

LECCIÓN 10. FUENTES del D.PROCESAL

1. La CE. 2 La ley como fuente del D.Procesal. Leyes procesales orgánicas y ordinarias. 3. La costumbre y el D.Procesal. 4. Los principios generales del Dcho. 5. La jurisprudencia del T.S y del T.C. 6. La vinculación estatal a las Sts de los Tribunales Supranacionales.

El art 1 Cc fija el sistema de fuentes del Dcho, no se refiere a esta rama del D (q es el D.Procesal) y no es fuente de esta rama la costumbre. El art 1 Cc atiende principalx al D.Privado, y determina cómo debe resolver el Juez, prohibiéndole el “non liquet” sobre la cuestión de fondo.

1. La CE

La 1ª fuente del D.Jurisdiccional es la CE. Sobre la CE ha de tenerse en cuenta:

a) las normas del D.Constitucional Jurisdiccional han de ser aplicadas directax por los órganos jurisdiccionales. El q el T.C sea el único q puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, no significa q sea el único aplicador de la CE.

b) los Tribunales ordinarios aplicarán la CE directax, principalx:

1) cuando se trate de normas constitucionales q reconozcan **dchos y libertades**,

2) tratándose de **normas anteriores a la CE y contrarias a la CE**, los J y T han de inaplicarlas estimándolas derogadas conforme a la D.Derogatorias de la CE, y no cabe respecto de ellas plantear la cuestión de constitucionalidad,

3) las normas de **rango inferior a la ley**, sean “pre o post” constitucionales, no deben ser aplicadas por los J y T en cuanto sean contrarias a la CE, a la ley o al ppio de jerarquía normativa,

c) aplicación no tan directa de la CE hacen los Jueces y Tribunales ordinarios cuando:

1) plantean la **cuestión de constitucionalidad**, por cuanto el planteamiento mismo se basa en considerar la posible inconstitucionalidad de la ley,

2) proceden a la aplicación de las leyes **interpretándolas conforme a la CE**, de modo q ante varias interpretaciones posibles han de estar a aquélla q mejor se acomode al texto constitucional.

2. LA LEY COMO FUENTE DEL D.PROCESAL. LEYES PROCESALES ORGÁNICAS y ORDINARIAS

a) **Reserva de ley**. En ppio parece claro q en la CE se contiene una reserva de ley para la regulación de la materia procesal, como se desprende con:

- carácter gral de los arts:

- leyes de competencia y leyes de procedimiento (art 117.3) y

- legislación procesal (art 149.1.6ª), y con

- carácter especial, p.ej. de los arts:

- investigaci3n de la paternidad (art 39.2),
- justicia gratuita (art 119),
- excepciones a la publicidad procesal en las leyes de procedimiento (art 120.1)
- reserva de ley para la entrada y registro de domicilio (art 53.1),
- control judicial de las comunicaciones (art 18.3),
- secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de informaci3n (art 20.5),
- suspensi3n y disoluci3n de asociaciones (art 22.4),
- regulaci3n del dcho a la tutela judicial efectiva (art 24.1).

La reserva de Ley no impide las **delegaciones legislativas**, de modo q se consideran posibles los D.Leg procesales:

- tanto los textos articulados, q desarrollan una Ley de Bases o
- o textos refundidos, q hacen un texto 3nico partiendo de varios textos legales.

La “legislaci3n procesal” es compet exclusiva del **Estado**, pero las **CC.AA** tienen compet para dictar normas procesales civiles, aunque su 3mbito sea muy limitado (limitaci3n q no est3 muy clara).

b) Reserva de LO: La situaci3n es mucho menos clara respecto de esta otra reserva. Es evidente q buena parte del contenido moderno del D.Jurisdiccional, el q se refiere a:

- la constituci3n, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales,
- as3– como el estatuto jur3–dico de Jueces y Magistrados y del personal al servicio de la Administraci3n de Justicia,

tiene reserva para la LOPJ, seg3n establece el art 122.1 CE y a3n debe tenerse en cuenta la posibilidad de **reglamentos accesorios o secundarios**.

Respecto de las “normas procesales **civiles**” en sentido estricto hasta ahora se han dictado todas por ley ordinaria, entendi3ndose q la relaci3n existente entre los arts 81.1 y 24.1 CE no puede significar q todas las normas q afecten a la tutela judicial hayan de ser org3nicas. En este sentido la STC 1986, establece q las normas q regulen las v3–as procesales previstas en el ordenamiento no son normas de desarrollo del art 24.1 CE en el sentido previsto en el articulo 81.1 CE, por lo q no precisan LO.

3. La **COSTUMBRE** y el D.PROCESAL

Entendida la **costumbre** como “la norma creada e impuesta por el uso social”, q es tb el sentido del art 3.1 Cc, la costumbre NO puede ser fuente del D.Jurisdiccional, y as3– lo sostiene la mayor3–a de la doctrina.

El uso social no puede crear normas org3nicas (el uso social no puede crear un 3rgano donde no haya sido establecido por la ley), pero tampoco normas procesales en sentido estricto, porque:

13– Si las normas procesales se aplican s3lo por los Tribunales (y dentro de ellos siempre por profesionales

del Derecho), no cabe la existencia de una norma creada por la actividad de los *particulares* en el seno de la sociedad.

2º- El ppio de legalidad viene establecido en los arts *I LEC* y de la *LECRIM*, y aunque en ellos no se pretendiera establecer la **ley** como única “fuente” de ambos procesos (lo q es discutible), si que tiene por objeto decir q los “procesos” se han de desarrollar con arreglo a ellas.

Aplicándose las normas procesales por profesionales pueden adquirir especial relevancia los denominados **usos forenses**, q podrán concebirse como costumbre “secundum legem”, en cuanto se refieren a una determinada manera de interpretar y aplicar la ley procesal, si bien entonces habrá q tenerse en cuenta q la infracción de los mismos no significará algo añadido a la infracción de ley, es decir, no podrá existir una infracción del uso forense autónoma y distinta de la infracción de ley q condujera a la irregularidad o nulidad de un acto procesal.

Según una STS de 1998: “La **costumbre** no es fuente del D.procesal: no hay una “opinio iuris seu necessitatis” del Juez ni de las partes, de la repetición de actos en el ámbito del proceso, ni hay **usos jurídicos** q tengan la consideración de tales. Si la costumbre q se alega es “contra legem”, es indiscutible su no aplicación al proceso y, si además, no se ha probado, no es ni alegable...”.

4. LOS PPIOS GRALES del DCHO

El tratamiento de los ppios grales del Dcho no tiene reglas específicas propias en el D.Jurisdiccional, si bien el contenido de los ppios ha de hacer referencia a la materia jurisdiccional.

Con todo ello conviene decir:

a) los ppios generales del Dcho *no se aplican en defecto de ley y de costumbre, sino sólo en defecto de ley*, pues en el D.Jurisdiccional la costumbre no es fuente.

b) En los últimos tiempos hay q registrar un fenómeno de *constitucionalización de algunos ppios de la Jurisdicción, de la Acción y del Proceso*, como es manifiesto en la CE, pero no sólo en ella. Ahora bien, ese fenómeno no consiste únicamente en aumentar el número de los ppios constitucionalizados, si no q se ha producido tb un cambio cualitativo, por cuanto:

1) los ppios constitucionalizados además de servir para determinar el contenido de las futuras LO y procesales, son de aplicación directa e inmediata por los Tribunales

2) algunos de los ppios constitucionalizados (no todos), los q suponen garantías de dchos fundamentales tienen además la protección del r.de amparo.

c) Tb hay un fenómeno de *internacionalización de algunos de los ppios procesales*, si bien la mayoría de estos ppios se refieren al proceso penal.

Los ppios grales de contenido procesal no suelen ser plasmados de modo absoluto o puro en los ord positivos, por lo q a la hora de su aplicación debe:

- establecerse su **existencia**,

- después ha de determinarse su exacto **contenido** y si ha sido **constitucionalizado**,

- a continuación ha de **interpretarse** en el conjunto del sist procesal (constitucional y legal),

- y, al fin, ha de **aplicarse** como cualquier otra norma.

5. LA JURISPRUDENCIA DEL T.Supremo y del T.C

En los países continentales los Jueces y Tribunales son meros aplicadores de la ley. Con todo, existen normas legales y aun constitucionales q confieren a la Jurisprudencia valor jurídico (ej 1.6 Cc y 447.3 LEC). Y no puede desconocerse q algunas de las figuras procesales han sido creación jurisprudencial (desde el litisconsorcio a la intervención de 3º en el proceso, p.ej).

Esto no supone reconocer a la Jurisprudencia capacidad de creación de normas jurídicas es sentido estricto, pero sí supone reconocerle funciones en la interpretación de las normas, con las técnicas legales previstas, y en la existencia y contenido de los principios generales del Dcho.

Por lo mismo, adquiere sentido la ss distinción:

- 1) La “infracción de la Jurisprudencia” se entiende la del T.Supremo (y de los TSJ en su parcela), pueden dar lugar a la estimación del **r.casación**.
- 2) No existe la posibilidad de impugnar de modo directo el T.C la jurisprudencia como inconstitucional (q es cosa distinta del r.de amparo del art 44 LOTC), pero el art 40.2 LOTC dice q la “Jurisprudencia” se entenderá *corregida* por la doctrina derivada de las **Sts y autos del T.C** q resuelvan los *recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad*.

6. LA VINCULACIÓN ESTATAL a las Sts de los TRIBUNALES SUPRANACIONALES

En virtud de la ratificación por parte de España del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del TUE le reconoce jurisdicción a 2 Tribunales Supranacionales, q son el **TEDH y el TJCE**. Son los máximos intérpretes de las normas del Convenio, de modo q la interpretación q hagan esos Tribunales de esos Convenios o Tratados vincula a España (por ser parte), tanto al **legislador** q tiene q adecuar las normas a lo establecido en ellos, como a los **jueces** a la hora de aplicar las leyes.

En caso de q se aparten de esa interpretación se puede acudir a los Tribunales Supranacionales, q seguirán los procedimientos correspondientes en cada caso por violación, hasta dictar Sts, q son ejecutivas y obligatorias, en su caso para el Estado español.

10.6