque carece de poder. Dos dedos levantados —el índice y el corazón— simbolizan el saber reconocido, es decir, la autoridad. Así, en las miniaturas medievales, es frecuente representar a las personas que hablan —que están ejerciendo, por tanto, su autoridad— con estos dos dedos levantados. […]».

CAPÍTULO 2

CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL

SUMARIO: 1. CARACTERES DEL DERECHO PROCESAL: CIENTÍFICO, AUTÓNOMO, PÚBLICO Y LEGAL. A) *Derecho Científico*. *a*) Primera etapa: La práctica forense. *b*) Segunda etapa: El procedimentalismo. *c*) Tercera etapa: Procesalismo científico. B) *Derecho Autónomo: derecho material-derecho procesal*. *a*) La polémica doctrinal entre Windsheid y Müther (1856 y 1857). *b*) Publicación de la Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales (O. von Bülow, de 1868). C) *Derecho Público*. D) *Derecho Legal*. 2. CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL. 3. CONCEPCIÓN ACTUAL DEL DERECHO PROCESAL. A) *Dimensión constitucional o estática del Derecho de la justicia*. B) *Dimensión procesal o dinámica del Derecho de la justicia*. 4. CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL COMO DERECHO DE LA JUSTICIA.

1. CARACTERES DEL DERECHO PROCESAL: CIENTÍFICO, AUTÓNOMO, PÚBLICO Y LEGAL

El derecho procesal es la rama del saber jurídico que regula y garantiza el conjunto de contrapartidas que el Estado ofrece a sus súbditos a cambio de prohibir la fuerza como método de resolución de conflictos: órganos públicos encargados de resolver, el derecho de los ciudadanos a acudir a ellos, garantías de que van a poder exponer y defender su postura en igualdad de condiciones y sin coacciones […].

Hasta llegar a esta concepción se han sucedido tres etapas o estadios evolutivos a lo largo de los siglos: práctica forense, procedimentalismo, procesalismo. Lo que hoy conocemos como «Derecho Procesal» no aparece hasta la última etapa: el procesalismo científico. Y solamente dentro del procesalismo cabe distinguir los caracteres que definen esta rama del saber jurídico: es un derecho científico, autónomo, público y legal.

A) DERECHO CIENTÍFICO. EVOLUCIÓN EN TRES ETAPAS: PRÁCTICA FORENSE, PROCEDIMENTALISMO, PROCESALISMO CIENTÍFICO[1]

Hoy se afirma con naturalidad que el derecho procesal es una «rama de la ciencia jurídica», es decir que tiene carácter científico. Para alcanzar la categoría de «rama de la ciencia», cualquier parcela del saber tiene, previamente, que marcar

[1] Evolución de la doctrina procesal (ALCALÁ-ZAMORA *Teoría General e Historia del proceso*, p. 293): En la evolución de la doctrina procesal cabe diferenciar cinco períodos bautizados: primitivo, judicialista, práctico, procedimentalista y procesalista.

• *Primitivo:* desde la noche de los tiempos hasta el siglo XI d.C. En muy distintas obras se encuentran datos acerca de la Justicia y de su funcionamiento: el Código de Hammurabi en Mesopotamia, la Biblia, las Instituciones de Gayo. El DR se ha visto incluido durante siglos en el Derecho privado.

• *Escuela Judicialista:* llamada así porque el concepto que destacan estos autores es el del JUICIO. Surge en Bolonia (según Chiovenda, Bolonia representa para el Derecho procesal lo que Roma para

su autonomía respecto de otras ramas de la misma ciencia y definir, para su estudio y desarrollo, un método científico propio. El método es el conjunto de pasos necesarios para obtener conocimientos válidos mediante instrumentos confiables. Por tanto, una ciencia necesita conceptos propios que expliquen un ámbito de la realidad hasta entonces no sistematizado.

Lo que hoy conocemos como «derecho procesal» ha evolucionado desde una consideración inicial de mera práctica o «modos de actuar» ante los tribunales, hasta alcanzar la categoría de rama del saber jurídico mediante la elaboración de conceptos propios y de contenido exclusivo (acción, jurisdicción, proceso).

a) *Primera etapa: La práctica forense*

Cuando aparecen las primeras Universidades y comienza a enseñarse en las Escuelas de Leyes el Derecho, no es derecho procesal lo que se imparte. Las Universidades españolas de los siglos XVI, XVII y XVIII no formaban juristas para la aplicación ordinaria del Derecho, sino expertos en Derecho Romano (así en Valladolid, tras la reforma operada en 1770, los estudiantes se «recibían» bachilleres, es decir se graduaban, tras cuatro años de estudio de Derecho Romano, por tanto sólo con conocimiento de este Derecho), y era durante la pasantía en los bufetes de abogados, después de obtener el título, cuando aprendían el Derecho español aplicable en los tribunales, salvo que hubieran seguido un quinto curso, o «licen-

---

el Derecho civil, pues antes no había exposiciones especialmente dedicadas a su estudio). Esta independización se produce durante los siglos XII y XIII. Entre la producción de estos autores son muy características las Sumas o Compendios, que dividen los procesos en fases denominadas «tiempos» (entre ocho y diez tiempos). En este fraccionamiento del proceso en compartimientos o esclusas se encuentra el germen de un concepto que siglos después elaborará Bülow y que difundirá la doctrina italiana: *la preclusión*. A este movimiento pertenece Jacobo de las Leyes, probable redactor de la Partida III, que es la dedicada a la Justicia, juicios...

• *Los prácticos:* Se produce este nuevo período a partir de la invención de la imprenta, que multiplica la aparición de los libros. Se caracteriza porque estos autores, prácticos, escriben en castellano y no en latín. En España la tendencia se extiende desde el siglo XVI (*Práctica civil y criminal e instrucción de escribano*, de Monterroso, Madrid, 1563; y la *Curia Philipica*, de Hevia Bolaños de 1603), en estos años los libros son farragosos y faltos de método; hasta el siglo XIX (*Elementos de práctica forense*, de Gómez y Negro, Valladolid, 1825), en estos últimos hay más empeño crítico y mayor claridad expositiva, anuncio ya del período procedimentalista.

• *Procedimentalismo:* Es un producto fundamentalmente francés. El factor determinante del procedimentalismo se produce durante la primera decena del siglo XIX: la codificación napoleónica, al separar la legislación procesal, tanto civil (en 1806) como penal (en 1808), de los respectivos cuerpos legales sustantivos. Los libros sobre las pruebas alcanzan un volumen impresionante la primera mitad del siglo XIX (el ingés Bentham, 1827: *Tratado sobre la prueba*), en España: José de Vicente y Caravantes (*Tratado histórico-crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, 1856-58).

• *Procesalismo científico:* Bülow, 1868. Desde este año hasta la I Guerra Mundial florece lo que se ha llamado «edad de oro del procesalismo alemán». A Bülow le sigue y supera WACH, el gran maestro de todos los procesalistas, no sólo alemanes, del cual derivan directa o indirectamente todas las escuelas de la doctrina procesal.

ciatura», en el que se estudiaban las leyes de Toro y el texto de la Recopilación Nueva, lo que hacían muy pocos.

Junto a la doctrina sobre el Derecho oficial de las Universidades, que era el Derecho Romano (los profesores y estudiosos solamente escribían sobre este derecho), existía otra corriente doctrinal que centraba su atención en las leyes vigentes y aplicables, que se calificaba de «práctica», y una parte de la misma se autocalificaba de «forense» en cuanto pretendía explicar cuál era la manera de actuar ante los tribunales. La llamada «práctica forense» no iba dirigida a universitarios sino a los jueces, escribanos y abogados, y ceñía sus enseñanzas a los trámites procedimentales, a las formas, a la manera de realizar los escritos, a los plazos de los distintos juicios[2].

La dificultad para conocer la legislación vigente, dada la marea legislativa producida desde el siglo XIII al siglo XVIII sin que las normas posteriores derogaran las anteriores, hizo que la fuente principal de los prácticos no fuera la ley, sino el estilo de los tribunales y la opinión de otros prácticos. En este contexto los juristas más reputados comenzaron a escribir manuales eminentemente prácticos. La característica común a todos estos autores era la de ser prácticos del derecho, lo que se manifestó en su obra escrita que no pasaba de ser un compendio de modos y maneras de actuar ante los Juzgados y Tribunales.

Este conjunto de conocimientos que se conoció con el nombre de «Práctica Forense» constituye la primera etapa que, en España, se extiende desde el siglo XVI (*Curia Philipica* de Hevia Bolaños de 1603) hasta bien entrado el siglo XIX (con el Conde de la Cañada: *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, 1794, ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Práctica General forense*, 1870)[3].

b) *Segunda etapa: El procedimentalismo*

Con la consideración universitaria de los procedimientos legislativamente establecidos (dentro de una concepción de la ley como manifestación de la voluntad general) comienza a hablarse de una nueva etapa que se denomina por ello «*procedimentalismo*».

Tiene su origen y máximo desarrollo en Francia, donde pervive hasta bien entrado el siglo XX. El advenimiento de esta segunda etapa obedeció realmente a una causa política (la revolución Francesa) y otra jurídica (la codificación napoleónica), consecuencia de la anterior al separar la legislación procesal civil en 1806, y la penal, en 1808, de los respectivos cuerpos legales sustantivos, como pone de manifiesto ALCALÁ-ZAMORA. Por influencia de los movimientos ocurridos en Francia, los años centrales del siglo XIX se caracterizan en España por un gran movimiento legislativo y codificador, que dirigió el trabajo de los estudiosos españoles hacia su análisis y comentario. En efecto, a inicios del siglo XIX se asiste a un auge del valor de la ley, como consecuencia de la ideología liberal y legislativamente se

---

[2] MONTERO, *Derecho Jurisdiccional, I*, 1996, pp. 12-13.

[3] ALCALÁ-ZAMORA. Asimismo: MARTÍNEZ, *Librería de Jueces*, de 1768/1774. GÓMEZ Y NEGRO: *Elementos de práctica forense*, 1830. HIDALGO: *Manual de práctica forense*, 1872.

tiende a la codificación, lo que repercutió en las fuentes de los prácticos, que empiezan a centrar su consideración en la ley.

Se incluye en los planes de estudio de las Universidades el conocimiento de lo que hacían los tribunales aplicando el Derecho patrio, es decir se estudian los «procedimientos judiciales» buscando con ello suprimir la necesidad de la pasantía, sin que esta asunción suponga, por tanto, cambio alguno de las características de estas enseñanzas. Singularmente se mantiene la ausencia de actitud científica. Los autores publican manuales sobre los procedimientos judiciales, aunque con un nuevo enfoque: ahora lo que se enseña no es la mera exposición del estilo y modo de proceder de los tribunales, sino las formas solemnes con que se proponen, discuten y resuelven las pretensiones deducidas ante los tribunales, los procedimientos judiciales establecidos por las leyes. En España el «procedimentalismo» se consagra oficialmente en 1847, cuando el Plan de estudios en Leyes incluye la asignatura de: *Teoría de los procedimientos*, junto a la ya existente de *Práctica forense*.

Las publicaciones agotan su contenido en el tratamiento de la organización judicial, la competencia y el procedimiento, estando totalmente ausentes planteamientos teóricos sobre las nociones esenciales (VICENTE Y CARAVANTES: *Tratado de los procedimientos judiciales en materia civil*, 1856)[4].

La promulgación de la ley de enjuiciamiento civil (LEC) de 1881, y de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECRIM) de 1882 produjo la aparición de gran número de comentarios. Aparecen así los muy conocidos Comentarios de MANRESA o de REUS a la LEC de 1881, los de AGUILERA DE PAZ a la LECRIM de 1882. En los procedimentalistas españoles es manifiesta la voluntad de describir las formas legales, y el método seguido por los estudiosos y los docentes era la exégesis o interpretación de la ley vigente[5], utilizado incluso por los autores que no adoptan la forma de comentarios en el plan de sus obras.

En síntesis, los procedimientos judiciales responden a una concepción jurídica más general, que se centra en el estudio de la ley, utilizando la exégesis como método. El procedimiento es el conjunto de formas solemnes reguladas por la ley, por medio de las cuales actúan los tribunales, y el procedimentalista centra en ellas su consideración[6].

c) *Tercera etapa: Procesalismo científico*

A estas alturas del siglo XIX (mediados) se inicia en Alemania la tercera y última etapa evolutiva, al percatarse la academia de lo inapropiado del método que se venía utilizando, basado en la casuística, para escribir obras con fines de docencia univer-

---

[4] Igualmente: FEBRERO: *Librería de escribanos, abogados y jueces*, 1825. LASTRES, *Procedimientos civiles y criminales*, 1877.

[5] El método exegético consiste en la interpretación de la ley apoyándose en el sentido de sus palabras.

[6] MONTERO, *D. Jurisdiccional, I,* 1996, p. 18.

sitaria. Libres los autores alemanes del siglo XIX de la interpretación de un código (al contrario que los franceses, de donde parte el procedimentalismo) —pues son de 1877—, pudieron plantearse desde la raíz los problemas que el proceso suscita, sin quedarse en las formas del procedimiento. Intentaron hallar un sistema que pudiera recoger la variedad de formas del proceso, y descubrir las reglas comunes a todos ellos, a las que pudieran atenerse los estudiantes. Hacen teoría del proceso.

Suele situarse como punto de partida la obra de O. VON BÜLOW (*Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, de 1868), donde se plantea el estudio del proceso como una relación jurídica que progresivamente se desenvuelve, no como mero procedimiento judicial. Siguiendo su senda y profundizando en esta teoría el verdadero padre de la Escuela alemana de procesalismo es A. WACH[7].

De Alemania pasa a Italia de la mano de CHIOVENDA (discípulo a distancia de WACH), donde introduce las nuevas concepciones fundamentalmente a partir de su prolusión (1.ª lección en la Universidad) de Bolonia de 1903: *La acción en el sistema de los derechos.*

A partir de aquí se desarrolla la doctrina procesalista en Alemania (WACH, KHOLER, HELLWIG, KISCH) y en Italia (CHIOVENDA, CARNELUTTI, REDENTI, CALAMANDREI). Para todos estos autores el concepto clave es el de proceso, en torno al cual gira todo lo demás.

Desde mediados del siglo XIX puede ya hablarse en Alemania del Derecho Procesal como una rama de la ciencia jurídica, cuyo contenido deja de ser la mera descripción o exégesis de las formas de los actos procesales para pasar al estudio sistemático de las instituciones. El sistema sustituye a la exégesis, no se limitan a describir las formas procedimentales, sino que hacen teoría del proceso, que se erige en concepto base, al cual quedan supeditados los demás conceptos.

El procesalismo científico fue introducido en España a través de este autor italiano por BECEÑA, primer procesalista científico español (en expresión de MONTERO), a quien se debe el impulso inicial del Derecho Procesal español como ciencia jurídica (primer cuarto del siglo XX). Sin embargo y pese a este empuje inicial, la renovación de la ciencia procesal española no se produjo hasta 1941[8], con la publicación del primer manual de PRIETO CASTRO, y en 1943, primera entrega de los Comentarios a la LEC de GUASP, siguiendo a continuación las obras de GÓMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA y de FAIRÉN (en 1948).

B) DERECHO AUTÓNOMO: DERECHO MATERIAL-DERECHO PROCESAL

La existencia del Derecho Procesal como rama autónoma y como disciplina científica exige la separación del Derecho Procesal respecto del Derecho Material.

---

[7] Esta época constituye la «Edad de oro» de la Escuela Procesal Alemana, hasta la Primera Guerra Mundial (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO).

[8] Sin perjuicio de la aparición del vocablo «procesal» en algunos planes de estudio de breve vida, previos a la guerra civil, en la II República. Trata este tema de manera clara y concisa un breve trabajo de DOMÍNGUEZ BALLARÍN de 1933 («Procedimientos judiciales o Derecho procesal»), recuperado por M. CACHÓN CADENAS que lo ha publicado de nuevo en la Revista *Justicia*, 2014, n.º 1, pp. 465 a 471.

Justamente con la toma de conciencia de esta separación es cuando comienza a existir el verdadero Derecho Procesal (antes sólo existía la práctica forense, y el procedimentalismo cuando dicha práctica fue positivizada en leyes).

Dicha separación ocurre en Alemania, a mediados del siglo XIX, cuando los autores alemanes abandonan el método casuístico sustituyéndolo por el sistemático. En esta evolución hay dos hitos fundamentales: una polémica doctrinal entre dos autores alemanes (Windsheid y Müther) y la obra de O. Von Bülow (*Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*).

a) *La polémica doctrinal entre Windsheid y Müther (1856 y 1857)* sobre el concepto de *actio* romana. Este enfrentamiento doctrinal sirvió para poner de manifiesto que una cosa es el derecho a reclamar judicialmente algo y otra lo que se reclama.

El primero, derecho de naturaleza pública, efectivo frente al Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, de obtener tutela jurídica. El segundo, privado, el derecho material discutido, frente al demandado, contra quien se litiga.

Con ello quedaron distinguidas las dos esferas jurídicas: la del derecho de acción, público y la del derecho material privado, ambos derechos de contenido, sujetos y efectos distintos. De ello resulta la autonomía del primero (derecho de acción) respecto del segundo (derecho subjetivo material).

b) *Publicación de la Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales (O. Von Bülow, de 1868)*.

Siguiendo la senda abierta por la polémica, Bülow pone de manifiesto que en el proceso existen dos relaciones jurídicas distintas: una, la del derecho material discutido (bilateral, entre demandante y demandado), y otra: el propio proceso que es en sí mismo una relación jurídica, de derecho público, triangular (entre demandante y demandado con el órgano jurisdiccional). Esta relación jurídica pública responde a unos presupuestos y tiene unos contenidos diversos a los de la relación jurídico privada, reguladas cada una por su propia rama del ordenamiento jurídico. La separación de ambas relaciones jurídicas conduce a reconocer la necesaria existencia de dos Derechos distintos: el Derecho Material, fundamento de lo que se pide; y el Derecho Procesal, que determina la admisibilidad de lo que se pide en un juicio, y regula la sentencia.

Se suele denominar al derecho a cuya actuación sirve el proceso: *derecho material o sustantivo*, en contraste con el *derecho procesal* que se califica de *derecho formal o adjetivo*. Esta denominación sólo es aceptable en cuanto sirve para independizar ambas ramas, pero no puede admitirse «formal» para significar «derecho que regula la mera forma de los actos».

C) Derecho Público

El fin inmanente de esta rama es la tutela del derecho material, no es ese mismo derecho material. Esta tutela se efectúa por medio de una actividad desarrollada por órganos estatales. Es una actividad pública del Estado.

El Derecho Procesal es derecho público, que es el que regula la actividad del Estado. El Derecho Procesal regula una actividad concreta del Estado: la Justicia.

Establecida la separación respecto del Derecho material-privado, la finalidad perseguida por nuestra disciplina lleva a afirmar su carácter de Derecho Público.

El Derecho Procesal es derecho público, es la rama del ordenamiento jurídico que regula una determinada actividad del Estado. No es ni Derecho Constitucional, ni Derecho Administrativo[9], sino el Derecho de la actividad jurisdiccional en la cual el juez es, por definición, independiente de todos los poderes del Estado y sometido únicamente a la CE y a la ley.

El carácter científico del Derecho Procesal deriva de su autonomía frente al resto del ordenamiento jurídico (singularmente del derecho material privado) y, consecuentemente, de su desgajamiento del Derecho privado, ubicándose definitivamente en el campo del Derecho público.

D) Derecho Legal

El Derecho procesal goza de reserva de ley. Exclusivamente puede ser regulado mediante leyes en sentido formal y material. Es un derecho legal en cuanto solamente existe en la medida en que está establecido por una ley. Porque el efecto peculiar del pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales —la cosa juzgada—, y el poder inherente a las medidas de ejecución y aseguramiento se apoyan directamente en la potestad soberana del Estado[10]. Por ello sus normas son normas imperativas, *de ius cogens*, de obligada aplicación y cumplimiento siempre que se dé el supuesto de hecho previsto en la propia norma. Esta afirmación no impide reconocer la existencia de normas procesales *dispositivas* o normas establecidas para el caso de que los interesados no dispongan de algún otro modo su conducta (así determinadas normas de atribución de competencia territorial).

2. CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL

El Derecho Procesal lo integran el conjunto de principios y preceptos relativos a la *estructura y funciones* de los órganos jurisdiccionales, a los *presupuestos y efectos* de la tutela jurisdiccional y a la *forma y contenido de la actividad* tendente a dispensar dicha tutela[11].

— Normas relativas a la estructura y funciones de los órganos jurisdiccionales: son las que establecen una organización concreta de la función Jurisdiccional del Estado (*normas de organización)* y regulan los ámbitos de válido ejercicio de esa función por cada uno de los órganos jurisdiccionales (*normas de competencia*), así como los criterios de preferencia para atribuir a los distintos órganos los casos que se presenten.

Son las normas sobre la existencia y organización de los tribunales y sobre la atribución en abstracto de Jurisdicción y de competencia.

---

[9] Gómez Orbaneja, *Derecho Procesal* Civil, vol. I, Madrid, 1975, pp. 21-22.

[10] Gómez Orbaneja, *op. cit.*, p. 21.

[11] Oliva, *Introducción al Derecho Procesal*, 1999, pp. 105-106.

— Normas relativas a los presupuestos y efectos de la tutela jurisdiccional: aquellas que establecen los presupuestos del derecho al proceso «o se refieren directa y exclusivamente» a las diversas actuaciones y resoluciones jurisdiccionales con que se dispensa la tutela, así como a los efectos de dicha tutela.

— Normas relativas a la forma y contenido de la actividad tendente a dispensar la tutela jurisdiccional: normas de procedimiento y referentes a los requisitos de los actos procesales.

Son estas normas las creadoras de los diferentes tipos de procesos, con sus diversas fases.

En cuanto disciplina jurídica universitaria, el estudio del Derecho Procesal está actualmente dividido en tres cuatrimestres académicos, a lo largo de los cuales se estudia:

2.º Curso: Introducción al derecho procesal:

Una parte general que busca facilitar la obtención de los instrumentos conceptuales precisos para un correcto conocimiento de la asignatura. Por tanto incluye los conceptos, principios e instituciones comunes a las distintas ramas procesales.

— Sustitutos de la Jurisdicción: el arbitraje, la mediación, métodos alternativos de solución de conflictos (ADR/ODR).

— Conceptos fundamentales: acción, jurisdicción, proceso.

— Fuentes del Derecho procesal.

— La llamada «orgánica procesal»: organización jurisdiccional, y órganos y personal al servicio de la Administración de Justicia.

— Principios constitucionales y legales que informan el proceso y los procedimientos.

— Los actos procesales.

— Sujetos del proceso: Jurisdicción y competencia. Las partes procesales (capacidad y legitimación para ser parte).

— Objeto del proceso.

3.er Curso: Derecho Procesal Civil:

— Institutos procesales básicos: la prueba, la cosa juzgada.

— Los procesos civiles: lo que se pide (la pretensión deducida) es la que determina la respuesta jurisdiccional adecuada, es decir el tipo de proceso:

- Procesos declarativos o de declaración (ordinarios, especiales).
- Procesos de ejecución (singular, general, ordinaria, especial).
- Proceso cautelar.

— Las anomalías en el desarrollo y en la conclusión del proceso.

— La sentencia.

— Los medios de impugnación.

— Jurisdicción voluntaria.

4.º Curso: Derecho Procesal penal:

— Tipos de procesos (ordinario por delitos graves, abreviado, juicio por delitos leves, juicios rápidos, Juicio por Jurados. Procesos penales especiales).

— Medios de impugnación.
— Medidas cautelares penales (reales y personales).
— Ejecución penal.

3. CONCEPCIÓN ACTUAL DEL DERECHO PROCESAL

El Derecho procesal es una rama de la ciencia jurídica que se asienta sobre tres conceptos básicos o pilares: jurisdicción, acción y proceso, entendidos los tres como nociones autónomas y netamente procesales.

Tradicionalmente se ha dicho que no se puede dar una definición absoluta de ninguno de ellos, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos (CALAMANDREI). La actual primacía política de los Estados constitucionales y democráticos de Derecho hace posible que esta predicada relatividad pueda entenderse superada. Los conceptos fundamentales del Derecho procesal han alcanzado un expreso reflejo constitucional, y se puede hablar de unos verdaderos fundamentos constitucionales del Derecho procesal[12]. Lo que vamos a estudiar y a conocer es el Derecho procesal de este tiempo (el orden impuesto por la CE/78) y en este espacio (el territorio español).

El Derecho procesal está integrado por normas jurídicas. Goldschmidt desveló que las normas jurídicas tienen una doble naturaleza: por un lado representan *imperativos* para los ciudadanos, y por otro lado son *medidas* para el juicio del juez. En el primer sentido se encuentran los dos conceptos fundamentales: el deber (la sujeción a un imperativo) y el derecho (el poder sobre un imperativo). Las normas procesales, en su función de imperativos actúan por sí mismas, en su función de medida solamente lo pueden hacer a través del poder judicial, y desde este punto de vista tienen el carácter de promesas o de amenazas de determinada conducta del juez. En el primer sentido son la base de la consideración estática o material del Derecho. En el segundo de la consideración dinámica o procesal[13].

El estudio de los pilares del Derecho procesal ha de ser por tanto abordado desde dos perspectivas o dimensiones: *estática* (imperativos que emanan de su regulación en los preceptos de la Constitución, en primer lugar, como norma fundamental) y *dinámica* (como criterios o baremos al servicio del juez para valorar las conductas en relación con dichos imperativos).

A) DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL O ESTÁTICA DEL DERECHO DE LA JUSTICIA

El contenido material de la Justicia se encuentra formalmente escrito en numerosos preceptos de la CE/78, en los arts. 117 y siguientes del Título VI de la CE, bajo la rúbrica «Del Poder Judicial».

---

[12] GARBERÍ LLOBREGAT, *Constitución y Derecho procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho procesal*, Cívitas, 2009. Vid. especialmente p. 34.

[13] GOLDSCHMIDT, J., *Principios Generales del Proceso I. Teoría general del proceso*, Buenos Aires, 1961, especialmente pp. 49 a 57.