

DERECHO PROCESAL I

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El título VII de la Constitución Española se refiere a la Administración de Justicia. Sería más correcto hablar de *la Justicia*, ya que los términos *administración* y *justicia* se consideran contradictorios, ya que hacen referencia a diferentes funciones dentro de los poderes del Estado.

La Justicia está integrada, de forma interactiva, por 3 pilares fundamentales: **jurisdicción, acción y proceso**. A la jurisdicción se refiere el art. 117 CE, al hablar de la potestad jurisdiccional que poseen los jueces y magistrados para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. A la acción se refiere el art. 24.1 CE, al abordar el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva, o derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para instar su tutela y obtener la satisfacción de sus intereses legítimos. Asimismo, al proceso se refiere el art. 24.2 CE, de forma que las actividades que realicen los órganos jurisdiccionales en orden a la tutela judicial deberán ser llevadas a cabo conforme al debido proceso. Al mismo tiempo, cuando los particulares acudan a dichos órganos para solicitar su tutela, lo harán sujetándose igualmente al debido proceso.

Los tres componentes de la Justicia, jurisdicción, acción y proceso, tienen una importancia equivalente, ya que no se puede entender ninguno de ellos sin los otros dos.

En cuanto a la **jurisdicción**, es una característica propia del Estado. A partir del siglo XII, se empieza a plantear la necesidad de lograr un desarrollo económico y así aspirar a un nuevo orden político. Todo ello pasa por la prohibición de la autodefensa, que no era propicia para la paz social ni para la realización de actividades comerciales o industriales. Para evitar la autodefensa, el Estado avoca para sí la resolución de los conflictos, ya que quien mejor puede resolverlos es alguien ajeno a los mismos. De esta forma, los reyes asumen la tarea principal de administrar Justicia.

Esto será así hasta el nacimiento del Estado de Derecho, en el cual se produce una escisión dentro de la esfera pública y se desgaja la Justicia de la Administración. Entonces el monopolio de la jurisdicción que el Estado posee crea un derecho para los ciudadanos, como es el derecho a solicitar de la Justicia estatal que se ponga a su disposición un medio para resolver sus conflictos. Aquí podemos hablar ya de **acción**. Tal y como señala el aforismo *Nemo iudex sine actore*, la Justicia está condicionada desde la acción, y tiene como objetivo principal la decisión o resolución de los conflictos.

Pero la puesta en marcha del mecanismo de protección de los intereses legítimos exige la creación de un **proceso**, y ni el ciudadano ni el juez pueden actuar sin sujetarse a dicho proceso. El juez ha de oír a las dos partes (principio de contradicción), y además sólo puede intervenir cuando le sea solicitado, no pudiendo proceder de oficio (*ne procedat iudex ex officio*).

Así, la Justicia puede ser definida como **actividad desarrollada rogadoamente y de forma exclusiva por los órganos jurisdiccionales, a través de un proceso**.

MOMENTO CONSTITUCIONAL

Este momento constitucional implica una visión estática y abstracta de la Justicia. En la Constitución encontramos los elementos mínimos que son esenciales para construir la Justicia en nuestro sistema.

Refiriéndose a la jurisdicción, el art. 117 habla de *potestad jurisdiccional*, y de esa forma se refiere a un ámbito competencial exclusivamente reservado a jueces y magistrados, que deben juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por tanto, dentro de lo público, dentro de los poderes del Estado, existe un espacio exclusivamente

reservado a jueces y magistrados. Esa potestad jurisdiccional la poseen en la misma forma todos los órganos jurisdiccionales, desde el Tribunal Supremo hasta el último juez de paz.

En cuanto a la acción, el art. 24.1 se refiere al derecho de tutela judicial efectiva que poseen los ciudadanos. Para que la Justicia pueda actuar, será necesario que los ciudadanos reclamen la intervención de los órganos jurisdiccionales en orden a proteger sus intereses legítimos.

En cuanto al proceso, el art. 24.2 se refiere al debido proceso que debe seguirse para poner en marcha el mecanismo jurisdiccional.

MOMENTO DINÁMICO O PROCESAL.

Implica la aplicación o plasmación real del momento constitucional; es el momento en que los elementos estáticos de la Justicia se individualizan y delimitan de forma concreta. En el momento en que un particular hace uso de su acción, se dice que *actúa* la Justicia, y así hablamos, no ya de jurisdicción, sino de **función jurisdiccional**.

Ese particular que ejercita su derecho ya no es un genérico titular del derecho a la tutela efectiva, sino que se trata de una persona determinada que solicita de la Justicia algo concreto; por tanto, la acción ha sido delimitada tanto objetiva como subjetivamente, y entonces hablaremos de **pretensión**.

El modo a través del cual el órgano jurisdiccional otorga la tutela que le ha sido solicitada es un proceso, y ese proceso será el que en cada momento determine la legislación procesal vigente, pero partiendo siempre del *debido proceso* del art. 24.2 CE.

En resumen, mientras que el momento dinámico se fundamenta en el momento constitucional, el momento constitucional encuentra su realización práctica en el momento dinámico.

II – LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción aparece siempre unida a la idea de Estado, de forma que no hay jurisdicción sin el Estado, ni puede haberla al margen del Estado. La jurisdicción, al igual que el Estado, es un producto histórico.

Podemos hablar de jurisdicción a partir del momento en que el Estado asume el monopolio de la Justicia, con la consiguiente renuncia de los ciudadanos a ejercer su autotutela para resolver conflictos. Esta asunción es consecuencia del crecimiento que el Estado experimenta en el período entre la Edad Media y la Edad Moderna, período del absolutismo monárquico. Esta etapa se caracteriza por el creciente monopolio de la Administración de Justicia, aunque esta jurisdicción estatal no es una verdadera jurisdicción, en el sentido que hoy entendemos, por las siguientes razones:

- Porque en el Estado absoluto la jurisdicción estatal coexiste con otras jurisdicciones, como la señorial, la eclesiástica, etc., y uno de los rasgos definitorios de la jurisdicción es que debe ser exclusiva y única.
- Porque la jurisdicción se muestra como una prerrogativa del rey, o como un instrumento que éste usa, junto con la recepción del Derecho Común, para asentar su poder absoluto.

En cuanto al Derecho Común, se trata de un Derecho técnico en el que no caben privilegios, pero que al mismo tiempo necesita de especialistas que lo conozcan y puedan aplicarlo. Estos juristas especializados eran gente que no pertenecía a la nobleza, y que es fiel a quien le paga, en este caso, al rey.

En cuanto a la jurisdicción en sí, el rey se reservaba la posibilidad de ser la primera instancia en determinados litigios, cuyo conocimiento correspondía a él directamente, y además establecía su derecho de avocación, pudiendo solicitar y obtener que cualquier asunto del que conociese una jurisdicción inferior fuese llevado

directamente a su conocimiento.

- El proceso podía ser alterado según la voluntad del rey, y además los jueces no eran inamovibles, pues el rey podía removerlos de su puesto cuando considerase oportuno, lo cual era perjudicial para su independencia.

Estos caracteres de dependencia y movilidad de los jueces, junto con la introducción de un juicio de oportunidad sobre el proceso, impiden que pueda hablarse de jurisdicción en el Estado absoluto; el moderno concepto de jurisdicción nace con el Estado liberal, que es un Estado ya constituido y plenamente asentado.

LA DIVISIÓN DE PODERES SEGÚN MONTESQUIEU.

La sociedad en que vivió Montesquieu era muy heterogénea, ya que estaba formada por fuerzas sociales muy diversas y en constante contradicción. Este autor aspira a la creación de una unidad orgánica formada por 3 poderes, cada uno de los cuales se ocupa de una función esencial del Estado, y cada uno se adscribe a una fuerza social. De esta forma, cada estamento de la sociedad se hallaba representado en uno de los poderes del Estado:

Monarquía poder Ejecutivo.

Nobleza poder Legislativo en la cámara alta.

Burguesía poder Legislativo en la cámara baja.

Podemos comprobar cómo en la teoría de Montesquieu el poder Judicial carece de representación, y es un poder **nulo**. Precisamente, no representa a ninguna fuerza social porque las representa a todas, y no se trata de un *poder* sino de una *potestad*. Esta falta de representación traerá consecuencias que se arrastran incluso hoy en día.

La teoría de la división de poderes trata de evitar que el poder se concentre en una sola mano y pueda servir como instrumento de opresión a los ciudadanos. Montesquieu considera que cada poder se ve frenado por el otro. Legislativo y ejecutivo deben separarse porque la ley, en cuanto general y abstracta, no debe verse afectada por el criterio de oportunidad que normalmente se sigue en el Gobierno. También debe separarse el legislativo del judicial porque si el juez modificase la ley a su antojo en el momento de aplicarla se transformaría en legislador. La separación entre ejecutivo y judicial trata de evitar que el Gobierno use la función jurisdiccional para aplicar las leyes según su propio interés.

Una interpretación **jurídica** de la teoría de Montesquieu defiende una separación total y absoluta de los 3 poderes; tal es su separación que llegan a estar aislados.

Una interpretación **política** de esta teoría defiende que, aunque los poderes estén separados, entre ellos se dan múltiples interferencias y relaciones. No se puede decir que sean poderes aislados, dado que cada uno de ellos representa a una fuerza social; el ejecutivo, a la monarquía; el legislativo, a la burguesía y nobleza; sólo el poder judicial no representa a ninguna fuerza social. Esta interpretación política es más adecuada porque nos da una visión más dinámica de la separación de poderes.

Al referirse al poder judicial, Montesquieu no habla de *poder*, sino de *potestad*, debido a que el término *poder* implica la representación de alguna fuerza social, y está claro que el poder judicial no representa a ninguna de ellas ni recibe influencias de ninguno de los otros dos poderes. Montesquieu habla de *potestad* porque considera a la Justicia como algo totalmente objetivo; concibe al juez como una máquina cuya misión será subsumir los hechos concretos en los supuestos de hecho de las normas jurídicas, y emitir sentencia. Los jueces solamente deben aplicar las normas, no interpretarlas, ya que la ley, como un ente general y abstracto,

es perfecta por sí misma y no necesita ser interpretada.

El juez que pretende Montesquieu debe reunir 3 caracteres:

- No debe ser un profesional del Derecho. Ello se debe a que los jueces del Antiguo Régimen eran especialistas y eran pagados por los reyes, con lo que su independencia no quedaba lo suficientemente garantizada.
- Debe estar plenamente sometido a la ley, ya que la ley es expresión de la voluntad general.
- Debe actuar públicamente. En el Antiguo Régimen los procesos eran secretos.

La jurisdicción concebida de esta forma por el liberalismo llegó a España con retraso, a través de las constituciones del s. XIX. Esta jurisdicción pretende romper definitivamente con el Antiguo Régimen, a través de la división de los poderes y del respeto al principio de legalidad, plasmados en los textos constitucionales de la época. Por tanto, van siempre unidas la constitucionalización del Estado y la consolidación de la jurisdicción.

Con la llegada del Estado social de Derecho, se produce una confusión entre las funciones legislativa y ejecutiva, y se redefine el significado de los derechos fundamentales, los cuales, en cuanto derechos individuales, son tanto la fuente como el objetivo del Estado, y forman parte esencial de la sociedad. Esta nueva configuración del Estado supone una inversión en la jerarquía de los poderes; si antes era el legislativo el poder principal, ahora el predominante será el ejecutivo.

El poder judicial no se limita ya a resolver conflictos entre particulares o aplicar la ley al caso concreto; al poder judicial se le encomendarán, vía constitucional, otras funciones: controlar a los poderes ejecutivo y legislativo, defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, etc.

II. POTESTAD Y FUNCIÓN JURISDICCIONALES.

La jurisdicción no es hoy un poder sino una **potestad**. Según el art. 1.2 CE, la soberanía reside en el pueblo, del cual emanan los poderes del Estado. Por tanto, todo poder reside en el Estado, el cual lo atribuye o deriva en determinados órganos, y decimos que estos órganos no poseen un poder, sino una potestad que les es atribuida por el titular del poder.

Lo mismo ocurre con los poderes Legislativo o Ejecutivo; el poder Legislativo no reside en el Parlamento, sino en el Estado, el cual atribuye al Parlamento la *potestad* de legislar. La diferencia esencial entre estos dos poderes y el Judicial estriba en la **legitimación**; mientras que el Legislativo se legitima por elección de los ciudadanos, ¿cómo se legitima el poder Judicial?.

La legitimación del poder Judicial sólo puede hallarse en la propia CE. El único poder verdadero del Estado es el poder Constituyente, que deriva de la soberanía popular, y este poder decide qué órganos tendrán atribuidas las distintas potestades; la Constitución supone la plasmación de una decisión del poder Constituyente, por la cual decide atribuir la potestad jurisdiccional a los jueces y magistrados. En conclusión, la jurisdicción se legitima a través de esa atribución de la potestad jurisdiccional a los órganos jurisdiccionales, que decide el poder Constituyente y que se plasma en la propia Constitución.

III. CARACTERES DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL: EXCLUSIVIDAD, UNIDAD E INDEPENDENCIA.

La jurisdicción es una potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por jueces y magistrados independientes, que tienen por objeto la realización del Derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y haciendo ejecutar lo juzgado.

La unidad:

Conforme al art. 117.5 CE, el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales.

La jurisdicción es una potestad que emana de la soberanía estatal, y por lo tanto, el Estado es el único titular de la jurisdicción. Dado que el Estado es uno, la jurisdicción sólo puede ser una, salvo que se trate de un Estado federal. Esta unidad jurisdiccional del Estado actual se contrapone a la multiplicidad de jurisdicciones del Antiguo Régimen.

Aún cuando se hable de jurisdicción administrativa, jurisdicción penal, jurisdicción laboral, etc., lo cierto es que la jurisdicción es única. La potestad jurisdiccional es una, y lo que se distribuyen son las competencias por razón de la materia.

Lo mismo ocurre al hablar de los diversos grados de la jurisdicción. La potestad jurisdiccional está atribuida a todos los órganos jurisdiccionales de igual modo; tanto al Tribunal Supremo como a los jueces de paz; lo que distingue a estos órganos es la competencia territorial que cada uno posee.

Además la jurisdicción es indivisible, por lo que no cabe una distribución parcial de la jurisdicción, que es atribuida a los órganos jurisdiccionales en toda su integridad.

La división del Estado en Comunidades Autónomas no afecta a la unidad de la jurisdicción, ya que estos entes territoriales carecen de potestad jurisdiccional. Sólo poseen, en cuanto a organización jurisdiccional, según ha manifestado el Tribunal Constitucional, una potestad normativa acerca de los aspectos administrativos de la Administración de Justicia (medios materiales).

Esta unidad podría verse vulnerada cuando el ejercicio de la función jurisdiccional se atribuye a jueces y magistrados que no se rigen por la LOPJ. Sin embargo, es más exacto decir que se vulnera la unidad cuando la potestad jurisdiccional se atribuye a órganos que no son independientes de los demás poderes del Estado.

Exclusividad:

Conforme al art. 117.3 CE (cuyo tenor literal es recogido por el art. 2.1 LOPJ), el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes. La exclusividad es un complemento del principio de unidad, y puede ser interpretada desde un doble punto de vista:

- Desde un punto de vista **positivo**, el Estado detenta el monopolio judicial, ya que es el único titular del poder Judicial y la jurisdicción es una derivación de la soberanía del Estado. Por lo tanto, sólo el Estado puede atribuir la potestad jurisdiccional a los órganos jurisdiccionales encargados de ejercerla.
- Desde un punto de vista **negativo**, los órganos a los que el Estado atribuye la potestad jurisdiccional no pueden desempeñar otras funciones que no sean las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Dicho monopolio estatal se traduce también en que sólo el Estado tiene potestad legislativa en la materia jurisdiccional.

Una excepción al principio de exclusividad puede encontrarse en los **órganos judiciales supraestatales**, cuya existencia está justificada por el art. 93 de la CE, conforme al cual, mediante Ley Orgánica se podrá autorizar la cesión a una organización internacional de competencias derivadas de la propia Constitución. En cuanto a los **Tribunales Eclesiásticos**, su existencia no afecta al principio de exclusividad en la medida en que sus resoluciones no producen efectos inmediatos, sino que deben ser *homologadas* por los tribunales ordinarios a través del *exequatur*, lo mismo que sucede con las resoluciones de los tribunales extranjeros (excepción hecha

de los tribunales supraestatales a los que el Estado cede competencias jurisdiccionales).

Lo que sí puede afectar al principio de exclusividad es la existencia de los **Tribunales Militares**, aunque hay que decir que la jurisdicción militar aparece contemplada por la CE. En un principio, se trataba de dotar a los tribunales militares de los mismos caracteres que poseen los tribunales ordinarios, pero dichos caracteres no están plenamente desarrollados en la jurisdicción militar. Así, el Código de Justicia Militar ha ido cediendo terreno frente a la jurisdicción civil. Además, debe tenerse en cuenta que los órganos de la jurisdicción militar están en todo momento sometidos a sus mandos, y en última instancia, al poder Ejecutivo del Estado, a través del principio de jerarquía, principio que no opera en el ámbito civil.

Independencia:

Es un carácter esencial de la jurisdicción, de forma que si la jurisdicción no fuese independiente no sería jurisdicción. Según el art. 117.1 CE: *la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*. Las exigencias que comporta la independencia se delimitan en un doble sentido:

- La independencia exige la no injerencia del Legislativo o del Ejecutivo en la jurisdicción, de la misma forma que exige la no injerencia de tribunales superiores sobre tribunales inferiores.
- La independencia se completa con el sometimiento único de los Jueces y Tribunales al imperio de la ley.

La **no injerencia** viene dada por el principio de separación de los poderes, que conlleva la necesidad de que cada ámbito de actuación constitucionalmente previsto se limite al cumplimiento de las funciones que se le han asignado.

El mayor peligro para la independencia del poder judicial procede siempre del ejecutivo, el cual ha intentado siempre determinar el sentido de las resoluciones judiciales. En la garantía de esta independencia fue importante el hecho de que, por vía constitucional, se privase al ejecutivo de relevantes funciones acerca de la jurisdicción, que en otro tiempo ejerció. Así, la CE creó el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), cuya misión principal es la de defender la independencia del poder judicial.

En cuanto a la no injerencia de los tribunales superiores en los inferiores, según el art. 12.2 de la LOPJ: *no podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren Justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan*. Esta norma es consecuencia lógica del hecho de que la potestad jurisdiccional es atribuida a todos los órganos jurisdiccionales de igual modo.

En cuanto a la **sumisión de los jueces y tribunales al ordenamiento jurídico**, se intenta eliminar la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Este sometimiento supone que existe una vinculación del juez a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, pero además, y a través de esta vinculación, existe una desvinculación del órgano jurisdiccional con respecto a cualquier norma que sea contraria a la legalidad vigente. El juez no aplicará reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la CE, a la ley o al principio de jerarquía normativa (art. 6 LOPJ).

Además, los jueces y tribunales deben ejercer el control sobre la potestad reglamentaria del poder ejecutivo, sobre la legalidad de la actuación administrativa y sobre el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). La independencia del poder judicial está garantizada de una triple forma:

- Frente a la **sociedad en general**, por medio de un estatuto orgánico propio para los jueces y magistrados, en el que se concreta el régimen de acceso a la carrera judicial y una serie de incompatibilidades y prohibiciones para el desempeño de la función judicial

- Frente a los **demás poderes del Estado**, por la existencia de reserva de ley orgánica para la regulación de la estructura y organización de los juzgados y tribunales.
- Frente a las **partes en el proceso**, por una exigencia de imparcialidad: el titular del órgano jurisdiccional no puede tener relación alguna con las partes que llevan a su conocimiento un asunto concreto. En este sentido, la ley establece una serie de situaciones en las que hay una presunción de parcialidad; si el juez estuviese incurso en alguna de ellas, se vería obligado a abstenerse de conocer del asunto. Si no realizase dicha abstención, entonces la parte interesada puede solicitar que se le retire del conocimiento del asunto.

Para evitar que esa independencia se transforme en arbitrariedad, la CE establece que los jueces son **responsables** en su ámbito de actuación. Esta responsabilidad es la otra cara de la independencia, y ambos conceptos se implican recíprocamente. Esta responsabilidad se garantiza doblemente:

- Desde un punto de vista formal, mediante su declaración en el art. 117.1 CE.
- Desde un punto de vista material, se atribuyen al CGPJ facultades disciplinarias con respecto a los jueces y magistrados.

La responsabilidad varía en función de la naturaleza de la infracción cometida, y puede ser penal, civil o disciplinaria.

- Los jueces son responsables penalmente cuando la infracción consista en la comisión de delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones (art. 405 a 409 LOPJ y 446 y SS del CP).
- Serán civilmente responsables, y quedarán obligados a indemnizar daños y perjuicios, cuando en el desempeño de su función incurran en dolo o culpa (art. 411 a 413 LOPJ).
- Serán responsables desde un punto de vista disciplinario cuando las infracciones cometidas guarden relación con su condición de funcionario público.

IV. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL: PODERES A SU SERVICIO Y SUSTITUTIVOS DE LA MISMA.

La función jurisdiccional significa la aplicación práctica de la potestad jurisdiccional, y se engloba en un momento dinámico cuya legitimación se encuentra en el momento constitucional.

La principal cuestión es determinar para qué sirve la función jurisdiccional, es decir, cuál es su **objeto**. Este objeto ha sido investigado desde diversos puntos de vista, lo cual ha dado lugar a diversas teorías al respecto, que podemos dividir en subjetivas y objetivas.

A) Teorías subjetivas:

Estos autores eran partidarios de afirmar los derechos subjetivos por encima del Derecho objetivo. Así, propugnan como finalidad de la función jurisdiccional la tutela de los derechos subjetivos de los particulares, en caso de amenaza o violación.

La crítica que puede hacerse a esta teoría se basa en esa identificación del derecho subjetivo con el interés jurídicamente tutelado. La jurisdicción no siempre tiene por objeto la tutela de un derecho amenazado, de forma que hay actividad jurisdiccional que no persigue dicha finalidad. Además, esta teoría no permite explicar los distintos tipos de resoluciones judiciales, las cuales no siempre tutelan derechos subjetivos: puede haber sentencias simplemente declarativas, o providencias del juez cuyo único objeto es impulsar el procedimiento.

Las teorías subjetivas se elaboran desde el punto de vista de la jurisdicción civil, en la cual tiene gran importancia la tutela de los derechos individuales; pero olvidan por completo los procesos penales, contenciosos, etc.

B) Teorías objetivas:

Estos autores creen que la finalidad de la jurisdicción es la actuación del Derecho objetivo, que se realiza mediante la aplicación de la norma general al caso concreto. Estas teorías se caracterizan por dos rasgos:

- Producen una *objetivación* del ordenamiento jurídico.
- Identifican la jurisdicción con una de las funciones del Estado.

Un grupo de teorías objetivas son las llamadas **típicamente objetivas**, las cuales afirman que la jurisdicción debe garantizar la observancia del Derecho objetivo cuando sus normas no son voluntariamente cumplidas. La crítica a estas teorías afirma que no son aptas para diferenciar la función jurisdiccional de la administrativa. Además, esta teoría no sirve para explicar la existencia de resoluciones judiciales no fundadas en el Derecho objetivo, como aquellas que son dictadas basándose en criterios de equidad.

Otro grupo de teorías propugna que la función jurisdiccional tiene por objeto la aplicación de las sanciones contenidas en las normas en los casos de contravención de las mismas por los ciudadanos. Esta teoría parte de la diferenciación de dos elementos dentro de la norma jurídica:

- El mandato dirigido a los individuos.
- La sanción que debe imponerse cuando el mandato no es observado.

La crítica a estas teorías se basa en que no todas las normas contienen una sanción. Además, esta teoría no explica la existencia de sentencias declarativas o constitutivas.

Según **Calamandrei**, el objeto de la función jurisdiccional es garantizar la observancia práctica del Derecho; lo cual conlleva que sea competencia del juez completar, en cada caso concreto, la labor del legislador. Pero al sostener que la función jurisdiccional persigue la observancia práctica del Derecho no se está enunciando un concepto, sino que se está mostrando un fenómeno. Por tanto, esta teoría no sirve para explicar el objeto de la función jurisdiccional.

IV.2- Poderes al servicio de la función jurisdiccional.

Para que los órganos jurisdiccionales puedan llevar a cabo su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la jurisdicción se sirve de una serie de poderes.

El más característico es el poder de **decisión**, o poder de afirmar como existente o inexistente una voluntad concreta de la ley, dentro de los límites que marcan las pretensiones de las partes. En otras palabras, los órganos jurisdiccionales tienen el poder de establecer qué es Derecho en el caso concreto, siempre dentro de las pretensiones de las partes, es decir; siempre partiendo del ejercicio de las posibles acciones y excepciones por los particulares, que limitan la acción del juez.

Otro poder es el poder de **coerción**, que es la fuerza imperativa de la que se dota a los órganos jurisdiccionales para poder llevar a cabo las resoluciones que dicten. Este poder sirve a la jurisdicción para vencer la resistencia de las partes o de terceros, ante la realización de las conductas que los jueces prescriben en sus resoluciones.

El tercer poder característico es el de **documentación**, que deriva del principio general de documentación de los actos jurídicos, y responde a la necesidad de acreditar documentalmente en los autos todos y cada uno de los actos procesales que se han realizado en ejercicio de la función jurisdiccional. Este poder no se encomienda directamente al juez, sino al secretario judicial, que es el funcionario en el que reside la fe pública judicial.

IV.3- Sustitutivos de la función jurisdiccional.

La existencia de un conflicto intersubjetivo hace que surjan los medios para eliminar la insatisfacción, tanto individual como colectiva, producida por dicho conflicto. Los mecanismos para la resolución de conflictos intersubjetivos fueron clasificados por **Alcalá Zamora** en dos grupos fundamentales, en función de si el conflicto era solventado por las propias partes implicadas en él, o por la intervención de un tercero.

- Cuando los propios litigantes llevan a cabo la resolución de sus conflictos, estamos ante un sistema de **autotutela o autocomposición**.
- Cuando el conflicto se resuelve por la intervención de un tercero ajeno al mismo, ya imponiendo, ya sugiriendo la solución, hablamos de un sistema de **heterocomposición**.

Sistemas de autocomposición.

La autotutela como medio de resolución de conflictos es un sistema primitivo y rudimentario, que se caracteriza por el sacrificio del interés ajeno; una de las partes impone por la fuerza a la otra una determinada vía de solución, de forma que existe una relación de superioridad / inferioridad. Este sistema se ha considerado imperfecto porque sirve a la ley del más fuerte y no a la Justicia. Por tanto, no puede concebirse como sustitutivo de la función jurisdiccional, ya que no puede hablarse de una justa composición del litigio. Desde el momento en el que el Estado asume el monopolio de la jurisdicción, se prohíbe el ejercicio de la autotutela por los particulares.

De cualquier forma, existen vestigios de la autotutela en nuestro sistema; por ejemplo, la legítima defensa, regulada por el art. 20.4 del Código Penal. Para que pueda considerarse a la legítima defensa como medio de resolución de conflictos debe estar sometida a una serie de requisitos, y exige una resolución judicial que declare que se ha producido dicha legítima defensa.

El ordenamiento jurídico, por un lado, reacciona frente a la autotutela prohibiendo la realización arbitraria del propio derecho (art. 455 del Código Penal), y por otro lado, para que no haya que recurrir en ningún caso a la autotutela, el propio ordenamiento jurídico también garantiza el derecho de todos a acceder a los tribunales de Justicia, consagrando el derecho de acción, en el art. 24.1 de la CE, como derecho fundamental, con el sistema específico y privilegiado de protección que poseen los derechos fundamentales de las personas.

Por otro lado, está la **autocomposición**, en la cual el conflicto es solucionado por los propios litigantes, pero con una diferencia con respecto a la autotutela; aparece el consentimiento, de forma que la solución no se impone por la parte fuerte a la débil. La autocomposición es producto de una reflexión jurídica de las partes, a través de la cual, bien una de ellas consiente en sacrificar su interés, o bien ambas acuerdan sacrificar en parte sus respectivos intereses.

En virtud de ese consentimiento, puede hablarse de:

- Desistimiento o renuncia, cuando el que manifiesta no tener razón es el demandante.
- Allanamiento, cuando es el demandado el que da la razón al demandante.
- Transacción, cuando ambas partes llegan a un término medio.

En realidad, no puede decirse que la autocomposición sea un sustitutivo de la jurisdicción, porque este sistema interpreta el sentido de las resoluciones judiciales, pero no evita la intervención jurisdiccional.

Sistemas de heterocomposición.

Se caracterizan porque en ellos interviene una tercera persona que es ajena al conflicto, la cual actúa proponiendo una solución a las partes, bien imponiéndola, bien sugiriéndola. En función de si ese tercero

impone o no la solución, estaremos ante distintos sistemas.

Cuando no hay compromiso de las partes de aceptar la solución propuesta, entonces puede hablarse de **mediación** o de **conciliación**. Se diferencian porque, mientras que en la mediación la intervención del tercero es espontánea, en la conciliación, su intervención es provocada o solicitada.

- En la mediación, el tercero, de forma espontánea, acude entre las partes para intentar solucionar el conflicto existente entre ellas, aunque no puede imponerles la solución que adopte, y por ello ésta no puede ser ejecutada o exigida. La mediación se ha usado sobre todo en el Derecho internacional.
- En la conciliación, el tercero es llamado por una o ambas partes para que solucione el conflicto. En este caso, tampoco puede ser impuesta la solución que el tercero tome.

Existe un sistema de heterocomposición en el que la solución puede ser impuesta a las partes; se trata del **arbitraje**. Las partes, mediante un compromiso formal y previo a la producción del conflicto, el *convenio arbitral*, se comprometen a aceptar, en caso de conflicto, la solución que sobre el mismo adopte un tercero. Esta decisión del tercero, el *laudo arbitral*, tendrá carácter irrevocable, y podrá ser ejecutada posteriormente si las partes no la cumplieran voluntariamente.

La normativa vigente en materia de arbitraje se halla en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. El hecho de que la solución pueda ser impuesta a las partes hace que este sistema sí pueda calificarse de sustitutivo de la función jurisdiccional. El árbitro está *supra partes* y su decisión produce efecto de cosa juzgada. No obstante, el árbitro no puede ejecutar la solución, y para ello debe acudir a los tribunales, sin perjuicio de que el laudo sea un título ejecutivo y que, por lo tanto, deba ser ejecutado por el juez en sus mismos términos.

Pero no todos los conflictos son susceptibles de ser solucionados mediante el arbitraje; solamente pueden ser objeto del arbitraje aquellas materias sobre las cuales las partes tengan libre disposición. Así, sólo en estos casos puede entenderse que el arbitraje es un sustitutivo de la función jurisdiccional.

III – LA ACCIÓN

I. INTRODUCCIÓN.

La acción tiene su origen en la prohibición de la autotutela, como consecuencia de la asunción por el Estado del monopolio de la jurisdicción. El Estado, único titular de la jurisdicción, crea los órganos que deben llevar a cabo la función jurisdiccional, y al mismo tiempo otorga a los particulares un instrumento para poner en marcha dichos órganos en orden a la tutela de sus legítimos intereses.

La acción es el derecho constitucional a la jurisdicción. Por ello, para elaborar el concepto de acción, debe tenerse en cuenta su configuración en la CE, a través del art. 24.1. Hoy día, la acción aparece como derecho a la actividad jurisdiccional del Estado, siendo un derecho subjetivo, de carácter público y naturaleza fundamental.

II. TEORÍAS SOBRE LA ACCIÓN.

II.1– Teorías monistas.

Proceden de una época en la que el Derecho procesal no era una ciencia autónoma, y se denominan *monistas* porque identifican la acción procesal con el derecho subjetivo que se solicita proteger.

Estas teorías se elaboran partiendo del concepto romano de acción, que era propio del Derecho privado, y por tanto no conciben un concepto de acción autónomo para el Derecho procesal. Estos autores parten de la

definición de Celso, para quien la acción es el **derecho a perseguir en juicio lo que se nos debe o es nuestro**. La acción es la manifestación o ejercicio del derecho material. Los romanistas opinan que no hay más derecho de acción que aquel que surge del derecho subjetivo vulnerado.

La crítica a estas teorías señala que el concepto de acción no puede hacerse depender del derecho material, porque el derecho subjetivo consiste en una potestad reconocida al sujeto por el ordenamiento jurídico, que deriva de una relación jurídica material, mientras que el derecho de acción consiste en el derecho a acudir a los tribunales para poner en marcha la función jurisdiccional. Además, no siempre existe coincidencia entre derecho subjetivo y acción:

- En ocasiones, aun habiendo derecho, no existe acción para reclamarlo, como en el caso del art. 1798 del Código Civil (deudas del juego).
- Otras veces, hay acciones que no tienen como sustrato un derecho subjetivo; por ejemplo, la acción de jactancia.
- También puede ocurrir que a un mismo derecho correspondan varias acciones; al derecho de propiedad corresponden las acciones posesoria y reivindicatoria.

Tampoco coinciden en cuanto a requisitos; mientras que para ejercer el derecho subjetivo es necesaria la legitimación, para ejercitar la acción procesal solamente se requiere que se trate de un sujeto capaz.

En cuanto al objeto, el objeto del derecho subjetivo lo constituye una prestación que el obligado debe cumplir; por su lado, el derecho de acción no tiene que ver con prestación alguna, sino que solamente consiste en la puesta en marcha del órgano jurisdiccional.

En conclusión, las teorías monistas no son admisibles hoy en día para llegar al concepto de acción.

II.2– Teorías dualistas o pluralistas.

Estas teorías distinguen entre derecho subjetivo y derecho de acción. El arranque del actual concepto de acción está en una polémica doctrinal entre dos autores.

Windscheid pretendía probar lo erróneo del concepto monista de acción afirmando que la *actio romana* no era la facultad de invocar la tutela de un derecho, sino facultad de imponer la propia voluntad en la vía judicial. Por tanto, la acción sustituye al derecho subjetivo, pudiendo existir acción sin derecho y derecho sin acción.

Muther respondió a esta teoría señalando que acción y derecho son cosas que gozan de una diferente naturaleza; mientras que la naturaleza de la acción es pública, ya que el sujeto pasivo de la misma no es un particular, sino el Estado, el derecho subjetivo tiene naturaleza privada porque el sujeto pasivo del mismo es una persona individual.

Además, en cuanto a su objeto, la acción se dirige contra el juez y el derecho subjetivo contra la persona del obligado. Con respecto al contenido, la acción pretende lograr el respeto del derecho material, y el derecho subjetivo se dirige a obtener la restitución del mismo.

Por su parte, **Chiovenda** señala que la acción no es un derecho contra el Estado, sino contra el adversario, al cual no corresponde ningún deber procesal, sino que queda sujeto a los deberes jurídicos a los que la acción tiende. Por lo tanto, la acción tendrá carácter público o privado en función del interés debatido, y su contenido es el derecho a obtener de la autoridad judicial una resolución favorable frente al adversario.

Otros autores han criticado esta idea, corrigiendo el concepto de Chiovenda para decir que el contenido de la acción se basa en la facultad de obtener de los tribunales una resolución justa, en el sentido de *jurídica*, es decir, fundamentada conforme a Derecho.

De estas posiciones surge la diferenciación entre dos tipos de teorías;

- **Teorías concretas**, para las cuales la acción es el derecho a obtener del tribunal una resolución favorable.
- **Teorías abstractas**, que caracterizan a la acción como el derecho a obtener de los tribunales una resolución justa o *jurídica*.

En la doctrina española, es partidario de la **teoría concreta** Gómez Orbaneja, para quien la acción equivale a derecho dirigido contra el Estado para obtener de un órgano jurisdiccional una tutela jurídica, tutela que consiste en el derecho a obtener una sentencia con un contenido concreto, cual es un fallo favorable a quien ejercita el derecho. Este autor atribuye 3 caracteres al derecho de acción:

- Es un derecho de contenido **concreto**, ya que sólo se ve reconocido cuando la sentencia sea favorable al ejercitante.
- Es un derecho de contenido **determinado**, porque implica el derecho a obtener una sentencia de contenido estimatorio.
- Es un derecho de **naturaleza pública**, ya que es ejercitado frente al Estado.

Esta doctrina es criticada tanto por monistas como por dualistas. Los monistas consideran que, si se separa el derecho de acción del derecho subjetivo, la acción pierde su coercibilidad. Pero las teorías monistas fueron pronto superadas, de forma que sus conclusiones no tienen gran valor. En cuanto a los dualistas, opinan que, si se entiende el derecho de acción como derecho a obtener una resolución favorable, podrían producirse varios problemas:

- Habría que esperar a que el proceso finalizase para comprobar si existe o no derecho de acción, ya que, si la sentencia es desestimatoria, el derecho de acción no se realizaría.
- Esta teoría no puede explicar qué ocurre con las sentencias que son desfavorables al que ejercita la acción, ni tampoco puede explicar la existencia de sentencias absolutorias en instancia (las que se dictan cuando el órgano jurisdiccional no entra a valorar el fondo del asunto porque comprueba la falta de un presupuesto procesal).
- En cuanto al proceso penal, no pueden explicarse la existencia de autos de sobreseimiento libre, ni tampoco aquellas sentencias que tienen por objeto, de entre dos peticiones de tutela, declarar el interés socialmente relevante.

En este último caso, existen dos intereses igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico, y al juez corresponde determinar cuál de ellos es socialmente relevante.

Pero la mayor crítica se centra en que la teoría concreta se ocupa sólo del proceso civil, olvidando el penal, en el cual ninguna de las partes ejercita un derecho subjetivo, y en consecuencia ninguna de ellas persigue la obtención de una sentencia favorable. El Ministerio Fiscal que sostiene la acción penal mantiene un interés de naturaleza pública, y no un interés propio, actuando en virtud del principio de legalidad.

En cuanto a la **teoría abstracta**, es sostenida, entre otros, por Prieto Castro y Pedraz Penalva. El derecho de acción es el derecho a la actividad jurisdiccional, por medio de la cual se solicita una sentencia judicial, sea cual sea su contenido. No existe el derecho a obtener una resolución de contenido concreto.

La principal ventaja de la teoría abstracta es que permite diferenciar los momentos **constitucional y procesal**. En el momento constitucional, la acción es el derecho de todo ciudadano a actuar el mecanismo jurisdiccional para obtener la tutela de sus intereses legítimos. Cuando esa acción en sentido general se concreta subjetivamente (por razón de la persona en particular que la ejercita) y objetivamente (por razón de lo que dicha persona solicita), entonces nace la pretensión, que es parte del momento procesal.

III. LA ACCIÓN COMO DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

El derecho de acción se halla reconocido en el art. 24, apdo. 1º: *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*. Conforme a la STC 185/1987, la tutela judicial efectiva no comporta el derecho a obtener una sentencia favorable, sino a obtener una resolución jurídicamente fundada, siempre que se den los presupuestos procesales para ello. Este derecho se satisface tanto si la sentencia es favorable como si es adversa.

Además de las normas constitucionales, deben tenerse en cuenta otros preceptos del ordenamiento jurídico; la Declaración de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Naturaleza jurídica del derecho de acción.

Se trata de un derecho constitucional de carácter fundamental, por lo que se halla recogido en la sección 1ª, capítulo 2º del título I CE.

Sus titulares serán, conforme al art. 24.1, *todas las personas*, de forma que no se hacen distinciones entre ciudadanos y extranjeros, o entre personas físicas o jurídicas. Lo único necesario para impetrar Justicia es alegar un interés legítimo, en el sentido de que sea reconocido por el ordenamiento jurídico.

Contenido:

Ha habido muchas divergencias en cuanto al contenido; se discute si el derecho de acción es exclusivamente el que recoge el art. 24.1, o si habría que incluir en él lo previsto por el apdo. 2º del 24, esto es, la garantía del debido proceso. A este respecto, la jurisprudencia del TC no ha sido siempre unánime.

Según la STC 46/1981, el apdo. 2º del 24 también asegura la tutela judicial efectiva, pero lo hace por medio del juego de los instrumentos procesales, mientras que el apdo. 1º garantiza la tutela mediante el acceso a los tribunales de Justicia.

Este planteamiento fue modificado por la STC 23/1983, en la que el TC reconoce que el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reviste una gran complejidad, pero a pesar de ello, dicha complejidad no hace de este derecho un concepto genérico dentro del cual se puedan englobar otros derechos proclamados en otros preceptos constitucionales. El derecho al debido proceso ni contribuye a la tutela judicial ni la complementa; el derecho a la tutela judicial tiene un contenido propio, y el debido proceso se encuentra contemplado en otras normas constitucionales diferentes del art. 24.

El contenido del derecho de acción, desde una perspectiva abstracta, consiste, esencialmente, en el derecho a promover la actividad jurisdiccional y a ser parte en el proceso.

Por tanto, el art. 24 consagra el derecho de toda persona a acceder a los órganos jurisdiccionales. Pero este derecho puede encontrarse con obstáculos, como el excesivo coste de la Justicia; para solucionar este problema, el art. 119 establece la gratuidad de la Justicia para todos los que carezcan de medios económicos suficientes. Esta previsión constitucional fue desarrollada por la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Pero el derecho de acción no sólo consiste en el derecho de acceso a los tribunales, sino que integra el derecho a obtener una resolución jurisdiccional. Según el TC, el derecho de tutela judicial efectiva queda integrado por el dictado de dicha resolución, jurídicamente motivada. Ello implica que una resolución arbitraria (no fundada en Derecho) constituye una vulneración del derecho de acción.

Igualmente, el derecho de acción integra el derecho a obtener, en un mismo supuesto, ante un órgano jurisdiccional, y entre las mismas partes, una resolución idéntica.

El derecho de acción no implica derecho a la apertura y sustanciación plena de un proceso, sino que se limita al derecho a la obtención de una resolución jurídicamente fundada. Las resoluciones que tienen por objeto el sobreseimiento libre de la causa, o el archivo de las actuaciones, o sean sentencias absolutorias en la instancia, satisfacen igualmente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Debido a su carácter fundamental, el derecho de tutela judicial goza de especial protección; por un lado, está protegido a través de los medios procesales ordinarios, sobre todo de los recursos establecidos por las leyes, ya que la Constitución es directamente aplicable, y el art. 24 no necesita de desarrollo para poder ser invocado ante los tribunales.

Por otro lado existen vías específicas de protección, como la establecida por la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de las Personas. También debe mencionarse la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Como última instancia, y una vez se hayan agotado las vías jurisdiccionales ordinarias, podrá acudir ante el Tribunal Constitucional en vía de amparo. Por encima de la resolución del TC se prevén determinados procedimientos ante tribunales internacionales.

IV. ACCIÓN Y PRETENSIÓN.

Para Windscheid, la pretensión constituye el aspecto activo de una relación jurídica obligacional, por lo que sustituye el concepto de acción por el de pretensión, definiéndolo como el derecho de exigir algo de otro. Este concepto de Windscheid tiene de particular que es un concepto extraprocesal.

En España, Guasp elaboró un concepto de pretensión ya de naturaleza procesal y del todo desligado del concepto de acción. Para este autor, el concepto de acción es extraprocesal, pues es previo a la existencia de un proceso; cuando el proceso se inicia, lo que surge es una **pretensión**, y por eso podemos decir que este concepto es ya plenamente procesal. Guasp afirma que la pretensión es un elemento esencial del proceso, partiendo de 3 postulados:

- Todo proceso supone una pretensión.
- Toda pretensión origina un proceso.
- Ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto de la pretensión que lo origina.

El derecho de acción es previo al proceso; es un derecho constitucionalmente reconocido, por lo cual existe por sí mismo, al margen del proceso. Sin embargo, la pretensión es un elemento necesario en tal medida, que sólo puede ser objeto del proceso aquello que engloba la pretensión, que es una reclamación dirigida por una parte frente a otra y frente al Estado.

Por lo tanto, deben diferenciarse acción y pretensión, y ambos deben diferenciarse de un tercer concepto: la **demanda**.

- Acción es el derecho constitucionalmente reconocido a toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales.
- Pretensión es un acto de reclamación de un bien jurídico que un sujeto hace a otro.
- Demanda es el acto de parte por el cual se inicia el proceso civil, e integra en sí mismo los dos conceptos anteriores.

Puede definirse a la pretensión como **la declaración de voluntad en la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y diferente al autor de la declaración**.

Esta postura ha sido seguida por la doctrina española, admitiéndola no en su totalidad, pero sí como punto de partida para la definición de la pretensión. A raíz de esta teoría, la doctrina ha podido establecer las diferencias entre acción y pretensión:

- La acción es un derecho de naturaleza constitucional, recogido por el art. 24 CE. La pretensión no es un derecho, sino un acto.
- La pretensión sólo es eficaz cuando es fundada, de forma que sólo es posible conocer su eficacia cuando finalice el proceso y se dicte sentencia. Sin embargo, el derecho de acción posee eficacia inmediata desde el momento en que se ejercita.
- En cuanto a condiciones para su ejercicio, para el derecho de acción no se exige más que la simple capacidad. En cambio, para la pretensión se exige *legitimación*, que consiste en una especial relación entre el sujeto y el objeto del proceso.
- Los sujetos pasivos de ambos son distintos; sujeto pasivo de la acción es el Estado, y sujeto pasivo de la pretensión será el demandado, es decir, aquel contra el que el actor formula su declaración. Este demandado debe ser persona distinta del que pretende, porque si son la misma persona, se produce confusión de derechos y la actividad jurisdiccional se paraliza.
- La acción es previa al proceso, y es un derecho reconocido a todos, mientras que la pretensión es puramente procesal, ya que sólo existe por virtud de un proceso, no pudiendo existir pretensión si no se ha ejercitado una acción previamente.

Este concepto de pretensión siempre se ha elaborado partiendo del proceso civil, por lo que cabe preguntarse si es aplicable también al proceso penal. Aunque parte de la doctrina considera que la pretensión como concepto general sirve para ambos procesos, lo cierto es que el concepto que se maneja en cada ámbito es diferente; en el proceso penal no concurren intereses particulares, sino que se ventila en él la aplicación de la ley, que supone un interés público. Sin embargo, la pretensión puede considerarse un pilar básico para la iniciación y el desarrollo del proceso penal, por hechos declarados por la ley como antijurídicos.

V. CLASES DE PRETENSIONES.

Desde un punto de vista **material**, existen tantos tipos de pretensiones como derechos susceptibles de ser reclamados. Pero la Ley de Enjuiciamiento Civil no exige que se especifique el derecho reclamado en la acción como requisito para su admisibilidad, por lo cual esta clasificación carece hoy de sentido. En función del derecho reclamado, pueden distinguirse:

- Acciones reales, personales y mixtas.
- Acciones principales y accesorias.
- Por su finalidad, acciones petitorias y acciones posesorias.

Desde un punto de vista **procesal**, en función de la actuación de la ley que en cada caso se pretenda, podremos distinguir entre:

A) Acciones declarativas, en las cuales la tutela solicitada se centra en la declaración de un derecho. Estas, a su vez, pueden ser:

- De condena: por medio de ellas se solicita la declaración del derecho a que el demandado realice una prestación, ya sea de dar, hacer o no hacer. Por tanto, lo que se solicita es que el órgano jurisdiccional otorgue un título ejecutivo para que dicho comportamiento se haga efectivo. En consecuencia, solamente pueden ser objeto de esta pretensión aquellas tutelas que lleven aparejada una posibilidad de condena.
- Merodeclarativas: la tutela se satisface mediante la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica. No requiere de ejecución.
- Constitutiva: persigue la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.

B) Acciones ejecutivas, mediante las cuales se solicita que el órgano jurisdiccional ejerza una actividad coactiva. Se solicita la realización de un derecho, y por lo tanto debe existir título de ejecución para poder formular la pretensión, pudiendo ser título ejecutivo la sentencia dictada en un juicio en el que se formula una pretensión declarativa de condena, o también lo convenido en acto de conciliación ante el juez, siempre que el valor de lo convenido no exceda de la competencia del juez.

C) Acciones cautelares, mediante las cuales se solicita el aseguramiento, conservación o garantía de una posible ejecución ulterior. Se pide al juez que adopte los mecanismos necesarios para que, si en el futuro se dictase una sentencia condenatoria, ésta no fuese inútil porque el demandado hubiese dilapidado su patrimonio.

IV – EL PROCESO

I. INTRODUCCIÓN.

El proceso es básicamente la exigencia constitucional para el desarrollo rogado de la jurisdicción. El proceso sirve a la satisfacción de los intereses jurídicos socialmente relevantes, siendo el medio constitucionalmente instituido para ello. En función del momento al que nos estemos refiriendo, el proceso tendrá diferente significado:

- En el momento constitucional, el *debido proceso* es el instrumento constitucionalmente previsto (art. 24.2 CE) para la tutela de los legítimos intereses de las personas.
- En el momento dinámico o procesal, el proceso tiene ya un contenido concreto, y se trata de un *proceso específico*, que es la articulación concreta que posibilita el rogado desarrollo de la función jurisdiccional.

II. PROCESO Y PROCEDIMIENTO.

El procedimiento hace referencia a la coordinación de una serie de actos encadenados, por lo que se trata de un concepto formal, el proceso supone una noción teleológica, ya que alude a un fin concreto; la resolución de un conflicto mediante la actuación de un órgano jurisdiccional. La relación entre ambos se basa en que el procedimiento es la forma de exteriorización usada por el proceso para lograr sus fines.

El concepto de *proceso* es más complejo que el de *procedimiento*; no siempre que hay procedimiento existe un proceso. La confusión entre ambos es histórica; pero el Derecho procesal se ocupa del proceso y no del procedimiento, ya que si se emplea el término procedimiento se pueden producir algunos inconvenientes:

- Este término no es exclusivo del Derecho procesal, ni tampoco del ámbito jurídico.
- Es un término que sólo alude a un aspecto formal o actividad externa, como es la mera sucesión de actos procesales.

Pero el término proceso engloba una realidad más amplia; además del procedimiento legalmente previsto, incluye también las relaciones entre los sujetos intervinientes, las relaciones entre éstos y el objeto del proceso, etc. El proceso, además, aspira a una finalidad, que es la terminación o justa composición del litigio, y para llegar a ella emplea el procedimiento como medio. Todo proceso implica la existencia de un procedimiento; pero puede que exista un procedimiento sin que haya proceso alguno.

En cuanto al término **juicio**, se emplea muy a menudo en la legislación procesal, y ello se debe a la tradición histórica, ya que en el Derecho medieval juicio equivalía a sentencia. Hoy en día, juicio y proceso aluden al mismo fenómeno, pero mientras que el juicio se refiere a la acción de juzgar, el proceso se refiere al medio empleado para ello. Dentro del proceso existe un juicio, pero no todo juicio puede identificarse con el proceso. Solamente son ambos términos equivalentes cuando la acción de juzgar la desarrollan órganos investidos de

potestad jurisdiccional.

Por otro lado, **enjuiciamiento** es un vocablo que hace referencia a muchos de los elementos que componen el proceso. Contiene, entre ellos, un juicio lógico que debe realizar el órgano jurisdiccional para, teniendo en cuenta lo alegado por las partes, dictar sentencia. La diferencia entre juicio y enjuiciamiento es la misma que hay, respectivamente, entre procedimiento y proceso.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO.

Es una cuestión importante, en la medida en que determina la normativa supletoria a aplicar en los casos de lagunas legales. En torno a la naturaleza jurídica, han existido dos corrientes contrapuestas; las **privatistas** y las **publicistas**.

III.1– Teorías privatistas.

Consideran que el proceso es una institución integrada dentro del Derecho privado. Hoy en día no se puede mantener esta tesis, habida cuenta del monopolio estatal sobre la jurisdicción, que impide considerar al proceso como algo propio del ámbito privado. Para estos autores, proceso puede identificarse con contrato, de forma que lo definen como el acuerdo de voluntad de las partes en virtud del cual deciden someterse a la decisión de un juez. Por tanto, la jurisdicción es asimilada a una especie de convenio arbitral de las partes, denominado *litis contestatio*. El consentimiento, objeto y causa de este contrato serían los elementos que conceden la fuerza de cosa juzgada a la sentencia dictada por el juez.

Esta *litis contestatio* tiene que ver más con el arbitraje que con la jurisdicción, y es totalmente inadmisibles en cuanto al proceso penal, en el cual no es necesaria la voluntad del procesado de someterse a la decisión del juez, quien dicta sentencia en virtud de su imperium o potestad, y no por compromiso o contrato alguno.

Otro sector considera que el proceso debe explicarse a través del **cuasicontrato**, de forma que el consentimiento de las partes de someterse a la decisión del juez es tácito y no expreso; así se salvaba una de las críticas a la teoría contractualista. Sin embargo, se mostró también inútil, ya que la sentencia del juez no tiene nada que ver con el consentimiento de las partes.

III.2– Teorías publicistas.

Estos autores creen que el proceso no puede explicarse a través de las relaciones jurídico-privadas, y por ello acuden al Derecho público. Teorías más importantes:

El proceso como relación jurídica.

El alemán Von Bülow concebía al proceso como una relación jurídica que se caracteriza por su autonomía o independencia de la relación jurídica material que se deducía dentro del mismo. Características de esta relación:

- Se trata de una relación jurídica compleja, ya que engloba todos los derechos y deberes que se producen en las distintas fases del procedimiento.
- Es una relación de Derecho público.
- Tiene su origen en una *litis contestatio* de naturaleza pública.

Por tanto, el proceso es la relación jurídica formada por derechos y deberes recíprocos entre el juez y las partes, que se perfecciona a través de la *litis contestatio*, de la que surgen dos obligaciones básicas:

- Por un lado, a que el órgano jurisdiccional asuma la tarea de decidir la contienda.

- Por otro lado, a que las partes queden sometidas a la resolución dada por el juez.

Se trata de obligaciones puramente procesales, y para que éstas se produzcan, es necesario que se cumplan determinados requisitos, denominados **presupuestos procesales**, que son los requisitos de admisibilidad y condiciones previas a la tramitación de cualquier relación procesal.

Las aportaciones fundamentales de la doctrina de la relación jurídica son dos:

- Nacimiento, con carácter autónomo, del Derecho procesal, que deja de ser un instrumento del Derecho material para pasar a ser una ciencia autónoma. Por tanto, se está diferenciando entre la relación jurídica material deducida en el proceso y la relación jurídica procesal.
- Por primera vez se explica la naturaleza del proceso a través del Derecho público.

Pero esta teoría sufrió críticas; no se admitió que se fundamentase el proceso en la *litis contestatio*, aunque tenga una naturaleza pública, ya que debe recurrirse a conceptos propios del Derecho procesal. Por otro lado, se criticó su concepto de relación jurídica, ya que se consideraba que no existe una relación entre el juez y las partes, sino que la relación existe; bien entre las propias partes, o bien entre el juez y cada parte por separado.

En España, la teoría fue seguida por autores como Prieto Castro, Gómez Orbaneja, etc. Para éste, el proceso es una relación jurídica o nexo entre dos sujetos que existe en virtud del Derecho objetivo, y que es regulado por éste. El contenido de dicha relación será una serie de obligaciones y derechos procesales.

El proceso como situación jurídica.

Su artífice fue Goldschmidt, que critica a la anterior teoría desde una triple vertiente:

- Los presupuestos procesales no pueden ser la condición de existencia del proceso, ya que estos presupuestos deben ser discutidos dentro del proceso en sí, que finalizará, si no concurren éstos, con una sentencia absolutoria en la instancia.
- El contenido del proceso no lo constituyen derechos y obligaciones; es verdad que el juez tiene la obligación de dictar sentencia, pero dicha obligación no deriva de una relación jurídica procesal, sino de la obligación del Estado de administrar la Justicia, y por tanto, nace del propio Derecho público. Asimismo, las partes no tienen en puridad obligaciones procesales, ya que la sujeción del ciudadano al poder del Estado es natural y no deriva de ninguna relación jurídica. A lo sumo, pueden existir *cargas* para las partes, pero no obligaciones.
- La teoría de la relación jurídica es estática, y no aporta nada nuevo al proceso, el cual se caracteriza por su dinamismo, ya que se desarrolla de acto en acto hasta desembocar en la resolución dictada por el juez.

Para Goldschmidt, situación jurídica es el estado en el que se encuentra una persona, desde el punto de vista de la sentencia que espera, conforme a las normas jurídicas. El proceso progresa por medio de los actos procesales, cuya meta será el logro de una sentencia favorable a las pretensiones de las partes, y cada acto procesal crea una situación en que las partes examinan cuáles son sus posibilidades de obtener esa sentencia favorable. Cada una de estas situaciones es válida en tanto en cuanto es condición de la siguiente y tiene como presupuesto la anterior; así, el proceso se define como un conjunto de situaciones transitorias, que van transcurriendo hasta llegar a una situación definitiva, cual es la sentencia.

En el proceso, todos los derechos se encuentran en situación de espera, mientras no se produzca la sentencia. Por eso, lo que caracteriza al proceso es la **incertidumbre**, tanto por parte del actor, como por parte del demandado y también por parte del juez. Así, en el proceso no puede haber derechos, sino **expectativas de derechos**; de la situación de incertidumbre solamente derivan cargas y expectativas.

En cuanto a las obligaciones, éstas no existen, propiamente, en el ámbito procesal, sino que sólo hay **cargas**;

la carga se diferencia de la obligación en que, mientras que ésta es un imperativo nacido del interés de un tercero o del interés del Estado, la carga es un imperativo del propio interés, de ahí que no haya sanción para quien decide no asumir una carga.

Desde el punto de vista de la teoría de la situación jurídica, el proceso puede definirse como **el fenómeno jurídicamente reglamentado que se desenvuelve de situación en situación, produciendo determinadas cargas y expectativas, con el fin de obtener una decisión judicial.**

El proceso como institución jurídica.

Según Guasp, el proceso debe ser considerado como una **institución jurídica**. Este autor desecha la teoría de la relación jurídica por considerar que, dentro del proceso existen varias correlaciones de derechos y deberes, y por lo tanto no se produce una sola relación jurídica, sino múltiples, que son susceptibles de ser reconducidas a la unidad a través de la idea de **institución**. El proceso para Guasp se define como el conjunto de actividades relacionadas por el vínculo de una idea común y objetiva, a la que están adheridas las diversas voluntades particulares de los sujetos de los que procede aquella actividad.

La institución procesal la configuran dos elementos fundamentales:

- La idea común y objetiva: la satisfacción de la pretensión.
- Las voluntades particulares que se adhieren a ella.

Los caracteres fundamentales del proceso serán los siguientes:

- Jerarquía entre las personas que intervienen.
- Universalidad, ya que el proceso no reconoce particularidades territoriales dentro de los límites de una misma soberanía.
- Permanencia, porque el proceso no se agota en el momento de producirse, sino que perdura a lo largo del tiempo, a través de la sentencia.
- Elasticidad formal, para adaptarse a las vicisitudes de cada caso concreto.

Esta teoría es muy poco práctica, ya que la elaboración del concepto de institución es muy compleja.

El proceso como servicio público.

Esta teoría fue promovida por los administrativistas franceses. Parten de la calificación de la actividad jurisdiccional como actividad administrativa, a los efectos de explicar el proceso como un servicio público. La función jurisdiccional es una actividad técnica puesta al servicio de los particulares, para ayudarles en la consecución del fin que persiguen; la composición del litigio. De esta forma, las normas que regulan este servicio público no serían normas jurídicas, sino técnicas, porque no tienden a crear relaciones jurídicas, sino a satisfacer fines que persiguen los particulares.

Esta teoría es inadmisibles por varias razones: en primer lugar, no es compatible con el proceso penal, en el cual no existen fines propios de los particulares. En segundo lugar, es absurdo comparar la función jurisdiccional con otros servicios públicos, ya que el proceso deriva de una actividad estatal: lo que un día es un servicio postal, o de salud, etc., al día siguiente puede ser un servicio privado. Pero la actividad jurisdiccional es algo consustancial al propio Estado de Derecho, desde el momento en el que el Estado asume el monopolio de la tutela jurisdiccional, obligándose a crear órganos adecuados y a poner los medios necesarios para acceder a ellos.

La función jurisdiccional no puede concebirse como servicio público, porque el cumplimiento del deber de administrar Justicia por parte del Estado no es discrecional, sino consustancial al Estado de Derecho, y

además debe administrarla en la forma constitucionalmente señalada, es decir: a través del *debido proceso*.

IV. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

Se trata de una garantía constitucional consagrada por el art. 24.2 CE, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales, tanto a los ordinarios como a los militares o a los sancionadores. Los antecedentes más remotos del proceso están en la **Carta Magna**, otorgada por Juan Sin Tierra en 1215, en la que se establecía el derecho a un juicio legal por los pares, conforme a la ley de la tierra. Pero la formación del debido proceso se sustentó fundamentalmente en los textos ilustrados; la Declaración de Derechos de Virginia (1776), Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), etc.

En España, la CE de 1812 se hizo eco de todos estos antecedentes, y a raíz de ella, todos los textos constitucionales posteriores han ido recogiendo la regulación del debido proceso. La CE 1978 lo recoge en su art. 24.2, cuya eficacia vincula tanto a poderes públicos como a ciudadanos, y puede ser alegado directamente ante los tribunales, sin necesidad de desarrollo legislativo. Las garantías que contiene el art. 24.2 se reflejan en otros preceptos constitucionales: el art. 117, 118, etc., incluso alcanzan una dimensión supraestatal, pues este derecho ha sido reconocido en diversos tratados internacionales suscritos por España; Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), etc. Estos tratados deben entenderse como parte integrante del ordenamiento jurídico interno, a tenor de lo dispuesto por el art. 10 CE.

La jurisprudencia del TC ha sido muy amplia, y a veces dicha amplitud ha sido causa de inseguridad jurídica. El contenido del derecho al debido proceso ha sido relacionado con otros derechos; a la defensa, a no declarar contra sí mismo, a la tutela judicial efectiva, etc. Sin embargo, podemos seleccionar algunos criterios mínimos que toda norma procesal debe tener en cuenta a la hora de regular el debido proceso; digamos que el contenido de este derecho es complejo y puede escindirse en una doble dimensión:

- Orgánica, vinculada a la potestad jurisdiccional.
- Procesal, ligada al desarrollo de la actividad o función jurisdiccional.

Desde el punto de vista **orgánico**, la principal garantía a la que se refiere es la del juez ordinario predeterminado por la ley. Desde el punto de vista procesal, la principal garantía es la del derecho de defensa en sentido amplio que ha indicado el Tribunal Constitucional, como interdicción de la indefensión. Esta garantía procesal es el centro de todas las demás.

Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Esta plasmada en la CE, desde un punto de vista **negativo**, en el art. 117.6: se prohíben los tribunales de excepción. Además, desde un punto de vista **positivo**, el art. 24.2 CE define este derecho como el derecho fundamental de toda persona a que los órganos judiciales hayan sido creados por una norma legal, invistiéndolos de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso, y con un régimen organizativo y procesal que no permita calificarlo de órgano excepcional.

La prohibición de los tribunales de excepción excluye cualquier modalidad de juez *ad hoc* ya sea especial o excepcional. La infracción de este derecho se produce al instalarse un órgano judicial *ex post facto*, al objeto de que conozca en especiales conflictos, por razón de la materia. Así, para evitar la vulneración de ese derecho, es necesaria la predeterminación legislativa. Afectaría a este derecho la creación por el Ejecutivo de órganos judiciales al margen de la reserva de ley que existe para la organización de los órganos jurisdiccionales. También se vulneraría si el Ejecutivo manipulase la organización de los tribunales, o el reparto de los asuntos entre éstos.

La predeterminación significa que la ley, de forma general, y previa al caso concreto, debe contener los

criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita conocer el juzgado o tribunal encargado de conocer el caso concreto. La generalidad garantiza la inexistencia del juez *ad hoc* y la anterioridad garantiza que, una vez conocido el juez competente, no pueda ser desposeído del conocimiento del asunto en virtud de decisiones gubernativas.

Desde un punto de vista positivo, el juez legal se traduce en una reserva de ley: en la necesidad de que toda norma jurídica que tenga que ver con la constitución, funcionamiento y gobierno de juzgados y tribunales debe ser una norma con rango de Ley Orgánica. En cuanto a competencia y procedimiento, la ley puede ser ordinaria; pero los parámetros de la competencia deben ser determinados según una Ley Orgánica.

Las normas de reparto también deben estar fijadas con anterioridad a los hechos que se enjuician, y deben tener carácter objetivo.

La predeterminación del juez supone anterioridad y legalidad en todo caso; pero no hay vulneración de este derecho cuando el juez se ve obligado a juzgar una cuestión prejudicial.

En cuanto a los **aforamientos**, son situaciones que parecen entrar en clara contradicción con el derecho de igualdad del art. 14 CE. Según la doctrina del TC, la existencia de fueros especiales vulnera el derecho al juez legal sólo si dicho aforamiento no responde a un interés superior. Es constitucionalmente admisible el fuero de diputados y senadores, pero es inconstitucional el fuero policial. Por tanto, el fuero siempre debe obedecer a un interés superior.

Hay quien dice que el derecho al juez legal está integrado por los principios de independencia e imparcialidad. En cuanto a la independencia, no es predicable del juez legal sino de la propia jurisdicción, junto con los principios de unidad y exclusividad. La imparcialidad tampoco está relacionada con este derecho, ya que la posible parcialidad del órgano jurisdiccional se aprecia en un proceso concreto, y no en general.

Por tanto, en conclusión, el derecho al juez legal implica que el órgano jurisdiccional debe ser un órgano ordinario, predeterminado por la ley de forma general y anterior al caso concreto, y sólo puede ser organizado mediante Ley Orgánica.

Derecho a la defensa.

Es un derecho predicable de todos los órdenes jurisdiccionales, y se aplica en cualquiera de las fases del procedimiento: sumarial, intermedia o en el juicio oral.

La finalidad de este derecho es asegurar la efectiva realización de los principios de contradicción y de igualdad de armas, principios que imponen al los órganos judiciales el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de las partes, e impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión, conforme a la STC del 11-6-1996.

La indefensión se produce cuando la infracción de una norma procesal provoca una limitación real del derecho a la defensa, originando un perjuicio irreversible para alguna de las partes. Se produce una vulneración de este derecho cuando se priva al justiciable de medios de defensa efectivos, dentro de los medios que la ley procesal prevé.

El derecho de defensa tiene un contenido complejo; para que no sea vulnerado, exige un conocimiento suficiente y oportuno de todo aquello que pueda afectar a los derechos e intereses legítimos en el proceso. Por eso son importantes los **actos de comunicación**; sirven para poner en comunicación al órgano jurisdiccional y a las partes del proceso. Así, de todos los actos realizados en el proceso deben tener las partes cumplido conocimiento. No basta con el mero cumplimiento de las notificaciones, sino que es necesario que los actos de comunicación se realicen de modo efectivo, y el órgano jurisdiccional está obligado a vigilar la efectividad

real de dichos actos. El modo más directo para conseguirlo será la notificación personal y directa al interesado, y sólo cuando ésta no sea posible, se recurrirá a otras formas de notificación, como la publicación de edictos.

Derecho a la asistencia letrada.

Se concreta en el derecho a defenderse por medio de letrado y a ser representado por procurador. La finalidad es asegurar la efectiva realidad de los principios de contradicción e igualdad de armas. La intervención técnica del letrado debe proporcionarse al ciudadano para lograr una mejor defensa de sus legítimos intereses.

Esta garantía es irrenunciable en el proceso penal por delitos, y también en los casos en que la ley lo prevé como obligatorio. La vulneración de este derecho exige que la ausencia de asistencia haya provocado un perjuicio real en el que no la utilizó; es decir, que su falta produzca una situación real de indefensión.

Dentro de este derecho, cabe diferenciar dos perspectivas:

- El derecho a la defensa de carácter privado, concretado en el derecho de las partes a ser representadas por profesionales libremente designados por ellas.
- El derecho a la defensa de carácter público, o derecho del justiciable a que le sea proporcionado letrado de oficio cuando fuera necesario y se encontrase en uno de los supuestos que señala la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

Este derecho está muy mediatizado por el Derecho positivo, ya que la ley excluye la obligatoriedad de asistencia letrada en los procedimientos de menor cuantía; juicios verbales, actos de jurisdicción voluntaria, etc.

Para evitar la vulneración de este derecho, la ley dispone que, en los casos en que no sea necesaria la asistencia letrada, si una de las partes acude asistida de letrado, el juez puede solicitar que se provea de abogado y procurador a la parte que ha concurrido sin ellos, con el fin de lograr la efectiva igualdad de armas entre las partes.

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Está ligado al derecho de defensa, porque no se puede ejercer este derecho si no se permite a las partes llevar al proceso los medios que puedan justificar los hechos que han alegado.

Para verificar si se ha producido una vulneración de este derecho, es necesario que la actividad probatoria haya sido solicitada en la forma y el momento procesalmente establecido para ello. Si no se solicita de esta forma y en el momento oportuno, y es rechazada, no puede hablarse de la vulneración de este derecho. Además, la actividad probatoria debe ser **pertinente**, en el sentido de que debe argumentarse de forma convincente y adecuada al fin que se persigue. Y en tercer lugar, es necesario que la prueba sea **relevante**.

Por lo tanto, es necesario el cumplimiento de los 3 requisitos; si alguno de ellos no se cumple, y la prueba es rechazada, no existe una vulneración del derecho.

El derecho de prueba se somete a un juicio acerca de su pertinencia y necesidad, a cargo del órgano jurisdiccional, y para rechazar la prueba, dicho órgano debe valerse de una resolución motivada.

Derecho a ser asistido por intérprete.

Es un derecho recogido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; toda persona tiene derecho a ser asistida gratuitamente por un intérprete cuando

desconociera la lengua empleada en la Audiencia o Tribunal de que se trate, independientemente de que se trate de un ciudadano nacional o extranjero. Según ha reconocido el TC, el derecho a ser asistido de intérprete se extiende también a los españoles que desconozcan la lengua castellana.

Principio acusatorio.

Es predicable del proceso penal, y exige que la acusación sea sostenida por un sujeto distinto del órgano juzgador. Su finalidad es garantizar la imparcialidad del órgano jurisdiccional. Nadie puede ser condenado si no se formula contra él una acusación de la que pueda defenderse de una forma contradictoria.

Se exige que el hecho objeto de acusación y el hecho que constituye la base de la condena permanezcan inalterables, lo que significa que es necesario que haya identidad entre el hecho alegado y mantenido por la acusación y el que haya resultado alegado y probado y constituya después el objeto de la condena.

V – EL DERECHO PROCESAL

(EL DERECHO DE LA JUSTICIA)

I. INTRODUCCIÓN Y EVOLUCIÓN.

El Derecho procesal es una disciplina de muy reciente formación. Su contenido científico fue desarrollándose a lo largo de la Historia, a través del estudio de sus instituciones.

Los orígenes deben ser buscados en la **práctica forense**, que era la actividad desarrollada por los juristas en el foro, durante los ss. XVI, XVII y XVIII. Los juristas eran formados en el Derecho romano, y el aprendizaje del Derecho patrio se realizaba más tarde, mediante la pasantía, que estaba centrada en el Derecho cotidiano de los tribunales de Justicia. Esta práctica forense se desarrollaba en los despachos de abogados y pretendía explicar el proceso y forma de actuar de los tribunales. Los destinatarios eran los prácticos del Derecho; abogados, procuradores, escribanos (hoy secretarios judiciales), etc., y los libros empleados eran escritos por estos prácticos, que intentaban transmitir los conocimientos adquiridos durante su vida profesional. El problema de la práctica forense era que se dedicaba casi exclusivamente al estudio de las formas rituales o modos de actuar ante el tribunal, de forma que la ley se dejaba a un lado, reduciendo la enseñanza al mero trámite procedimental.

En el s. XIX, la práctica forense se introdujo en las Universidades como asignatura obligatoria; pero seguía excesivamente unida a formalismo y ritual de los tribunales, y no había una consideración científica del proceso. La Revolución Francesa supuso un importante cambio, en la medida en que provoca que sea la ley la cumbre de todo el sistema jurídico; ello influye en todas las ramas del ordenamiento jurídico y también en la rama procesal, y así en las leyes se contemplará el conjunto de fórmulas a seguir por los ciudadanos para obtener la Justicia ante los tribunales. De esta forma, el s. XIX se caracterizó por la profusión de normas legales. Se dictaron leyes que hicieran desaparecer la casuística específica de cada tribunal y produjeran una uniformización de los medios de proceder ante los tribunales: se inicia la etapa del **procedimentalismo**, caracterizada por tomar la ley como base principal del estudio del proceso y eliminar la práctica específica de cada tribunal.

Esta etapa dará paso a la etapa llamada propiamente del **Derecho procesal**. En ella, el Derecho procesal adquiere el carácter de Ciencia, a medida que evoluciona el concepto de proceso como *debido proceso*. La introducción de la práctica forense era inadecuada para el desarrollo del proceso, y a partir de entonces se empiezan a plantear los verdaderos problemas procesales: los sujetos del proceso, las relaciones entre ellos, la complejidad del fenómeno procesal, etc. El proceso deja de ser considerado como una forma externa, y se empieza a ver como una realidad tangible, con un contenido y significado propios; es una categoría jurídica diferente de la relación jurídico-material deducida dentro de él, y es estudiado según criterios doctrinales

autónomos. Por tanto, se concluye que el Derecho procesal tiene un contenido propio y distinto del resto de las ramas del Derecho.

Un último intento de acometer una nueva configuración se instrumentó a través de la denominación del Derecho procesal como **Derecho jurisdiccional**. Se trata de un cambio esencial, no solamente implica un cambio en la denominación de la disciplina, ya que quiere darse a entender que el elemento en torno al cual giran todos los demás es la jurisdicción, por encima del proceso y de la acción. Por tanto, supone que de la jurisdicción dependen los otros dos elementos configuradores de la Justicia. Esto es contradictorio con la tesis que venimos sosteniendo, según la cual los 3 elementos tienen una importancia equivalente, ya que ninguno puede existir sin los otros 2.

II. CARACTERES DEL DERECHO PROCESAL.

1) Es un Derecho **público**, porque regula las relaciones entre determinados órganos del Estado que se hallan en posición de supremacía y están investidos de una potestad jurídico-pública, y determinadas personas sujetas al ejercicio de dicha potestad, en una posición de subordinación. Por tanto, el carácter público de la disciplina deriva de la intervención del Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, como único titular del poder Judicial.

Determinadas posiciones doctrinales han sostenido que carece de sentido seguir manteniendo la dicotomía público/privado dentro de un Estado *social* de Derecho, ya que, con la creciente intervención del sector público en el ámbito jurídico-privado, no pueden ya ser diferenciadas ambas esferas con claridad.

Pero de cualquier modo, el órgano jurisdiccional sigue en una posición de supremacía con respecto a quienes instan la tutela jurídica, y de ahí deriva el carácter público de esta rama del ordenamiento jurídico.

2) Es un Derecho **autónomo**, ya que su objeto de estudio es una realidad específica: la actividad jurisdiccional, que no es política ni administrativa, y cuyo titular está únicamente sometido al imperio de la Ley. El Derecho procesal participa del constitucionalismo, y también del Derecho Administrativo, pero es un Derecho autónomo porque la actividad jurisdiccional sólo puede ser desarrollada a través del proceso.

3) Es un Derecho **necesario**, compuesto por normas de ius cogens que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes, ni pueden tener efectos distintos de los que la ley les atribuye, ni pueden ser modificadas por la voluntad del propio órgano jurisdiccional. Las normas procesales deben ser aplicadas en sus justos términos.

4) Es un Derecho **instrumental**, ya que sirve para tutelar los derechos de toda la comunidad social. El reconocimiento de derechos y libertades dentro del Estado de Derecho no se llega a realizar plenamente si no se concede a los titulares un medio para hacer efectivos estos derechos. Sin embargo, el carácter instrumental del Derecho procesal no equivale a que tenga carácter accesorio, ya que se trata de un Derecho autónomo, que no necesita de otro para realizarse a sí mismo.

III. DERECHO PROCESAL Y DERECHO MATERIAL.

La distinción entre ambos ha dado lugar a abundante literatura, ya que su ámbito de aplicación difiere tanto en lo espacial como en lo temporal. Además, las consecuencias de su infracción son también distintas:

- La infracción de una norma de Derecho material puede influir en que el contenido de la pretensión sea estimatorio o desestimatorio.
- Sin embargo, la infracción de una norma de Derecho procesal puede motivar que el juez no entre a conocer del fondo del asunto.

A la hora de establecer la diferencia, la doctrina ha seguido diversas tendencias:

Teorías dualistas:

Propugnan la distinción absoluta entre ambos derechos. Para ello, utilizan el proceso, explicando cómo éste se dirige a tutelar un derecho lesionado. Todo derecho trata de garantizar al titular un determinado goce en exclusiva, y cuando ese derecho es lesionado, el proceso surge como medio de reparación. Por tanto, parten de la dicotomía entre derecho tutelado y tutela.

Esta teoría muestra al Derecho procesal como algo accesorio, que aparece sólo cuando es lesionado el Derecho material. Esta teoría es inadmisibles, por dos razones:

- Porque el Derecho procesal es un Derecho autónomo.
- Porque no se podrían explicar determinadas situaciones en las que no hay realmente un derecho material lesionado.

Teorías monistas:

Dice Ramos Méndez que el juicio es lo único verdaderamente interesante, porque es el momento en el cual se soluciona el conflicto entre las partes.

Antes del proceso, puede darse cualquier tipo de relación entre las partes, pero sólo a través de la sentencia que pone fin al litigio se obtiene la experiencia procesal. Una vez las partes tienen un problema, lo único que les satisface es la solución práctica contenida en la sentencia. Por tanto, esta teoría no diferencia entre Derecho material y procesal.

Ninguna de las dos teorías resuelve el problema del contenido del Derecho procesal y del Derecho material. El contenido propio del Derecho procesal se asienta en 3 elementos: acción, jurisdicción y proceso, y a través de este contenido podemos acceder a un concepto de Derecho procesal como **rama del ordenamiento jurídico cuyo conjunto de normas y principios regulan e informan la jurisdicción, la acción y el proceso, tanto en el momento constitucional como en el momento dinámico o procesal.**

VI – FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS PROCESALES.

La naturaleza de la norma procesal es de **ius cogens** o derecho necesario. Ello implica que son normas imperativas, y las partes no pueden regular el proceso mediante normas diferentes de las contenidas en la ley procesal, ni tampoco pueden dar a éstas efectos diferentes de los legalmente establecidos. Sin embargo, en ocasiones se habla de normas procesales dispositivas, pero no se hace referencia a una dispositividad similar a la del Derecho civil, sino que se quiere decir que la norma contempla 2 efectos jurídicos diferentes, y las partes pueden elegir cualquiera de los dos. Por tanto, cuando se realiza la elección, es porque la ley la contempla. La dispositividad en el Derecho procesal procede siempre de la ley.

El sistema procesal está encuadrado dentro de la estructura del Estado, y por tanto sus fuentes deben ser normas jurídicas, entendiendo fuente en sentido formal, como formas mediante las cuales se manifiestan las normas de que se compone el sistema procesal.

El primer problema es determinar si el sistema de fuentes que el Código Civil prevé para todo el ordenamiento jurídico en general, es válido o no para el Derecho procesal. El art. 1, apdo. 7º del Código Civil, prohíbe el **non liquet**: *los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.* Se pretende evitar que el tribunal no resuelva una

cuestión porque se encuentre con una ausencia de Derecho aplicable: es inadmisibile que un órgano jurisdiccional se abstenga de dictar una resolución por carencia de normas.

Pero la cuestión principal se suscita respecto a la costumbre; ¿puede ser fuente del Derecho procesal?. Debe tenerse en cuenta que la actividad procesal es una actividad reglada, legislada, y no espontánea. Por eso, teniendo en cuenta que rige el principio de legalidad en materia procesal, la primera fuente del Derecho procesal será la ley. En este sentido, el art. 117.1 CE se refiere al sometimiento exclusivo de los órganos jurisdiccionales *al imperio de la ley*.

II. LA CONSTITUCIÓN.

La Constitución es la primera fuente de todo el ordenamiento jurídico, porque en ella se incorporan los valores esenciales que deben constituir la convivencia política y debe informar al ordenamiento jurídico, incluido por tanto el Derecho procesal. Razones por las que la Constitución es norma suprema del ordenamiento:

- En la Constitución se establece la estructura básica del sistema, al regular un poder Judicial dotado de caracteres concretos.
- La Constitución establece todas las garantías fundamentales que deben presidir el funcionamiento del sistema procesal español.
- La Constitución es una norma de aplicación directa e inmediata por jueces y tribunales, como señala su art. 9.1, y como ha corroborado la jurisprudencia del TC y también recoge el art. 5 LOPJ. Desde este punto de vista, y en sentido negativo, los jueces y tribunales no podrán aplicar normas contrarias a la CE.

III. LEYES DE ORGANIZACIÓN Y PROCESALES.

En materia procesal existe una reserva de ley, lo cual implica que la ley positiva es factor creador del proceso, salvo algunas excepciones referidas a tribunales consuetudinarios, como el Tribunal de las Aguas de Valencia. Por tanto, todo el ordenamiento jurídico procesal queda excluido de las normas reglamentarias, de forma que el poder Ejecutivo carece de potestad normativa en materia procesal. Esta reserva rige para todos los aspectos procesales; en materia jurisdiccional orgánica y en materia jurisdiccional procesal. Esta exclusividad se recoge en los art. 122 y SS de la CE. Ello no impide que determinadas materias puedan desarrollarse por reglamentos, siempre que la ley asuma la regulación esencial de la materia en concreto.

De entre todos los cuerpos legislativos procesales, debemos diferenciar aquellos que, siendo ley procesal, denominamos orgánicos, porque se encargan de regular la organización de la jurisdicción en los diversos tribunales de Justicia: determinan la delimitación de la actividad jurisdiccional. Otras leyes regulan la actividad jurisdiccional en cuanto al proceso, conteniendo los procedimientos a seguir; son las leyes procesales. Todo lo referido a la organización de los tribunales está reservado a Ley Orgánica.

En cuanto a las CCAA, éstas no pueden legislar en materia procesal, a causa de la reserva estatal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en orden procesal deriven de las particularidades del Derecho sustantivo en las correspondientes CCAA (Derecho foral).

Leyes de organización.

Es ley orgánica la LO 6/1985, de 1 de julio, del poder Judicial, que es el núcleo fundamental de todas las disposiciones denominadas orgánicas. Sustituyó a la Ley provisional sobre organización del poder Judicial, de 1870. Desarrolló el título IV CE, con la finalidad de acomodar la organización de la jurisdicción a las previsiones de la misma, y adaptar los tribunales a la evolución social acaecida desde 1870. La LOPJ supone un intento de llevar a cabo los principios del Estado de Derecho en el orden procesal.

La LOPJ se compone de un título preliminar y de 6 libros. Siguió el esquema de la ley provisional de 1870, y

no se reduce a enunciar disposiciones exclusivamente orgánicas, sino que regula aspectos estrictamente procedimentales, que tienen repercusión en las leyes de procedimiento vigentes, y en las que posteriormente se promulgarán. La LOPJ debió llevar a cabo una depuración, a través de la derogación expresa de determinadas reiteraciones y contradicciones, pero no lo hizo; es tarea difícil la búsqueda de normativa aplicable a determinadas cuestiones procesales.

TÍTULO PRELIMINAR: En él se recogen los principios generales para la regulación del funcionamiento de la Justicia. Si todos se llevasen a efecto, la Justicia sería más eficaz y transparente, pero no se han plasmado más que en el terreno de las garantías. Se trata de la independencia, imparcialidad, sometimiento a la ley, responsabilidad, etc., que ya se contenían en la CE.

LIBRO I: De la extensión y límites de la jurisdicción y de la planta y organización de los juzgados y tribunales. Es el pilar básico de la organización del aparato judicial, pero la vigencia actual de esa organización prevista está en entredicho, porque se ha demostrado su escasez e inexactitud. Las propias disposiciones transitorias de la ley preveían órganos que no se han creado.

Uno de los rasgos más característicos de este libro I es la desaparición de los Juzgados de Distrito y de las Audiencias Territoriales. Pero fue algo erróneo: las competencias en materia civil pasaron a los juzgados de primera instancia, y las competencias en materia penal, a los juzgados de instrucción, y ambos se vieron colapsados por los juicios verbales y de cognición, en el orden civil, y por las faltas de poca importancia, en el orden penal.

Además se crea el TSJ, que es la cúpula de la Justicia en la Comunidad Autónoma. Estos tribunales no responden a los principios de jerarquía administrativa, ya que los tribunales no están sometidos entre sí; se trata de una mera superioridad gubernativa.

LIBRO II: Del gobierno del poder Judicial; y en él se contiene la composición, atribuciones y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial. La discusión de la LOPJ se centró sobre todo en este punto, a causa del procedimiento de selección de los miembros de dicho órgano. Conforme al art. 112.2, serán nombrados por el Rey y propuestos por el Congreso y por el Senado, lo cual inevitablemente desembocará en la politización del órgano. Por ello sería deseable que los miembros del CGPJ fuesen propuestos por los propios jueces y magistrados. Sin embargo, el TC ha declarado conforme a la CE el nombramiento de los vocales por las cámaras legislativas.

LIBRO III: Del régimen de los Juzgados y Tribunales: En cuanto a tiempo, modo y actuaciones judiciales. Se contienen aquí normas de procedimiento, que repercuten y a veces sustituyen a los preceptos de las leyes procesales. La mayor novedad se basa en que los secretarios judiciales puedan dictar resoluciones en el proceso.

LIBRO IV: De los jueces y magistrados; contiene la nueva carrera judicial y los derechos y obligaciones de la judicatura.

LIBRO V: Del ministerio fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia y de los que la auxilian. Habla de abogados, procuradores, policía judicial, etc.

LIBRO VI: Del personal al servicio de la Administración de Justicia. Se hace referencia a los secretarios judiciales, oficiales, agentes, auxiliares, médicos forenses, etc.

Una de las leyes complementarias de la LOPJ es la Ley de Demarcación y Planta Judicial, de 28-12-1988, que delimita el espacio que territorialmente corresponde a cada órgano jurisdiccional, y es, junto con la LOPJ, uno de los parámetros que condiciona el funcionamiento de la Administración de Justicia.

La primera modificación de la LOPJ se realizó a través de la Ley Orgánica 7/1988, que trataba de adaptar la LOPJ a la nueva situación creada tras la STC de 12-7-1988, que declaraba inconstitucional pudiese conocer de un asunto en el juicio oral el mismo juez que realizó previamente la instrucción. Por ello, esta ley creó los Juzgados de lo Penal.

Otra reforma se llevó a cabo por la Ley Orgánica 16/1994, que modificaba a la LOPJ en cuanto al procedimiento de selección y formación del personal auxiliar de la Administración de Justicia y en cuanto al estatuto de jueces y magistrados.

Legislación procesal civil.

El modelo fundamental de toda la legislación procesal civil es la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 3-2-1881. Su gestación debe encuadrarse en el marco de las Cortes de Cádiz, que pretendían actualizar toda la legislación referida a la Administración de Justicia para adaptarla a los principios de la Constitución Española de 1812. Así, se dictaron varias normas: el Reglamento provincial para la Administración de Justicia, la LEC sobre negocios y causas de comercio, etc. Pero el intento actualizador fracasó debido a la corrupción política.

En 1853, el Marqués de Gerona redactó la Instrucción del Procedimiento Civil, y así se promulgó una ley inspirada en los principios de publicidad, concentración, impulso oficial, urgencia de los procedimientos y eliminación de trámites inútiles. La vigencia de esta instrucción fue tan corta que no llegó a un año; supuso un avance significativo, en la medida en que cuajó en la primera LEC, de 5-10-1855.

La primera LEC recogía el procedimiento romano-canónico de las Partidas, el cual continúa hoy vigente. En 1878 se iniciaron los trabajos para su reforma, y a través de ellos se llega a la LEC actual. Como es ya tradicional en la legislación procesal española, cuando la ley nace está ya anticuada, y adolece de falta de sistemática, pero sin embargo será la legislación que perdure en el tiempo. Su extensión es desmesurada; más de 2000 artículos, divididos en 3 libros:

- Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria.
- Jurisdicción contenciosa.
- Jurisdicción voluntaria.

Pero a pesar de su extensión, no contiene la totalidad del Derecho procesal civil, y los estudios para su modificación se iniciaron al poco tiempo de promulgarse. Sufrió una reforma importante en 1984, cuya finalidad era, respetando la tradición jurídica, actualizar la LEC y ponerla al día en cuanto a la evolución social acaecida desde 1881 hasta 1984. Sin embargo, esa reforma fue más nominal que real, y se centró en la modificación de cuestiones meramente procesales muy concretas, pero no hubo innovaciones esenciales.

Otra reforma profunda se intentó en 1992, pero sucedió lo mismo que con la anterior; se modifican cuestiones superficiales, sin que el fondo esencial de la legislación se vea afectado en lo más mínimo. En realidad, ninguna reforma ha afectado a los principios fundamentales de la LEC, reduciéndose a cuestiones procedimentales y a aumentar la celeridad del sistema judicial a base de reducir las garantías de los ciudadanos.

El actual proyecto de LEC está destinado a sustituir a la actual LEC, y en su filosofía está cambiar todo el ordenamiento procesal civil. Los principales objetivos de la nueva ley se basan en lograr que los jueces atiendan más rápidamente las demandas de tutela y posean una mayor capacidad de transformación de las cosas. La nueva LEC introduce los principios de **inmediación, oralidad y publicidad**, y constituye la Ley procesal común a todos los procedimientos civiles y supletoria respecto del resto de normas procesales.

Uno de los caracteres de la nueva LEC es que excluye de su articulado toda referencia a la jurisdicción

voluntaria, la cual aparecerá en un cuerpo legislativo específico. En el proyecto de ley sólo existen dos cauces para obtener la tutela jurisdiccional declarativa: el juicio verbal y el juicio ordinario. En la ley vigente, existen 4: ordinario, de cognición, de menor cuantía y de mayor cuantía. Los dos cauces a los que se refiere el proyecto estarán guiados por los principios de inmediación, oralidad y publicidad. El proyecto también contiene procedimientos especiales en cuanto a la capacidad, filiación, estado de las personas, etc. Además, introduce un procedimiento *monitorio* para la reclamación de deudas de menos de 6 millones de pesetas, que es muy rápido y supone una inversión en la carga de la prueba.

Legislación procesal penal.

El cuerpo normativo básico es la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), de 14-9-1882. Se trata de un texto muy loado, ya que es moderno y sistemático, pero no se puso en práctica en todos sus extremos. Tiene origen en la CE 1812, y su esquema sigue siendo hoy válido; planteaba un proceso dividido en dos partes:

- La fase sumarial, regida por el principio inquisitivo.
- La fase de juicio oral, regida por el principio acusatorio formal.

Un punto importante de la LECr fue dar mayor importancia al juicio oral que al sumario, ya que pretendía acabar con los procesos inquisitivos secretos; sin embargo, ello chocó con la práctica forense. En la práctica había una marcada tendencia a practicar las diligencias a espaldas del acusado, mediante la instrucción; la LECr implanta un sistema en el cual el proceso comienza con una calificación provisional, para luego, en el juicio oral, desarrollar el verdadero proceso. Por tanto, la LECr supuso la implantación del sistema acusatorio formal, rompiendo con el sistema inquisitivo que imperaba desde la Edad Media.

Debido a que la práctica no asumía las nuevas directrices de la LECr, se fueron introduciendo modificaciones, que acabaron por devolver la importancia a la fase de sumario y quitársela al juicio oral. El aumento de la criminalidad provocó una reforma de la LECr a través de Ley 3/1967, por la que se modifica el procedimiento de urgencia, convirtiéndolo en procedimiento standard para todo tipo de casos, aunque en principio estaba sólo previsto para delitos de bagatela. Las sucesivas reformas de la Ley tenían siempre el mismo objeto; dar agilidad y rapidez a la Administración de Justicia, pero siempre a base de reducir las garantías del acusado.

Con la aprobación de la CE 1978, se revitalizaron todas las garantías constitucionales en el proceso penal, de forma que la CE vuelve a proclamar los principios de la LECr. El legislador, en lugar de aplicar los principios y garantías que ya existían en la LECr, empezó a dictar nuevas leyes para adaptarse al nuevo marco constitucional. Una de las reformas más importantes fue la llevada a cabo por Ley de 28-12-1988, que creó los juzgados de lo penal, a causa de una sentencia del TC por la que se desautorizaba la posibilidad de que el juez instructor pudiera conocer del juicio oral. El legislador creó un procedimiento especial, el *procedimiento abreviado*, que acabó transformándose en procedimiento standard. Este sistema sólo tenía en cuenta la celeridad y rapidez de la Justicia, pero en detrimento de las garantías del acusado. Los jueces y tribunales se dieron cuenta de esta merma de garantías procesales, y a la hora de enjuiciar un asunto, terminaban aplicándolas, de forma que el procedimiento no resultaba todo lo rápido que, según el legislador, era de esperar.

En 1992 se creó otro procedimiento más rápido aún, destinado a los delitos de bagatela, el *juicio rápido*, que no se suele aplicar en la práctica.

Todas estas intervenciones legislativas dieron como resultado un cuerpo legislativo inservible para la práctica procesal penal. Existen otras disposiciones en la materia previstas por otros cuerpos legislativos; el Código Penal, la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, etc. Hoy en día existe una gran necesidad de unificar todas estas disposiciones en un único texto que reúna todos los principios procesales en materia penal.

Legislación procesal contencioso-administrativa.

La ley básica es la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Es un ley fundamental en un Estado de Derecho, ya que en ella se establecen los cauces para hacer efectivas las garantías del administrado frente al poder Ejecutivo del Estado.

La nueva ley procede en su mayoría de la antigua ley de 1956, en cuanto a nomenclatura y al esquema del juicio, pero no obstante introduce novedades. La nueva ley no deja zonas de inmunidad administrativa, y extiende el control de la jurisdicción tanto sobre la potestad reglamentaria como sobre la actuación en vía de hecho, o incluso sobre la inactividad de la Administración Pública.

El juicio es sobre todo de carácter escrito, aunque se establece un procedimiento oral para el conocimiento de los recursos más sencillos. En cuanto a aspectos procesales, la nueva ley no contiene innovaciones. Concibe de forma general las medidas cautelares, sin establecer grandes formalismos para acceder a ellas, y lo único que falla es la ejecución, en la cual se siguen haciendo determinadas concesiones a la voluntad administrativa.

Quizá lo más importante de la ley es que supone la entrada en funcionamiento de los juzgados de lo contencioso-administrativo, que ya estaban previstos por la LOPJ desde 1985. Estos nuevos juzgados asumirán sobre todo la tarea de descargar a las salas de los Tribunales Superiores de Justicia.

Legislación procesal laboral.

El texto básico es la Ley de Procedimiento Laboral, de 7-4-1995. El propio título, al hablar de *procedimiento*, y no de proceso, implica ya un alejamiento de los principios procesales. Dentro de esta ley se incluyeron algunos aspectos procesales ya incluidos en la LOPJ, con lo que se produjo una duplicación de normas.

La terminología manejada por la ley es inadecuada, ya que se trata de una terminología de clase, cuando debería haberse inspirado en la igualdad de todos los ciudadanos. Se trata de una ley poco operativa, ya que en la mayoría de conflictos laborales, se acude al TC. La práctica ha tratado de imbuirse de principios procesales para desarrollar la práctica de los juicios, pero la celeridad de los juicios obliga a los litigantes a pasar por determinadas situaciones que en otros ámbitos serían rechazadas. Es una legislación que en muchos casos acude a remedios extraprocesales, debido a la falta de inspiración procesal de la que adolece.

IV. TRATADOS INTERNACIONALES Y COSTUMBRE.

Hay normas procesales que deben integrarse en las fuentes del Derecho, y el Derecho comunitario es una de las vías de integración del ordenamiento internacional. Este Derecho comunitario es aplicable en España a causa de la incorporación de nuestro país a las Comunidades Europeas en 1986, y el rango de sus normas es en algunos casos incluso superior al del Derecho interno. Las aspiraciones de las Comunidades se centran en un único orden jurisdiccional, para lo cual se han suscrito algunos tratados con el fin de reconocer y ejecutar en España las sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Según el art. 96 CE, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez sean publicados oficialmente en España, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno.

En cuanto a la costumbre, no es admitida en el Derecho procesal, ya que esta rama del ordenamiento jurídico es una realidad totalmente reglada; tiene origen en la ley. Admitir la costumbre local como fuente del Derecho procesal sería admitir tantos sistemas procesales como costumbres haya, lo que va contra el principio de igualdad. La tesis contraria ha sido defendida por Guasp, que señala que la costumbre puede ser fuente del Derecho público, y como el Derecho procesal es público, debe admitirse a la costumbre como fuente del Derecho procesal. Pero la doctrina rechaza esta posibilidad de forma unánime.

Sí son admitidos los usos del foro, que más que costumbre, suponen la posibilidad de recurrir a las prácticas habituales para determinados trámites. Pero estos usos nunca pueden ir contra la ley.

V. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Guasp opina que son una fuente directa, porque pueden ser inducidos de la ley y de la costumbre. Se forman por los arquetipos ideales que deben presidir la práctica procesal, pero no son fuentes. Se admiten en tanto en cuanto están inmersos en el espíritu de la CE y de la ley, y por tanto no constituyen una fuente autónoma, sino que van implícitos en otra. Se trata de los principios regulados en el título I CE. El intento de incluir a los principios generales entre las fuentes del Derecho nació de la voluntad de evitar situaciones injustas, como las ocurridas bajo los regímenes fascistas europeos durante la primera mitad del s. XX.

VI. JURISPRUDENCIA.

No se considera fuente del Derecho, sino un modo de completar el ordenamiento jurídico a través de la doctrina que de modo reiterado establezca el TS al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho (art. 1.6 del Código Civil). No puede considerarse como fuente del ordenamiento porque, de acuerdo con el principio de separación de poderes, no se puede encomendar al poder Judicial la tarea de legislar, la cual es monopolio del poder Legislativo. Los tribunales no crean normas, sino que deben aplicarlas. Sin embargo, debe admitirse que la jurisprudencia del TS tiene un alto valor jurídico, en tanto sus sentencias reiteradas tienen el valor de doctrina legal, y si son desconocidas por los tribunales inferiores, pueden dar lugar a recurso de casación. Además, debido a su labor de interpretación, han creado figuras procesales no previstas por las leyes.

Hay quien dice que debe reconocerse el rango de fuente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya que es el único intérprete de la CE y se encarga de vigilar la adecuación de las leyes a la misma. En este sentido, como todos los órganos quedan sometidos a la CE, todos deberían quedar vinculados por las resoluciones del TC. Sin embargo, no puede admitirse que la jurisprudencia constitucional sea fuente del Derecho, porque entonces se estaría admitiendo la existencia de un legislador negativo.

VII. APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO.

En cuanto a la dimensión temporal, el problema que se plantea es el de la **eficacia temporal** de las normas procesales. Dado que un proceso se desarrolla en el tiempo, puede que a una norma suceda otra que regula el mismo supuesto de forma distinta, y entonces surge la duda acerca de qué norma aplicar.

Cuando una norma procesal afecta a actos de otro tiempo, hay autores que afirman que existe *retroactividad tácita*, pero debe rechazarse este punto de vista, porque la norma procesal regula solamente el proceso, y no tiene nada que ver con la relación jurídica material que se deduce en el mismo. Por eso, una norma procesal que surge en un determinado momento temporal puede aplicarse a una relación jurídica procesal surgida con anterioridad a su vigencia; pero como dicha relación es independiente de la relación jurídica material deducida en el proceso, no hay problema.

Cuando hay un proceso pendiente y surge una norma procesal que le afecta y prescribe una regulación distinta, el problema se resuelve a través del Derecho transitorio. Cuando éste no soluciona la situación, el proceso se divide en fases; de forma que los actos procesales producidos antes de la entrada en vigor de la ley, serán válidos, y la nueva ley regulará los actos que surjan bajo su período de vigencia. Si la norma procesal naciese en un momento en el que no puede dividirse el proceso, la norma vigente al tiempo de comenzar el proceso regirá hasta que llegue la fase de decisión, y a partir de dicha fase, regirá la nueva norma.

En cuanto a eficacia temporal, en la ley procesal rige el principio de territorialidad (art. 8 del Código Civil), lo que implica que la norma se aplica a todo el territorio nacional. Ello debe entenderse sin perjuicio de que determinados actos integradores del proceso puedan ser regulados por normas extranjeras; cuando en un proceso se necesite que una determinada actuación se realice por un tribunal extranjero, éste realizará el acto procesal conforme a la ley de su país. Estos actos se integran en el proceso español y serán eficaces en él,

aunque se hayan desarrollado bajo la aplicación de una norma procesal extranjera.

COMPOSICIÓN, ORGANIZACIÓN Y EFECTOS DEL PROCESO

IX – ORGANIZACIÓN DEL PROCESO

I. PRINCIPIOS CONSTITUTIVOS.

Son criterios que constituyen el punto de partida para la construcción de los elementos esenciales de la función jurisdiccional, impregnando el sentido de las normas de Derecho positivo referidas al proceso.

Se ha discutido sobre su naturaleza jurídica;

- Parte de la doctrina los considera principios técnicos.
- Otro sector los considera absolutamente vinculados a la ideología política del momento.

Lo cierto es que no son principios exclusivamente técnicos, sino que dependen del signo político del país. La existencia de unos u otros principios determina la existencia o inexistencia de una serie de garantías básicas para el justiciable. Estos principios aparecen constitucionalizados porque obedecen a una voluntad de la sociedad que los impone, en función de la forma de Estado, y se han configurado como derechos fundamentales, dando lugar a un Estado de Derecho, como opción política concreta.

Dentro de estos principios, debemos diferenciar dos tipos:

- Los que son **constitutivos** del proceso.
- Los que se refieren a la **actividad procesal**, y se dividen, a su vez, entre los que atienden al objeto de la actividad procesal y los que atienden a la forma de la actividad procesal.

Legalidad y oportunidad.

Regirá uno u otro de estos principios en función de quién sea el titular de interés cuya tutela se solicita; la comunidad o el individuo. Debe partirse de la existencia de una dualidad de intereses; frente a un proceso necesario, regido por el principio de legalidad, en el cual el interés relevante pertenece a la comunidad, encontramos otro proceso, regido por el principio de oportunidad, en el cual lo determinante no es la necesidad, sino la voluntad de las partes. Ambos procesos se diferencian porque en el primero las partes no pueden disponer del objeto, desarrollo o terminación del proceso, pero sí es posible en el segundo.

El principio de legalidad se manifiesta en el proceso penal, a través de los art. 25.1 y 124 CE. Se define este principio como el **criterio derivado de un interés público predominante, marcado por la ley, por el cual el proceso, sus actos, su objeto y su sentencia no están subordinados al poder de disposición de los sujetos jurídicos en cuanto a la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sino que dependen de que dicho interés público se ponga de manifiesto al tribunal y se haga valer ante situaciones reales, subsumibles en supuestos de hecho taxativamente señalados por Ley.**

Consecuencias de este principio:

A) La pena, como consecuencia de un acto ilícito, sólo puede ser impuesta por los órganos jurisdiccionales a través de un proceso.

B) Los órganos jurisdiccionales que tengan conocimiento de la existencia de un ilícito penal, están obligados en todo caso a poner en marcha el mecanismo jurisdiccional.

C) El órgano judicial no tiene poder de disposición acerca de la investigación oficial de los hechos; una vez éstos se produzcan, deberán ser investigados por imperativo de la ley. Además, una vez se hayan investigado, si se dedujeren indicios de delito o falta, el órgano encargado de formular la acusación está obligado a hacerlo.

El primer efecto del principio de legalidad es la necesidad del proceso para realizar el Derecho penal, ya que todo ilícito penal abre un proceso judicial. En este sentido, el legislador es el único facultado para decidir qué es ilícito penal y qué no lo es.

Con la reforma de la LECr de 1988, que creó el procedimiento abreviado, se introduce en nuestro Derecho el principio de oportunidad, permitiendo, en aras de la agilidad y celeridad de la justicia, la posibilidad de negociación acerca de las acusaciones; el reo podía conformarse con la petición más grave de la acusación, de forma que el juez debía dictar sentencia de conformidad con la decisión del acusado. Decimos que existe la oportunidad porque se deja en manos de las partes la terminación del proceso y la determinación de la pena.

Con la aparición del principio de oportunidad en el Derecho penal se produce una merma en las garantías, y sobre todo una gran discriminación, porque la legalidad garantiza la igualdad en el proceso. Es necesario que toda reforma estructural en el Derecho procesal respetase los principios informadores del Estado de Derecho.

El principio de oportunidad se manifiesta cuando el legislador atribuye a las partes un determinado margen de actuación, en virtud del cual éstas podrán negociar acerca de la iniciación, desarrollo y terminación del proceso. Este principio de oportunidad rige en el Derecho civil, ya que el proceso civil es disponible para las partes, pero no es concebible dentro del proceso penal, en el cual se ventila el interés público y no los intereses subjetivos de los particulares.

Principio de publicidad.

Aunque está conectado con la oralidad de los actos procesales, lo cierto es que este principio opera tanto en actos orales como en actos escritos, conforme al art. 120 CE: *las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento*. La publicidad hace referencia a la necesidad de que dichas actuaciones puedan ser conocidas por terceros.

Pueden diferenciarse dos tipos de publicidad;

- La absoluta, que se refiere al conocimiento de las actuaciones judiciales por terceros.
- La relativa, que se refiere al conocimiento de las actuaciones por las partes.

La publicidad que recoge la CE es la publicidad **absoluta**, ya que la publicidad relativa no puede faltar nunca: su falta afectaría al principio de defensa.

Hay ciertas excepciones a este principio; casos relativos a la necesidad de proteger el orden público, o la infancia, o los derechos fundamentales y libertades públicas. La LEC establece que no se aplicará el principio de publicidad cuando ésta atente a la moral o al decoro. Pero debe tenerse en cuenta que la publicidad es un principio informador del proceso, y es regla general frente a la cual se reconocen eventuales excepciones; por eso, cuando el juez acuerde la ausencia de publicidad debe hacerlo mediante resolución motivada, justificando la existencia de un fin superior.

Inexistencia de dilaciones indebidas.

Supone que las actuaciones judiciales no podrán prolongarse en el tiempo más allá de los plazos que la propia ley establece. Para determinar en el caso concreto si se han producido dilaciones, habrá que atender a factores como la complejidad de la causa, o la actuación de las partes; incluso, según el TC, debe tenerse en cuenta la carga competencial del tribunal de que se trate. Un proceso dilatado equivale a la negación de la Justicia.

II. PRINCIPIOS SOBRE LA ACTIVIDAD PROCESAL; OFICIAL Y DISPOSITIVO.

Estos principios afectan al objeto del proceso, y regirá uno u otro en función de quién sea el sujeto titular de dicho objeto.

El principio dispositivo se funda en la naturaleza privada del derecho que se debate en juicio, y tiene su origen en el aforismo *nemo iudex sine actore*. Cuando rige este principio, el proceso debe iniciarse a instancia de parte, es decir, por medio de un particular que tiene interés en obtener una resolución jurisdiccional determinada. El principio dispositivo está fundado en una concepción liberal, y se traduce en un poder de disposición reconocido a favor de los sujetos intervinientes en el proceso, sobre el mismo proceso. Desde el momento en que se reconoce la existencia del Derecho privado, se reconoce la posibilidad de que el sujeto disponga de su propio ámbito jurídico.

Cuando rige este principio, el proceso sólo puede extenderse al ámbito en el cual el derecho ha sido ejercitado, ya que su titular es el único que puede deducirlo en juicio, y nadie es obligado a promover una demanda acerca de un interés que le es propio.

Este principio rige en todo el proceso civil, aunque hay excepciones, referentes a los procesos inquisitivos que versan sobre el estado de las personas, filiación, maternidad, etc., en los cuales el objeto es indisponible para las partes. El principio dispositivo supone que:

- La iniciación del proceso se produce a instancia de la parte que pretende obtener una resolución jurisdiccional.
- El objeto del proceso es determinado por las partes, de forma que el juez deberá ser coherente con las peticiones de las partes al dictar sentencia.
- Las partes pueden decidir la finalización del proceso en el momento en que lo crean oportuno, ya sea por allanamiento, renuncia, desistimiento, transacción, etc. Hay excepciones a dicha disponibilidad de la terminación; cuando el órgano jurisdiccional decide que se ha producido un abuso del derecho o que las partes carecen de poder de disposición sobre el objeto del proceso.

A veces se ha confundido este principio con el principio de **aportación de parte**, aunque ambos son autónomos. El principio dispositivo regula la tutela judicial, y el principio de aportación de parte establece cómo debe entrar en el proceso el material de hecho necesario para la cognición del juez. Este principio se opone al de investigación oficial, y sólo se da en procesos que cumplen las siguientes características:

- Incumbe sólo a las partes la introducción de los hechos en el proceso, de forma que el juez sólo puede fundar su resolución en los hechos que las partes han aformado.
- La actividad probatoria recae sobre los hechos afirmados por las partes, ya que les corresponde la proposición y práctica de la prueba. Sólo si las partes solicitan el recibimiento del pleito a prueba, éste puede ser acordado por el juez.

En cuanto al principio de oficialidad, rige en el proceso penal, ya que en él se ventila el interés público. El proceso requiere una actividad inicial pública, o fase sumarial, tendente a la averiguación del delito y del delincuente: se trata de investigar un hecho y descubrir a su autor. Esa actividad inicial pública puede terminar de modo que el juez estime que el hecho no existió, o bien que no es constitutivo de delito, o bien que el autor es desconocido. Si se estima cualquiera de estos extremos, no se pasa a la segunda fase, o fase de juicio oral.

Por tanto, en el proceso público hay dos fases;

- La fase de averiguación e investigación de los hechos, que se denomina sumarial en el procedimiento ordinario, y fase de diligencias previas en el procedimiento abreviado.
- La fase de juicio oral.

Cuando rige el principio de oficialidad, es el órgano jurisdiccional el que decide si se inicia el sumario o diligencias previas. El juicio oral, para ser iniciado, requiere de una acusación, que puede ser formulada por particulares o por el Ministerio Fiscal, que tiene la obligación de acusar, en defensa de la legalidad. Cuando se formula la acusación, el asunto pasa al conocimiento del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial. Por lo tanto, aunque sea el juez el que inicie el proceso, no puede acusar, y la acusación debe ser hecha por un tercero ajeno al tribunal.

En cuanto al objeto, cuando rige el principio de oficialidad, los particulares carecen de disposición sobre él, debido a que el proceso no se determina por una pretensión, sino por un hecho que la ley tipifica como ilícito penal, y de cuya comisión se acusa a una persona en concreto.

Por otro lado, el juez no está vinculado por las pretensiones de las partes, sino por el hecho que constituye el objeto del proceso; así, el juez no tiene obligación de sujetarse a los extremos queridos por las partes.

La terminación del proceso tampoco está en manos de las partes. Incluso cuando se introduce en el proceso penal el principio de oportunidad, y se permite al acusado conformarse con la pena de uno de los delitos, el juez puede no tener en cuenta dicha conformidad cuando considere que no hay delito, y por tanto acordar que el proceso se realice en su integridad.

Este principio de oficialidad se contrapone al de investigación oficial. La dirección material del proceso corresponde al juez, y la introducción del material corresponde al órgano jurisdiccional, no estando en manos de las partes.

III. PRINCIPIOS DE PRECLUSIÓN, INMEDIACIÓN, IMPULSO OFICIAL, CONTRADICCIÓN Y EVENTUALIDAD, ÚNICA O DOBLE INSTANCIA, PRUEBA LEGAL O LIBRE.

Preclusión.

Es un principio exclusivamente técnico, consecuencia de la ordenación del proceso según unidades de tiempo. Estas unidades se computan por plazos, y a cada momento procesal corresponde la realización de un acto procesal concreto.

El principio de preclusión supone que; dentro de las distintas fases del procedimiento debe realizarse un acto concreto con un contenido determinado, de forma que si la parte que debió realizar el acto no lo hizo oportunamente, perderá la posibilidad de realizarlo. Este principio afecta exclusivamente a los actos de parte, no a los actos del órgano jurisdiccional, y además sólo a los actos de parte que sean consecuencia del principio dispositivo; que no sean obligatorios.

Inmediación.

Supone la necesidad de que el juez esté en directa relación con las partes y demás personas intervinientes en el proceso, sin que entre ellos haya ningún elemento interpuesto. Este principio rige con mayor intensidad en cuanto a la práctica de las pruebas. Es cierto que la inmediatez se da sobre todo en los actos orales, pero ello no impide que se produzca también en cuanto a los actos escritos.

En el proceso civil, cuando las pruebas se realizan bajo el principio de inmediatez, ello conlleva necesariamente que el juez ante el cual se realizan sea el mismo que posteriormente dicte sentencia. En el proceso penal, este principio es más palpable, porque todas las pruebas relevantes para la sentencia se practican en presencia del juez. Si hay un cambio de juez entre el juicio oral y la sentencia, el juicio debe ser repetido íntegramente. En procesos regidos por el principio de escritura, las pruebas deben realizarse también ante el juez.

Impulso oficial.

Significa que el avance del proceso debe producirse a instancia del órgano jurisdiccional, no de las partes. Al juez corresponde la dirección material del proceso, y es el encargado de dar a los autos el curso ordenado por la ley.

Este principio rige en todos los procesos, desde que fue impuesto por Real Decreto de 2-4-1924. Se halla reconocido:

- Para el proceso civil, art. 307 LEC.
- Para el proceso penal, art. 214 y 215 LECr.
- De forma general, se recoge en el art. 237 LOPJ.

Aunque este principio es general, tiene una excepción para la fase de ejecución en el proceso civil, la cual sólo se inicia a instancia de parte. Pero en el proceso penal, la ejecución también se rige por el principio de impulso oficial.

Concentración.

Implica que los actos procesales deben realizarse en un solo acto; la vista, comparecencia, o juicio oral. Se pretende con este principio que el juez conserve fielmente los alegatos y las pruebas practicadas por las partes.

En el proceso civil es muy difícil lograr la inmediación, ya que los procedimientos se caracterizan por la dispersión de trámites, no siendo posible la concentración. Sin embargo, en el proceso penal se manifiesta fielmente este principio, en la fase de juicio oral.

Eventualidad.

La parte, en un mismo auto, debe poder aducir, de forma simultánea, diferentes peticiones o defensas, que sean incluso incompatibles, para que cuando algunas no sean estimadas, puedan las demás alcanzar éxito. Este principio es la otra cara del principio de preclusión, y tiene por objeto contrarrestar sus efectos.

Única o doble instancia.

En función del principio vigente, se producirá el conocimiento de un asunto por un único órgano jurisdiccional (única instancia) o a dos órganos de distinto grado (doble instancia). El principio de única instancia rige en el orden laboral como norma general. La doble instancia se da en el orden civil, contencioso-administrativo y en el proceso penal. En el caso del proceso penal, la vigencia del principio de doble instancia deriva de la suscripción por España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A favor de la doble instancia se ha dicho que es un método más seguro, ya que el segundo conocimiento se realiza por un órgano jurisdiccional colegiado, en el cual las posibilidades de error son más reducidas.

Prueba legal y prueba libre.

Aluden a la eficacia de los medios que prueban la certeza de las alegaciones de las partes hechas en el juicio. Cada principio tiene distinto origen y fundamento, y cada uno da lugar a distintos sistemas procesales, aunque en ambos ocurre que el destinatario de las pruebas es el juez. La prueba siempre se dirige a demostrar la veracidad de una afirmación y a lograr el convencimiento judicial de la exactitud de lo alegado por las partes. Los sistemas probatorios son dos:

En el **sistema de valoración legal de la prueba**, la ley formula, de un modo general y abstracto, las reglas

sobre cómo deben valorarse las pruebas por el órgano jurisdiccional, fijando de antemano el valor que cada prueba tiene. El juez no puede decidir si tiene o no en cuenta la prueba o qué valor darle, sino que se halla vinculado por el texto de la ley. La ventaja de este método es la seguridad jurídica que ofrece; el inconveniente, que se sobrevaloran unos medios de prueba sobre otros.

Tiene su origen en el Derecho Germánico, que entendía que la intervención divina existía en todo acto humano, y los medios de prueba demostraban a quién favorecía la divinidad, por lo tanto no era necesario entrar a hacer valoraciones por el juez. Más tarde, este fundamento cambió, pasando a ser la necesidad de limitar las facultades de los jueces, medida propia de sistemas inquisitivos. Fue adoptado por el Estado Absoluto, y su consecuencia fue la valoración privilegiada de unos medios de prueba sobre otros. Por ejemplo, la prueba más importante era la confesión, y por ello se trataba de obtener al precio que fuese, incluso mediante la tortura.

Este sistema ha sido defendido por algunos autores actuales, que lo justifican en la seguridad jurídica que ofrece el texto abstracto y general de la ley, y de hecho, está vigente en algunos procesos, como en el proceso civil, en el cual la prueba de confesión judicial y la prueba documental tienen un valor específico y tasado en la ley, siendo el resto de medios de libre valoración.

En el **sistema de valoración libre de la prueba**, es el juez el que, en cada caso, realizará la valoración de las pruebas que ante él se desarrollen. Este principio tiene origen en la Revolución Francesa, en la cual aparece el Jurado. Debido a que sus miembros carecían de conocimientos jurídico-legales necesarios para realizar la valoración, se les permitió que valorasen las pruebas conforme a sus íntimas convicciones.

En este sistema no hay reglas legales para valorar los medios probatorios, y el juez formará libremente sus convicciones sobre la base de los hechos probados ante él durante el juicio. Ello no implica que el juez tenga libre arbitrio, porque su sentencia debe estar integrada exclusivamente por los hechos probados en juicio, a los que debe circunscribirse, evitando incluir en la resolución conocimientos obtenidos por vía privada.

Este principio encuentra su máxima aplicación en el proceso penal, en el cual la apreciación de las pruebas se hará según la conciencia del juez (741 LECr).

El Tribunal Supremo ha admitido como válida una apreciación de la prueba en su conjunto. Así, aunque en el proceso civil determinados medios probatorios tengan un valor tasado, si el resto de pruebas no corroboran lo probado por aquéllos, el juez puede no darles el valor que la ley les concede. De ahí que en el proceso civil también rijan el principio de libre valoración de la prueba.

Asistencia jurídica gratuita.

Conforme al art. 119 CE, *la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*. Indirectamente, este principio se reconoce en el art. 24, cuando éste proscribe la indefensión y proclama el derecho de todos a acceder a los tribunales en condiciones de igualdad. Como consecuencia de la remisión del art. 119, se aprobó la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita.

Esta asistencia jurídica gratuita es un derecho público, subjetivo, de carácter procesal y de rango constitucional, en virtud del cual la parte procesal, actual o futura, que acredite insuficiencia de recursos económicos, podrá de todos modos ejercer su acción o excepción. El derecho de asistencia jurídica gratuita presenta, frente al anterior beneficio de justicia gratuita las siguientes ventajas:

- Unificación del procedimiento, así como de las condiciones y criterios para obtener este derecho.
- Simplificación del procedimiento, que favorece su utilización.
- Pérdida de la naturaleza judicial del procedimiento seguido para la obtención de este derecho, ya que el

procedimiento actual tiene naturaleza administrativa, y se sigue ante la Comisión de asistencia jurídica gratuita.

Requisitos para la obtención de este derecho:

- Es necesario que el solicitante no perciba ingresos superiores al doble del salario mínimo interprofesional (fijado por LPGE). Debe el solicitante hacer una declaración sobre su patrimonio, y serán examinados por la comisión sus signos externos de riqueza. En cuanto a personas jurídicas, la ley sólo se refiere a sociedades de utilidad pública, aunque debe entenderse que se alude a todas las entidades. Obtendrán este derecho cuando la base imponible de su impuesto de sociedades no supere el triple del salario mínimo interprofesional.
- Aquel que lo solicita debe litigar por derechos propios, no ajenos, con el fin de evitar el fraude. Esto no es exigible al imputado en un proceso penal, el cual siempre litiga por derechos propios.
- Sostenibilidad de la pretensión; aquello para lo que se pide la asistencia jurídica gratuita debe realmente ser una pretensión con posibilidad de éxito. Este requisito no se exige en el proceso penal.

Las formas de declaración del derecho de asistencia jurídica gratuita son las siguientes:

- Declaración administrativa; es la vía más usual. Corresponde a la Comisión de asistencia jurídica gratuita, que es un ente de ámbito provincial, formado por 5 miembros y presidido por un representante del Ministerio Fiscal.
- Por imperio de la ley; la ley concede este derecho directamente a determinados sujetos: Estado, CCAA y entes provinciales.
- Por vía internacional; en España poseerán este derecho los extranjeros que lo tengan reconocido en su país de origen, siempre que haya convenio o se den condiciones de reciprocidad.

En cuanto al contenido del derecho de asistencia jurídica gratuita, éste comprende:

- Asistencia jurídica gratuita previa al proceso (visitas al abogado, etc.).
- Asistencia al detenido o al preso. La declaración del derecho conlleva el nombramiento de abogado y procurador de oficio.
- Inserción gratuita de los anuncios que deban publicarse con motivo del proceso (edictos, etc.).
- Exención del pago necesario de depósitos en los recursos, aunque no abarca ni las cauciones ni las fianzas.
- Obtención de copias gratuitamente y reducción de los derechos arancelarios cuando se trate de documentos públicos.

En cuanto a ámbito de aplicación, alcanza a todos los trámites procesales. En el caso de que se vaya a interponer recurso en una localidad diferente de aquella en la cual se siguió la anterior instancia, deberá procederse de nuevo al nombramiento de abogado y procurador.

El derecho de asistencia jurídica gratuita puede extinguirse de forma total o parcial:

La extinción es **total**:

- Cuando finaliza el procedimiento.
- Cuando el derecho es revocado por la Comisión, al entender ésta que ha existido un falseamiento de la situación expuesta, determinando éste la concesión del derecho a un sujeto que de otro modo no lo hubiera obtenido.
- Cuando haya error en la declaración del derecho.
- Cuando el solicitante realizó una ocultación de datos a la Comisión, y ésta concedió el derecho, que no hubiese concedido de haberse conocido dichos datos ocultados.

- Cuando haya habido condena en costas a la parte contraria.
- Cuando aquel al que se le concedió el derecho viene a mejor fortuna.

La extinción es **parcial**:

- Cuando aquel al que se le concede haya vencido en el juicio, siempre que las costas no excedan de 1/3 de lo obtenido en sentencia.
- Cuando existan las litis expensas; se obliga al beneficiario a pagar abogado y procurador, hasta el límite jurisdiccionalmente fijado.

En cuanto al procedimiento para la obtención del derecho, la competencia es de la Comisión de asistencia jurídica gratuita. Puede ser parte cualquier persona física o jurídica, que carezca de medios para litigar. Se inicia mediante la solicitud del interesado, acompañada de los documentos que acrediten su situación económica y todo lo que afecte a la sostenibilidad de la pretensión. Termina con la resolución de la Comisión, impugnante ante el juez que esté siguiendo el proceso para el que se solicita el derecho, o aquel ante el cual se propone litigar. El juez resuelve de plano, sin posibilidad de ulterior recurso, confirmando o revocando la resolución de la Comisión.

En cuanto a efectos, la solicitud no suspende el pleito principal, pero sí los plazos de caducidad y prescripción, ya que podría tener efectos sobre determinados elementos externos al proceso. Si el proceso se ha iniciado ya, el juez puede suspenderlo, siempre que de la no suspensión derive una situación de indefensión para el solicitante.

X – COMPOSICIÓN DEL PROCESO:

LOS ACTOS PROCESALES

I. INTRODUCCIÓN.

El proceso es una realidad dinámica, conformada por determinados actos que se suceden en el tiempo, de forma que cada acto es consecuencia del anterior y presupuesto del siguiente. La determinación del régimen jurídico de los actos procesales obliga a reconducirlos a la categoría general de hechos y actos jurídicos.

Tanto los hechos como los actos jurídicos son acontecimientos que producen efectos para el Derecho; pero se diferencian en que, mientras que los hechos son acontecimientos de la naturaleza, en el acaecimiento de los actos interviene la voluntad humana.

Los actos jurídico–procesales son aquellos cuya sucesión temporal conforma el procedimiento y que producen sus efectos principales directa e inmediatamente en el proceso. Son productos de la voluntad humana que comportan una declaración de voluntad, pero en ningún caso pueden calificarse por ello de negocios jurídicos, ya que sus efectos vienen previstos por las normas procesales y los sujetos carecen de poder de disposición sobre ellos.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS PROCESALES.

Este régimen se contiene;

- En los art. 179 a 291 LOPJ.
- En la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- En la Ley de Enjuiciamiento Civil, que funciona como régimen común para todo lo que no haya sido previsto específicamente por otras normas.

El régimen jurídico es el elemento coordinador de los actos procesales y lo que permite diferenciarlos de cualquier otra categoría jurídica. Se suele estructurar en torno a los requisitos de los actos procesales, que vienen establecidos por ley y a ellos debe ajustarse la realización de cada acto, para que pueda producir sus efectos ordinarios. Son:

A) **Aptitud de los sujetos**; son las cualidades o capacidades que la ley exige al sujeto que realiza el acto para que éste sea eficaz. Se concretan en los siguientes:

- A las partes se les exige que posean capacidad para ser parte (para ser sujeto de derechos y obligaciones), y a la vez capacidad procesal (o estar en pleno ejercicio de tales derechos y obligaciones).
- Al órgano jurisdiccional se le exige que posea jurisdicción y competencia.

B) **Voluntad**; es un requisito inherente al concepto de acto, y se refiere a la libertad y a la consciencia para realizar el acto: exige que el acto sea realizado con ausencia de cualquier posible vicio de la voluntad (violencia, intimidación, etc.), y por eso para la realización los actos hace falta contar con la presencia de abogado y procurador, cuya misión es garantizar que los actos se van a realizar con plena consciencia de los efectos que acarrearán. El sujeto que realiza el acto debe haber previsto los efectos del mismo y haberlo realizado para obtener dichos efectos y no otros.

C) **Objeto**: en general, se exige que el objeto del acto sea:

- Posible, tanto material o físicamente, como humanamente, dentro de un contexto histórico determinado.
- Determinado, en el sentido de estar suficientemente precisado, tanto cuantitativa como cualitativamente.
- Idóneo, que significa que debe haber sido previsto para el acto en concreto. La idoneidad depende de las normas que regulan cada acto procesal.

D) **Causa**: exige que el acto contenga o refleje un interés en obtener una tutela jurídica. Si es así, entonces se dice que el acto tiene causa suficiente.

E) **Lugar**: la regla general la contiene el art. 268.1 LOPJ, conforme al cual las actuaciones judiciales deberán practicarse en la sede del órgano jurisdiccional. Este principio se aplica tanto a los actos del juez como a los de las partes. Hay algunos casos en los que el acto debe ser realizado fuera de la sede del órgano, bien por la propia naturaleza del acto o por la existencia de una disposición legal en este sentido. Excepciones a la regla general:

- Que el acto haya de realizarse fuera de la sede del órgano jurisdiccional, pero en la localidad en que éste tiene dicha sede. En ese caso, se realizará el acto con intervención del órgano en cuestión, que se constituirá en el lugar procedente.
- Que el acto deba realizarse fuera de la sede y de la localidad donde se ubica ésta, pero dentro de la demarcación territorial del órgano. Entonces puede hacerse por el propio órgano jurisdiccional, o a través del llamado *auxilio judicial*, que consiste en encomendar la realización del acto a otro órgano.
- Que el acto deba realizarse fuera de la sede y de la demarcación territorial del órgano; entonces es preceptivo el auxilio judicial, debiendo requerirse la actuación del órgano del lugar correspondiente. Como excepción, las diligencias de instrucción o prueba pueden realizarse por el propio órgano jurisdiccional que los acuerde, actuando fuera de su ámbito territorial, siempre y cuando no se perjudique la competencia del órgano correspondiente y su realización se justifique por razones de economía procesal. En todo caso, pueden realizarse las diligencias de instrucción penal si el lugar es

cercano y es conveniente que las realice el juez que las acordó, siempre que se avise oportunamente al juez competente en el territorio. En general, pueden realizarse fuera de la demarcación territorial los actos que se lleven a cabo mediante correos o telégrafos.

F) **Tiempo:** es el requisito más importante, porque el suceso está constituido por una serie de actos que se suceden en el tiempo. El tiempo es importante en dos sentidos:

- Como marco en el que se insertan los actos procesales: la ley fija los períodos de tiempo aptos para su realización
- Como regla; mediante el tiempo se determina la secuencia del procedimiento.

El tiempo como marco implica que los actos deben realizarse dentro de los días y horas hábiles para ello. Conforme a los art. 182 y 183 LOPJ, serán hábiles todos los días del año excepto domingos, días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad; y son horas hábiles desde las 8 hasta las 20 horas, salvo que la ley disponga lo contrario. Sin embargo, para la instrucción penal y los actos de jurisdicción voluntaria, serán hábiles todos los días y horas, sin excepción.

No obstante, los órganos jurisdiccionales podrán habilitar días y horas no hábiles para la realización de actos procesales. El supuesto general es el de urgencia de los actos a practicar, que concurre cuando la demora en su realización puede causar graves perjuicios a la Administración de Justicia, a los interesados, o puede hacer ilusorio lo acordado por una resolución judicial. Para la habilitación se necesita una resolución motivada, que justifique la existencia de alguna de las causas señaladas.

En cuanto al tiempo como regla, puede suceder que:

- Que la ley marque un momento concreto para la realización del acto procesal, en cuyo caso hablamos de **término**.
- Que la ley señale un período de tiempo a lo largo del cual puede realizarse el acto, en cuyo caso hay un **plazo**.

Los términos los señala el titular del órgano jurisdiccional, en órganos unipersonales, o el presidente del tribunal, en órganos colegiados. Los plazos vienen determinados por las leyes de procedimiento. Los plazos pueden ser:

- Impropios, que son los establecidos por la ley para la realización de los actos procesales del juez y de sus auxiliares. Se llaman así porque no se ven afectados por los efectos de la preclusión.
- Propios, que son los que la ley concede para la realización de los actos de las partes. Su incumplimiento desencadena los efectos de la preclusión, y ésta no necesita ser instada por las partes, sino que opera ipso iure.

La duración de los plazos propios es fijada por la ley, pero en ocasiones se permite al juez la concreción de determinados límites en cuanto al plazo que confiere; en ese caso, los plazos serán improrrogables, y entrará en juego la preclusión.

En cuanto al cómputo de los plazos, el art. 185 LOPJ se remite al art. 5 del Código Civil. El día inicial del plazo es el día siguiente a aquel en el que se ha realizado el acto de comunicación. Cuando el plazo se fija por días, deben descontarse los días inhábiles. Cuando se fija por meses o años, entonces se computa sin descontar días inhábiles. Si en el mes de vencimiento no hay fecha equivalente a la inicial, se entenderá que el plazo expira el último día del mes. El día final se cuenta en toda su duración, y si es un día inhábil, el plazo vence el día siguiente a aquel.

G) **Forma:** se entiende por forma la apariencia externa que debe revestir un acto procesal para poder ser

eficaz. La exigencia de forma para los actos procesales no se justifica por el formalismo en sí, sino por la función concreta que la forma cumple y por las consecuencias de su incumplimiento. Por su forma, los actos pueden ser **orales** o **escritos**.

La forma se refiere también al idioma, y según el art. 231 LOPJ, y como norma general, las actuaciones judiciales deben realizarse en castellano, como lengua oficial del Estado. Pero la ley permite que, en las CCAA que posean idioma propio, los actos procesales puedan realizarse en la lengua propia de dicho lugar, salvo que las actuaciones deban surtir efectos fuera de esa CA y salvo que alguna de las partes manifieste desconocer el idioma de la CA y pueda por ello sufrir indefensión. Cuando se trata de un individuo extranjero, los actos deben seguirse en español y se necesitará un intérprete.

Además debe cumplirse el requisito de la publicidad de las actuaciones judiciales:

- En actos orales, la publicidad se cumple permitiendo el libre acceso de los ciudadanos a los lugares donde se celebran los actos.
- En actos escritos, la publicidad se cumple mediante la documentación de los actos procesales; el secretario expedirá certificaciones, copias, testimonios, etc.

III. VICIOS DE LOS ACTOS PROCESALES.

Los actos están viciados cuando se comprueba la falta de alguno de sus requisitos. Dicha ausencia determinará la ineficacia del acto, que implica que el acto en cuestión no producirá sus efectos jurídicos normales.

Conforme a la teoría general de la nulidad, la nulidad de pleno derecho o absoluta es insubsanable, mientras que la nulidad relativa o anulabilidad es subsanable por el transcurso del tiempo o por el consentimiento del interesado. Esta teoría general no es aplicable al Derecho procesal, ya que, si la nulidad se produce después de haberse dictado una sentencia firme, carecerá de relevancia, quedando convalidada a causa del efecto de cosa juzgada.

De esta doctrina general, el Derecho procesal asume sólo la nomenclatura, dando distintos efectos a cada clase de ineficacia. La ineficacia se traduce en la falta de producción de efectos jurídicos del acto, por no cumplir los requisitos legalmente establecidos. Existen dos clases de ineficacia de los actos procesales:

III.1– Nulidad absoluta.

Es la sanción para los vicios que afecten a requisitos esenciales del acto, que son los establecidos por razones de interés público, y sobre los cuales las partes carecen de poder de disposición. Esta ineficacia debe ser tenida en cuenta de oficio por el órgano jurisdiccional, en cualquier momento del proceso, y no puede ser subsanada ni por el transcurso del tiempo ni por consentimiento, expreso o tácito, de la parte perjudicada.

Cuando hablamos de subsanación de los actos nulos, no quiere decirse que el vicio sea irrelevante, sino que éste ha sido eliminado, y el acto queda convertido en eficaz. Como norma general, cuando se produce el efecto de cosa juzgada las nulidades absolutas devienen irrelevantes; pero no hay contradicción entre el concepto de nulidad y esta subsanación, por 3 motivos:

- Los casos de nulidad absoluta precisan de constatación mediante resolución motivada.
- Si un proceso termina dictándose sentencia que deviene firme, sin que en él se constate por el juez la existencia de nulidad, es que jurídicamente la nulidad no existe.
- No es admisible que el ordenamiento jurídico establezca instrumentos para que constantemente se produzca la revisión del acierto o desacierto del juez al constatar o no la nulidad.

El ordenamiento jurídico, al establecer el efecto de cosa juzgada, reconoce algunos sistemas para atacar dicho

efecto, y poder llegar a eliminar los vicios que pudieran dar lugar a la nulidad absoluta: juicio de audiencia al rebelde, recurso de revisión, o incidente de nulidad de las actuaciones (introducido por reforma de la LOPJ de 4-12-1998).

III.2- Nulidad relativa.

Esta ineficacia deriva del incumplimiento de ciertos requisitos del acto procesal sobre los cuales las partes tienen libre disposición. Por tanto:

- El órgano no puede apreciar de oficio la anulabilidad.
- Es necesario que haya un acto de la parte perjudicada que tenga por objeto pedir la nulidad del acto.
- Puede perderse la oportunidad de pedir la anulación, por efecto de la preclusión.
- La anulabilidad puede desaparecer por consentimiento, expreso o tácito, de la parte perjudicada por el acto anulable.

III.3- Nulidad inicial y nulidad derivada.

- La nulidad inicial afecta al acto en cuya realización se han incumplido los requisitos legales.
- La nulidad derivada afecta a los actos procesales que traen causa de un acto procesal inicialmente ineficaz.

Los supuestos de ineficacia se regulan en los art. 238 a 243 LOPJ. Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho:

- Cuando sean realizados por el órgano jurisdiccional sin tener jurisdicción o competencia funcional u objetiva.
- Los actos realizados bajo violencia o intimidación.
- Los realizados incumpliendo total y absolutamente las normas esenciales del procedimiento o infringiendo los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión.

La doctrina considera que debería incluirse también, como causa de nulidad absoluta, la falta de competencia territorial, porque aunque en otro tiempo la competencia territorial era disponible para las partes, hoy día hay muchos casos en los que se trata de un aspecto reglado.

El art. 240 LOPJ sanciona con la nulidad relativa la infracción del requisito del tiempo cuando éste sea esencial, y a los actos de parte cuando carecieran de los requisitos legales, o bien por defecto de forma, cuando éste impidiese al acto alcanzar sus fines o determine una situación de indefensión.

Los medios para hacer valer la nulidad son los siguientes:

- El control de oficio por el órgano jurisdiccional.
- Los recursos previstos por las leyes procesales.
- Los demás medios que establezcan las leyes procesales, comprendiendo los cauces específicos de excepciones procesales y el incidente de nulidad de las actuaciones.

IV. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES.

La clasificación más importante diferencia los actos procesales por razón del sujeto del que emanan;

- Actos del órgano jurisdiccional, que pueden ser: del juez, del secretario o de los auxiliares.
- Actos de las partes, que pueden ser: de petición, de alegación, de prueba y de conclusión.

Los actos de las partes son aquellos por los que las partes postulan del órgano jurisdiccional una resolución determinada, suministrándole los medios apropiados para su fundamentación. En general, son unilaterales, aunque sea necesario el traslado a la otra parte, y van dirigidos al juzgador. Producen los efectos que les son propios atendiendo a la admisibilidad del acto y a su fundabilidad:

- Es admisible cuando reúne los presupuestos procesales necesarios para ser eficaz. Hace referencia a la forma.
- Es fundado cuando su contenido es apropiado para lograr la resolución perseguida. Hace referencia al fondo.

1) Actos de **petición**: los que se limitan a postular del órgano jurisdiccional una resolución determinada. No suelen darse en forma pura, y puede tratarse de:

- Peticiones de fondo; referidas a la resolución final que debe dictar el órgano. Son esenciales y deben existir siempre.
- Peticiones procesales; se refieren al desarrollo procedimental del proceso. Su contenido es muy variado y pueden no ser esenciales.

2) Actos de **alegación**: consisten en una participación de conocimiento, realizada por una de las partes al órgano jurisdiccional, para conformar la resolución solicitada. Pueden ser de hecho o de derecho. Sólo las de hecho vinculan al juzgador, pero no las de derecho, porque se presume que el Tribunal conoce el Derecho (iura novit curia).

3) Actos de **prueba**: tienen por objeto lograr el convencimiento del juzgador sobre la existencia o inexistencia de una alegación, demostrando la veracidad de cada una de las alegaciones vertidas.

4) Actos de **conclusión**: tienen por objeto hacer una apreciación crítica de los hechos alegados en el proceso y de las pruebas realizadas para la demostración de dichas alegaciones.

XI – ACTOS PROCESALES DEL

ÓRGANO JURISDICCIONAL

I. ACTOS PROCESALES DEL JUEZ.

Los actos procesales son la plasmación de la actividad del órgano jurisdiccional en el desarrollo de la jurisdicción, la cual se manifiesta en las **resoluciones**. Éstas pueden ser de dos tipos:

A) Resoluciones gubernativas: dictadas por el juez en los casos en que no está constituido como sala de Justicia. Se denominan **acuerdos**, y no son propiamente resoluciones jurisdiccionales. Se refieren a la materia gubernativa, como por ejemplo el ejercicio de potestad disciplinaria o la resolución de cuestiones de interpretación de las normas de reparto entre dos órganos jurisdiccionales.

B) Resoluciones jurisdiccionales: dictadas por el juez cuando está constituido en sala de Justicia. Pueden ser de 3 tipos; providencias, autos y sentencias.

Las **providencias** son resoluciones que tienen por objeto la ordenación material del proceso. Suponen una opción del juez entre varias posibilidades que la ley permite. No necesitan de fundamentación jurídica, y en cuanto a su forma, se limitan a plasmar lo mandado con expresión del juez que las dicta, el lugar y la fecha, y las firmas del juez y del secretario judicial.

Los **autos** son resoluciones que deciden recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos

procesales y nulidad del procedimiento. Además, se denominan autos todas aquellas resoluciones que deban revestir esta forma conforme a las leyes de enjuiciamiento. Según la LOPJ, LEC y LECr, revestirán la forma de auto todas las resoluciones susceptibles de afectar a derechos fundamentales. Deben ser motivadas, lo que implica que se componen de una serie de antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y concluyen con una parte dispositiva.

Las **sentencias** son las resoluciones que deciden definitivamente el pleito en cualquier instancia, y todas aquellas que deban revestir esta forma, según la ley. Es el acto del juez más importante del proceso, y se define como la **declaración de voluntad del Estado que afirma como existente o inexistente el efecto jurídico solicitado**. También son sentencias, aunque no decidan definitivamente, las sentencias absolutorias en la instancia.

La forma de las sentencias puede ser oral o escrita. Las sentencias son orales en el procedimiento laboral y en el procedimiento abreviado del proceso penal; pero aunque revistan la forma oral, deberán ser posteriormente documentadas. La estructura formal de las sentencias se compone de:

- Encabezamiento, en el que consta la fecha y lugar, el órgano jurisdiccional (con expresión del juez, si es un órgano unipersonal, o del presidente de la sala, si fuera colegiado), los miembros de la sala, y el nombre del ponente. Debe también identificarse a las partes y a sus letrados y procuradores, y, de forma sucinta, debe señalarse el objeto del pleito.
- Antecedentes de hecho: en el proceso civil se relata en ellos todo lo ocurrido, junto con las alegaciones de las partes. En el proceso penal, se hacen constar los hechos que se han declarado probados.
- Fundamentos de Derecho: se contiene el razonamiento que el juez sigue para llegar a la conclusión de la parte dispositiva. Se encuadran aquí los preceptos legales aplicables a los hechos.
- Parte dispositiva: contiene el fallo o decisión del juez sobre el objeto del proceso. Debe ser claro, preciso y congruente con las peticiones realizadas por las partes.
- Firma del magistrado o juez, o magistrados que forman el órgano colegiado. La sentencia no la firma el secretario, sino que éste consignará una diligencia de publicación, en la cual declara que la sentencia ha sido dictada por el juez que figura en ella, y que la misma ha sido leída en audiencia pública.

II. ACTOS DEL SECRETARIO JUDICIAL.

El secretario interviene en toda la actividad procesal, y sus actos se clasifican en función de las distintas competencias que posea en el proceso.

II.1– Actos de documentación:

El secretario realiza estos actos porque es el único funcionario en el que reside la fe pública judicial. Firma los autos y providencias y extiende las diligencias de publicación de las sentencias para autenticar estos documentos, los cuales pasarán a gozar de una presunción de veracidad iuris tantum. Los instrumentos del secretario son las actas, diligencias y notas.

Las **actas** se usan para dejar constancia de la realización de un acto procesal oral en el que han intervenido las partes y el juez. Se consignan los intervinientes, las peticiones formuladas y las resoluciones dictadas por el juez sobre ellas. Las actas son firmadas por todos los que intervienen en el acto y por el secretario judicial.

Las **diligencias** pueden ser:

- De comunicación: se realizan a consecuencia de la realización de un acto de comunicación.
- De constancia: sirven para que el secretario consigne la realización de un acto procesal o el

acaecimiento de un hecho procesal en los que interviene solamente el secretario.

- De ejecución: el secretario constata que se ha dado cumplimiento a lo ordenado por el juez en una resolución jurisdiccional.

Las **notas** son actos de menor relevancia. Pueden ser:

- De resumen de autos: sirven para resumir todo lo acaecido durante el desarrollo del proceso, facilitando la información sobre el mismo a las partes o al titular del órgano jurisdiccional.
- De referencia: ponen en comunicación diversas partes del proceso o diversos autos de la misma secretaría.
- De examen del trámite: sirven para que el secretario judicial consigne que ha realizado un examen de la regularidad del proceso. Si comprueba la existencia de un vicio, debe comunicarlo al juez para que éste decreta, en su caso, la nulidad.

Además, el secretario judicial tiene la labor de realizar actos de **dación de cuenta**, regulados por los art. 284 al 286 LOPJ. Se trata de una labor de información que consiste en poner en conocimiento del juez o de la sala la relación de los escritos presentados en secretaría, de los actos que realiza el secretario por sí mismo, y del transcurso de los plazos procesales. Se hará de forma oral, y debe realizarse dentro del mismo día en que se realiza el escrito o se levanta el acta correspondiente.

Otra de las labores de información del secretario es la referente a las partes, conforme al derecho que tienen éstas de ser informadas del procedimiento y de las actuaciones realizadas. Está obligado a expedir los testimonios y las certificaciones de los autos que le sean solicitados. Asimismo, dada su condición de depositario de los libros del archivo judicial, deberá exhibirlos y facilitar el acceso a ellos.

En cuanto a los actos de impulso y ordenación del proceso, son llevados a cabo por el secretario a través de :

- Las diligencias de ordenación, que son resoluciones de tramitación del proceso, de forma similar a la de las providencias, pero cuya función es la ordenación **formal** del procedimiento. Serán nulas aquellas diligencias que resuelvan cuestiones que debieran ser tramitadas mediante auto o sentencia.
- Las propuestas de resolución, a través de las cuales el secretario puede proponer al juez el contenido de una resolución jurisdiccional que no sea una sentencia. Si el juez la estima adecuada, estampará su firma, y el acto pasará a ser jurisdiccional. Esta posibilidad se reconoce al secretario respecto de todas las providencias y respecto de determinados autos cuyo contenido sea de impulso material del procedimiento; si el contenido de un auto afectase a los derechos fundamentales de las personas, entonces no puede ser propuesto por el secretario.

Otros actos del secretario son aquellos actos de comunicación cuya misión es la de poner en comunicación al juez con las partes del proceso y con todas aquellas personas que debieran intervenir en el mismo.

III. ACTOS PROCESALES DE LAS PARTES.

El inicio y desarrollo del procedimiento se condicionan a determinados actos de las partes del proceso, por medio de los cuales éstas postulan una resolución jurisdiccional, aportando los elementos necesarios para su fundamentación. Estos actos son generalmente unilaterales y se dirigen al juzgador. Su eficacia está en función de su admisibilidad y de su fundabilidad.

- El acto es admisible siempre que reúna los presupuestos procesales necesarios.
- El acto es fundado cuando su contenido es apropiado para conseguir la resolución que con él se persigue.

Los actos de las partes pueden ser:

- Actos **de petición**, que se limitan a postular del órgano jurisdiccional una resolución determinada. Pueden ser de fondo, cuando se refieren a la resolución final que debe dictarse, o procesales, cuando se refieren al desarrollo procedimental del proceso.
- Actos **de alegación**, que consisten en participaciones de conocimiento hechas al órgano juzgador, para conformar la resolución que de él se solicita.
- Actos **de prueba**, que tienen por objeto lograr el convencimiento del juez acerca de la existencia o inexistencia de las alegaciones vertidas.
- Actos **de conclusión**, que tienen como misión hacer una apreciación crítica de los hechos alegados y de las pruebas practicadas.

XII – LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN

I. INTRODUCCIÓN.

Se dirigen a las partes del proceso, o a las personas físicas o jurídicas que deban realizar alguna actividad en el proceso, o incluso a las autoridades públicas que deban intervenir. Su realización se encomienda al secretario judicial, aunque es el órgano jurisdiccional quien decide qué acto debe realizarse en cada caso.

La importancia de los actos de comunicación radica en que ponen en relación a las partes con el órgano jurisdiccional, y en que de su buena realización depende la validez del proceso. Los efectos de un acto de comunicación afectarán a todos los demás actos que deriven de aquél. Además, las garantías procesales están en función de la buena realización de estos actos, de forma que un acto mal realizado puede vulnerar los derechos de contradicción, defensa, etc., y llegar a contaminar todo el proceso.

II. ACTOS DE COMUNICACIÓN CON OTROS TRIBUNALES.

Su realización corresponde al secretario. Pueden ser de dos tipos: auxilio judicial interno o auxilio judicial internacional.

II.1– Auxilio judicial interno.

Son los actos de comunicación por los que un órgano jurisdiccional debe realizar determinadas actuaciones que le son encomendadas por otro órgano diferente, que es el que está conociendo del proceso del que dichas actuaciones forman parte. El fundamento del auxilio interno está en el deber de cooperación, que persigue la racionalización del proceso mediante la división territorial de la labor jurisdiccional y la eficacia en el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Se recurrirá al auxilio judicial:

- Cuando las actuaciones deban ser realizadas fuera de la circunscripción del órgano jurisdiccional que conoce del asunto.
- Cuando se realicen dentro, pero por otro órgano distinto de aquel que las ha acordado.
- También cuando se realicen dentro de la circunscripción, pero fuera de la localidad en la que el órgano jurisdiccional tenga su sede.

En los dos primeros casos debe recurrirse al auxilio obligatoriamente; en el tercer caso, sólo cuando exista una causa que lo justifique.

En la práctica, el juez que solicita el auxilio redacta una resolución en la que acuerda la actuación procesal concreta que estima conveniente; acto seguido, se comunica la diligencia al órgano de igual grado o en su defecto al de grado inferior (no se trata de un orden jerárquico, sino que responde a un criterio de racionalidad).

Conforme al art. 274.2 LOPJ, la petición de cooperación, cualquiera que sea el juzgado o tribunal al que se dirija, se efectuará siempre directamente, sin dar lugar a traslados ni reproducciones a través de órganos intermedios. El instrumento usado para pedir el auxilio judicial es el denominado **exhorto**, que se remite directamente al órgano exhortado. Si por error se remitiese a otro, éste deberá enviarlo al órgano que corresponda, comunicándolo al exhortante. El modo ordinario para cursar un exhorto es el correo, pero la ley permite que, por causa de urgencia, pueda usarse el teléfono, telégrafo, fax, u otro medio idóneo para dejar constancia.

Del mismo modo, la ley faculta a la parte interesada para que se ocupe de la tramitación del exhorto bajo su responsabilidad, en aras de una mayor agilidad del procedimiento. La parte debe diligenciarlo lo antes posible, y cuando el órgano reciba el exhorto lo deberá tramitar a la mayor brevedad, dentro del plazo fijado por el exhortante. Si el órgano exhortado no lo cumple debidamente, el exhortante puede recordarle el cumplimiento, y si aun así el exhortado persiste, el exhortante pondrá el hecho en conocimiento del órgano superior jerárquico del exhortado.

En la nueva LEC se prevé el mismo sistema (cap. VI, art. 169 y SS), con la novedad de que los actos de prueba (declaración, interrogatorio y prueba pericial), al estar regidos por el principio de inmediación, deben practicarse por el mismo juez que los acuerda, y sólo en caso de imposibilidad se recurrirá al auxilio judicial. Además, la nueva LEC permite realizar el exhorto mediante e-mail.

Requisitos del exhorto:

- Nombre del órgano exhortante.
- Nombre del exhortado.
- Fecha y lugar.
- Identificación del proceso en el que se pide la actuación, y expresión de las diligencias que deban realizarse.
- Plazo en el que deben realizarse las actuaciones.

II.2– Auxilio judicial internacional.

Se caracteriza porque los órganos que se ponen en comunicación pertenecen a distintos Estados. El fundamento sigue siendo el deber de cooperación entre los juzgados y tribunales. Su regulación: art. 276 a 278 LOPJ, 300 LEC, 177 en la nueva LEC.

Es empleado por los órganos jurisdiccionales que conocen de un asunto en España y necesitan la colaboración de un tribunal extranjero para la realización de determinadas actuaciones, que forman parte del proceso seguido ante el órgano español. Las diligencias solicitadas se realizarán bajo la jurisdicción de otro Estado, y pueden referirse a cualquier fase del proceso, excepto la ejecución de sentencias extranjeras, la cual se regula por su propia normativa; el Convenio de Bruselas de 1968.

Los tratados internacionales ratificados por España constituyen también una fuente normativa del auxilio judicial. En defecto de tratado, se aplica el criterio de reciprocidad, por el cual un Estado se compromete a la prestación de auxilio judicial por sus tribunales en la medida en que presten similar colaboración los órganos del Estado requirente.

El instrumento del auxilio judicial internacional es la llamada **comisión rogatoria**. El procedimiento requiere que el Estado solicitante se dirija al Ministerio de Justicia del Estado en concreto, y el ministerio se pondrá en contacto con el órgano jurisdiccional en cuestión. Esto sucede cuando no existe convenio en vigor entre los Estados; de mediar convenio, habrá que estar al texto del mismo.

Supuestos en que los tribunales españoles deben denegar el auxilio:

- Cuando el proceso del que dimana la solicitud de cooperación sea de la exclusiva competencia de la jurisdicción española.
- Cuando el contenido del acto no corresponda a las atribuciones propias de la autoridad judicial española requerida. En este caso, ésta remitirá la solicitud a la autoridad judicial competente, informándolo a la autoridad requirente.
- Cuando la comunicación que contenga la solicitud no reúna los requisitos de autenticidad suficiente o se halle redactada en idioma que no sea el castellano.
- Cuando el objeto de cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público español.

Esta cooperación no tiene nada que ver con el procedimiento de extradición, que cuenta con sus propios trámites específicos.

III. ACTOS DE COMUNICACIÓN A FUNCIONARIOS.

Responden al principio general según el cual todos tienen la obligación de cooperar con la Justicia. Este deber de cooperación se recoge en los art. 118 CE y 17 LOPJ, e impone al funcionario requerido el necesario cumplimiento de aquello que le solicita el órgano jurisdiccional, siempre que no se trate de un mandato ilegal o cuando sea incompatible o ajeno a las funciones del funcionario al que se dirige.

Los instrumentos que se usan para esta cooperación son:

- **Mandamientos:** (art. 279 LOPJ) acto de comunicación dirigido por el órgano jurisdiccional a registradores de la propiedad, mercantiles, de venta a plazo de inmuebles, etc., notarios, agentes de cambio y bolsa, corredores de comercio y agentes judiciales de juzgados o tribunales (se trata de una cláusula cerrada).
- **Oficios o exposiciones:** actos dirigidos a otros funcionarios que no sean los enumerados en el art. 279. La diferencia entre ambos no viene recogida en la ley, pero en la práctica, mientras que el oficio se dirige a todos los funcionarios en general, salvo los del art. 279, la exposición se dirige a los funcionarios o autoridades de mayor categoría.

El sistema de libramiento es similar al de los exhortos, incluyendo los medios por los que puede cursarse. También pueden ser directamente entregados al procurador de la parte a la que se dirijan. Los requisitos son también los mismos que para el exhorto, y el funcionario que lo recibe debe acusar recibo al órgano jurisdiccional del que procede, y realizar las actuaciones requeridas.

En la nueva LEC, sólo se habla de oficios y mandamientos, eliminando las exposiciones.

IV. ACTOS DE COMUNICACIÓN A PARTICULARES.

Los destinatarios serán las partes del proceso y los demás intervinientes en el mismo. Estos actos son consecuencia de la obligación de notificar todas las diligencias de ordenación y jurisdiccionales a todos los que sean parte en el proceso, así como a todos los demás interesados a los que pudiera causar perjuicio la resolución (270 LOPJ).

No son actos independientes en sí mismos, sino que derivan de otros actos como son las resoluciones jurisdiccionales. Ponen en relación al juez y las partes, y persiguen la realización de un acto procesal posteriormente por el destinatario. El fundamento de estos actos está en los principios rectores del proceso, ya que condicionan la dinámica del mismo, y porque su correcta realización posibilita la defensa de las partes.

El TC ha propugnado en múltiples sentencias la correcta realización de los actos de comunicación a los particulares, en beneficio del principio de contradicción, y con vistas a permitir al destinatario la intervención en el proceso, la realización de un acto de comunicación está relacionado con el principio de tutela judicial efectiva.

Clases de actos de comunicación;

- En sentido estricto, los que ponen en conocimiento del interesado el contenido de una resolución jurisdiccional o de una diligencia de ordenación, de la que no deriva directamente ninguna actuación por los litigantes o por terceros.
- Citación: acto por el que se convoca al interesado en un día, hora y lugar precisos, para la práctica de un acto procesal concreto a presencia judicial.
- Emplazamiento: acto por el que se da a las partes la oportunidad de realizar un acto procesal concreto dentro de un período de tiempo determinado.
- Requerimiento: acto formal de intimación realizado a una persona para que haga o deje de hacer algo, bien de forma inmediata, o bien dentro del plazo que el órgano jurisdiccional haya establecido.

La LEC contiene una detenida regulación del régimen jurídico de los actos de notificación. Su práctica viene encomendada al secretario judicial, pero éste puede delegar su realización en el agente judicial o en el auxiliar. Los destinatarios de los actos son, en general, las partes del proceso, aunque también todas las personas a las que se refieran las resoluciones jurisdiccionales o a las que puedan causar perjuicio.

Los actos de comunicación deben practicarse el mismo día de su fecha, o en el siguiente, a no ser que concurran circunstancias excepcionales, en cuyo caso puede ampliarse el plazo a 3 días. El lugar ordinario es la sede del órgano jurisdiccional, aunque la LOPJ permite reunir en un servicio común todas las diligencias de comunicación que deban practicarse, cuando en la localidad haya varios tribunales.

Si los interesados no comparecen oportunamente, pese a ser notificados, la notificación deberá realizarse en el domicilio del interesado.

Clases de notificaciones:

En función del lugar, la notificación será personal cuando se efectúe directamente a los interesados o a sus representantes procesales. Es el modo ordinario, y puede realizarse en la sede del juzgado o en el domicilio del interesado, cuando no hubiera acudido a la secretaría. Se practica mediante lectura de la resolución y entrega de copia literal. Se documenta mediante diligencia del secretario u oficial que la realice, y debe ser firmada por el funcionario que la realiza y por el destinatario.

Se realizará en el domicilio cuando el interesado no concurra a la sede del juzgado, y la forma de practicarla será la misma que en la secretaría. Es necesario que el domicilio se conozca y que la persona se encuentre allí; si no se encontrase, se realiza la notificación por **cédula**, la cual debe contener:

- Objeto del pleito.
- Identificación de los litigantes.
- Copia literal de la resolución.
- Nombre de la persona a la que se notifica.
- Hora a la que se ha acudido al domicilio.
- Fecha y firma del funcionario.

La cédula se entrega a determinadas personas que marca la LEC, en el orden siguiente:

- Pariente más cercano, familiar o criado, mayor de 14 años.
- Vecino más próximo.

Si fuese una persona menor de 14, y el interesado no se da por enterado, el acto de comunicación no produce sus efectos.

Debe documentarse por extensión de una diligencia en la que se harán constar los datos del receptor y la relación que manifiesta tener con el destinatario. Se hará saber a la persona que corresponda la obligación de hacer llegar la cédula al interesado. La diligencia debe ser firmado por el funcionario que la ha practicado y por el receptor de la misma. La cédula también puede ser practicada por correo, o por cualquier otro medio que permita dejar constancia de la misma.

El secretario debe dar fe en los autos del contenido del sobre que remite, mandará que se transmita por correo y pasados quince días, si se devuelve debidamente firmado, se unirá a los autos, pero si se entregó a una persona no idónea volverá a realizarse otra vez el procedimiento en la forma ordinaria, es decir, de modo personal. Este procedimiento, que pretendía ser ordinario, se convirtió en excepcional porque la ley señala que la notificación deberá hacerse de forma personal cuando el destinatario sea parte en El proceso y de ello dependa su personación en las actuaciones. Lo mismo ocurre con los requerimientos, o cuando la notificación haya sido practicada con anterioridad por este medio.

En cuanto a la notificación por medio de edictos, es subsidiaria de la personal realizada en la sede, de la personal realizada en domicilio, de la realizada por cédula y de la realizada por correo con acuse de recibo. Sólo tiene lugar cuando el interesado no comparezca en la sede y además se desconozca su domicilio. Consiste en la fijación de la cédula en el sitio público de costumbre con respecto a la sede del órgano jurisdiccional, o bien en el boletín oficial de la provincia, y si el tribunal lo estime oportuno, en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma o Del Estado.

El Tribunal Constitucional ha declarado que sólo puede realizarse esta forma de notificación cuando efectivamente se desconozca el domicilio.

Con respecto a la notificación en estrados, es la forma de notificación prevista para los demandados rebeldes. Consiste en la lectura de la resolución en audiencia pública y su fijación en el tablón. Se trata de una ficción de notificación.

Efectos de las notificaciones:

- Procurar el efectivo cumplimiento de los principios de audiencia y contradicción.
- Servir de *días a quo* para el cómputo de los plazos procesales.

Los actos de comunicación que no observen las formalidades legales serán nulos, así como todos los actos derivados de aquél, salvo que el interesado se haya dado por notificado, en cuyo caso se convalida.

La notificación se realizará por cédula cuando el interesado no se hallase en su domicilio, pero la cédula siempre debe extenderse en el caso de citación, requerimiento y emplazamiento.

LA NOTIFICACIÓN EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

La nueva Ley De Enjuiciamiento Civil recoge los actos de comunicación del tribunal en su artículo 149 y siguientes, en los cuales incluye mandamientos y oficios pero no exposiciones.

El artículo 150 de la nueva Ley De Enjuiciamiento Civil se ocupa de la notificación de las resoluciones. Deberán notificarse a todos los que sean parte del proceso y además a todos a quienes pueda afectar la sentencia; también se llevara a cabo la notificación cuando el tribunal estime que puede haber indicios de fraude procesal entre las partes. El plazo para practicar las diligencias será de tres días. Los actos de comunicación realizados al abogado del estado, y a los servicios jurídicos del estado, al ministerio fiscal, así como los practicados por el Colegio De Procuradores, se entienden hechos al día siguiente de ser recibidos.

Los actos de comunicación son realizados por el secretario judicial a través de las siguientes formas:

- Por el procurador, cuando los interesados sean representados por procurador en El proceso.
- Remitiendo la comunicación por correo, siendo entonces necesario dejar constancia en autos.
- Por entrega al destinatario de una copia literal de la resolución.

Cuando se trata de citación, notificación y emplazamiento no se consigna la respuesta, pero sí se hace constar en el requerimiento.

Conforme al artículo 153, todas las comunicaciones que deban hacerse a las partes en El proceso se harán por procurador cuando estén representadas por este. Novedad importante en la nueva ley es que la notificación de la sentencia también se hará por procurador. Cuando no se realice por procurador, se remitirá al domicilio del litigante; y a estos efectos, el artículo 155 establece que el domicilio del demandante es el que haya designado en la demanda. El domicilio del demandado debe ser aportado por el demandante de forma obligatoria, el cual debe aportar todos los domicilios que conozca, expresando el orden en el que debe acudir a ellos. Una vez haya comparecido el demandado, designará un domicilio al que deban remitirse las comunicaciones.

Si el demandante manifiesta que le es imposible designar un domicilio del demandado, no se recurre automáticamente a la comunicación por edictos, sino que la nueva ley establece un procedimiento más complicado. El tribunal debe acudir a cualquier registro posible para intentar averiguar el domicilio del demandado: registro de la propiedad, del catastro, padrón municipal, etc. Cuando la averiguación del domicilio no sea posible por ningún medio, el tribunal remitirá una comunicación al Registro Central De Rebeldes Civiles. Cuando el demandado esté registrado en él, entonces se acudirá a la comunicación por edictos. El demandado puede solicitar que se anule su inscripción en dicho registro, comunicando un domicilio al que puedan remitirse las comunicaciones.

La nueva ley señala que cuando las comunicaciones tengan por objeto la personación del interesado en el proceso o cuando de la comunicación dependa la realización por las partes de una actuación judicial, la comunicación deberá hacerse por entrega personal al destinatario. La entrega debe hacerse en la sede del juzgado o tribunal del cual emana la comunicación, y si el interesado no concurre se hará la comunicación en el domicilio. Si se le halla en el domicilio, se le hace entrega de la copia de la resolución o de la cédula de citación o emplazamiento. Si no se le haya, debe entregarse la cédula a cualquier empleado, familiar o persona mayor de catorce años que haya en la casa, incluso puede entregarse al conserje de la finca. El demandado puede ser notificado en el lugar de trabajo, y si no fuera posible notificarle personalmente, se entregará la notificación a la persona que pueda conocerle. Si en el lugar de trabajo hubiese un lugar específico para la recepción de los escritos, se hará entrega de la comunicación a la persona encargada de dichos servicios.

El problema que tiene esta normativa es su excesivo casuismo; al constituir estos artículos una cláusula cerrada, se corre el riesgo de petrificar el procedimiento y hacerlo excesivamente rígido. Además, está claro que toda persona a la que se entregue la comunicación tienen obligación de hacérsela llegar al interesado, por virtud del deber de colaboración con la administración de justicia, consagrado por el artículo 118 CE.

XIII – PRUEBA Y ACTIVIDAD PROBATORIA

INTRODUCCIÓN.

Los órganos jurisdiccionales están obligados a sentenciar, conforme al artículo 1,7 del Código Civil. Para que los órganos puedan dictar sentencia, y es necesario que les sea suministrado el instrumento y los medios para poder hacerlo: hechos y datos lógicos que inspiran el sentido del fallo. No basta con la norma jurídica, y tampoco es suficiente cualquier tipo de dato; los datos deben ser convincentes. En resumen, el órgano jurisdiccional necesita de una actividad complementaria que le lleve a formar su opinión sobre los hechos que han sido alegados, y de ahí la importancia de la prueba.

El concepto de prueba es un concepto que se ha ido formando en base a dos orientaciones:

- **Sustantiva**, y que considera que la prueba es la actividad que pretende demostrar la existencia o inexistencia de un hecho, o la verdad o falsedad de una afirmación.
- **Formal**, que considera que la prueba es el mecanismo formal de fijación de los hechos procesales.

Ambas concepciones pueden ser superadas, porque la prueba no se identifica con ninguna de ellas, ya que ni es una actividad sustancialmente demostrativa, ni tampoco es una actividad de mera fijación de datos. La prueba tiene por objeto la consecución del convencimiento psicológico del juez en cuanto la existencia o inexistencia, la veracidad o falsedad de los datos mismos. En opinión de Guasp, la prueba es el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que debe tener en cuenta al dictar la sentencia.

La naturaleza jurídica de la prueba es exclusivamente procesal, y su regulación se encuentra en el Código Civil y en la Ley De Enjuiciamiento Civil. Se trata de normas imperativas, no disponibles para las partes. La prueba procesal se rige en todos los casos por los mismos principios y siempre produce los mismos efectos, con independencia del procedimiento que se aplique.

OBJETO DE LA PRUEBA.

Serán objeto de la prueba los hechos alegados por las partes que sean relevantes para la resolución del asunto y que además guarden relación con la tutela jurídica que se pretende obtener. También pueden ser objeto de prueba las máximas de experiencia y los preceptos jurídicos.

Las **máximas de experiencia** son principios de la experiencia general implícitos en el saber de la zona cultural a la que el juez pertenece. Las máximas serán legales cuando la propia ley da al juez dicha máxima, como condición de hecho de una norma jurídica. Debido a que el juez carece de conocimientos necesarios para valorar dicha máxima, debe recurrir a la prueba. El modo más adecuado para aprobar una máxima será la valoración pericial, mediante la cual el perito otorga al juez su máxima de experiencia, es decir, el conocimiento que posee sobre un determinado arte o profesión.

También pueden ser objeto de prueba los **preceptos jurídicos**, cuando éstos hacen referencia a la costumbre, al derecho extranjero o al derecho histórico no vigente. No puede constituir objeto de prueba el derecho vigente, porque el derecho alegado no vincula al juez, por virtud del principio *iura novit curia*.

Pero no todos los hechos importantes para la resolución deben ser probados; hay casos en los que la prueba es inadmitida de oficio por el juez. No necesitan ser probados:

- Los hechos admitidos por ambas partes.
- Los hechos admitidos por la parte a la que puedan perjudicar.
- Los hechos notorios, es decir, aquéllos cuyo conocimiento forma parte de la cultura de un grupo social en el tiempo en el que se va a producir la decisión judicial.
- Los hechos favorecidos por una presunción, pero si los indicios que llevan a dicha presunción.

Cuando existe una presunción, lo que debe probarse es el indicio que nos lleva a ella, y también el hecho contrario, lo que constituye una inversión en la carga de la prueba.

CLASES DE ACTIVIDAD PROBATORIA.

La prueba será **plena** cuando tiene por objeto la convicción psicológica del juez de forma absoluta, y será **semi plena** cuando el grado de convicción no sea total. Esta clasificación no es exacta, porque se refiere a los requisitos y no a la sentencia de fondo.

En función del medio usado para realizar la prueba, ésta será **personal** (confesión judicial y prueba testifical)

o **real** (prueba documental y pericial).

La prueba es **directa** cuando trata de demostrar la exactitud del hecho que sirve de base a la norma jurídica, e **indirecta** cuando su objeto es otro hecho que sirve para demostrar el hecho principal por vía de deducción. También se llama prueba directa a la que carece de intermediarios entre el juez y el objeto de la prueba, como el reconocimiento judicial, y se conoce como prueba indirecta o mediata la que interpone algún intermediario, como es el caso de la prueba testifical.

CARGA DE LA PRUEBA.

En sentido general, la carga de la prueba corresponde a las partes, en virtud del principio de aportación de parte, en cuanto al proceso civil. En el proceso penal, también corresponde a las partes en virtud del principio acusatorio formal. Pero ninguno de estos principios determina a cuál de las partes corresponde la prueba. La doctrina de la carga de la prueba establece que los hechos alegados y no probados perjudican a la parte que debió probarlos y no lo hizo.

En el proceso civil, el actor es quien debe probar los hechos constitutivos, es decir, los que ha alegado y constituyen la base de su pretensión. Al demandado corresponde probar los hechos por él alegados y que constituyen la base de su oposición: hechos impeditivos, extintivos y excluyentes.

En el proceso penal, corresponde a la acusación probar los hechos que constituyen la acusación y las circunstancias alegadas con respecto a ellos, al objeto de destruir la presunción de inocencia. A la defensa corresponde la prueba de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que haya alegado.

REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

Los límites son:

- **Pertinencia:** El objeto de la prueba debe estar relacionado con el objeto del proceso, de forma que son pertinentes las pruebas que tienen relación con la tutela jurídica pedida.
- **Utilidad:** los medios de prueba deben ser adecuados al fin que se persigue con su utilización. La prueba es útil cuando contribuye a esclarecer los hechos objeto del pleito.
- **Licitud:** Las pruebas deben ser realizadas conforme a las normas y con absoluto respeto a los derechos fundamentales. La prueba es ilícita cuando se ha obtenido por medios que vulneren los derechos fundamentales, y no será tenida en cuenta en El proceso. Toda la prueba que tenga su base en una prueba ilícita quedará contaminada de ilicitud. Cuando un derecho fundamental pueda verse afectado por la actividad probatoria, será necesaria la correspondiente autorización judicial.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Pueden aplicarse dos sistemas:

- **Apreciación de la prueba:** se da cuando existen criterios objetivos que establecen normativamente el modo en que el juez debe valorar los hechos que han sido sometidos a su conocimiento.
- **Valoración de la prueba:** El juez fijará en la sentencia los hechos objeto de prueba que hayan producido en él la convicción psicológica sobre su veracidad, existencias o inexistencia.

El sistema de libre valoración de la prueba se aplica en el proceso penal. En El proceso civil, rige el principio de prueba legal en cuanto a la prueba de confesión y a la documental, siendo de libre valoración El resto de medios probatorios. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de realizar una apreciación conjunta de la prueba.

DERECHO PROCESAL CIVIL

XVII – EL PROCESO CIVIL

OBJETO DEL PROCESO CIVIL.

El objeto del proceso es importante por varias razones:

1. Sirven para individualizar cada uno de los procesos y a ayudar a delimitar la litis pendencia.
2. El órgano competente se determina en función del objeto, ya sea en relación a materia o cuantía.
3. También es importante en cuanto a la congruencia: ayuda a fijar el ámbito cognoscitivo de la decisión judicial, y crea la obligación del juez de sujetarse a lo pedido por las partes.
4. Nos permite determinar si el procedimiento es el adecuado para la pretensión formulada.
5. Pero sobre todo, el objeto es importante porque incide sobre la cosa juzgada; para que ésta produzca sus efectos, debe haber identidad de objeto entre el primer proceso y el segundo (222 de la ley 1/2000).

El profesor Pedraz Penalva distinguió entre el objeto del proceso y el objeto judicial; mientras que el objeto del proceso es la **pretensión**, el objeto judicial es la **rogada actuación de la potestad jurisdiccional**, que ostentan en exclusiva los jueces y magistrados.

- La pretensión es la concreta actuación jurisdiccional solicitada, perteneciente al momento dinámico.
- La rogada actuación de la potestad jurisdiccional constituye el entramado del complejo de la justicia.

En la pretensión encontramos la concurrencia de tres circunstancias individualizadoras:

- A). Circunstancias objetivas delimitadoras de la actividad jurisdiccional: están en función del interés que conforma el objeto de la pretensión, es decir, la relación que se deduce en juicio.
- B). Circunstancias subjetivas delimitadoras, identificables con los elementos subjetivos de la pretensión, es decir, demandante y demandado.
- C). Circunstancias procesales identificadoras, subjetiva y objetivamente, que deben adecuarse a las normas de enjuiciamiento que circunscriben la admisibilidad: legitimación, competencia y actuación procesal solicitada.

No puede existir un proceso puramente abstracto, que exista por sí y para sí, ya que todo litigio tiene un objeto que está integrado por elementos que lo individualizan. En este sentido, el objeto del proceso es la pretensión que el demandante formulado juez para que éste resuelva mediante una resolución de carácter irrevocable. Podemos distinguir la pretensión procesal de la pretensión material:

- La *pretensión procesal*, denominada también objeto procesal, constituye la concreta actuación procesal pedida. Está en conexión con los presupuestos procesales, de tal forma que va ligada a la admisibilidad de la pretensión. En función de la pretensión procesal, las pretensiones se clasifican en declarativas, de ejecución y cautelares.
- La *pretensión material*, denominada también objeto litigioso, constituye el concreto bien jurídico cuya protección se solicita. Esta pretensión va ligada a la fundabilidad, es decir, la estimabilidad o no de lo que se pide. En función de la pretensión material, las pretensiones se clasifican en reales, personales y mixtas.

Los elementos objetivos de la pretensión son aquellos que identifican activa y pasivamente la relación: por un lado está el **petitum**, que es la concreta actuación jurisdiccional pedida, y por otro lado está la **causa petendi**, o conjunto de hechos con trascendencia jurídica que identifican e individualizan lo que se pretende; el bien jurídicamente relevante.

CLASES DE PROCESOS: DECLARATIVOS, DE EJECUCIÓN Y CAUTELARES.

Proceso declarativo:

Se basa en decir el Derecho en el caso concreto. Se caracteriza por:

- Está sometido al estricto cumplimiento de los principios de contradicción e igualdad de armas.
- En este proceso se impone la posibilidad para las partes de pedir la apertura de la fase probatoria.
- Tiene por objeto obtener del juez un pronunciamiento mero declarativo, de condena o constitutivo. La pretensión *mero declarativa* se satisface con la declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica, no siendo posible ejecución alguna. La pretensión *constitutiva* tiene por objeto obtener del juez una resolución que crea, modifica o extingue una relación jurídica; se agota con la sentencia dictada, y tampoco admite ejecución. La pretensión *de condena* persigue obtener una declaración en la que se condene al demandado al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer, de forma que esta sentencia sí será ejecutable.

El legislador ha establecido en la LEC 4 procedimientos ordinarios de declaración; son ordinarios, porque están previstos para que por su cauce puedan ser conocidos objetos de todo tipo. La diferenciación entre ellos atiende a la cuantía:

- Verbal, previsto para el conocimiento de asuntos cuya cuantía no supere las 80.000 pesetas.
- De cognición, para una cuantía de entre 80.000 y 800.000 pesetas.
- De menor cuantía, entre 800.000 y 160.000.000 pesetas.
- De mayor cuantía, superior a 160.000.000 pesetas.

Cuanto mayor sea la cuantía, mayor será también la complejidad de cada proceso.

Junto a estos procedimientos ordinarios, la LEC prevé también otros cauces especialmente diseñados para el conocimiento de determinados objetos que la ley señala. Son procesos sumarios, y su tramitación suele ser más sencilla que la de los procesos ordinarios.

La nueva LEC, Ley 1/2000, reduce a dos los procesos declarativos:

- Juicio verbal, para cuantía inferior a 500.000 pesetas.
- Juicio ordinario, para cuantía superior a 500.000 pesetas.

Se trata de procesos ordinarios, ya que sirven para cualquier objeto, y plenarios, porque en ellos no se ven limitados los medios de ataque y defensa.

Además, la Ley 1/2000 prevé otros dos tipos de procesos declarativos plenarios, pero éstos especiales, y por otro lado, determinados juicios declarativos sumarios especiales.

Proceso cautelar:

La pretensión que en él se deduce tiene por objeto la garantía de una resolución futura. Este proceso constituye un instrumento para evitar que, en el tiempo que dure el proceso, pueda el demandado alterar su situación, de forma que dificulte en el futuro la efectividad de la sentencia que se pudiera dictar. Por tanto,

tiene por objeto garantizar el proceso tanto de declaración como de ejecución.

Parte de la doctrina opina que el proceso cautelar no es autónomo, sino complementario de las funciones de declaración y ejecución. La nueva LEC parece haber acogido esta doctrina, pues no trata propiamente un proceso cautelar, sino que hace referencia a *medidas cautelares*.

ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y ACUMULACIÓN DE AUTOS.

El objeto del proceso se identifica con la pretensión, de forma que cada pretensión origina un proceso distinto. Sin embargo, cuando se da algún tipo de relación entre dos o más objetos procesales, la ley permite que los diversos procesos puedan una misma tramitación procedimental, lo que se denomina **acumulación**. Esta única tramitación supone que exista una única demanda, un solo período de prueba y una sola sentencia. El fundamento de la acumulación está en la conexión entre alguno o algunos de los elementos del objeto de los distintos procesos.

Hay dos razones fundamentales que justifican la acumulación:

- Economía procesal; se trata de obtener la resolución con el menor coste posible.
- Evitar resoluciones de contenido contradictorio, debido a que los objetos están relacionados.

La LEC contempla la materia diferenciando entre acumulación de acciones (153–159) y acumulación de autos (160–187). La acumulación de acciones equivale a la acumulación de pretensiones.

Algunos autores, teniendo en cuenta el momento temporal, denominan **acumulación inicial de pretensiones** a la acumulación de acciones, cuando dicha acumulación se produce en la demanda, y la distinguen de la **acumulación sucesiva o sobrevenida**, dentro de la cual hay dos supuestos:

- Sucesiva *por inserción*, que se trata de la acumulación ocurrida con posterioridad a la demanda, por adición de nuevas pretensiones; bien por ampliación de la demanda, o bien por la reconvención del demandado.
- Sucesiva *por reunión*, que es aquella en la que se agrupan, no pretensiones, sino varios juicios. Esta acumulación se identifica plenamente con la acumulación de autos.

La acumulación de autos es una reunión de distintos juicios que se unen para ser conocidos por un mismo órgano jurisdiccional y para ser resueltos en una misma sentencia.

La acumulación de acciones, tanto inicial como sobrevenida, supone la existencia de varias pretensiones que se formulan en la demanda o posteriormente a ella, ejercitándose en un mismo proceso, y que se resuelven en una misma sentencia; mientras que la acumulación de autos supone una reunión de pretensiones que fueron formuladas en diferentes procesos.

La acumulación es un **derecho potestativo** de la parte actora, cuyo fundamento está en el principio dispositivo, en virtud del cual el actor delimita el objeto del proceso y decide si acumula acciones o no.

Acumulación de acciones.

La acumulación inicial consiste en interponer, en una misma demanda, varias pretensiones entre demandante y demandado, o entre varios; se denomina inicial porque existe desde el primer acto procesal. Dentro de esta acumulación inicial existen varios tipos:

A) En función de las relaciones entre las partes, distinguimos:

- Acumulación **objetiva**: el actor y el demandado son los mismos en todas las pretensiones que se

acumulan. Para determinar si existe acumulación debe acudir al SUPLICO de la demanda, que contiene el *petitum*.

- Acumulación **objetivo–subjetiva**: se interponen varias pretensiones entre varios demandantes y varios demandados, respecto a cada una de las cuales está individualmente legitimada cada una de las partes.

Al segundo tipo se refiere el art. 72 de la Ley 1/2000, al decir que *podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir*.

- En función de la intención del demandante,
 - **Simple**, cuando el demandante persigue la estimación de todas y cada una de las pretensiones que se interponen.
 - **Alternativa**, cuando se persigue la estimación de alguna de las diversas pretensiones interpuestas, siendo indiferente al actor cuál de ellas sea estimada.
 - **Eventual o subsidiaria**, cuando el actor no persigue la estimación de todas las pretensiones, sino de una de ellas, pero conforme al orden de preferencia que él mismo haya establecido en la demanda. Por lo tanto, esta acumulación supone la interposición de una pretensión principal, y otra u otras pretensiones para el caso de que la principal no fuese estimada.
 - **Accesoria o eventual impropia**: el actor interpone una pretensión principal y, para el caso de que ésta no fuese estimada, formula otra u otras, cuyo fundamento está en la estimación de la principal.

Para la acumulación inicial se exigen determinados requisitos:

1. La acumulación de pretensiones debe realizarse a petición del actor.
2. Las pretensiones deben ser compatibles, aunque procedan de distintos títulos (art. 71.2 de la Ley 1/2000). Sólo habrá incompatibilidad cuando los supuestos de hecho en los que respectivamente se funden las pretensiones sean irreconciliables (STS 20–1–1988).
3. El órgano ante el cual se presenta la demanda debe ser competente, tanto objetiva como territorialmente. Si el órgano es incompetente por razón de la materia, es imposible la admisión de la demanda. Con respecto a la cuantía, cuando la competencia se determine por la cuantía de las pretensiones, la ley atiende a la mayor de aquéllas, de forma el juez que puede lo más, cuantitativamente, puede también lo menos. En cuanto a la competencia territorial, la Ley 1/2000 dispone que corresponde al juez que territorialmente fuera competente para conocer del mayor número de las pretensiones que se pretenden acumular.
4. Debe haber homogeneidad procedimental en cuanto a las pretensiones que se pretenden acumular; la LEC exige que las pretensiones deben sustanciarse mediante juicios de la misma naturaleza.

En cuanto al momento de la acumulación, puede ésta solicitarse hasta la contestación a la demanda; en caso de rebeldía, hasta que el demandado pudo haber contestado y no lo hizo, que constituye el momento preclusivo.

El efecto principal que produce la acumulación es que todas las pretensiones deberán ser discutidas en un mismo proceso, y resultas por tanto en la misma sentencia, en la que el juez debe respetar el principio de congruencia, y pronunciarse así sobre todas las pretensiones oportunamente deducidas y acumuladas. Igualmente, en caso de acumulación eventual, debe respetar el orden de planteamiento señalado por el actor en la demanda.

La acumulación sobrevenida por inserción supone el ejercicio de una pretensión, y por tanto la iniciación de

un proceso, al cual más tarde se irán añadiendo otras pretensiones que hasta entonces no se habían formulado. Las nuevas pretensiones pueden ser formuladas por el actor, por el demandado mediante reconvencción, o por un tercero mediante intervención.

Cuando las nuevas pretensiones son formuladas por el actor, existe la denominada **ampliación de demanda**. En realidad, se trata de una acumulación inicial, sobre todo cuando la Ley 1/2000 dispone que el plazo para ampliar la demanda formulada se extiende hasta que el demandado formule contestación, o hasta que transcurra el plazo en que debió hacerlo, sin que conteste. La LEC permite la ampliación por medio de escritos de ampliación, o mediante los escritos de réplica y dúplica. Sin embargo, la nueva LEC no lo permite.

La ampliación no equivale a transformación de la demanda, ya que la transformación ha sido prohibida expresamente por el art. 412 de la Ley 1/2000.

Cuando las nuevas pretensiones son formuladas por el demandado, se produce la llamada **reconvencción**, que consiste en deducir una pretensión por el demandado frente al actor en el escrito de contestación, pretensión que será ejercitada y resuelta en el mismo proceso.

Se trata de una acumulación objetiva y sobrevenida; pero a pesar de ser objetiva, la LEC y la Ley 1/2000 la regulan de forma independiente, como un trámite autónomo dentro del proceso declarativo, separándola de la acumulación de pretensiones.

Para que pueda darse esta acumulación la ley exige:

- Que exista conexión entre la demanda principal y la reconvenccional.
- Que el juez ante el cual se formula la reconvencción sea competente objetivamente.
- Que exista homogeneidad entre los procedimientos que deberían seguir cada una de las pretensiones, de haberse deducido independientemente.

Cuando las nuevas pretensiones son formuladas por un tercero, se produce la **intervención**, que consiste en la introducción, en un proceso pendiente entre dos o más personas, de un tercero que formula, junto a las partes originarias o frente a ellas, una pretensión, bien dirigida a la defensa del derecho de alguna de las partes, o bien dirigida a la defensa de su propio interés.

La principal forma de intervención se produce cuando el tercero propone una pretensión que tiene conexión con la pretensión inicial, pero que resulta incompatible con ésta. Esta forma de intervención, sin embargo, no aparece regulada en nuestro Derecho positivo.

Acumulación de autos.

Regulada por los art. 160–187 LEC, y art. 74 y SS de la Ley 1/2000.

Consiste en la reunión, en un solo proceso, de otros dos o más que se han iniciado de forma separada; teniendo en cuenta que entre ellos existe conexión, la ley permite su reunión en un solo proceso. Se resolverán todos por medio de una misma sentencia, pero ésta deberá contener tantos pronunciamientos como procesos existan.

La acumulación de autos se justifica por las mismas razones que la acumulación de pretensiones, y ambas categorías pertenecen al mismo género, porque suponen un aumento en el objeto del proceso. Presupuestos necesarios para la acumulación de autos:

- Debe producirse a instancia de las personas que sean parte en alguno de los procesos que se pretende acumular.

- Litis pendencia: que todos los procesos se hayan iniciado, y que ninguno de ellos se encuentre concluso para sentencia, ni en ellos hayan sido las partes citadas para sentencia.
- Homogeneidad entre los procesos: deben poder ser tramitados a través de los mismos cauces procedimentales.

Causas de la acumulación de autos:

- Prejudicialidad: podrá decretarse la acumulación cuando la sentencia que deba dictarse en uno de los pleitos produzca efecto de cosa juzgada en otro.
- Litis pendencia: cuando exista pleito pendiente en el juzgado competente sobre el mismo objeto y entre las mismas partes.
- Por razón de la *vis atractiva* que tienen determinados procesos, los llamados juicios universales, por ejemplo los juicios de testamentaría y los juicios concursales.
- Identidad de los elementos identificadores del proceso: se acumularán los procesos cuando tengan en común los sujetos, el petitum y la causa petendi; o bien cuando tengan en común los sujetos y el petitum, o los sujetos y la causa petendi; o bien cuando sean comunes el petitum y la causa petendi; o bien cuando sólo tengan en común la causa petendi.

En la nueva LEC, se admitirá la acumulación de autos:

- Cuando una de las sentencias que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en otro.
- Cuando, atendidos los objetos de los procedimientos, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes.

Requisitos procesales:

- Debe tratarse de procesos que se sustancien por los mismos trámites, o cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos de defensa, aunque no sigan los mismos trámites. Esto constituye una novedad de la Ley 1/2000.
- Todos los procesos deben encontrarse en la primera instancia (la LEC exige que se encuentren en la misma instancia, pero sin señalar cuál), y ninguno de los procesos puede estar concluso para sentencia.
- La acumulación puede alterar la competencia objetiva, salvo que el tribunal ante el cual se pretenda la acumulación carezca de dicha competencia, en función de la materia o de la cuantía. También puede alterarse la competencia territorial, salvo en los casos en los que dicha competencia esté sometida a normas inderogables.
- En cuanto a la competencia para conocer de los procesos acumulados, será competente el tribunal que estuviera conociendo del proceso más antiguo. Ante este tribunal debe formularse la solicitud de acumulación.

Para determinar qué proceso es el más antiguo, debe atenderse a la fecha de presentación de la demanda. Cuando dos demandas se presentasen en el mismo día, se atenderá a la fecha en la que hayan sido repartidos. Si la fecha de reparto fuese la misma, entonces los procesos son iguales a estos efectos.

En la Ley 1/2000 se establecen dos procedimientos para realizar la acumulación de procesos, que se diferencian por razón de si los procesos en acumulación se encuentran ante el mismo tribunal ante el que se pide la acumulación, o bien ante distintos tribunales.

Cuando los procesos penden ante el mismo tribunal:

- Debe haber una petición fundada de parte.

- El juez examinará dicha petición, y si la rechaza, dictará un auto denegando la acumulación.

Si el juez admite la petición, se dará traslado de la misma a todas las partes interesadas en cada uno de los procesos, y se les concederá un plazo de 10 días para que aleguen lo que sea necesario en orden a la petición. Pasado el plazo, el juez resolverá sobre la petición mediante un auto que autorizará o denegará, en su caso, la acumulación solicitada. Contra el auto cabe recurso de reposición.

Cuando los procesos estén ante distintos tribunales, la petición de acumulación no suspende el curso de los autos. Formulada la petición, se informa de la misma a las partes, debiendo el juez comunicar la petición a los demás tribunales ante los cuales penden el resto de procesos. Si el juez acepta la acumulación, libraré oficio para que se remitan los procesos. Cuando el otro juez reciba el oficio, puede entender:

- Que no procede la acumulación.
- Que procede, pero es a él a quien corresponde su conocimiento.

En este segundo caso, se produce una discrepancia entre los tribunales. Dicha discrepancia debe ser puesta en conocimiento del órgano judicial superior de ambos, para que éste resuelva sobre la acumulación. La resolución es definitiva.

REGLAS PARA DETERMINAR LA CUANTÍA Y JUICIO CORRESPONDIENTE EN LOS PROCESOS DECLARATIVOS.

En principio, toda contienda judicial entre dos partes que no tenga señalado trámite especial, se sustanciará y decidirá por alguno de los juicios que contempla la ley.

La LEC de 1881, actualmente vigente, recoge cuatro juicios ordinarios: verbal, cognición, menor cuantía y mayor cuantía. La Ley 1/2000 recoge sólo dos: verbal y ordinario. En ambas leyes, los diversos juicios se distinguen por la cuantía; por ello la ley obliga al demandante a precisar en la demanda cuál es la cuantía del pleito.

En la mayoría de los casos no es difícil determinar el valor de la pretensión; si hubiese dificultades, la LEC recoge 17 reglas que pretenden dar solución al problema. Si no fuesen suficientes, el art. 484 LEC dispone que el cauce procedimental por defecto será el juicio ordinario de menor cuantía.

La Ley 1/2000 establece también la obligación del actor de fijar el valor de la pretensión. Si no fuese posible, el art. 251 contiene una serie de reglas para solucionar el problema; si este artículo es insuficiente, el art. 252 contiene las reglas especiales para los casos de acumulación. Si aún así tampoco pudiera determinarse la cuantía, se trataría de un asunto de cuantía inestimable, y el cauce a seguir sería el juicio ordinario.

En cuanto al control de la cuantía: el actor es quien la fija en la demanda. La alteración del valor de los bienes una vez iniciado el proceso no modifica la clase de juicio. Ahora bien; la Ley 1/2000 establece 2 sistemas de control:

- El juez, de oficio, debe examinar la cuantía del pleito, siempre que afecte al procedimiento por el cual debe tramitarse el asunto. El juez no está vinculado por que haya pedido el actor en la demanda, y si la cuantía no fuese la correcta, conforme a la LEC dictará un auto inadmitiendo la demanda por inadecuación del procedimiento. A este respecto, la Ley 1/2000 establece que el juez dará a la demanda el curso que corresponda por razón de la cuantía. No podrá inadmitir la demanda por señalar ésta un procedimiento incorrecto; pero si el juez aprecia de oficio que la cuantía es incorrecta y no hay en la demanda instrumentos para calcularla correctamente, entonces no dará curso a los autos hasta que el actor subsane el defecto.
- El demandado puede impugnar la cuantía cuando considere que no es adecuada, y en particular, en dos

casos: primero, cuando el error afecta a la clase de juicio, y segundo, cuando resultaría procedente el recurso de casación.

En la LEC, la posible impugnación de la cuantía se realiza por el demandado:

- En los juicios verbal y de cognición, en el acto de juicio verbal o en el acto de comparecencia.
- En el juicio de menor cuantía, en el acto de comparecencia.
- En el juicio de mayor cuantía, en el incidente de impugnación de la cuantía; se realiza en el momento de contestación a la demanda, dentro de los 4 primeros días del plazo para contestar por el demandado.

Criterio de la materia.

Es un criterio especial, que prima sobre el de la cuantía, el cual sólo se aplica cuando no haya una norma expresa en contrario. Las reglas especiales en cuanto a materia deben observarse en dos momentos:

- En un primer momento, debe comprobarse si la materia que se lleva a juicio tiene previsto en la ley un procedimiento especial, es decir, alguno de los incluidos en el libro IV de la LEC.
- En el caso de que la materia no tenga señalado un juicio especial, debe diferenciarse si se trata de juicio ordinario o juicio verbal. En este sentido, los artículos 249 y 250 señalan los asuntos que deben conocerse por cada uno de los procedimientos apuntados.

II – SUJETOS DEL PROCESO DE DECLARACIÓN

XVIII – COMPETENCIA

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

Ambos términos son distintos, pero están íntimamente relacionados, hasta el punto de que la competencia presupone la existencia de jurisdicción. Los órganos jurisdiccionales tienen atribuida la potestad jurisdiccional de forma exclusiva; potestad que es única e indivisible. Pero en la realidad existe una multiplicidad de órganos, y debe determinarse qué corresponde conocer a cada uno de ellos, en concreto.

La potestad jurisdiccional es única e indivisible, pero cuando esa potestad se dinamiza y se transforma en función jurisdiccional, entonces es posible su distribución; y a la distribución del ejercicio de la función jurisdiccional es a lo que atiende la competencia, definida como **conjunto de reglas que determinan la atribución de un asunto concreto a un órgano jurisdiccional particularizado, con exclusión de los demás.**

FUNDAMENTO DE LA COMPETENCIA.

El principal fundamento de la competencia es la multiplicidad de órganos jurisdiccionales. Dicha multiplicidad es exigida por el propio sistema, ya que la existencia de recursos judiciales requiere la existencia de varios órganos.

La pluralidad de órganos se traduce en una diversidad de grados. Dentro de cada grado existe además variedad en los tipos de órganos que éste comprende, y dentro de cada tipo hay una pluralidad de órganos. Esta diversidad de grados, variedad de tipos y pluralidad de órganos se articula de acuerdo con dos criterios: jerárquico y territorial. Cada órgano jurisdiccional ejerce su actividad en una determinada porción del territorio, de forma que a medida que se asciende en el grado la porción de territorio es mayor, y menor el número de órganos.

La diversidad, variedad y pluralidad explica la existencia de criterios de atribución de la competencia, de forma que la competencia señala la medida de la jurisdicción: aplicando los 3 criterios de competencia podremos determinar a qué órgano en particular corresponde el conocimiento de un asunto concreto.

- El criterio funcional señala a qué grado corresponde conocer de las distintas fases del proceso.
- El criterio objetivo señala a qué tipo de órgano, dentro de los del mismo grado, corresponde el conocimiento.
- El criterio territorial señala el órgano en concreto, dentro de los del mismo tipo.

La competencia objetiva y funcional vienen establecidas por normas de ius cogens, de forma que no son disponibles para las partes; además, la competencia objetiva y territorial son originarias, mientras que la competencia funcional es derivada.

CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA.

Criterio objetivo:

La competencia objetiva determina cuál de entre los diferentes tipos de órganos debe conocer en primera instancia de un asunto concreto, es decir; ante qué juez debemos presentar la demanda. Esta atribución de la competencia es sencilla, porque sólo dos tipos de órganos pueden conocer en primera instancia: el juez de primera instancia y el juez de paz (debe mencionarse al Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad Autónoma, que puede conocer en primera instancia de las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra jueces y magistrados).

La atribución de la competencia la realiza la ley tomando como base dos criterios:

- Atendiendo a la cuantía o valor económico del bien en litigio: es competente el juez de paz para el conocimiento de los asuntos cuya cuantía no exceda de 15.000 pesetas, y el juez de primera instancia para todos los asuntos de cuantía superior.
- Atendiendo a la materia o naturaleza de los derechos que se ventilan en juicio; así, los juzgados de primera instancia conocerán de los asuntos que no vengan atribuidos por la ley a otros órganos jurisdiccionales (art. 85.1 LOPJ), de forma que es competente para conocer de todos los juicios de cualquier cuantía, y además de todos los juicios especiales (art. 45 Ley 1/2000).

Las normas reguladoras de la competencia objetiva son de ius cogens, de forma que la alteración de las mismas podría afectar al principio del juez legal. Para asegurar su efectividad, se prevé un control de oficio por el propio órgano, por razón de la cuantía. También se permite un control de las partes; el demandado puede denunciar la falta de competencia objetiva mediante el mecanismo de declinatoria.

COMPETENCIA FUNCIONAL.

Trata de establecer a qué órganos corresponde el conocimiento de los asuntos en cada una de las instancias. Esta competencia es derivada, ya que entra en juego una vez se conoce al juez al que le ha correspondido el conocimiento de un asunto. Para determinar la competencia funcional debe siempre partirse de la pendencia de un proceso.

La Ley 1/2000 dispone que corresponde funcionalmente:

- A los jueces de primera instancia, el conocimiento de los recursos de apelación y queja contra resoluciones dictadas por los jueces de paz de su partido judicial; también el conocimiento de la rescisión de sentencias firmes a instancia del rebelde, cuando la sentencia hubiera sido dictada por el propio juez de primera instancia.

- A las Audiencias Provinciales: conocimiento de los recursos de apelación y queja contra las sentencias dictadas por los jueces de primera instancia de la provincia; el conocimiento de la rescisión de sentencias firmes a instancia del demandado rebelde; y del recurso de anulación contra laudos arbitrales.
- Al Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad: recursos de casación y revisión contra las resoluciones de las audiencias provinciales de la Comunidad, siempre que el Estatuto haya previsto esa competencia, y el recurso se base en infracciones del Derecho civil foral.
- A la Sala primera del Tribunal Supremo: recursos de casación, revisión y demás recursos extraordinarios que prevea la ley. Entre ellos está el recurso por infracción procesal, introducido por la Ley 1/2000.

La competencia funcional se regula por normas de ius cogens, y por tanto indisponibles por las partes. El control de esta competencia funcional debe hacerse de oficio, al formular el recurso. Si el demandado desea denunciar la falta de competencia funcional, el mecanismo a emplear es la declinatoria. Esta declinatoria es un mecanismo único, previsto para denunciar la falta de competencia objetiva, funcional y territorial, y también la falta de jurisdicción y la sumisión de un asunto al arbitraje.

COMPETENCIA TERRITORIAL.

Determina a qué órgano concreto, de entre los pertenecientes al mismo tipo, corresponde conocer de un asunto concreto. La delimitación se realiza conforme a determinados criterios que contiene la ley y que se denominan **fueros**. Estos fueros se definen, según Gómez Orbaneja, por un lado, como el sometimiento de una persona u objeto litigioso al poder jurisdiccional de un juez territorial determinado; y por otro lado, como el fundamento en virtud del cual una persona en sus contiendas, o éstas directamente, quedan sometidas al poder de la jurisdicción localizado en un territorio.

Las normas que disciplinan la competencia territorial obedecen a dos criterios:

- A la voluntad de las partes, o los llamados *fueros convencionales*.
- Al tenor de la ley; *fueros legales*.

La ley establece un orden de prelación entre los distintos fueros a aplicar:

- En primer lugar debe tenerse en cuenta la voluntad de las partes, las cuales, mediante la sumisión, determinarán la competencia territorial en el caso concreto.
- A falta de fuero convencional, o estando éste prohibido, debe acudir a los fueros legales; primero a los *especiales*, que son los que se aplican inmediatamente después de comprobarse la falta de fuero convencional; y después al *general*. Además, los fueros legales pueden ser *exclusivos*, si el demandado puede exigir que se le cite en ese territorio, con exclusión de los demás, o *concurrentes*, cuando existen en la ley varias opciones. El fuero legal concurrente podrá ser a su vez electivo cuando se da al demandante la posibilidad de elegir entre las distintas opciones, o sucesivo, cuando la ley establece varios fueros, entrando cada uno en funcionamiento en defecto del anterior.

En cuanto al fuero convencional, el instrumento de las partes para elegir la competencia territorial es la sumisión, que puede ser tácita o expresa. La ley otorga primacía a la sumisión tácita; esta sumisión se traduce en el efecto que la ley reconoce a determinadas actuaciones procesales, por virtud del cual dichas actuaciones determinan automáticamente la atribución de la competencia territorial al órgano de que se trate. La finalidad es evitar que se produzcan cuestiones de competencia. Las actuaciones a las que la ley reconoce este efecto son:

- Por el demandante, el hecho de plantear la demanda ante el juez.
- Por el demandado, el realizar en juicio cualquier gestión que no sea plantear en forma la declinatoria.

La sumisión expresa es una declaración de voluntad extraprocésal, por la que las partes de una determinada relación jurídica material fijan de mutuo acuerdo cuál debe ser el juez competente para conocer de los litigios que puedan originarse con ocasión de dicha relación. Se trata de un pacto acordado por las partes, que se suele incorporar a los contratos como una cláusula de los mismos. La sumisión expresa exige la renuncia expresa de cada uno de los contratantes a su fuero propio, y la determinación exacta del juzgado o tribunal al que se someten. Esta sumisión no puede adoptar la forma de cláusula de adhesión, ya que se trata de un acuerdo bilateral.

Este pacto sólo vincula a las partes que lo suscriben y a sus causahabientes, pero no a terceros. El pacto suele formalizarse por escrito, siendo necesaria la renuncia de ambas partes a su fuero propio, y la designación precisa del órgano jurisdiccional al que se someten. Dicha designación sólo podrá hacerse a favor de un juez que sea objetiva y funcionalmente competente.

La existencia de la sumisión implica que la competencia territorial es disponible por las partes. Sin embargo, la doctrina ha hecho hincapié en la necesidad de configurarla de modo imperativo, por diversas razones:

- Puede restringir los derechos de las partes, ya que la cláusula de sumisión refleja siempre la voluntad del contratante más poderoso de la relación.
- Las razones históricas que justificaban la defensa a ultranza de la autonomía de la voluntad han desaparecido, ya que todo lo referente al proceso es cuestión de orden público.
- La configuración de la competencia territorial como inderogable desembocaría en un mejor reparto de los asuntos entre los tribunales.

Haciéndose eco de esta doctrina, la reforma de la LEC operada en 1992 prohibía la sumisión en cuanto a los juicios verbales, ejecutivos e hipotecarios.

La Ley 1/2000 contempla la posibilidad de sumisión, pero contiene numerosas prohibiciones; la prohíbe en los juicios verbales, en los procesos del art. 52, en la mayoría de casos sometidos a fueros especiales, y en los casos en los que la ley atribuye imperativamente la competencia, bien prohibiendo expresamente la sumisión, o bien estableciendo la obligación que tiene el juez de examinar de oficio la competencia.

Cuando las partes no se someten, expresa o tácitamente, a un juzgado o tribunal, bien porque no lo estiman oportuno, o bien porque la ley lo prohíbe, entran en juego los llamados **fueros legales**. Estos fueros se establecen en base a dos consideraciones:

- En función de la naturaleza de las pretensiones deducidas en juicio; en este caso, estamos ante fueros legales especiales.
- En función de determinadas normas supletorias, establecidas con independencia de la naturaleza de las pretensiones; entonces se trata de fueros legales generales.

Los fueros especiales se regulan en el art. 52 de la Ley 1/2000, que contiene 15 reglas cuyo objeto es determinar el juez competente en cada caso, teniendo en cuenta la pretensión que se ventila en el proceso. A falta de fueros especiales, rigen las reglas de los artículos 50, 51 y 53, que disponen que:

A) Para las personas físicas, y si la ley no dispone otra cosa, será competente el tribunal del domicilio del demandado. Si el demandado careciera de domicilio en España, será competente el tribunal correspondiente a la residencia que éste tuviera en el país. Si tampoco tiene residencia, puede ser demandado en el lugar en el que se encuentre, dentro del territorio nacional, o en el lugar donde haya tenido su última residencia. Si no se diera ninguna de las circunstancias anteriores, podrá el sujeto ser demandado ante el tribunal que corresponda al domicilio del demandante.

Cuando se trate de empresarios o profesionales, en litigios derivados de su actividad, podrán ser demandados

en el lugar donde desarrollen dicha actividad. Si la actividad es desarrollada en varios lugares, será competente el tribunal de cualquiera de ellos, a elección del demandante.

B) Para las personas jurídicas y las entidades sin personalidad, el fuero es, en principio, el de su domicilio legal. Sin embargo, podrán ser demandadas en el lugar donde hubiera nacido la relación jurídica que da lugar al litigio, siempre que allí tuviera el demandado un establecimiento abierto al público o un representante autorizado para comparecer en nombre de la entidad.

C) En los casos de acumulación de pretensiones, será tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, el tribunal que deba conocer del mayor número de las pretensiones acumuladas; y en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente.

D) Cuando concurra litisconsorcio pasivo necesario, y la competencia territorial, conforme a las reglas generales, pudiera corresponder a los jueces de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante.

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL.

La competencia territorial puede ser fijada por la voluntad de las partes, mediante sumisión, o bien a través de las normas legales. Si la competencia es atribuida por la ley, la competencia territorial debe ser controlada de oficio por el juez en el momento de la presentación de la demanda, y antes de decidir sobre su admisibilidad. Pero ello no impide que el juez decida sobre su competencia territorial en el momento de la audiencia previa (en el juicio ordinario) o en el momento de la vista (en el juicio verbal). En cambio, el demandado sólo puede denunciar la falta de competencia del tribunal en el momento de contestar a la demanda, y no después.

El juez, al examinar su competencia, debe oír a las partes y al Ministerio Fiscal, y una vez oídos ambos, podrá, en su caso, declararse incompetente. Esta falta de competencia debe ser resuelta mediante auto, y deberá remitirse todo lo actuado al órgano que el juez estime competente para el conocimiento.

En el caso de que hubiera fueros concurrentes electivos, el juez deberá oír al actor sobre este extremo, y sólo después remitirá los autos en consecuencia.

Si el juez no oyó a todas las partes, el órgano que recibe los autos deberá oír a las partes que corresponda, pudiendo después declararse incompetente. En este caso, se plantea una cuestión de competencia, y deberá remitirse todo lo actuado al órgano jurisdiccional superior común de los tribunales en conflicto, el cual decidirá, sin posibilidad de recurso ulterior, qué tribunal es el competente.

Por otro lado, en el caso de que la competencia territorial no viniese establecida por una norma imperativa, el juez no tiene por qué controlar de oficio su competencia. El mecanismo previsto para denunciar la falta de competencia es la **declinatoria**, que puede ser usada por el demandado y los que pudieran ser parte legítima en el proceso. *Parte legítima* debe entenderse al sujeto que, aun no habiendo sido demandado, puede intervenir en el proceso mediante intervención provocada; también se entiende parte legítima al que debió ser parte en un litisconsorcio pasivo necesario, cuando éste se haya constituido defectuosamente.

El sistema de la declinatoria es más sencillo que la inhibitoria, desde el punto de vista procedimental; además, supone una importante modificación, porque convierte a la competencia en una cuestión incidental de previo pronunciamiento. Quiere decir que, cuando se plantea la declinatoria, ésta debe ser resuelta por el juez de forma previa a cualquier otra cuestión.

La declinatoria se plantea ante el tribunal al que se considera incompetente por medio de un escrito, que debe

presentarse; en el juicio ordinario, dentro de los 10 primeros días del plazo para contestar a la demanda; en el juicio verbal, en los 5 días siguientes a la citación para la vista. Es posible que el escrito sea presentado ante el tribunal del domicilio del demandado, en cuyo caso, tan pronto como se haya presentado, el juez que lo recibe debe transmitirlo al juez que corresponda, por el medio más rápido, y dentro del mismo día.

Al escrito deben acompañarse los documentos o principios de prueba en que se funde la formulación de la declinatoria. Si a través de la declinatoria se denuncia la falta de competencia territorial, deberá indicarse en el escrito el tribunal que se considera competente, y a él deben remitirse las actuaciones.

Dado que la declinatoria consiste en un incidente de previo pronunciamiento, conlleva la suspensión del procedimiento y la interrupción de todos los plazos, hasta que sea resuelta por el juez. Del escrito se da traslado al resto de los litigantes, para que aporten y aleguen lo que estimen oportuno en el plazo de 5 días. Oídas las partes, hayan o no formulado alegaciones, el juez debe resolver sobre la declinatoria por medio de auto.

- Si se desestima la declinatoria, el proceso sigue su curso.
- Si se estima, cuando la declinatoria versa sobre falta de jurisdicción, o de competencia genérica, de competencia objetiva o sobre la necesidad de sumisión del asunto al arbitraje, el juez se abstendrá de conocer del asunto, sobreseyendo el proceso e indicando a las partes ante qué órgano deben usar su derecho.

Cuando la declinatoria versa sobre competencia territorial, si el juez la estima, se abstendrá de conocer del asunto y remitirá las actuaciones al juez que resulte competente.

- Si la competencia territorial viene dada por la ley, el juez debe someterse a los criterios legales.
- Si la competencia territorial no está sujeta a normas imperativas, el juez debe someterse a la decisión del demandante.

El auto que resuelve la declinatoria es impugnabile, aunque la Ley 1/2000 ha establecido limitaciones a dicha impugnabilidad:

- Cuando la declinatoria versa sobre competencia genérica, jurisdicción o necesidad de sumisión del asunto al arbitraje, y se estima, cabe contra el auto recurso de apelación. Contra el auto que inadmite la declinatoria sólo cabe recurso de reposición, sin perjuicio de que en el momento de formularse recurso de apelación contra la sentencia definitiva, se incluya como motivo de impugnación la denegación de la declinatoria.
- Cuando la declinatoria versa sobre competencia territorial, el auto que resuelve sobre ella es irrecurrible; pero se admite la alegación de falta de competencia en el recurso de apelación de la sentencia definitiva, y en el recurso extraordinario por infracción procesal.

REPARTO DE ASUNTOS Y CUESTIONES PREJUDICIALES.

Reparto de asuntos.

Las normas de reparto se contienen en la LEC, y deberían ser de aplicación a todos los procesos, por cuanto la LEC tiene carácter de legislación procesal supletoria. Sin embargo, ocurre que se trata de una cuestión puramente orgánica, no procesal, de forma que su regulación debe ser asumida por la LOPJ. La importancia de las normas de reparto se debe a que pueden influir en el principio del juez legal predeterminado por la ley. Son normas gubernativas, y dicho carácter se pone de manifiesto cuando se excluye la posibilidad de formular declinatoria contra su vulneración.

Dicha vulneración debe denunciarse en el momento de la presentación de la demanda, y trae como

consecuencia la nulidad de todo lo actuado posteriormente. Pero a pesar de ello, y para evitar daños irreparables, el juez decano puede adjudicar el conocimiento de un asunto a un juzgado cuando no pueda esperarse a la diligencia de reparto sin sufrir perjuicio.

Cuestiones prejudiciales.

Son las cuestiones conexas con la cuestión de fondo planteada en el proceso, y que por razón de su naturaleza, su conocimiento se atribuye a otros órganos de distinto orden jurisdiccional, en los que podrían dar lugar a procedimientos y recursos propios. Estas cuestiones surgen cuando hay un proceso civil abierto y su resolución está condicionada por aquella que se adopte en relación con dicha cuestión conexa. La verdadera cuestión prejudicial es aquella cuyo conocimiento no puede nunca estar atribuido a un tribunal civil (porque entonces se trataría de una cuestión incidental), de forma que puede hablarse de prejudicialidad laboral, administrativa, penal, constitucional y comunitaria.

En los casos de cuestiones prejudiciales laborales y administrativas, el juez civil al que le surge la cuestión puede pronunciarse sobre ella como elemento lógico para decidir el objeto del proceso civil que ante él se sigue; pero ocurre que la resolución de la cuestión por el juez civil no producirá efecto de cosa juzgada. Por otro lado; una vez se presente la cuestión prejudicial laboral o administrativa, el juez puede suspender el curso de los autos hasta que la cuestión sea resuelta por el tribunal correspondiente. En ese caso, lo resuelto por el juez de lo social o de lo contencioso-administrativo sí vinculará al juez civil.

XIX – PARTES PROCESALES

INTRODUCCIÓN

Todo proceso requiere de la existencia de tres personas: el juez, que es el sujeto imparcial, y dos partes o sujetos parciales. En cuanto a las partes, debe precisarse *quién puede* ser parte, en cuyo caso hablamos de la capacidad para ser parte, y *quién debe serlo* en un proceso determinado, en cuyo caso hablamos de legitimación.

Normalmente el proceso surge a consecuencia de un conflicto de intereses surgido en el seno de una relación jurídico-material. Los titulares de dicha relación se convierten entonces en las partes del proceso. Pero no siempre ocurre así, porque el proceso se inicia con la simple interposición de una pretensión, siendo posible que no sean los titulares de la relación los que aparezcan en el proceso: bien porque se falta a la verdad, porque se incurre en error, o porque el proceso se inicia por alguien que no es titular de la relación jurídico-material. Por lo tanto, la condición material de parte no tiene por qué coincidir con la parte procesal.

La parte puede definirse como **la persona o personas que formulan la pretensión ante el órgano jurisdiccional, y la persona o personas ante las cuales dicha pretensión es formulada**. La parte puede ser demandante o demandado. Por exclusión, desde un punto de vista negativo, llamamos tercero a aquel que no es parte en el proceso. Ello debe entenderse sin perjuicio de que ese tercero intervenga posteriormente en el proceso, pero entonces se denomina de otro modo.

CAPACIDAD PARA SER PARTE

Hay que diferenciar entre la capacidad para ser parte y la capacidad procesal.

Capacidad para ser parte equivale a aptitud para ser titular de los derechos, cargas u obligaciones derivadas del proceso. Esta capacidad se reconoce:

1. A las personas físicas, que tienen capacidad para ser parte desde que nacen hasta que mueren. En cuanto al nacimiento y muerte, deben tenerse en cuenta los artículos 29 y 30 del Código Civil. También se reconoce

capacidad para ser parte al concebido no nacido en todo aquello que le sea favorable.

2. A las personas jurídicas, desde su creación hasta su disolución. Estos dos momentos vienen dados por los respectivos actos jurídicos. En cuanto a las personas jurídicas públicas, no existen problemas para el conocimiento del acto jurídico de su creación o disolución; más problemas plantean las personas jurídicas privadas. Cuando se trata de sociedades mercantiles, para su propia existencia se exige escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. Sin embargo, las sociedades civiles se rigen por el principio de libertad de forma en cuanto a su constitución.

Capacidad procesal equivale a la aptitud para realizar válidamente los actos procesales. Esta capacidad es más restringida, de forma que no todo aquel que tiene capacidad para ser parte puede también tener capacidad procesal. En cuanto a las personas físicas, pueden comparecer en juicio los que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles; conforme a lo dispuesto en el Código Civil, poseen capacidad procesal todos los mayores de edad en los que no concurra causa de incapacidad declarada judicialmente. Para las personas incapaces conforme a estas normas, la ley prevé mecanismos que sustituyen esta falta de capacidad procesal.

Los menores de edad deben actuar por medio de representante legal, que puede ser:

1. Los padres que ostenten la patria potestad, bien de forma conjunta o bien uno de ellos con el consentimiento tácito o expreso del otro. En el caso de que exista conflicto entre los padres y el menor, se nombrará un defensor judicial.
2. El tutor legal, que necesita autorización judicial para entablar demanda en cuanto a los derechos del tutelado, salvo para los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

Los menores emancipados pueden concurrir a juicio con su propia representación. Los mayores de edad sometidos a patria potestad carecen de capacidad procesal y en su representación actúan sus progenitores. A los mayores de edad se les presume plenamente capaces, y para que entre en funcionamiento cualquier representación, deberá ser declarada la incapacidad por sentencia firme. Dicha sentencia determinará la extensión y los límites de la incapacidad, así como el régimen de tutela o guarda del incapacitado. Aquella persona que haya sido declarada pródiga será sometida a curatela, y la sentencia que declare la prodigalidad debe establecer los actos en los que el pródigo no puede intervenir.

En la práctica se dan situaciones intermedias, porque puede haber menores que no estén sometidos a patria potestad y sobre los cuales aún no se ha declarado la tutela. En estos casos la representación y defensa las asume el Ministerio Fiscal, mientras se procede al nombramiento de defensor judicial.

Ni la extranjería, el matrimonio o el estado civil pueden considerarse causas limitadoras de la capacidad procesal. Tampoco la declaración de ausencia, ni la declaración de concurso o quiebra. Los concursados y quebrados no carecen de capacidad procesal, sino que se les aplican determinadas limitaciones en cuanto a legitimación.

En cuanto a las **personas jurídicas**, gozan de capacidad procesal desde que el ordenamiento les haya reconocido personalidad, pero necesitan de personas físicas que exterioricen su voluntad; se trata de la *representación necesaria*. Para determinar a quién en concreto corresponde la representación, debe estarse a lo que dispongan las normas materiales que regulan cada entidad. Casos especiales:

- En caso de entidades sin personalidad jurídica, a quien la ley determine en cada caso concreto.
- En caso de patrimonios autónomos o separados, al depositario, administrador o a los síndicos de la quiebra.
- En caso de herencia yacente, al administrador de la herencia, herederos o albaceas.

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CAPACIDAD PARA SER PARTE Y DE LA CAPACIDAD PROCESAL

Ambas condicionan la admisibilidad de los actos procesales, y deben existir a lo largo de todo el proceso. Su ausencia sobrevinida y las variaciones que en ellas se produzcan no provocan, como norma general, la terminación del proceso, pero sí exigen cambios en la persona física que actúa. Si alguien en principio capaz ha sido judicialmente incapacitado, obligatoriamente debe ser representado por quien haya sido encargado de su guarda.

Si fallece alguna de las partes, se produce la **sucesión procesal**, salvo cuando el proceso verse sobre derechos personalísimos.

Los mecanismos de control de ambas capacidades son idénticos; se controlan de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso (art. 9). Ello no impide el posible control a instancia de parte, que se realizará:

- Juicio ordinario: el demandado, en la contestación; el demandante, en la audiencia previa; y ambas partes, como cuestión incidental suspensiva previa al juicio, siempre que sea alegado por hechos ocurridos después de la audiencia previa.
- Juicio verbal: para actor y demandado, en el desarrollo de la vista.

Efectos de la falta de capacidad

Hay que distinguir si se trata de un defecto subsanable, o insubsanable; bien porque siempre lo fue, o bien porque, habiendo sido subsanable, expiró el plazo para su subsanación.

La terminología del art. 418 es equívoca, porque todo defecto de capacidad es insubsanable, ya que, o se posee capacidad, o no se posee. Si faltase la capacidad requerida, procede el sobreseimiento de la causa y el archivo de los autos.

Lo que sí es subsanable es la falta de acreditación de la capacidad procesal o de la capacidad para ser parte; en estos casos, el juez dará 10 días a la parte para que lo subsane, suspendiendo el curso de los autos hasta entonces. Si pasados los 10 días el defecto persiste, el juez dictará un auto poniendo fin al proceso.

XX – PARTES PROCESALES (II)

LEGITIMACIÓN PROCESAL

El derecho de acción al que alude el art. 24.1 CE debe siempre ejercerse con un determinado objeto procesal y litigioso. La legitimación alude a una especial condición o vinculación de uno o varios sujetos con un objeto litigioso determinado, vinculación que los habilita para comparecer o exige su comparecencia en un proceso concreto, a fin de obtener una sentencia sobre el fondo del asunto.

Se estudia la legitimación porque a veces sucede que los sujetos de una relación jurídico-material no son quienes van a actuar en el proceso. Estos supuestos son de **legitimación extraordinaria**, y dan lugar a cierta polémica doctrinal; desde que se permite que alguien haga valer en su nombre un derecho ajeno del que otro es titular, se plantea el problema de determinar quién es la parte legítima.

La legitimación aparece como un requisito para la aplicación del Derecho sustantivo, como posición habilitante que se obtiene mediante la afirmación de la titularidad del derecho y la imputación de la obligación; pero además se exige que exista un interés legítimo. Dicho interés sitúa al sujeto en una posición legítima para poder formular una pretensión concreta.

CLASES DE LEGITIMACIÓN

Se distingue la legitimación **directa u ordinaria** de la **indirecta o extraordinaria**. La legitimación ordinaria puede ser originaria o derivada. Pero hay que distinguir entre:

A) Relaciones jurídicas: la legitimación consiste en la afirmación de la titularidad del derecho subjetivo material que se debate en juicio y en la imputación de la titularidad de la obligación correlativa.

- Hay legitimación ordinaria originaria cuando se afirma que el demandante y el demandado son los titulares originarios del derecho y de la obligación.
- Hay legitimación ordinaria derivada cuando cualquiera de las dos partes comparece afirmando ser titular de un derecho u obligación que en origen perteneció a otra persona, y que le fue transmitido por un acto inter vivos o mortis causa.

B) Situaciones jurídicas: no hay derecho subjetivo ni obligación; son supuestos de **pretensiones constitutivas**. En ellos, se debate una situación jurídica en la que la ley dice qué posición ocupa cada una de las personas que la ley marca como legitimados. Es una legitimación ordinaria que viene atribuida por ley, y se da en las situaciones relacionadas con las personas, del título I del Código Civil.

La legitimación extraordinaria o indirecta aparece cuando el que ejercita la pretensión no está afirmando la titularidad del derecho subjetivo ni imputa la obligación al demandado. La ley procesal permite, en ocasiones, la interposición de una pretensión a quien no puede afirmar la titularidad de un derecho subjetivo. La ley concede esta posibilidad cuando se trata de proteger un determinado interés, que puede ser particular, social o público.

La ley protege derechos subjetivos particulares frente a otros derechos particulares a través de la **sustitución procesal**, que permite a una persona ejercitar un derecho subjetivo que pertenece a otra. El ejemplo más frecuente es el de la acción subrogatoria del art. 1111 del Código Civil, en la cual concurren dos relaciones jurídicas:

- La primera existe entre un acreedor y un deudor.
- La segunda existe entre el deudor de la primera relación y otra persona que es deudor suyo.

La ley legitima al acreedor de la primera relación para que se dirija directamente contra el deudor de la segunda relación.

La necesidad de proteger un interés social se da en aquellas situaciones en las cuales se ven afectados determinados grupos de personas. La ley otorga legitimación extraordinaria por interés social a distintas asociaciones de personas, para la defensa de sus intereses. Dicha legitimación extraordinaria se puede observar en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley General de Publicidad, Ley de Competencia Desleal, Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, etc.

En otros casos se pretende proteger un interés público, y en estos casos la ley otorga legitimación al Ministerio Fiscal.

Como norma general, la simple afirmación de la titularidad de un derecho subjetivo sirve para acreditar la legitimación. Sin embargo, hay supuestos en los que se exige un principio de prueba acerca de la legitimación que se posee, por dos causas:

- A causa del otorgamiento de una tutela judicial privilegiada; demandas de alimentos y ejercicio del derecho de retracto.
- A causa de los efectos indirectos que puede producir la admisión de la demanda; ejercicio de tercerías

de dominio.

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA LEGITIMACIÓN

Hay una gran polémica doctrinal acerca de si la legitimación es una cuestión procesal o se trata de una cuestión de fondo. Las consecuencias son importantes:

- Si se trata de una cuestión procesal, debe ser examinada en el momento de la interposición de la demanda, y previamente a su admisión, es decir; *in limine litis*.
- Si es una cuestión de fondo, deberá ser examinada cuando se examine el fondo del asunto, es decir; en la sentencia.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo siempre ha entendido que se trata de una cuestión de fondo, porque afecta a la titularidad de una relación jurídica deducida en juicio, y por ello debe examinarse cuando se decida sobre la propia relación, esto es, en la sentencia. En realidad, la legitimación afecta tanto a la constitución del proceso como a la relación deducida en juicio. Por eso, toda cuestión conexa con la legitimación debe ser resuelta en la sentencia, pero además previamente a todas las demás cuestiones.

El control de la legitimación se hará:

A) De oficio, en los casos en los que falta la acreditación, cuando ésta venga exigida por la ley; también en los casos de legitimación ordinaria, en cuanto a situaciones jurídicas, cuando el demandante no está en la posición habilitante requerida por la ley; y también cuando el actor no se halle sostenido por una norma que le permita litigar en nombre ajeno.

B) A instancia de parte, posibilidad que sólo se contempla expresamente en los casos de litisconsorcio necesario. En la audiencia previa puede denunciarse la falta de dicho litisconsorcio cuando éste fuera exigible, y dicha denuncia podría afectar a la legitimación de la parte que no tiene constituido el litisconsorcio.

La Ley 1/2000 contiene un criterio abierto, en el sentido de que los jueces pueden tratar a la legitimación como una cuestión procesal, pudiendo así las partes denunciar la falta de legitimación en la audiencia previa. A pesar de ello, la mayoría de la doctrina cree que debe ser considerada como una cuestión de fondo; así, debe examinarse en la sentencia, aunque tratándose como una cuestión procesal, y de esa forma examinarse previamente a todas las demás cuestiones:

- Si falta la legitimación en los casos de legitimación ordinaria, debe dictarse una sentencia absolutoria del demandado.
- Si falta la legitimación porque debió demandarse al Ministerio Fiscal y no se hizo, entonces debe dictarse una sentencia que decrete la nulidad de todo lo actuado, y que ordene la retroacción de los autos hasta el momento en el que el Ministerio Fiscal debió ser emplazado.
- En los casos de falta de litisconsorcio cuando éste fuera exigible, debe dictarse sentencia absolutoria en la instancia, pudiendo las partes volver a deducir su pretensión una vez hayan constituido el litisconsorcio.

POSTULACIÓN PROCESAL

Se exige la presencia en los pleitos de profesionales del Derecho para la mejor defensa de las partes. En determinados casos esta intervención se configura como necesaria, y constituye un presupuesto procesal. La postulación se encomienda a dos personas: al procurador, que asume la representación de las partes, y al abogado, que asume la defensa técnica.

Representación

La representación procesal se atribuye a los procuradores de los Tribunales, los cuales tienen el monopolio de dicha función, de forma que su falta determina la imposibilidad de decidir sobre el fondo. El procurador recibe su mandato de representación mediante poder otorgado por las partes; dicho poder hace referencia dos realidades:

- A la declaración de voluntad por la que el poderdante otorga la representación en juicio.
- Al documento en el que se recoge dicha declaración, junto con las facultades que comprende y sus límites.

Para que el poder sea válido hace falta cumplir con los requisitos de **legalidad** y **suficiencia**.

A) El requisito de legalidad implica que el poder debe otorgarse de alguna de las formas que contempla la ley; en escritura pública ante notario, o apud acta, ante el secretario del juzgado. Mediante ese poder, la parte faculta al procurador para que realice los actos procesales. En ciertos casos necesita el procurador un poder especial:

- Cuando el poderdante excluya determinados actos del poder del procurador.
- Cuando el procurador deba realizar actos de disposición: renuncia, desistimiento, allanamiento, etc.

El poder puede también ser otorgado **de oficio**, en cuyo caso es nombrado por el Colegio de Procuradores. Esta posibilidad se reserva para los casos en que la parte goce del derecho de asistencia jurídica gratuita, o bien, aun no gozando del mismo, la parte haya pedido que se le provea de procurador en un proceso donde su intervención no fuese preceptiva.

El procurador asume la representación durante todo el proceso, y realiza en nombre de la parte todos los actos procesales que no hayan sido expresamente excluidos del ámbito de su poder.

B) El requisito de suficiencia implica que el poder debe ser bastante para el procedimiento o acto que se pretende realizar. Esta valoración debe realizarla el tribunal, aunque la otra parte puede también denunciar su falta. Pero en la Ley 1/2000 ha desaparecido el bastantismo del poder, de forma que éste se considera suficiente mientras no sea impugnado.

Derechos del procurador

El mandato encomendado al procurador es remunerado, de forma que las partes deben abonar al procurador la correspondiente compensación económica, a través de arancel fijado por Real Decreto.

Obligaciones

Debe recibir todos los actos de comunicación cuando la ley no prevea una notificación personal. Debe transmitir todos los documentos, antecedentes e instrucciones al abogado, bajo la responsabilidad que la ley le imponga. Debe también transmitir los documentos al poderdante y mantenerle al día en el desarrollo del proceso.

Si no pudiera realizar un acto que le ha sido atribuido, debe comunicarlo al tribunal.

Debe pagar todos los gastos que se causen a su instancia, salvo los honorarios del abogado. En contrapartida, tiene derecho a percibir la provisión de fondos que fuera necesaria.

La ley prevé el cese de la representación en determinados casos. Las causas pueden ser absolutas, como la cesación del procurador en su oficio o la muerte del procurador, o relativas, como la revocación del poder por desistimiento, finalización del pleito o separación del poderdante de dicho proceso.

En cualquier caso, para la cesación se exigen los mismos requisitos que para el otorgamiento de poder.

Defensa técnica

Una vez el abogado asuma la defensa, la relación entre él y la parte debe calificarse de arrendamiento de servicios, aunque de carácter informal, pues el contrato no requiere de formalidades especiales, ni en su perfección ni en su resolución.

Preceptividad de abogado y procurador

Son preceptivos en todo proceso, salvo en los siguientes casos:

- Juicios verbales de cuantía inferior a 150.000 pesetas.
- Petición inicial del procedimiento monitorio.
- Presentación de escritos que sirvan para personarse en juicio y solicitar medidas urgentes anteriores al inicio del proceso.
- No es preceptivo el procurador en los juicios universales ni en los incidentes relativos a la impugnación de resoluciones relativas al derecho de asistencia jurídica gratuita.

En cuanto a las costas, cuando la intervención de los profesionales es preceptiva y hay condena en costas, la parte condenada deberá abonar los derechos del procurador y los honorarios del letrado. Pero si la intervención no es preceptiva y la parte concurre con ellos, el condenado no estará obligado a pagar por estos conceptos.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO PARTE DEL PROCESO

La intervención de la Administración requiere un tratamiento específico, porque no actúan en igualdad con los particulares, sino que poseen algunos privilegios, de conformidad con la Ley 52/1997, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Dichos privilegios se justifican por la relevancia constitucional de los fines e intereses a los que sirve la Administración. La representación y defensa en juicio de la Administración se atribuye a los abogados del Estado. Las notificaciones se realizan en la sede del Servicio Jurídico del Estado.

Privilegios:

- La parte que pretenda demandar a la Administración debe previamente formular reclamación previa ante ella.
- El Estado no está obligado a prestar fianzas ni cauciones.
- El abogado del Estado puede pedir, en cualquier momento del proceso, la suspensión del mismo para recabar antecedentes o consultar al Servicio Jurídico del Estado.

EL MINISTERIO FISCAL COMO PARTE

Como norma general, en el proceso civil no se suele ventilar un interés público, y la intervención del Fiscal como defensor del interés público no se produce. El Fiscal puede intervenir:

A) Como parte, en los supuestos en que la ley le atribuye legitimación: procesos de incapacitación, nulidad matrimonial, prodigalidad e impugnación de la filiación. También actúa como parte cuando representa a los menores o incapacitados.

B) Como informante, en aquellos casos en los que se considera conveniente que el órgano jurisdiccional oiga la opinión del Fiscal: cuestiones y conflictos de competencia, declaraciones de incompetencia objetiva o funcional, ejercicio de la tutela cuando el tutor requiera autorización judicial para realizar actos de

disposición, etc.

XXI – PARTES PROCESALES (III)

LITISCONSORCIO

Significa la pluralidad de personas en cualquiera de las posiciones actuantes en el proceso; si se da en la parte actora se denomina **activo** y si se da en la parte demandada, **pasivo**. El litisconsorcio implica una legitimación plural, y cuando concurre, la sentencia que deba dictarse contendrá un solo pronunciamiento que afectará a todas las personas que se hallen en una posición procesal.

El litisconsorcio puede ser voluntario, cuasinecesario o necesario.

Litisconsorcio voluntario

Se da en los casos de acumulación de pretensiones. Lo característico de esta figura es que los litisconsortes actúan unidos voluntariamente, porque la ley no les impone ninguna obligación al respecto. El fundamento del litisconsorcio voluntario se encuentra en razones de economía procesal.

Litisconsorcio necesario

Es una figura jurisprudencial que la Ley 1/2000 ha regulado expresamente por primera vez. Su fundamento está en la existencia de situaciones en las que la tutela judicial sólo puede hacerse efectiva frente a varios sujetos, conjuntamente considerados. La demanda debe dirigirse a todos y cada uno de los litigantes.

El litisconsorcio necesario surge de una relación jurídica que por su propia naturaleza, o por imperativo legal, es inescindible. La sentencia dictada produce efecto de cosa juzgada en todos y cada uno de los litisconsortes, de forma que no podrá resolverse sobre el fondo cuando no han sido oídos todos ellos.

El litisconsorcio necesario sólo puede ser **pasivo**: no se da en la posición actora, porque si una demanda debiera ser interpuesta por diversas personas y no se hubiera hecho así, entonces habría una falta de legitimación.

Los ejemplos típicos de esta figura son las obligaciones indivisibles y mancomunadas, y las tercerías de dominio.

Litisconsorcio cuasinecesario

Conforme al art. 1144 del Código Civil, *el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente*. No hay litisconsorcio necesario porque no se obliga al acreedor a demandar a todos los deudores solidarios, sino que se le ofrece esa posibilidad. Pero si decide demandar a todos los deudores, deberá hacerlo en el mismo proceso. La sentencia dictada producirá efecto de cosa juzgada frente a todos ellos, lo que no ocurriría si se demandase a uno solo, en cuyo caso los efectos de cosa juzgada se circunscriben exclusivamente al deudor demandado.

TRATAMIENTO PROCESAL DEL LITISCONSORCIO

La falta de litisconsorcio puede ser tenida en cuenta de oficio, en la audiencia previa o en el momento de dictar sentencia, o a instancia de parte, en cuyo caso será denunciada por el demandado en la contestación.

INTERVENCIÓN PROCESAL

La cosa juzgada sólo produce sus efectos frente a las partes del proceso, y no frente a terceros. Pero a veces la sentencia puede afectar a terceros ajenos a la condición de parte, o puede interesarles lo que en la sentencia se vaya a resolver, de forma que les resulta conveniente actuar en el proceso para la defensa, directa o indirecta, de sus derechos. Así aparece la intervención procesal, que se permite por el art. 13 de la Ley 1/2000 cuando acrediten un interés directo o legítimo.

La intervención puede ser:

- Principal: por ella un tercero entra en un proceso ya iniciado, formulando una pretensión conexa con la existente entre las partes originarias, pero independiente y contrapuesta a ésta. Este tercero podría haber planteado su pretensión en otro proceso, pero razones de economía procesal y de evitación de fallos contradictorios aconsejan la intervención.
- Adhesiva litisconsorcial: el tercero es cotitular de la relación jurídica debatida en el proceso y decide personarse en él. Podría haber intervenido en el proceso desde el principio, pero al no ser un caso de litisconsorcio necesario, no ha entrado.
- Adhesiva simple: el tercero no ejercita derechos propios, sino que actúa en promoción de los derechos pertenecientes a alguna de las partes. Pero estos derechos ajenos pueden afectar a los suyos propios, de forma que el tercero no es cotitular de la relación jurídica de alguna de las partes, aunque sí es titular de otra relación conexa con aquélla. En este caso el tercero interviene situándose al lado de alguna de las partes para apoyar sus pretensiones. Cuando entra en el proceso adquiere la posición de *coadyuvante*.

El art. 14 de la Ley 1/2000 regula la llamada **intervención provocada**, a través de la cual el tercero interviene llamado por alguna de las partes, en virtud de alguna de las razones que la ley determina:

- Llamada *en causa común*: se permite que el coheredero demandado por los acreedores de la herencia llame al proceso al resto de coherederos.
- Llamada *en garantía*: se permite a un demandado llamar a juicio a sus fiadores.
- *Nominatio auctoris*: los poseedores que se hayan visto inquietados en su posesión pueden llamar al proceso al nudo propietario.
- Llamada al tercero pretendiente: se utiliza cuando hay varios pretendientes de un derecho y el obligado, reconociendo su condición de tal, desconoce quién es el verdadero titular.

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA INTERVENCIÓN

La intervención es voluntaria, y desde que el tercero se introduce en el proceso adquiere la posición de parte y puede recurrir, proponer prueba y realizar en general todas las actividades que no impliquen actos de disposición; no puede allanarse, transigir, etc.

LA SUCESIÓN PROCESAL

Por diversas causas, la tramitación de los procesos es muy dilatada en el tiempo. Por medio de la *perpetuatio legitimationis* y la *perpetuatio iurisdictionis* se establece la ficción de que la situación producida al inicio del proceso se mantiene inalterable hasta su término; pero en ocasiones suceden cambios inevitables que afectan al objeto del pleito, y la sucesión procesal trata de paliar los efectos de dichas mutaciones. Se produce la sucesión:

- Por causa de muerte.
- Por la transmisión inter vivos del objeto litigioso.

La defunción de cualquiera de las partes determina que entre en juego la sucesión mortis causa, de forma que las personas que sucedan al causante se sitúan en su misma posición procesal. Cuando se comunica el fallecimiento al tribunal, éste debe suspender el proceso y dar traslado de la situación a las demás partes.

Acreditada la defunción y el título sucesorio, el tribunal debe tener por personado al sucesor en nombre del anterior litigante, y así la sentencia que se dicte producirá efectos sobre este sucesor.

Si el fallecimiento le consta al tribunal, pero el sucesor no se persona en los 5 días siguientes, las demás partes podrán identificar a los sucesores y comunicar al tribunal los datos necesarios para proceder a su emplazamiento. Si las partes no conocen al sucesor o no pueden localizarlo, o éste no quiere comparecer, el juez declarará la rebeldía del demandado y el proceso continuará.

Si el fallecido es el demandante, y no se personan en el proceso sus sucesores, se entiende que han desistido y se archiva el caso. Pero si se opone el demandado, en cuyo caso el juez decidirá sobre la oposición y el desistimiento.

Cuando se produce una transmisión inter vivos, el adquirente puede solicitar al tribunal que se le tenga por parte, acreditando la adquisición del objeto. El juez suspenderá el proceso y dará traslado del hecho a la otra parte por 10 días. Si no se opone, se le tiene por personado, y se entenderán con él las sucesivas diligencias. Pero si hay oposición, el juez, examinadas las acreditaciones y la oposición, resolverá mediante auto, denegando la pretensión de ser tenido por parte cuando se deduzca que, en la nueva situación, el adquirente va a gozar de defensas o resistencias que el anterior titular no pudo tener.

Si no se accede a tener por parte al adquirente, el proceso continúa con el anterior titular, quedando a salvo las relaciones jurídicas entre el nuevo adquirente y el transmitente.

XIV – MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

INTRODUCCIÓN.

Dada la posibilidad de que los jueces y tribunales, al dictar las resoluciones judiciales, puedan resolver erróneamente, bien por no haber aplicado correctamente las normas legales, o bien por no haber valorado adecuadamente los hechos litigiosos, el ordenamiento jurídico pone en manos de la parte que se considera perjudicada por una resolución lo que se denominan **medios de impugnación**. En sentido amplio, los medios de impugnación pueden definirse como los instrumentos legales puestos a disposición de las partes y destinados a atacar una resolución judicial para provocar su reforma o su declaración de nulidad. Dentro de este concepto general, pueden distinguirse dos modalidades de medios de impugnación:

1. Medios de impugnación dirigidos a impugnar una sentencia firme: revisión, audiencia al rebelde.
2. Medios de impugnación dirigidos a producir un nuevo conocimiento de cuestiones ya resueltas, mediante resoluciones que no son firmes: medios en sentido estricto o recursos.

CONCEPTO DE RECURSO Y CARACTERES.

El recurso se define como el **acto de parte que, frente a una resolución impugnabile perjudicial, pide la actuación de la ley a su favor**. Hay que hacer algunas matizaciones:

- a). El recurso es un acto procesal de parte que incorpora una pretensión, pero a diferencia de la demanda, el recurso no inicia el proceso sino que incide sobre un proceso ya iniciado, abriendo una nueva instancia.
- b). que la resolución sea impugnabile significa que ésta carece de firmeza o de cosa juzgada formal, y por lo tanto es atacable.
- c). que la resolución sea perjudicial significa que la tutela jurídica no ha sido otorgada o que, de serlo, no lo ha sido suficientemente; quien interpone el recurso debe estar gravado.

d). Los sujetos del recurso son las partes del proceso: actor y demandado, pudiendo recurrir cualquiera de ellos, porque cualquiera puede ser perjudicado por la sentencia.

FINALIDAD DEL RECURSO.

Los recursos persiguen controlar la actividad jurisdiccional, ya que los jueces pueden equivocarse al interpretar y aplicar la ley, o al valorar las pruebas. La justicia del caso concreto quedará mejor garantizada si el juez que dictó la resolución u otro de grado superior puede revisarla. Además de esta finalidad, con los recursos es posible unificar la jurisprudencia, ya que el conjunto de decisiones de los tribunales superiores posee una autoridad que debe servir de guía a los jueces inferiores en interpretación y aplicación de la ley y de aquellos extremos en los que esta sea oscura o insuficiente.

REQUISITOS DEL RECURSO.

1. El órgano jurisdiccional **competente**: la competencia para conocer de los recursos es competencia funcional y no es disponible por las partes porque éstas no pueden por sumisión, expresa o tácita, decidir dicho extremo. El órgano competente depende de muchos factores, sobre todo de la clase de resolución recurrida, del órgano que la haya dictado y de la clase de recurso.
2. **Legitimación**: corresponde a quienes sean parte en el proceso, tanto demandante como demandado, siempre que el recurrente haya sido perjudicado o "gravado" por la resolución impugnada. Se entiende por gravamen cualquier diferencia, en perjuicio, entre lo pretendido previamente por esa parte y lo concedido por la sentencia.
3. **Posibilidad**: es necesario que la resolución que se pretende impugnar sea recurrible; como norma general lo son todas las resoluciones jurisdiccionales, salvo precepto expreso en contrario.
4. **Plazo**: los recursos deben interponerse dentro del plazo legalmente establecido. La falta de interposición en dicho plazo implica, *ipso iure*, que la resolución impugnada adquiera firmeza.
5. **Forma**: por lo general, la forma es escrita, estableciéndose en casos especiales determinadas indicaciones sobre el contenido del escrito. También es posible que la interposición sea oral.

CLASES DE RECURSOS.

Según el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso, se distinguen:

- Recursos **no devolutivos**: la competencia para conocer de ellos corresponde al mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada. No son tan efectivos como por los recursos devolutivos pero sí tienen utilidad, y en general son admisibles contra resoluciones de menor trascendencia, por ejemplo: reposición y súplica (el recurso de súplica ha sido suprimido por la Ley 1/2000).
- Recursos **devolutivos**: la competencia para conocer de ellos se atribuye al órgano jurisdiccional superior en grado al que dictó la resolución impugnada: apelación, casación y queja (la Ley 1/2000 ha introducido el recurso por infracción procesal).

Según la relevancia de los motivos de impugnación para la admisión del recurso:

- Recursos **ordinarios**: aquellos cuya admisión no depende de que se aleguen especiales motivos de impugnación previstos por las leyes: apelación, queja, reposición y súplica.
- Recursos **extraordinarios**: aquellos cuya admisión está condicionada a que en su interposición se aleguen determinados motivos de impugnación: casación, recurso por infracción procesal.

EFFECTOS DE LOS RECURSOS.

A) La interposición de un recurso significa que la resolución recurrida no deviene firme, es decir, no produce el efecto de *cosa juzgada formal*.

B) Los recursos suponen que el proceso sigue pendiente, continuando su desarrollo, por lo que es posible que el órgano jurisdiccional que conoce del recurso revoque o anule la resolución recurrida, si bien el principio dispositivo impone que la modificación sólo puede producirse en el ámbito de lo solicitado por el recurrente; por tanto, el tribunal debe ser coherente con lo pedido por la parte que recurre, y en consecuencia se prohíbe que la resolución que decide el recurso agrave la situación del recurrente.

Estos 2 efectos son comunes a todos los recursos, pero existen otros efectos que son específicos de determinados recursos, como el efecto **devolutivo** (atribución de la competencia para conocer del recurso a un tribunal diferente y jerárquicamente superior) no se produce en la reposición y sí en la queja, apelación, casación, etc. El efecto **suspensivo** (la resolución recurrida no puede ejecutarse) no se da en la reposición, pero sí en la apelación y casación.

XV – LA EJECUCIÓN PROCESAL

INTRODUCCIÓN.

El contenido de la potestad jurisdiccional no se agota con la mera sentencia o decisión definitiva del pleito, declarando en cada caso concreto el derecho, sino que en algunos casos esta sentencia puede ser insuficiente para dar cumplida satisfacción al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La efectividad de la tutela judicial precisa con frecuencia de la intervención de los órganos jurisdiccionales con posterioridad a la resolución del conflicto, a fin de dar adecuado cumplimiento a lo que ha sido declarado en las sentencias; de lo contrario, la sentencia se convertiría en una mera declaración de intenciones.

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que la ejecución de las sentencias también se incluye en el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el carácter coactivo de la norma jurídica lleva aparejado, como lógica consecuencia, que el Estado deba hacer uso de la fuerza para imponer el cumplimiento de las resoluciones dictadas por los tribunales.

El fundamento jurídico de la ejecución se encuentra en el artículo 117,3 de la Constitución, que habla de la potestad jurisdiccional *juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 2,1 LOPJ. En consecuencia, la jurisdicción, aparte de decidir qué es derecho, tiene atribuida la función de ejecutar lo juzgado, es decir, emplear la fuerza estatal para hacer cumplir sus resoluciones de forma coactiva.

CONCEPTO.

La ejecución procesal se define como **la manifestación de voluntad del órgano jurisdiccional que supone una conducta del mismo mediante la cual se hacen realidad, de forma coactiva, las consecuencias pretendidas por una norma en un caso concreto**. Hay que hacer algunas precisiones:

1. No siempre puede decirse que se ejecuta lo juzgado, en el sentido de que a veces lo que se ejecuta no es una resolución recaída en un proceso, como ocurre con los títulos de ejecución no jurisdiccionales, como un laudo arbitral o lo convenido en una transacción judicial.
2. Cuando se trata de resoluciones jurisdiccionales, debe tenerse en cuenta que no todas las resoluciones son ejecutables; no es ejecutable una sentencia desestimatoria de la demanda por que en ella no se reconocen derechos a favor de nadie. Tampoco son ejecutables las sentencias estimatorias que acogen pretensiones mero declarativas.

CARACTERES.

- La ejecución procesal es uno de los componentes de la potestad jurisdiccional.
- La ejecución procesal es subsidiaria de la ejecución voluntaria. Los actos del órgano jurisdiccional que lleva a cabo la ejecución constituyen una actividad sustitutiva de la conducta del destinatario de la condena, que puede cumplirla voluntariamente.
- Es una actividad procesal que siempre tiene lugar a instancia de parte (art. 919 LEC, 549.1 Ley 1/2000).
- El órgano competente para llevar a cabo la ejecución es el juzgado o tribunal que hubiera conocido en primera instancia.

TÍTULOS DE EJECUCIÓN.

Son documentos donde se determinan:

- Una obligación cuyo cumplimiento puede exigirse a una determinada persona (deudor).
- Un derecho a que se ejecute la prestación a favor de otro (acreedor).

Hay que diferenciar entre títulos de ejecución y títulos ejecutivos; los primeros conducen directamente a la ejecución forzosa, mientras que los segundos son aquellos cuya ejecución requiere que se lleve a cabo un juicio declarativo sumario en el que la sentencia que se dicte (remate) será lo que constituya el título de ejecución.

Los títulos de ejecución se clasifican en:

Judiciales: lo constituye la sentencia firme de condena dictada en juicio declarativo ordinario. Es posible también ejecutar sentencias que aún no han obtenido firmeza (ejecución provisional), o bien sentencias dictadas por tribunales extranjeros, una vez hayan sido homologadas o reconocidas en España.

También son títulos de ejecución judicial, pero distintos de las sentencias, los autos que aprueban las tasaciones de costas hechas por el secretario judicial, las indemnizaciones de daños y perjuicios por alzamiento del embargo preventivo, indemnizaciones al demandado por incomparecencia del actor en el juicio oral, etc.

Parajudiciales: laudos arbitrales, a los que la Ley 36/1988, de Arbitraje, concede la misma eficacia ejecutiva que a las sentencias. También los laudos arbitrales extranjeros reconocidos en España.

Contractuales: hipotecas inmobiliarias, avales, hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

Paracontractuales: convenios logrados en conciliación o en transacción judicial.

CLASES DE EJECUCIÓN.

En nuestro Derecho sólo se conoce la ejecución **real**, que se limita al patrimonio del deudor; la ejecución **personal**, que convierte a la persona del deudor en objeto de coacción, fue abolida definitivamente por la reforma de la LECr de 1984. Formas de ejecución:

- Por la forma en que se comporta el obligado:
 - Voluntaria, en la que el mandato del órgano jurisdiccional es cumplido de forma espontánea por el obligado.
 - Forzosa, en la que el obligado no cumple voluntariamente, en cuyo caso el Estado despliega su fuerza

coactiva, entrando en la esfera jurídica patrimonial del deudor. La ejecución forzosa es subsidiaria de la ejecución voluntaria, y constituye la verdadera ejecución procesal.

- Por los bienes del deudor que son objeto de ejecución:
 - Singular: la obligación de que se trate se hará efectiva sobre bienes concretos del patrimonio del deudor, de forma que sólo quedan afectos a la ejecución el bien o bienes precisos para ello.
 - Universal: tiene lugar cuando existen varias obligaciones incumplidas y concurre una pluralidad de acreedores para hacer efectivos los créditos, de forma que el patrimonio del deudor resulta insuficiente para la satisfacción de todas las deudas. En este caso se establece un procedimiento donde cede el principio de prioridad en el cobro, a fin de evitar el agotamiento del patrimonio en un solo acreedor. El principio a aplicar será el de *par conditio creditorum*, que implica un sistema de solidaridad por el que todos los acreedores tienen derecho al cobro, repartiéndose entre ellos los bienes existentes. Se trata de los casos de quiebra y concurso de acreedores (en función de si el deudor es o no comerciante, respectivamente).
- Por la forma de ejecución:
 - Definitiva: la resolución judicial en la que consiste el título de ejecución ha adquirido ya firmeza.
 - Provisional: la resolución judicial aún no es firme.

EL PROCESO DE DECLARACIÓN

XXII – ACTUACIONES PREVIAS

INTRODUCCIÓN.

Los procesos declarativos civiles se inician normalmente mediante una demanda; sin embargo, las leyes procesales regulan una serie de actividades que, bien voluntariamente (conciliación) o bien por imperativo legal (reclamación administrativa previa), se realizan con anterioridad a la presentación de la demanda, y se denominan **actuaciones previas**.

LA CONCILIACIÓN.

En general, la conciliación es la actividad desplegada ante un tercero por las partes entre las que existe un conflicto de intereses, para lograr la justa composición del litigio. Ese tercero se va a limitar a aproximar a las partes.

La doctrina se plantea donde debe encuadrarse la conciliación; a pesar de que algunos consideran que se trata de un supuesto de heterocomposición, la doctrina mayoritaria opina hoy que se trata de una autocomposición, porque el hecho de que el conflicto se resuelva por los propios litigantes no excluye la posible intervención de un tercero, siempre que éste actúe *inter partes*, y no *supra partes*. Es decir, siempre que el tercero se limite a acercar a las partes, sin imponerles una decisión.

Clases de conciliación:

Por un lado, está la conciliación ante un órgano público. Dicho órgano puede ser judicial o no.

- Si se trata de un órgano judicial, hay dos posibilidades: que se trate de la conciliación regulada por la LEC, o que se trate de una conciliación ante el magistrado de lo social.
- Si el órgano no es judicial, puede tratarse de las direcciones provinciales del Ministerio de Trabajo, Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, o Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana.

Por otro lado, la conciliación puede llevarse a cabo ante un particular, es decir, una persona que actúa como conciliador. Este supuesto no está regulado por el ordenamiento jurídico.

Dentro de la conciliación que regula la Ley De Enjuiciamiento Civil, hay dos clases:

1. Conciliación judicial preventiva o acto de conciliación (artículos 460 a 480 LEC), tendente a evitar un proceso con anterioridad a que éste se inicie.
2. Conciliación judicial intra procesal: tiende a lograr un acuerdo una vez se ha iniciado el proceso, para poner fin al mismo (artículo 692 LEC, para el juicio de menor cuantía; 415 LEC y 428,2 de la ley 1/2000, para el juicio ordinario).

Los artículos 460 al 480 de la vigente Ley De Enjuiciamiento Civil se mantendrán en vigor, a tenor de lo dispuesto por la disposición derogatoria primera de la ley 1/2000, hasta que se dicte una ley sobre jurisdicción voluntaria.

Concepto de acto de conciliación:

Se define como aquella actividad llevada a cabo por las partes en conflicto, antes de iniciarse el proceso, ante la autoridad judicial, y que tiene por objeto alcanzar la avenencia entre las partes, a fin de evitar un proceso.

Carácter:

Tradicionalmente el intento de conciliación ha sido regulado como presupuesto de admisibilidad de la demanda; pero con la reforma de la Ley De Enjuiciamiento Civil de 1984, se modifica el artículo 460, estableciendo que el intento de conciliación tendrá carácter facultativo, y se regula como una posibilidad que las partes pueden utilizar o no, antes de entrar en juicio. No obstante, hay cuatro supuestos en los que no cabe petición de conciliación:

1. Juicios en los que estén interesados: Estado, Comunidades Autónomas, y demás administraciones públicas, corporaciones o instituciones de igual naturaleza.
2. Juicios en los que estén interesados menores e incapacitados para la libre administración de sus bienes.
3. Juicios de responsabilidad civil contra jueces y magistrados.
4. Juicios en los que se promuevan materias no susceptibles de transacción ni compromiso.

Competencia para la conciliación:

La competencia viene atribuida a los juzgados de primera instancia o de Paz del domicilio, o en su defecto, de la residencia del demandado como con independencia de la cuantía del asunto. Además, en el caso de que el demandado fuera una persona jurídica, serán también competentes los jueces del domicilio del demandante, siempre que en esa localidad radique una delegación, sucursal u oficina abierta al público de la persona jurídica demandada.

La competencia, tanto objetiva como territorial, del acto de conciliación, es independiente de la competencia para conocer del proceso que eventualmente se celebre de no haber avenencia en conciliación. Si se suscitan cuestiones de competencia Ossa recusa al órgano jurisdiccional, se tendrá por intentada la conciliación, sin más trámites (464 Ley De Enjuiciamiento Civil). Es así porque si el pretendido cuestiona la competencia o imparcialidad del juez, se entiende que no tiene ánimo conciliatorio.

Sujetos de la conciliación:

Por un lado, está el órgano jurisdiccional, cuya función es presidir el acto e intentar aproximar a las partes, pero sin proponer solución concreta al litigio.

En cuanto a las partes, la LEC habla de demandante y demandado, pero esta denominación es incorrecta, porque la conciliación no es un proceso, sino una actividad previa a la presentación de la demanda. La terminología adecuada sería solicitante y pretendido.

En cuanto a la postulación, no son necesarios abogado ni procurador, pero nada impide que intervengan, con la única consecuencia de que, en caso de que haya condena en costas, los honorarios de aquellos no se incluirán.

Procedimiento:

Se inicia mediante la presentación de una solicitud o papeleta de conciliación, en la que debe constar, según el art. 465 de la LEC:

- Nombre, profesión y domicilio de las partes.
- Pretensión que se deduce.
- Fecha.
- Firma del solicitante, o de un testigo, a su ruego, si el solicitante no pudiera o no supiera.

A esta solicitud deberán acompañarse tantas copias como partes contrarias haya, y una más. Presentada la solicitud al órgano, éste debe pronunciarse sobre su admisibilidad, y controlar de oficio:

- Si se trata de uno de los supuestos exceptuados por el art. 460 LEC.
- Si es competente objetivamente.
- Si la papeleta reúne los requisitos establecidos por el art. 465 LEC.

Una vez admitida la solicitud, el órgano jurisdiccional mandará citar a las partes para la comparecencia, señalando día y hora. Esta comparecencia debe celebrarse dentro del plazo comprendido entre las 24 horas siguientes a la citación de las partes y los 8 días siguientes desde que se presentó la papeleta. Si alguna de las partes no comparece, se dará el acto por intentado sin efecto.

La comparecencia se inicia con la exposición por el solicitante de la pretensión y los fundamentos que la apoyan. A continuación, se produce la contestación por el pretendido, permitiéndosele la exhibición de los documentos que apoyen su oposición a la reclamación del solicitante. Tras la contestación, se admite la réplica del solicitante, y contrarréplica del pretendido. Si tras todas las réplicas no se logra el acuerdo, el juez intentará lograrlo; si no lo consiguiera, se dará el acto por terminado sin efecto. Así, el acto puede acabar con avenencia o sin ella;

- Si hay avenencia, finaliza el conflicto existente entre las partes.
- Si no la hay, se ha realizado el acto sin resultado, pero se producen algunas consecuencias relevantes a efectos de la prescripción.

De lo que ocurre en la comparecencia se levanta acta por el secretario, de la que se dará certificación al interesado o interesados, aunque serán de su cuenta los gastos de la misma.

Efectos:

Hay que diferenciar entre:

A) Efectos de la presentación: según el art. 479 LEC, los efectos serán: interrupción de la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva.

B) Efectos del acuerdo adoptado: si las partes no cumplen voluntariamente lo convenido, este acuerdo tendrá un valor distinto, dependiendo del juez ante el cual se realizó el acto. Así, por un lado, cuando el acto se realizó ante un juez que hubiera sido competente objetivamente para conocer del proceso, lo convenido podrá ejecutarse por dicho órgano, a través de los trámites establecidos para la ejecución de sentencias. Cuando el acto se realizó ante un juez que no hubiera sido competente objetivamente para conocer del proceso (juez de paz), el acuerdo no puede ejecutarse como una sentencia, sino que tendrá el valor y la eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne, al que debe atribuirse el valor de prueba legal. En este segundo caso, el acuerdo carece de fuerza ejecutiva, y debe acudir al proceso declarativo que corresponda para solicitar su cumplimiento.

Impugnación:

Según el art. 477 LEC, contra lo acordado en acto de conciliación cabe acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos; la demanda debe presentarse ante el órgano jurisdiccional competente dentro de los 15 días siguientes a la celebración del acto, y se sustanciará por el juicio declarativo que corresponda por razón de la cuantía. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha interpretado este artículo en el sentido de que el plazo de 15 días no es aplicable a todos los supuestos de impugnación de lo convenido. Así, cuando lo convenido se impugna por motivos materiales, estamos ante supuestos de nulidad, anulabilidad y rescisión del Código Civil, en cuyo caso serán aplicables los plazos del Código Civil. Sólo cuando la impugnación se basa en la inobservancia de normas procedimentales, ha de presentarse la demanda en el plazo de 15 días.

DILIGENCIAS PRELIMINARES.

Están reguladas por los art. 256 a 263 de la Ley 1/2000.

Son actuaciones solicitadas del órgano jurisdiccional por aquella persona que pretende entablar una demanda con el fin de obtener información sobre determinadas cuestiones, al objeto de preparar el desarrollo de un ulterior proceso. Las diligencias preliminares aparecen enumeradas en el art. 256.1 de la Ley 1/2000:

1. Petición de la persona a quien se dirija la demanda, para que declare bajo juramento o promesa sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o la petición, dentro de la misma, de que exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación. Esta petición puede concluir de 3 formas:

- El sujeto pasivo admite el hecho relativo a su capacidad, etc.; en este caso, luego demandado en el proceso, no podrá negar el hecho que anteriormente admitió.
- El sujeto solicitado niega el hecho; no producirá entonces efecto vinculante para el posterior proceso, en que podrá ser demandado, resolviéndose dentro de dicho proceso si tiene o no capacidad, representación o legitimación.
- El sujeto pasivo no comparece, no contesta, o lo hace de modo evasivo. Según el art. 261.1, el tribunal podrá tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formular, y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del proceso posterior. Ello no supone que en verdad exista la capacidad, representación o legitimación, sino que el demandado no podrá negar los hechos.

2. Solicitud de que a la persona a la que se va a demandar exhiba la cosa mueble que tenga en su poder, a la que se vaya a referir el futuro juicio. El solicitado puede:

- Oponerse a la solicitud.

- Exhibir la cosa.
- Negarse, de forma expresa o tácita.

Si exhibe la cosa, y es la que el solicitante pretende demandar, puede éste pedir el depósito de la misma, o medida de garantía más adecuada para su conservación. Si el solicitado se niega, y se conoce el lugar donde la cosa se encuentra, se procederá a ordenar la entrada y registro en dicho lugar, presentándose la cosa al solicitante, quien podrá también pedir el depósito o medida cautelar adecuada para la conservación de la cosa.

3. Petición del que se considera heredero, coheredero o legatario, para que, quien tenga en su poder el acto de última voluntad del causante, lo exhiba. Si lo hace, y el requerido es el futuro demandado en el proceso posterior, se exigirá que presente el documento en el juzgado. Pero si no es el futuro demandado, no se le puede exigir la presentación en el juzgado, siendo posible pedir que el secretario judicial pase por el domicilio del requerido para levantar testimonio. Si el requerido se niega a exhibir, y existen indicios suficientes de que el documento se halla en un lugar determinado, el tribunal ordenará la entrada y registro en dicho lugar, procediéndose, si se encontrasen allí, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante en la sede del tribunal.

4. Petición de un socio o comunero para que se exhiban los documentos o cuentas de la sociedad o comunidad, que se dirige a éstas (a la sociedad o comunidad) o al consocio o condueño que las tuviera en su poder. Si se trata de documentos, sin más, se estará a lo dispuesto para la diligencia anterior. Pero si se tratase de documentos contables, el art. 261.4 prevé que, en caso de desatenderse el requerimiento, se podrán tener por ciertos, a los efectos del proceso posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante.

5. Petición del que se considera perjudicado por un hecho que pudiese estar cubierto por un seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por el que lo tenga en su poder.

6. Petición del que pretende iniciar un proceso, para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. Ante la negativa del requerido o de la persona que pudiese colaborar en la determinación de los integrantes, el tribunal podrá ordenar las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro para encontrar los documentos o datos precisos.

7. Petición de las diligencias y averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las leyes especiales.

En cuanto a la competencia para conocer de las diligencias preliminares: es competente para resolver sobre las peticiones y solicitudes de diligencias preliminares el juez de primera instancia del domicilio de la persona que, en su caso, hubiere de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones acordadas para preparar el juicio. En el caso del número 6, es competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada.

El procedimiento para acordar las diligencias comienza con una petición que debe presentarse por escrito, expresando el objeto del juicio que se pide preparar, la identidad de los futuros demandados y los fundamentos de la medida que se pretenda. Además, en la petición se ofrecerá la caución correspondiente. Presentada la solicitud, el tribunal cuenta con un plazo de 5 días para, sin oír a la persona frente a la que se dirige, decidir si concede o deniega la petición.

- Si accede a la petición, fijará la caución que debe prestarse, y contra este auto no cabrá recurso alguno. La caución deberá prestarse en el plazo de 3 días, y de no hacerlo, se acordará el archivo de las actuaciones.
- Si se deniega la petición, cabe recurso de apelación.

En el caso de que se acceda a la petición, en el mismo auto en el que se accede se citará y requerirá al interesado para que, en la sede del tribunal, o en el lugar y modo que se tenga por oportuno, dentro de los 10 días siguientes, se lleve a cabo la diligencia acordada. En todo caso, dentro de los 5 días siguientes a aquel en el cual se recibe la citación, la persona requerida para la práctica de la diligencia podrá oponerse a ella, formulando el escrito correspondiente. En este caso, el tribunal citará a las partes para una vista, resolviendo mediante auto en el que se decidirá si la oposición es fundada o no.

- Si la oposición es desestimada, no cabe recurso alguno, y se condenará al requerido al pago de las costas de este incidente de oposición.
- Si la oposición es estimada, cabe recurso de apelación.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA.

Los artículos 120–126 de la Ley 30/1992 establecen una actuación previa a la presentación de la demanda, que es la **reclamación administrativa previa**, y que supone la previa consumación de la vía gubernativa, antes de demandar civilmente a la Administración.

Esta reclamación puede producirse ex novo o puede formularse a partir de una resolución administrativa anterior. En ambos casos, el procedimiento es el mismo: la reclamación debe formularse por escrito y debe dirigirse al órgano competente de la Administración de que se trate. En el caso de la Administración del Estado, se dirigirá al ministro del departamento competente por razón de la materia. Aunque la Ley 30/1992 no lo exige expresamente, parece lógico que en el escrito debe señalarse que se está formulando reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional civil.

Presentada la reclamación, el órgano ante el cual se ha presentado la remitirá en el plazo de 5 días al órgano competente para resolver, junto con los antecedentes del asunto. La resolución que decide sobre la reclamación debe dictarse en el plazo de 3 meses, y si dentro de dicho plazo no se ha notificado al interesado, éste puede considerar desestimada su reclamación, a los efectos de formular la demanda correspondiente ante el juez civil competente.

En el caso de que no se presentase reclamación y la Administración demandada alegase en el proceso civil la falta de dicho trámite, el juez o tribunal no podrá resolver sobre el fondo del asunto.

En cuanto a los efectos de la presentación, ésta suspende los plazos de caducidad e interrumpe los de prescripción para el ejercicio de acciones de todo tipo. Si la reclamación es estimada, en la resolución expresa el proceso posterior pierde su razón de ser, porque carece de objeto. En todo caso, la estimación puede ser sólo parcial, en cuyo caso podrá acudir al proceso para la parte no estimada. Si la reclamación fuese desestimada, ya sea de forma expresa o tácita, podrá presentarse a partir de entonces la demanda correspondiente.

XXIII – ACTIVIDAD ALEGATORIA

CONCEPTO DE DEMANDA.

Atendidos los principios que conforman la actuación de la jurisdicción en el orden civil (principio de oportunidad y principio dispositivo), el proceso civil debe iniciarse necesariamente por medio de un acto de parte, que se denomina **demand**, según el art. 399.1 de la Ley 1/2000.

Desde un punto de vista parcial, la demanda es el acto que da inicio al proceso; dicho acto se dirige al juez, o al Estado, cuando actúa jurisdiccionalmente. Este efecto de iniciación o apertura del proceso es producido por la demanda con independencia de la voluntad del actor; no es necesario pedir que se abra el proceso para que así ocurra. Pero este punto de vista parcial es insuficiente, porque no puede reducirse la demanda a un simple

acto de iniciación en abstracto, ya que siempre ha de referirse a una pretensión.

Por medio de la demanda se solicita una resolución jurisdiccional, y de este modo la demanda es además un acto de petición. La demanda incorpora siempre una pretensión, entendida como declaración de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional, pero interpuesta frente al demandado. Lo característico de la demanda es que por ella se pide una sentencia contra alguien, y podemos decir que constituye el vehículo formal por el cual se ejercita la pretensión contra el demandado.

REQUISITOS DE LA DEMANDA.

Sobre todo son importantes los requisitos de fondo; en la LEC no se establecen formas determinadas para la demanda, en la cual debe concurrir, simplemente, los requisitos normales de un acto procesal escrito de parte. Otra cosa será que en la práctica la demanda se estructure conforme a algunas pautas tradicionales, aunque dicha estructura no es obligatoria ni condiciona la admisibilidad de la demanda.

Lo importante serán los requisitos de contenido, que pueden clasificarse en:

- Relativos a los sujetos.
- Relativos a la fundamentación.
- Relativos a la petición.
- Otros requisitos.

Requisitos subjetivos:

La determinación del órgano jurisdiccional se hace de forma genérica, sin referirse a la persona concreta que tenga la potestad jurisdiccional. Hoy, esa invocación consiste simplemente en la expresión al juzgado..., determinándose el órgano concreto mediante la presentación de la demanda.

En cuanto a la designación de las partes, los requisitos varían, en función de si se trata del demandante o del demandado. Con respecto al demandante, debe identificarse, en primer lugar, al procurador que asume la representación técnica, señalando además cómo ha sido conferida dicha representación (escritura de poder, apud acta o turno de oficio). Después, deben indicarse los datos del demandante, y los del abogado.

En cuanto al demandado, es importante fijar los datos necesarios para que la demanda no se dirija contra una persona indeterminada, y para que no haya confusiones con otras personas. Deben indicarse todos los datos que se conozcan del demandado y sirvan para la identificación. Sobre el domicilio, puede indicarse uno o varios lugares, señalando entonces el orden por el cual debe efectuarse la notificación. Como domicilio, puede indicarse el que aparezca en el padrón municipal, en registros oficiales o publicaciones de colegios profesionales, e incluso puede indicarse el lugar de trabajo no ocasional.

Requisitos de fundamentación.

Deben exponerse, numerados y separados, los hechos y los fundamentos de derecho. Los hechos debe narrar de forma ordenada y clara, con objeto de facilitar su admisión o denegación por la contraparte, al formular contestación. Con el mismo orden y claridad deben exponerse los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamentan las pretensiones. Finalmente, se formularán valoraciones o razonamientos si parecen convenientes para el derecho de los litigantes.

En cuanto a los fundamentos de derecho, la LEC distingue entre los fundamentos de contenido procesal y los relativos a cuestiones de fondo.

- Los fundamentos de contenido procesal se refieren a la capacidad de las partes, legitimación,

representación, jurisdicción, competencia, clase de juicio en el que debe sustanciarse la demanda, y cualesquiera otros hechos de los que dependa la validez del juicio o el que en dicho juicio pueda llegarse a dictar sentencia.

- Los fundamentos relativos al fondo del asunto son los que influyen en la estimación de la pretensión, es decir; influyen en el hecho de que sea dictada una sentencia de conformidad con lo pedido por el actor.

Requisitos de la petición.

La petición debe fijarse con claridad y precisión, ya que constituye el requisito más importante de la demanda, por las consecuencias que produce sobre todo en cuanto a la congruencia con la sentencia. Cuando sean varias las pretensiones ejercitadas, se expresarán con la debida separación, haciendo constar por su orden y separadamente las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales sean desestimadas.

Otros requisitos de la demanda.

El actor debe fijar la clase de procedimiento por la cual debe tramitarse el asunto, lo que puede hacerse de dos formas:

- Por referencia a la materia, en cuyo caso puede haberse dispuesto que el asunto se conozca a través del juicio ordinario o del juicio verbal.
- Por referencia a la cuantía; el art. 253.1 de la Ley 1/2000 exige que se exprese en la demanda la cuantía objeto del pleito.

Las demandas pueden, en algunos casos, incluir peticiones accesorias o meras declaraciones de voluntad. Se trata, por ejemplo, de pedir que se libre exhorto para emplazar o citar al demandado, cuando se acuda al auxilio judicial. Para realizar estas peticiones accesorias, se emplea la fórmula del OTROSI DIGO.

En la demanda debe incluirse la fecha y la firma del abogado y procurador, siempre que la intervención de estos profesionales sea obligatoria. Cuando no lo sea, corresponde al actor firmar la demanda.

DOCUMENTOS QUE DEBEN ACOMPAÑAR A LA DEMANDA.

Son de dos tipos: procesales y materiales.

Los documentos **procesales** son los que condicionan la admisibilidad de la demanda, refiriéndose a algún presupuesto procesal. Estos documentos aparecen recogidos, aunque no exclusivamente, en el art. 264 de la Ley 1/2000:

- Poder notarial conferido al procurador, siempre que éste intervenga y la representación no se otorgue apud acta.
- Documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya.
- Documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento.

Además, si ha debido procederse a reclamar previamente a la Administración, debe acompañarse el documento por el que se notifica a la parte la resolución denegatoria o el recibo acreditativo de la presentación de la reclamación (en los casos de silencio administrativo). Por otra parte, conforme al art. 273, deben presentarse tantas copias de la demanda y documentos adicionales, cuantas sean las partes demandadas.

Los documentos **materiales** son los relativos a la cuestión de fondo, y que operan como prueba en el proceso.

A ellos se refiere el art. 265.1 de la Ley 1/2000, y son:

- Documentos en los que la parte funde su derecho a la tutela judicial.
- Medios de reproducción de la palabra, sonido o imagen, así como instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo para fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.
- Certificaciones y notas de los asientos registrales o del contenido de libros registro, actuaciones o expedientes de cualquier clase.
- Dictámenes periciales en los que la parte apoya sus pretensiones.
- Informes elaborados por profesionales de la investigación privada, legalmente habilitados.

PRESENTACIÓN, ADMISIÓN E INADMISIÓN.

La demanda debe presentarse en día y hora hábiles en el registro del juzgado que el actor estime competente. En localidades donde exista más de un juzgado, se presentará en el registro del Decanato, procediendo éste al reparto en todos los juzgados de la localidad.

La primera actuación del juzgado, una vez recibida la demanda, será decidir sobre su admisibilidad. Conforme al art. 403.1 de la Ley 1/2000, las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley. Los supuestos de inadmisión de la demanda pueden atender a razones de fondo o a razones procesales:

En cuanto a **razones de fondo**, no existe en nuestro Derecho positivo una norma general expresa que señale cuándo una demanda es admisible o no, por motivos relativos al fondo. Partiendo del art. 24.1 CE, debe concluirse que el derecho a la jurisdicción supone, como primera exigencia, la admisión de la demanda, ya que su rechazo *in limine litis* constituye una clara negación del derecho a la tutela judicial. Los riesgos evidentes que conlleva autorizar al tribunal para rechazar demandas por infundadas lleva a la conclusión de que el tribunal debe admitirlas todas, aunque en principio no tengan posibilidad de éxito.

Esto no puede entenderse de forma absoluta, y existen casos de inadmisibilidad de la demanda debidos a la no concesión de tutela jurídica por el ordenamiento; estos casos deben ser muy limitados, ya que se trata de una negación del derecho de acción. Entre estos casos, podemos citar:

- Con norma expresa, art. 42 del Código Civil: la demanda en la que se pida el cumplimiento de la promesa de matrimonio no se admitirá a trámite, por cuanto dicha promesa no produce la obligación de contraerlo.
- Sin norma expresa, cabe sostener que no debe admitirse la demanda cuando sea evidente que el ordenamiento jurídico no protege el interés alegado por el demandante, como es el caso de las demandas en las que se hacen peticiones absurdas.

En cuanto a razones **procesales**, la falta de determinados presupuestos procesales provoca directamente la inadmisión de la demanda, sin posibilidad de subsanación. Estos presupuestos son los relativos a la capacidad de las partes, falta de jurisdicción, falta de competencia objetiva, genérica o funcional, y en algunos casos, falta de competencia territorial. La falta de cualquier otro presupuesto podrá subsanarse, para lo cual se otorgará un plazo al actor; casos de falta de poder del procurador o falta de la firma del abogado.

TRANSFORMACIÓN Y CAMBIO DE LA DEMANDA.

Tradicionalmente se denomina *mutatio libelli*, y está prohibida por el art. 412.1 de la Ley 1/2000: *establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación, y en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente*. Consecuencia de este artículo es el siguiente: *no se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado*

de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda [...].

La prohibición de la transformación está basada tanto en razones constitucionales como técnicas. En cuanto a las primeras, la prohibición de la indefensión que hace el art. 24.1 CE implica entender que si el actor pudiera cambiar el objeto del proceso, los hechos constitutivos determinantes de la pretensión o las personas demandadas, se colocaría a los demandados en una posición de indefensión. En cuanto a las razones técnicas, es necesario que el proceso se desarrolle de una forma ordenada.

El propio art. 412 señala que la prohibición general debe entenderse sin perjuicio de la facultad de alegaciones complementarias; en este sentido, el 400.1.2º señala que la carga de la alegación de los hechos en la demanda debe entenderse sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia, permitidas por la ley en momentos posteriores a la demanda. Por ello, existen casos en los que la ley permite modificaciones de muy diverso grado. Por ejemplo, art. 401.2: *antes de la contestación podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas, o para dirigirlas contra nuevos demandados. En tal caso, el plazo para contestar a la demanda se volverá a contar desde el traslado de la ampliación de la demanda.* En este caso, se trata de una verdadera excepción a la prohibición general de transformación de la demanda.

En segundo lugar, el art. 286 de la Ley 1/2000 se refiere al escrito de ampliación de los hechos; este escrito puede presentarse por cualquiera de las partes, después de los actos de alegación y antes de que comience a transcurrir el plazo para dictar sentencia, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto de juicio. Por tanto, debe tratarse de hechos nuevos o de nueva noticia, y de relevancia para la decisión del pleito.

Se entiende por hechos nuevos los ocurridos con posterioridad a los actos de alegación; en ese caso, el tribunal rechazará la alegación si la novedad no se acredite cumplidamente al tiempo de ser formulada. Se entiende por hechos de nueva noticia los ocurridos antes de los actos de alegación; el tribunal puede acordar la improcedencia de tomarlos en consideración si, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las partes, no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en el momento procesal oportuno. Incluso, si el tribunal apreciase ánimo dilatorio o mala fe procesal, podría imponer al responsable una multa de 21.000 a 100.000 pesetas.

En tercer lugar, el art. 271 de la Ley 1/2000 permite presentar, incluso dentro del plazo para dictar sentencia, las resoluciones judiciales o de autoridad administrativa dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que dichas resoluciones pudieran resultar *condicionantes o decisivas* a la hora de resolver en primera instancia o en algún recurso.

EFFECTOS DE LA DEMANDA.

La existencia de demanda y su consiguiente admisibilidad producen una ruptura: se pasa de una relación jurídico-privada en conflicto, mantenida entre particulares, al planteamiento de un litigio ante un órgano jurisdiccional.

Anteriormente se entendía que este paso no significaba salir del ámbito del Derecho privado, porque el planteamiento de un litigio era similar a la realización de un contrato o cuasicontrato de litiscontestatio. Este instituto rayaba los límites de dos territorios privados, ya que los efectos del planteamiento del proceso derivaban de la voluntad de las partes.

Contestada la demanda, se entendía que surgía un nuevo contrato entre las partes de la litiscontestatio, porque se creaba entre ellas un nuevo vínculo que causaba la novación de las relaciones jurídicas.

Actualmente, esta interpretación no es posible; con el planteamiento del litigio se sale del Derecho privado y se pasa al ámbito público. La presentación de la demanda marca un hito divisorio entre los dos ámbitos, ya

que los efectos de la presentación derivan de la ley y no de la voluntad de los litigantes. Los efectos de la demanda pueden clasificarse en procesales y materiales.

Efectos procesales:

Se conocen como *litispendencia*, que significa pendencia de un proceso. Se refiere al intento jurídico de que, mientras haya proceso pendiente, no se altere la situación objetiva y subjetiva inicial. La litispendencia parte de una ficción jurídica: que el proceso es instantáneo. En el lapso de tiempo que dure la tramitación del proceso, la litispendencia procura que la realidad permanezca inmóvil desde el momento de la presentación de la demanda.

La litispendencia finaliza cuando finaliza el proceso, y se inicia, conforme al art. 410 de la Ley 1/2000, desde la interposición de la demanda, si después es admitida. La litispendencia produce también una serie de consecuencias para el proceso:

- Desde el momento de su inicio, surge para el órgano jurisdiccional el deber de continuar el proceso hasta el final y de dictar una sentencia de fondo (siempre que concurren los presupuestos procesales).
- Respecto a las partes, éstas asumen las obligaciones, cargas y expectativas legalmente vinculadas a la existencia del proceso.
- Impide la existencia de otro proceso en el que se den las identidades propias de la cosa juzgada.
- Produce la *perpetuatio iurisdictionis*, es decir: los posibles cambios que pudieran darse a lo largo del proceso no afectarán a la jurisdicción ni a la competencia. Además, el juez competente conocerá del asunto a través del cauce procedimental establecido en aquel momento.
- Se produce la *perpetuatio legitimacionis*: los que estaban legitimados en el momento de la litispendencia mantienen dicha legitimación, no obstante los cambios que pudieran darse durante el proceso.

Efectos materiales:

Para el Derecho Civil, el acto de demandar repercute en la relación jurídica material objeto de la pretensión, siempre que dicha pretensión sea estimada en el fallo de la sentencia. Por tanto, la demanda sólo producirá efecto si es fundada, algo que sólo puede conocerse en el momento de la sentencia. Los efectos materiales sólo se producen cuando la sentencia estima la pretensión de la demanda, y en ese caso, se entenderán producidos desde el momento de la presentación, y no desde la fecha del fallo.

Los principales efectos son:

- Interrupción de la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva.
- Constitución en mora del demandado o deudor.
- Pago de los intereses legales en las obligaciones dinerarias.
- Pago de la deuda exclusivamente al acreedor solidario demandante, y no al resto de los acreedores.

XXIV – ACTIVIDAD ALEGATORIA (II)

ACTITUDES DEL DEMANDADO.

La admisión a trámite de la demanda origina la convocatoria del demandado. Una vez ha sido convocado, éste puede adoptar diversas actitudes:

- Allanarse a la pretensión del actor.
- Oponer resistencia a la pretensión del actor.

Si se produce allanamiento, el proceso concluirá mediante sentencia estimatoria de la pretensión del demandante. La oposición de resistencia debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo una serie de actividades que el demandado puede realizar:

- El demandado puede no comparecer, en cuyo caso el tribunal le declarará en rebeldía.
- Puede comparecer, pero no contestar a la demanda. En este caso, caben dos posibilidades: que comparezca y no conteste sin más, con lo que se intenta evitar la declaración de rebeldía; o que comparezca y oponga la declinatoria, por entender que no concurren los requisitos procesales relativos a la competencia.
- Contestar a la demanda; la contestación es el acto por el cual el demandado opone resistencia expresamente.
- Reconvenir: en el escrito de contestación a la demanda, el demandado, aparte de oponer resistencia, interpone una pretensión contra el demandante.

LA REBELDÍA.

Se trata de una actitud totalmente pasiva: el demandado no comparece. Esta inactividad provoca la situación denominada de **rebeldía**. Ello es así porque se entiende que la comparecencia no es una obligación cuyo incumplimiento determine sanción para el demandado, sino que se trata de una carga procesal. Para que se produzca la rebeldía, es necesario que se haya citado al demandado conforme a Derecho.

La rebeldía es una situación propia del demandado; si el demandante no realiza un acto concreto, pierde la posibilidad de realizarlo debido a la preclusión, algo que es distinto de la rebeldía.

La rebeldía no se constituye por la mera ausencia del demandado, sino que es necesario que sea formalmente declarada por el órgano jurisdiccional. La declaración de rebeldía se realiza de oficio por el juez. Para su declaración no es relevante la voluntariedad de la ausencia del demandado, la cual puede deberse a diversos motivos, que serán considerados a la hora de conceder o no la audiencia al rebelde, pero que no afectarán a la declaración de rebeldía, que tiene sentido objetivo.

La declaración de rebeldía no impide la continuación del proceso, pero produce dos importantes efectos:

1. La preclusión: el demandado pierde la posibilidad de realizar los actos procesales correspondientes, aunque ello no implica consecuencias positivas para el demandante. En el Derecho comparado, la rebeldía supone la admisión por el demandado de los hechos alegados por el actor, incluso determina su allanamiento. En nuestro ordenamiento, la rebeldía no es considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo en los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario (496.2 de la Ley 1/2000). La rebeldía en nuestro Derecho supone que el demandado ha negado los hechos y se ha opuesto a la pretensión del actor; la consecuencia es que el demandante tendrá que actuar en el proceso como si el demandado hubiese contestado negándose.
2. La resolución que declara la rebeldía se notificará al demandado por correo si su domicilio fuera conocido. Si no, se hará por medio de edictos. Una vez notificada la rebeldía, no se le hará ninguna otra notificación, salvo la que ponga fin al proceso.

En cuanto al desarrollo del proceso, no existen trámites específicos. El actor debe proceder a la realización normal de los actos procesales, probando los hechos constitutivos que alegó para que su pretensión sea estimada. Sin embargo, deben tenerse en cuenta 3 aspectos:

- Si por desconocerse el domicilio del demandado, o por hallarse éste en paradero desconocido, fuera emplazado para su personación por medio de edictos, debe proceder a comunicársele la pendencia del proceso, en cuanto se tenga noticia del lugar en que pueda llevarse a cabo la comunicación.
- El rebelde puede personarse en el momento en que lo estime conveniente, y sea cual fuere el estado

del pleito. A partir de la personación, el demandado asumirá las expectativas y cargas, pero sin que el procedimiento retroceda en su tramitación.

- La resolución que pone fin al proceso se notificará al demandado personalmente, en la forma prevista por el art. 161 de la Ley 1/2000, salvo si se encuentra en paradero desconocido, que se hará por medio de edicto, publicándose éste en el Boletín Oficial de la Provincia o del Estado.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

Se define como el **acto de parte en el que se opone expresamente la resistencia por el demandado.**

Mediante la contestación, el demandado pide que no se dicte contra él una sentencia condenatoria. Esta petición puede adoptar una posición positiva o negativa.

Actitudes negativas: el demandado puede pedir que no sea condenado sin que por su parte alegue hechos nuevos sobre los alegados por el actor. Su oposición se centrará, pues, en los hechos ya aportados por el actor, pudiendo:

- Negarlos, en cuyo caso los hechos se convierten en *controvertidos* y por tanto necesitados de prueba.
- Admitirlos, de forma expresa o tácita, total o parcial. La admisión expresa supone que el hecho queda fijado, independientemente de la convicción judicial sobre el mismo, y se impone al tribunal a la hora de dictar sentencia. La admisión tácita supone que el demandado no se pronuncia sobre los hechos del actor negándolos; pero esta admisión no se impone al juez, sino que éste decidirá en cada caso si tiene los hechos por existentes o inexistentes.

Actitudes positivas: la petición del demandado de no ser condenado no atiende a las alegaciones del actor, sino a sus propias alegaciones. En este caso, el demandado puede alegar excepciones, ya sean procesales o materiales.

Las excepciones.

Por excepción debe entenderse todo lo que el demandado puede alegar con el fin de no ser condenado, tanto si se refiere a defectos en la relación jurídico-procesal, por falta de presupuestos procesales, como si se refiere al tema de fondo. Cuando el demandado alega excepciones **procesales**, centra su oposición en la falta de presupuestos y/o requisitos procesales, lo que los tribunales denominan *defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal*. Estas excepciones tienden a conseguir una resolución meramente procesal, en la que no se entra en el fondo del asunto.

Con las excepciones **materiales**, el demandado tiende a la desestimación de la pretensión, refiriendo su oposición a su falta de justificación, de correspondencia con el derecho material, aspirando el demandado a una sentencia de fondo absolutoria.

Las excepciones procesales pueden ser:

- Subjetivas: falta de capacidad para ser parte, falta de capacidad procesal, falta de legitimación y falta de postulación (tanto de procurador como de abogado).
- Objetivas: se refieren al objeto del proceso, y permiten al demandado alegar la existencia de litis pendencia, de cosa juzgada, o de falta de reclamación administrativa previa.
- Procedimentales: se refieren a la determinación del proceso adecuado, tanto por la materia como por la cuantía, o a la falta de requisitos de la demanda, o a la indebida acumulación de pretensiones en la demanda.

Las excepciones materiales se refieren al fondo del asunto, y con ellas el demandado aspira a que la pretensión del actor sea desestimada. Se alegan hechos nuevos, distintos de los alegados por el demandante, y

supuestos fácticos de normas también distintas. Los hechos que alega el demandado pueden ser:

- Impeditivos, cuando impiden que la norma alegada por el demandante despliegue sus efectos. Por ejemplo; en una compraventa, el demandado se opone a la simulación del contrato.
- Extintivos, que no impiden que la norma cumpla sus efectos, pero se alega que éstos ya han tenido lugar. Ejemplo; ante la existencia de una obligación, se alega su extinción por el pago.
- Excluyentes, cuando reconocen la veracidad de lo alegado por el demandante, pero evitan la producción de los efectos de la norma, a causa del poder jurídico de la norma de excluir el derecho constituido por el demandado. Ejemplo: se admite que la deuda existe, pero se alega su prescripción.

DOCUMENTOS QUE DEBEN ACOMPAÑAR A LA CONTESTACIÓN.

En cuanto a documentos procesales:

- Poder que acredita la representación del procurador. Su no presentación determina que el juez no dará curso a la contestación. Cabe subsanación, y sólo a falta de ésta se tendrá por no presentada la contestación, y por no comparecido el demandado.
- Acreditación de la representación legal de la persona física, y de la consideración de órgano de la persona jurídica. Su falta también determina que el juez no dará curso a la contestación, aunque cabe subsanación.
- Deben presentarse tantas copias de la contestación y del resto de documentos cuantas partes demandantes haya. La falta de las copias no determina la inadmisión de la contestación, sino que se concederá un plazo de 5 días para que sean presentadas; si no se subsana el defecto, se tendrán por no presentados el escrito y los documentos.

En cuanto a documentos materiales, debe tenerse en cuenta que estos documentos se refieren a la desestimación de la demanda y absolución del demandado. Serán necesarios cuando el actor alegue hechos nuevos, pero no cuando se limite a negar los hechos alegados por el actor.

La prohibición de transformación de la demanda alcanza también a la contestación.

RECONVENCIÓN.

Es la interposición por el demandado de una pretensión contra la persona que le hizo comparecer en juicio, en tablada ante el mismo juez y en el mismo proceso que la pretensión del actor, para que sea resuelta en la misma sentencia, la cual deberá contener dos pronunciamientos.

La tradición española en materia de reconvención no exigía conexión objetiva alguna entre las pretensiones acumuladas, y era posible, por ejemplo, que el demandante pretendiera el precio de una compraventa y el demandado reconviniera pidiendo la devolución de un préstamo. Esta situación ha cambiado con la Ley 1/2000, de forma que, según el art. 406.1, sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal.

Requisitos:

En cuanto al momento, se interpone en el juicio ordinario, y siempre en el escrito de contestación. Después de la contestación no se puede reconvenir, aunque, lógicamente, queda a salvo el derecho del demandado para interponer su pretensión en el juicio correspondiente.

En cuanto a la forma, se propondrá a continuación de la contestación, acomodándose al contenido de la demanda, previsto por el art. 399.

De la demanda reconvenional se dará traslado a los reconvenidos para que contesten en el plazo de 20 días a contar desde el siguiente a la notificación. La contestación se ajustará a lo dispuesto en el art. 407.2.

Competencia: para que la reconvencción sea admisible, el tribunal que está conociendo de la pretensión inicial debe ser también competente para conocer de la pretensión reconvenional.

Tipo de procedimiento: la reconvencción no será admisible cuando la pretensión ejercitada deba ventilarse en un juicio de distinta naturaleza que aquel que se está llevando a cabo. Así, cabe la reconvencción entre pretensiones que puedan ventilarse mediante juicios ordinarios, pero no cabrá cuando una pretensión se tramite mediante juicio ordinario y la otra tenga señalado un cauce procedimental especial.

Legitimación pasiva: la reconvencción puede formularse contra el demandante y contra otros sujetos no demandantes, siempre que puedan considerarse litisconsortes, necesarios o voluntarios, del actor reconvenido, por su relación con el objeto de la demanda.

Efectos: las dos pretensiones (inicial y reconvenida) se deducirán en el mismo procedimiento, y se resolverán por una misma sentencia, la cual debe contener dos pronunciamientos, que no podrán ser contradictorios.

LA AUDIENCIA PREVIA.

Contestada la demanda, y en su caso, la reconvencción, o bien transcurridos los plazos correspondientes, el tribunal, dentro del tercer día, convocará a las partes en audiencia, que deberá celebrarse en los 20 días siguientes a la convocatoria. Su objetivo es evitar la realización de procesos inútiles o de actos innecesarios.

La audiencia previa es necesaria, debiendo el tribunal convocarla en todo caso; se trata de un acto oral con inmediación, y no es necesaria la presencia de las partes. Éstas pueden comparecer personalmente, o bien mediante su procurador, aunque en este caso el procurador debe tener un poder especial que le permita renunciar a allanarse o transigir. En caso contrario, se tendrá a la parte por incomparecida.

En esta audiencia son especialmente importantes los efectos de la incomparecencia de las partes.

PRIMER CASO: No comparece el demandante o su abogado. Hay dos soluciones posibles, según sea la voluntad del demandado:

- Si el demandado no pide la continuación del procedimiento, el tribunal dictará auto de sobreseimiento del proceso y ordenará el archivo de las actuaciones. Este auto no producirá efecto de cosa juzgada material, y el actor podrá posteriormente iniciar un nuevo proceso con el mismo objeto.
- Si el demandado pide la continuación del proceso alegando un interés legítimo, el proceso continuará con la celebración de la audiencia, aunque con la sola presencia del demandado, lo cual implica una limitación de las finalidades de dicha audiencia previa.

SEGUNDO CASO: No comparece el demandado o su abogado. El proceso continúa, celebrándose la audiencia, aunque sólo con el actor, en lo que resulte procedente. La falta de asistencia del demandado o su abogado produce sólo la preclusión de la posibilidad de realizar la audiencia, pero no implica allanamiento ni admisión de los hechos. La consecuencia principal: no podrá proponer la prueba, con los perjuicios subsiguientes.

TERCER CASO: No comparece ninguna de las partes. El tribunal dictará, sin más trámites, el sobreseimiento del proceso.

Comparecidas las partes, se declara abierto el acto, y en él se desarrollarán, por el orden previsto por la Ley 1/2000, las funciones que en Audiencia previa puede cumplirse:

A) Función de **evitación del proceso**, mediante acuerdo entre las partes. Esta función puede lograrse de 2 formas:

- Comprobando si el litigio subsiste en el inicio de la audiencia; es posible que las partes hayan llegado a un acuerdo extrajudicial, y en ese caso el proceso carece de sentido. Constatándose la existencia del acuerdo, el proceso puede terminar por desistimiento del actor admitido por el demandado, o por homologación judicial del acuerdo.
- Intentando que las partes lleguen a acuerdo en la audiencia misma. Se trata de una conciliación intraprocesal. Lo específico de este tipo de conciliación es, por un lado, que antes de intentar el acuerdo el tribunal debe examinar la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y de poder de disposición de las partes o de sus representantes. Por otro lado, si las partes llegan a un acuerdo, el tribunal podrá proceder a la homologación del mismo. Dicha homologación se lleva a cabo mediante auto.

Si las partes no se mostraron dispuestas a intentar la conciliación, o si, intentada, no hubo acuerdo, la audiencia previa continuará con la siguiente finalidad; aunque nada impide que se legue a una avenencia parcial, continuando la audiencia y el proceso para aquello en lo que no hay acuerdo.

B) Función **saneadora** del proceso: pretende evitar que se llegue a realizar todo el proceso, para descubrir al final del mismo que el tiempo y esfuerzo empleados han sido inútiles, porque, por motivos procesales, no pueda el tribunal entrar a decidir el tema de fondo suscitado por las partes debiendo limitarse a dictar una sentencia meramente procesal.

Sanear el proceso tiene un doble sentido: a veces implica terminar el proceso, impidiendo su completa tramitación, cuando se sabe que éste no puede conducir a una sentencia de fondo. Otras veces, se trata de resolver las cuestiones procesales para que, tramitado después el proceso, no exista ya la posibilidad de una sentencia meramente procesal o de absolución en la instancia. Por tanto estamos ante requisitos y presupuestos procesales, y el control de su concurrencia deberá ejercerse por el orden previsto en la ley:

- El tribunal puede, de oficio, declarar su falta de jurisdicción o de competencia.
- Se controlará la existencia de capacidad y representación de las partes. Si el tribunal estima un defecto de falta de alguno de estos requisitos, y el mismo es subsanable, permitirá su subsanación en el acto. Si no fuera posible, concederá a la parte un plazo no superior a 10 días, suspendiendo la audiencia. Subsana el defecto, la audiencia continuará. Si no se subsana, deben diferenciarse, por un lado, los defectos relativos al actor, que suponen la necesidad de dictar un auto poniendo fin al proceso, y por otro lado, los defectos atinentes al demandado que implicarán la declaración de su rebeldía, sin que de sus actuaciones quede constancia en autos, y continuará el proceso. Si el tribunal estima la concurrencia de un defecto insanable, dará por concluida la audiencia y dictará un auto poniendo fin al proceso.
- Se controlará la procedencia de la acumulación inicial de pretensiones. Cuando en la demanda se hubiese realizado dicha acumulación, y el demandado se opusiera a la misma, el tribunal, oyendo a las partes, resolverá oralmente sobre la procedencia y admisibilidad de la acumulación, continuando la audiencia y el proceso respecto de la pretensión o pretensiones que pudieran constituir el objeto procesal.
- Se discutirá si concurre litisconsorcio necesario.
- En la audiencia se controlará la existencia de litispendencia o cosa juzgada, que pueden haber sido opuestas como excepción por el demandado al contestar a la demanda, o pueden ser suscitadas de oficio por el tribunal. Sobre ellas deberá resolverse, bien por resolución oral, en la propia audiencia, o bien mediante auto dictado dentro de los 5 días siguientes a la terminación de la audiencia. La decisión del tribunal puede consistir en estimar que existe litispendencia o cosa juzgada (en cuyo caso, finalizada la audiencia, dictará auto de sobreseimiento), o bien desestimar la concurrencia de las circunstancias anteriores.
- Se controlará la adecuación del procedimiento, control que puede realizarse de oficio, o bien a instancia del demandado, oponiendo la excepción oportuna, en cuyo caso se debatirá el asunto en la propia audiencia, oyendo a las partes.

- Se controlarán los requisitos que condicionan la admisión de la demanda; determinación de las partes y de la petición.

Conforme al art. 425 de la Ley 1/2000, cualquier otra cuestión procesal alegada por las partes o puesta de manifiesto de oficio por el tribunal debe quedar resuelta en la audiencia previa.

C) Función **delimitadora de los términos del debate**. Resueltas las cuestiones procesales, ordenándose la continuación de la audiencia, se pasa a la tercera función, que se compone de una serie de actividades:

1. Aclaración de alegaciones: a instancia de las partes, éstas podrán aclarar, ratificar o hacer alegaciones complementarias respecto de los hechos aducidos en sus escritos iniciales y respecto de los fundamentos de derecho. A requerimiento del tribunal, las partes deberán pronunciarse sobre los hechos afirmados por la parte contraria, admitiéndolos o denegándolos.

2. El actor o reconveniente puede formular peticiones accesorias o complementarias, dependientes de la principal. Si la parte contraria está conforme, se admitirá la petición y sobre ella habrá de resolverse en la sentencia. Pero si la parte contraria se opone, el tribunal decidirá sobre su admisibilidad, debiendo admitirla sólo cuando entienda que su planteamiento en la audiencia previa no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad.

3. Se alegrarán los hechos nuevos que ocurran antes de la audiencia previa y los hechos de que se tenga noticia antes de la audiencia.

En todos los casos en los que se produzcan aclaraciones, ratificaciones, alegaciones complementarias, hechos nuevos o de nueva noticia, etc, y siempre que sean admitidos por el tribunal, las partes deberán aportar los documentos o dictámenes que los justifiquen.

En la audiencia cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados por el contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o si los impugna y proponiendo pruebas, en su caso, para determinar su autenticidad.

D). Función **delimitadora de la prueba**.

Fijados los términos del debate, se abordará la delimitación de la prueba. Se trata fundamentalmente de que las partes o sus defensores junto con el tribunal fijen los hechos sobre los que existe conformidad y los hechos controvertidos. La audiencia proseguirá con la proposición y admisión de los medios de prueba; en este momento, las partes implícitamente piden que el proceso sea recibido a prueba y el juez implícitamente lo acuerda. A continuación, de forma expresa, cada parte propone los medios concretos de prueba de los que intentara valerse, y el tribunal se pronunciara expresamente admitiendo o denegando cada uno de los medios propuestos. Admitida la prueba, el tribunal proceder a a señalar la fecha y la hora del juicio.

EL JUICIO.

Sus finalidades son dos: practicar la prueba y realizar las conclusiones. La fecha y hora del juicio puede ser fijada de forma general, en el plazo de un mes a contar desde la conclusión de la audiencia, o especial, dentro del plazo de dos meses cuando toda la prueba o gran parte de ella tenga que practicarse fuera de la sede del órgano jurisdiccional que está conociendo del proceso.

La fecha y la hora del juicio se referirán a una sola sesión. Ahora bien, si en atención a las pruebas admitidas pudiera preverse que el juicio no podrá realizarse en una sola sesión, la citación lo expresará así, indicando si la sesión o sesiones ulteriores se llevarán a cabo en el día o días sucesivos o en otros, que deberán indicarse con expresión de la hora.

Una vez las partes hayan sido citadas, comparecerán en juicio representadas por procurador y defendidas por abogado. La intervención personal de las partes sólo serán necesarias para la práctica de la prueba de interrogatorio de las partes. Si faltan las dos partes, el tribunal declara el pleito visto para sentencia, sin más trámites. Si falta una de las partes, se celebrará el juicio con la otra.

El juicio comienza con la práctica de los medios de prueba que hayan sido admitidos. Después, o se pasa a las conclusiones, que son actos de parte con una doble finalidad: por un lado, exponer el resultado probatorio con relación a los hechos controvertidos, y por otro lado, informar sobre la fundamentación jurídica. Una vez terminadas las conclusiones, el tribunal declara el juicio visto para sentencia.

XXV – ACTIVIDAD PROBATORIA

OBJETO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

La aplicación de una norma jurídica depende de que, efectivamente, existan los hechos que sirven de base a su presupuesto de hecho. Si los hechos no se prueban, el juez no puede aplicar la norma y por tanto no puede decretar el efecto pedido.

En el proceso civil la prueba corresponde necesariamente a las partes, por virtud del principio de aportación de parte, por el que las facultades de dirección material del proceso corresponden a estas. El actor afirmará los hechos constituyen la causa de pedir de su pretensión, y el demandado hará lo propio respecto de las que fundamenten su resistencia. Las partes tienen la facultad de admitir como existentes los hechos alegados por la parte contraria, quedando los mismos fijados por el juez; del mismo modo, las partes determinan cuáles son los hechos controvertidos.

Finalmente, sobre las partes recae la carga de la prueba de los hechos controvertidos en un doble sentido:

- De ellas ha de partir la iniciativa para que el proceso se ha recibido a prueba y para interponer los medios concretos.
- Sobre las partes recaerán las consecuencias de que los hechos alegados no lleguen a ser probados.

FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA.

Las fuentes constituyen un concepto extrajurídico, ya que son una realidad anterior al proceso. Los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, que sólo existen en El proceso por que en él nacen y se desarrollan. Las fuentes son elementos que existen en la realidad, mientras que los medios son las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso.

Los medios de prueba son enumerados por el artículo 299 de la LEC.

- Interrogatorio de las partes.
- Documentos públicos.
- Documentos privados.
- Dictamen de peritos.
- Reconocimiento judicial.
- Interrogatorio de testigos.

OBJETO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

El objeto lo constituyen en general todas aquellas realidades que puedan probarse, incluyendo todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que derive una consecuencia jurídica.

Generalmente, suele decirse que el objeto de la prueba son los hechos; así parece entenderlo el artículo 281,1 de la ley 1/2000: "*La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en El proceso*". Sin embargo, es más correcto decir que deben probarse las alegaciones efectuadas por las partes sobre los hechos, y no sólo los hechos. Incluso debería decirse que el objeto de la prueba son los datos que han sido alegados por las partes, porque aunque en la mayoría de los casos la prueba se referirá únicamente a los hechos, en otros casos serán objeto de prueba las normas jurídicas.

En El proceso civil, el objeto de la prueba vendrá determinado por las alegaciones de las partes, pero no todas deberán ser probadas. Debe distinguirse entre alegaciones de hechos, de derecho y máximas de experiencia.

Alegaciones de hechos:

Estas alegaciones recaerán sobre las afirmaciones de los hechos realizadas por las partes; hechos que constituyen el supuesto base de la norma cuya aplicación se pide. Pero no todos los hechos deben probarse; algunos están exentos de prueba, como los hechos admitidos o no controvertidos, y los hechos notorios.

Hechos admitidos:

Dice el art. 281.3 de la Ley 1/2000 que están exentos de prueba los hechos sobre los que exista conformidad de ambas partes. Dicha conformidad puede provenir de que ambas partes hayan afirmado un mismo hecho, o que el hecho afirmado por una de las partes haya sido admitido por la contraria.

La Ley 1/2000 exige que las partes, en sus escritos de alegación, se manifiesten expresamente sobre los hechos alegados por la parte contraria. El art. 405.2 dispone que en la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales.

Hechos notorios:

Son los hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social, incluido el juez, en el tiempo en el que se produce la decisión judicial. La notoriedad es un concepto relativo, pues en términos absolutos no existen hechos notorios sin limitación de tiempo y espacio. La notoriedad no supone que todas las personas pertenecientes al grupo social tengan un efectivo conocimiento del hecho, sino que lo normal es que éste sea conocido por una persona dotada de una cultura de grado medio.

El problema de la notoriedad es que el juzgador, en la vigente LEC, la venía apreciando en la sentencia, de forma que la parte que alegaba la notoriedad no sabía si ésta sería o no estimada hasta el momento del fallo, perdiendo, en caso negativo, la posibilidad de probar. Por ello, en la práctica se formulaban proposiciones de prueba de los hechos notorios que los tribunales aceptaban sin problema, incurriéndose a veces en el ridículo de probar algo que todos tenían por cierto e indudable.

Con la Ley 1/2000, conforme a los artículos 414.1 y 429.1, en el momento de la audiencia previa el juez debe decidir qué hechos tiene por notorios para excluir sobre ellos la prueba, e inadmitir de ese modo los medios de prueba que las partes propongan sobre ellos.

Alegaciones de Derecho.

En principio, estas alegaciones no necesitan ser probadas, por virtud del principio *iura novit curia*. Según el art. 218.1.II, el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

Pero esta exención de la necesidad de probar se refiere sólo a las normas jurídicas que forman el Derecho

escrito, interno y general. Así, deberán probarse:

A) Las costumbres, según art. 1.3 del Código Civil y 281.2 de la Ley 1/2000. Es imposible exigir a los jueces el conocimiento de todas las costumbres de todos los lugares de España. Dice el art. 281.2 de la Ley 1/2000 que la prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido, y sus normas no afectasen al orden público.

B) El Derecho extranjero; art. 281.2 de la Ley 1/2000: debe ser probado en lo que se refiere a su contenido y vigencia.

C) El Derecho estatutario, es decir, las normas específicas de las entidades locales. Respecto de las normas de las CCAA, debemos distinguir 3 casos:

- Las normas publicadas por el BOE deben ser conocidas por todos los jueces, y conforme a ellas no es necesaria la prueba.
- Las normas publicadas en el BO de la CA deben ser conocidas por los jueces titulares de los órganos jurisdiccionales situados en la CA; sólo deben probarse si el juicio se llevase a cabo en otra CA.
- Las normas autonómicas publicadas en un BO de distinta comunidad deben ser probadas en la CA donde se esté celebrando el juicio.

Desde la perspectiva del objeto de la prueba, existen amplias divergencias entre los hechos y el Derecho, que son las siguientes:

1. Los hechos admitidos por todas las partes se imponen al tribunal, aunque el juez tuviera dudas; pero en cuanto al Derecho no sucede lo mismo, porque si una norma extranjera no existe, su admisión por la otra parte no puede imponerse al juez que conoce su inexistencia.

2. En cuanto a la ciencia privada del juez; el juez no puede dar como existente un hecho que él conoce como ciudadano particular, si no ha sido probado por las partes. Pero el juez sí puede aplicar una norma no alegada por las partes, y no incluida en el *iura novit curia*, si tuviera conocimiento de ella por sus estudios privados.

3. El tribunal tiene el deber de investigar de oficio el Derecho; pero no tiene el deber de investigar los hechos.

Máximas de experiencia.

Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero que son independientes de los casos particulares, de cuya observación se han inducido, y que por encima de dichos casos pretenden tener validez para otros nuevos supuestos. Expresiones como *usos mercantiles*, *construcción según la técnica adecuada*, *intervención quirúrgica correcta*, etc.

Son conceptos que entran en una norma jurídica como si fuesen supuestos de los que derivan consecuencias jurídicas. En algunos casos, estos conceptos pueden ser conocidos por el juez, en cuyo caso no necesitan ser probados. Pero cuando sean especializados, por referirse a ciencias o artes, el juez no tendrá conocimiento de ellos, y se hará necesaria su prueba.

LA CARGA DE LA PRUEBA.

Es evidente que sobre las partes recae la carga de alegar los hechos que constituyen el supuesto base de la norma cuya aplicación piden. También es lógico que sobre ellas recae la carga de probar la existencia de tales hechos, es decir; de convencer al juez de su realidad, o de fijarlos conforme a las normas legales de valoración.

Debe determinarse a cuál de las partes corresponde probar un hecho determinado. La regla general se contiene en el art. 217.2 y 3 de la Ley 1/2000, que distingue varios casos, atendiendo a las clases de hechos que deben ser probados. Por un lado, señala los hechos de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión de la demanda; estos hechos deben ser probados por el actor, y en su caso por el reconveniente. Por otro lado, los hechos que conforme a las normas aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos anteriores, deben ser probados por demandado o en su caso por el reconvenido.

El demandante debe probar los hechos constitutivos, es decir; el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación pide. Si el demandado se limita a negar los hechos alegados por el demandante, sin aportar otros, no deberá probar nada. En consecuencia, si el demandante consigue probar los hechos constitutivos, su pretensión será estimada. En caso contrario, el demandado será absuelto. El demandado debe probar o sufrir las consecuencias cuando alegue hechos impeditivos, extintivos y excluyentes.

PROCEDIMIENTO PROBATORIO.

Estudiaremos aquí las fases comunes a todo medio de prueba:

A) Recibimiento del pleito a prueba: consiste en determinar la necesidad de que en el proceso exista prueba. En un proceso escrito, supone la existencia de dos actos específicos por medio de los cuales las partes piden al tribunal que el proceso sea recibido a prueba, y éste así lo decide. En un proceso oral, estos actos pierden su apariencia externa, hasta el punto de que la ley ni siquiera los prevé de forma expresa.

B) Proposición de los medios de prueba: acto de parte por el que se precisan los medios concretos de prueba que se desea practicar.

C) Admisión de los medios: el tribunal, previo examen de los requisitos necesarios, determina los medios de prueba que, de entre los propuestos, deben practicarse en el proceso.

- Práctica de la prueba: depende de cada medio concreto.

XXVI – ACTIVIDAD PROBATORIA (II)

INTERROGATORIO DE LAS PARTES: CONCEPTO Y CLASES.

El interrogatorio es la declaración que hacen las partes, o en su caso los terceros, sobre hechos o circunstancias de los que tengan noticia y guarden relación con el objeto del juicio (301.1). Se realiza mediante la formulación de preguntas, que pueden versar sobre hechos personales o no personales del declarante. Lo normal es que versen sobre hechos personales; pero la LEC reconoce la posibilidad de formular preguntas sobre hechos no personales, en cuyo caso el interrogado responderá según sus conocimientos y dando razón del origen de éstos.

Puede haber dos clases de interrogatorio: el de personas físicas y el de personas jurídicas:

Interrogatorio de personas físicas:

La LEC distingue 3 posibilidades:

1. Interrogatorio de la parte contraria: caso normal, que consiste en que una parte solicita el interrogatorio de la contraria. Tanto demandante como demandado pueden interrogar y ser interrogados.
2. interrogatorio o declaración de la parte colitigante: el interrogatorio se solicita respecto a otra parte que

ocupa la misma posición procesal en el litisconsorcio. Para que sea posible, entre el que pide la prueba y el colitigante debe existir oposición o conflicto de intereses.

3. interrogatorio o declaración de tercero: cuando los hechos no sean personales de la parte, la ley permite la declaración de terceros en dos supuestos:

- Cuando la parte legítima actuante en el juicio no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida, o el titular del derecho en cuya virtud se acciona. Entonces, la parte que hubiese propuesto la prueba podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular; son los casos de cesión de derechos o sustitución procesal.
- El declarante podrá proponer que conteste a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos, aceptando las consecuencias de su declaración. Para que se admita la sustitución, debe ser aceptada por la parte que hubiera propuesto la prueba. De no producirse la aceptación, el declarante puede solicitar que la persona mencionada sea interrogada en calidad de testigo, decidiendo el tribunal lo que estime procedente.

Interrogatorio de personas jurídicas:

La ley distingue dos supuestos:

- Cuando la parte declarante sea una Administración pública u organismo público, el tribunal, una vez admita la declaración, concede a estas entidades el privilegio de no comparecer y de no contestar oralmente a las preguntas. Las preguntas se formulan y contestan por escrito, y las respuestas se leerán en la vista, pudiendo las demás partes formular preguntas complementarias, que responderá de forma oral su representante, si es posible, y si no, de nuevo por escrito.
- Si se trata de personas jurídico-privadas, cuando su representante en juicio no hubiera intervenido en los hechos controvertidos en el proceso, éste deberá facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de la entidad interrogada, para que sea citada en juicio; si esta persona no forma parte ya de la entidad, podrá ser citada como testigo.

LAS PREGUNTAS DEL INTERROGATORIO.

El interrogatorio se basa en preguntas concretas, que deberán formularse verbalmente en el acto de la vista, en sentido afirmativo y con la debida claridad y precisión. Está prohibido incluir en las preguntas valoraciones o calificaciones; si éstas se formulan, se tendrán las preguntas por no realizadas.

Las preguntas deben versar sobre los hechos para los que ha sido admitido el interrogatorio; hechos controvertidos. Además, deben ser declaradas admisibles por el juez, lo cual se produce en el acto mismo de la formulación. La admisibilidad se condiciona a que la pregunta sea idónea, pertinente y útil para la aclaración o averiguación de la controversia.

PROCEDIMIENTO PROBATORIO.

Sólo puede pedir el interrogatorio quien sea parte en el proceso en el que pretende usarse la declaración. Además de las partes y sus abogados, el juez puede interrogar a la parte o persona que declara, a fin de obtener aclaraciones y adiciones.

La declaración de las partes y personas obligadas se realiza normalmente en la sede del órgano que está conociendo del asunto. Pero podrá efectuarse en lugar distinto en dos casos:

- Cuando por enfermedad, o dándose circunstancias especiales, la persona que haya de contestar a las preguntas no pudiera comparecer en la sede del tribunal, la declaración podrá prestarse en el domicilio

del declarante, bien de oficio o bien a instancia de parte, ante el juez o miembro del tribunal que corresponda. En este caso, si las circunstancias no lo hacen imposible o sumamente inconveniente, al interrogatorio domiciliario podrán concurrir las demás partes y sus abogados; pero si el juez estima inconveniente dicha asistencia, se celebrará el interrogatorio a presencia del juez y del secretario judicial, pudiendo presentar la parte proponente un pliego de preguntas para que, si se consideran pertinentes, sean formuladas por el juez.

- Cuando la parte que hubiera de responder al interrogatorio residiese fuera de la demarcación judicial del órgano jurisdiccional, y por razón de distancia o dificultad en el desplazamiento, causas personales, u otra de análogos caracteres, resulte imposible o muy gravosa su comparecencia en la sede del órgano jurisdiccional, se podrá solicitar el auxilio judicial para la práctica del interrogatorio.

La LEC impone 3 cargas al declarante:

1. Comparecer personalmente para escuchar las preguntas y responderlas, pudiendo ser sancionado con multa y con tener por admitidos los hechos personales que le sean perjudiciales (292.4, 304 Ley 1/2000). Si la incomparecencia está justificada, procede la suspensión de la vista (181.1.IV).
2. Declarar: debe contestar a las preguntas, y si se negare o diera respuestas evasivas, podrán ser considerados como ciertos los hechos personales que le resultasen perjudiciales, salvo que se ampare en una obligación legal de guardar silencio (307).
3. Responder a las preguntas categóricamente, de acuerdo con el modo previsto en el art. 305: la parte interrogada responderá por sí misma, sin valerse de ningún borrador de respuestas; pero se le permitirá consultar en el acto documentos y notas o apuntes, cuando a juicio del tribunal sean convenientes para auxiliar a la memoria. Las respuestas deben ser afirmativas o negativas, y de no ser ello posible según el tenor de las preguntas, serán precisas y concretas. El declarante podrá agregar en todo caso las explicaciones que estime convenientes y que guarden relación con las cuestiones planteadas.

VALORACIÓN.

El interrogatorio no se somete a un único sistema de valoración. Las reglas legales de valoración son 3:

- En la sentencia se consideran ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales, si intervino en ellos personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial; salvo que los resultados obtenidos queden contradichos por otras pruebas, en cuyo caso la valoración es libre.
- Si la parte citada para el interrogatorio no comparece en la vista, el juez podrá tener por ciertos los hechos en los que dicha parte hubiera intervenido personalmente, y cuya fijación como ciertos le es enteramente perjudicial.
- Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, y salvo que concurra obligación legal de guardar secreto, se consideran reconocidos como ciertos los hechos a los que se refieren las preguntas, siempre que el interrogado hubiera intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.

PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL.

Concepto.

Consiste en la percepción por el juez, de forma directa, de los hechos objeto de la prueba. Se diferencia del resto de medios de prueba porque nada se interpone entre el juzgador y el hecho, que es percibido por éste a través de todos sus sentidos. Procede este medio de prueba cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el juez examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona.

La Ley 1/2000 ha resuelto el problema de determinar si el reconocimiento judicial es posible en cuanto a objetos muebles y personas. La LEC de 1881 lo prevé sólo en lo referente a lugares y sitios, y por tanto únicamente a bienes inmuebles. Pero conforme a la Ley 1/2000, pueden ser objeto de la prueba los lugares, todos los objetos que por su naturaleza o por la finalidad del examen no constituyan fuentes de prueba documental, las personas (tanto en su cuerpo como en su capacidad intelectual), y también los bienes muebles e inmuebles en general, tanto en su aspecto estático como en el dinámico.

Procedimiento probatorio.

La práctica del reconocimiento debe solicitarse por la parte interesada, que deberá expresar los extremos principales a los que desea que la prueba se refiera, e indicar si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia. Estas personas no tienen por qué ser peritos, pueden ser testigos. La parte contraria puede también proponer los extremos que le interesen, y debe indicar si está asistida de personas entendidas.

El señalamiento de día y hora en el que el reconocimiento debe practicarse se realizará por el tribunal con al menos 5 días de antelación. La realización efectiva del reconocimiento permite que el juez acuerde cualesquiera medidas que sean necesarias, incluso la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en el cual se encuentre el objeto o persona que deba reconocerse. Las partes, sus procuradores y abogados, podrán concurrir al reconocimiento y formular al juez las observaciones que tengan por oportunas. Si de oficio o a instancia de parte el juez considera conveniente oír las observaciones o declaraciones de los entendidos, les recibirá previamente juramento o promesa de decir verdad.

En cuanto al reconocimiento de las personas, se practicará a través de interrogatorio realizado por el juez, que se adaptará a las necesidades del caso concreto. El interrogatorio podrá realizarse, si las circunstancias lo aconsejan, a puerta cerrada o fuera de la sede del juzgado o tribunal. En él podrán intervenir las partes, mientras el juez no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia. En todo caso, en la práctica del reconocimiento se debe garantizar el respeto a la dignidad e intimidad de las personas.

El reconocimiento puede realizarse conjuntamente con otras pruebas:

- El art. 356 de la Ley 1/2000 permite que se practique conjuntamente con la prueba pericial, sobre el mismo lugar, objeto o persona, lo cual puede acordarse de oficio o a instancia de parte.
- El art. 357.1 prevé su realización junto con la prueba testifical, siempre que la vista del lugar o de cosas o personas pueda contribuir a clarificar el testimonio; en este caso, la práctica conjunta es a instancia de parte y a su costa.
- El art. 357.2 permite la petición de parte por la que se solicita que el reconocimiento sea seguido del interrogatorio de la parte contraria, cuando a la vista del lugar o de las cosas o personas pueda contribuirse a la claridad del testimonio.

El reconocimiento judicial se documenta en acta por el secretario, que será detallada y en la que se consignarán claramente las percepciones y observaciones del juez, así como las observaciones de las partes y de personas entendidas. También se recogerá, en su caso, el resultado de las demás actuaciones de prueba que se hubieran practicado en el mismo acto del reconocimiento. Para dejar constancia de lo que sea objeto del reconocimiento, así como de las declaraciones y manifestaciones de los intervinientes en él, el art. 359 autoriza el empleo de medios de grabación de la imagen o el sonido, de lo que debe dejarse constancia también en el acta.

Valoración.

La valoración es totalmente libre, ya que el juez carece de intermediarios. Puede ocurrir, no obstante, que el juez que dicte sentencia sea distinto de aquel que practicó el reconocimiento, en los casos de auxilio judicial.

En este caso, debe diferenciarse entre:

- Los datos objetivos del acta: aquellos que son una mera constatación de lo percibido.
- Los datos subjetivos del acta: consisten en apreciaciones o percepciones.

Los datos objetivos deben considerarse como irrefutables, y no pueden ser desconocidos por la sentencia; pero no existe obligación de respetar los datos subjetivos.

XXVII – ACTIVIDAD PROBATORIA (III)

LA PRUEBA TESTIFICAL.

Concepto, naturaleza y objeto.

El interrogatorio de los testigos es un medio concreto de prueba en virtud del cual una persona ajena al proceso aporta al mismo una declaración de hechos presenciados (vistos u oídos) por ella, siempre que los hechos sean controvertidos y se refieran al objeto del proceso. Se trata de una prueba de naturaleza personal, porque consiste en la declaración que una persona hace de determinados hechos. Sobre el objeto de la prueba no hay limitaciones en la LEC.

Capacidad del testigo.

Testigo es la persona ajena al proceso que aporta al mismo unos hechos, declarando sobre ellos, que ha presenciado o de los que ha tenido noticia. Debe ser siempre una persona física, nunca jurídica, porque la utilidad del testigo reside en su aptitud para obtener percepciones sensoriales. El testigo debe ser siempre un tercero, no una de las partes, las cuales podrán, en todo caso, someterse a la prueba de interrogatorio de las partes.

El testigo, que normalmente ha llegado a conocer los hechos en el momento en que ocurrieron, debe aportar su percepción individual de los mismos, explicando su fuente de conocimiento. Al tratarse de una persona física, es lógico que la ley exija una determinada capacidad; así, podrán ser testigos todas las personas que no se encuentren en una de las circunstancias del art. 361:

- Que se hallen permanentemente privadas de razón.
- Que estén privadas del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos.
- Los menores de 14 años pueden declarar como testigos si a juicio del tribunal poseen el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente (a ellos no se les exige juramento o promesa de decir verdad).

Derechos y deberes de los testigos.

En cuanto a los derechos, tiene el derecho de reclamar de la parte que le propuso la indemnización por los gastos y los perjuicios que la comparecencia le haya originado. El importe de la indemnización lo fijará el juez, gozando el testigo de la vía de apremio en caso de impago.

En cuanto a los deberes, debe comparecer, jurar y declarar.

A) Está obligado a comparecer donde se realice el juicio, bajo pena de multa y con el apercibimiento de proceder penalmente contra él por desobediencia a la autoridad. La obligación de comparecer comprende el supuesto de que el testigo tenga su domicilio fuera de la circunscripción territorial del tribunal que le ha citado. En ese caso, sólo se acudirá al auxilio judicial para tomarle declaración cuando por razón de la

distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales u otras análogas resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de la persona citada.

B) El testimonio se presta siempre bajo juramento o promesa de decir verdad, bajo pena de incurrir en el delito de falso testimonio en causa civil.

C) El deber de declarar consiste en responder a las preguntas que le sean formuladas, separada y sucesivamente, por el orden en que vinieran consignadas en las propuestas, salvo que el tribunal encuentre motivo para alterarlo. Los testigos no se comunicarán entre sí, ni podrán unos asistir a las declaraciones de otros. Como excepción al deber de declarar, no estarán sujetos a él los testigos que por su estado o profesión tuvieran el deber de guardar secreto.

Procedimiento probatorio.

La proposición y admisión de la prueba se realiza en la audiencia previa del juicio ordinario, identificándose a los testigos con su nombre, apellidos, profesión, domicilio o residencia, cargo que ostenten, etc. Debe indicarse qué testigos se compromete cada parte a presentar, cuáles debe ser citados por el tribunal, y en su caso, cuáles debe examinarse por auxilio judicial.

En el juicio verbal, dentro de los 3 días siguientes a la recepción por las partes de la citación para la vista, deben éstas indicar las personas que no pudieran presentar ellas mismas, para que sean citadas por el tribunal para la vista. A tal fin, las partes deben facilitar todos los datos y circunstancias que sean precisos para realizar la citación.

Después del juramento o promesa, la práctica se inicia con las preguntas generales del art. 367.1, para pasar después al interrogatorio cruzado y oral. Las preguntas del 367.1 tienen por objeto identificar al testigo y dejar reflejadas en el acta sus circunstancias, especialmente las que pudieran afectar a su imparcialidad. Las preguntas del 367.1 se refieren a:

- Nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio.
- Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad y en qué grado de alguno de sus litigantes, abogados o procuradores, y si se halla vinculado a éstos por adopción, tutela, etc.
- Si es o ha sido dependiente o está o ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto, o de su procurador o abogado, o tiene o ha tenido con ellos alguna relación susceptible de provocar intereses comunes o contrapuestos.
- Si tiene interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.
- Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes, o de sus procuradores o abogados.
- Si hay sido condenado alguna vez por falso testimonio.

Después de las preguntas se inicia el verdadero interrogatorio; las preguntas se formularán oralmente, en sentido afirmativo y con la debida claridad, no debiendo incluir valoraciones o calificaciones; si se incorporan, las preguntas se tendrán por no realizadas.

Corresponde preguntar primero a la parte que haya propuesto al testigo, y si lo han propuesto ambas, preguntará primero el demandante. El juez, para obtener aclaraciones, podrá interrogar al testigo. Las contradicciones entre los testigos y entre éstos y las partes se resuelven mediante el careo, que podrá acordarse de oficio o a instancia de parte.

Valoración.

El juez es libre al apreciar y valorar los resultados de la declaración de los testigos. Sin embargo, en el ámbito mercantil, el art. 51 del Código de Comercio prohíbe que en la sentencia se otorgue valor a la prueba testifical

si ésta ha sido la única practicada.

Tacha de los testigos.

Mientras que las causas de incapacidad del art. 361 de la Ley 1/2000 excluyen a una persona de declarar como testigo en todo proceso, las tachas se refieren a la imparcialidad del testigo y atienden a un proceso concreto; no excluyen a una persona para declarar como testigo, pero evidencian un hecho o circunstancia que lo hace sospechoso de parcialidad. La concurrencia de estos hechos debe ser tenida en cuenta por el juez en la valoración de la prueba.

Causas de la tacha:

- Ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del 4º grado civil de la parte que lo haya presentado, o de su abogado o procurador, o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo.
- Ser el testigo dependiente del que lo hubiera propuesto, o de su abogado o procurador, o estar a su servicio o ligado a ellos por cualquier relación de sociedad o intereses.
- Tener interés directo o indirecto en el asunto.
- Ser amigo íntimo o enemigo de una de las partes, de su abogado o procurador.
- Haber sido condenado por falso testimonio.

En principio, sólo puede ser tachado el testigo por la parte que lo haya propuesto, si posteriormente a la proposición llegare a su conocimiento la concurrencia de alguna de las causas de tacha. La formulación de la tacha, incluso si la parte contraria se opusiera a ella, no supone que el tribunal dicte resolución alguna, sino simplemente implica que el tribunal deberá tener en cuenta la tacha para conceder o no credibilidad al testigo, y dictar sentencia consecuentemente.

Testigo perito.

Es un testigo que posee conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a la que se refieren los hechos del interrogatorio.

LA PRUEBA PERICIAL.

Concepto y naturaleza.

El dictamen de los peritos es un medio concreto de prueba por el que una persona con conocimientos especializados científicos, artísticos, técnicos o prácticos, ajena al proceso los aporta al mismo para que el órgano jurisdiccional pueda valorar mejor los hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o pueda adquirir certeza sobre ellos. Es una prueba de naturaleza personal.

La fuente de prueba la constituye el perito y sus conocimientos especializados, mientras que el medio de prueba lo constituye el informe que el perito prestará. La prueba pericial sólo será necesaria cuando para fijar los hechos o averiguar su naturaleza se necesiten determinados conocimientos especializados.

Diferencias entre testigo y perito:

- El testigo declara sobre unos hechos y el perito valora los hechos y aporta máximas de experiencia.
- El testigo no se elige, sino que viene determinado por su relación con los hechos sobre los cuales declara. El perito es elegido por las partes o por el juez, de forma que el perito es fungible y el testigo no.
- El perito debe poseer necesariamente conocimientos especializados, lo cual no se exige al testigo.

- El perito puede ser una persona física o jurídica, mientras que el testigo sólo puede ser persona física.
- El perito puede ser recusado y el testigo no.
- La personas que ha tenido conocimiento de los hechos está obligada a actuar como testigo, y se le puede exigir coactivamente el cumplimiento de dicha obligación; sin embargo, el perito puede aceptar o no el cargo.
- El perito cobra unos honorarios, mientras que el testigo no recibe retribución alguna (salvo la posible indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el hecho de prestar declaración).

Condiciones para ser perito.

El perito debe ser una persona ajena al proceso que posee unos conocimientos técnicos especializados, tenga o no título profesional, y que vierte sus conocimientos en el proceso tras haberlos aplicado al estudio de los hechos o de otros elementos objeto de prueba.

En primer lugar, el perito puede ser persona física o jurídica. El artículo 340,2 de la ley 1/2000 prevé la posibilidad de solicitar un dictamen de academias o instituciones culturales o científicas. En este caso, la institución de que se trate deberá expresar a la mayor brevedad posible que personas se encargarán directamente de preparar el dictamen, las cuales deberán manifestar bajo juramento o promesa de decir verdad que han actuado o actuarán con la mayor objetividad posible.

En segundo lugar, el perito no ha presenciado los hechos, y es llevado al proceso por poseer conocimientos técnicos especializados. La forma y método de adquisición de dichos conocimientos no tiene relevancia alguna, ya que ni siquiera es necesaria la posesión de título oficial; pero la persona designada debe ser entendida en la materia. En todo caso, la ley prefiere personas con título.

Las condiciones exigidas para ser perito dependen de las especialidades existentes y de la normativa aprobada para acceder a la titulación correspondiente. En principio, hay tantos peritos cuantas profesiones existen, aunque deben excluirse las profesiones jurídicas.

En último término, para que el perito pueda prestar su dictamen debe haber sido nombrado por el juez para tal fin y además haber aceptado el cargo.

Derechos y deberes de los peritos.

En cuanto a los derechos, tiene el derecho de cobrar honorarios por la elaboración de dictámenes, o derechos conforme al arancel correspondiente pudiendo solicitar la correspondiente provisión de fondos antes de iniciar sus tareas, a cargo de la parte que lo hubiese propuesto, a no ser que ésta gozase del derecho de asistencia jurídica gratuita. Si el perito es designado de común acuerdo por ambas partes, es posible que ambas colaboren económicamente para la ejecución del informe.

En cuanto a los deberes, el deber fundamental es el de elaborar el dictamen correctamente, es decir, aplicando científicamente los conocimientos profesionales adquiridos y que se requiere en para el caso concreto. Debe actuar con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. Así, el perito tiene la obligación previa de jurar o prometer decir verdad.

Recusación y tacha de peritos.

La ley pretende que el perito elabore su dictamen de una forma objetiva, y para garantizar su imparcialidad se concede a las partes el derecho de recusar a los peritos para poner de manifiesto algunas circunstancias que ponen en duda dicha imparcialidad; para ello sirve a la tacha de los peritos. La recusación, en cambio, sirve para impedir que una persona desempeñe el cargo de perito en un proceso concreto.

La tacha no pretende impedir que una persona emita dictamen, sino que pretende advertir al tribunal de la concurrencia de una circunstancia que hace al perito sospechoso de parcialidad, con el objeto de que dicha circunstancia sea tenida en cuenta a la hora de realizar la valoración de la prueba.

Sólo pueden ser objeto de recusación los peritos designados por el tribunal mediante sorteo. Y los peritos presentados por las partes podrán ser objeto de tacha. Las causas de recusación son las siguientes:

- Haber dado anteriormente y sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso.
- Haber prestado servicios como perito al litigante contrario, o ser dependiente o socio del mismo.
- Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte en el proceso.

Los peritos pueden ser recusarse en dos momentos:

- Si la causa de recusación es anterior a la designación del perito, el escrito de recusación debe presentarse en los 2 días siguientes al de la notificación del nombramiento (art. 125.2.I).
- Si la causa se constituyera después de la designación, pero antes de la emisión del dictamen, el escrito podrá presentarse antes del día señalado para el juicio o vista, o incluso al comienzo de los mismos (125.2.II).

Transcurridos estos plazos no podrá recusarse al perito, aunque las causas de recusación existentes al tiempo de emitir el dictamen, pero conocidas después, podrán hacerse saber al juez antes de que dicte sentencia o en la segunda instancia.

La recusación se propone por la parte, mediante escrito firmado su abogado y procurador (cuando éstos intervinieran), dirigido al juez o al magistrado ponente en su caso, en el que se expresará la causa de recusación y se propondrán los medios para probarlo (125.1). El escrito de recusación se traslada al perito recusado y a las demás partes, debiendo el perito manifestar si es cierta o no la causa de recusación:

- Si fuera cierta, y el juez entiende fundado el reconocimiento de la causa, se acepta la recusación y el perito será reemplazado por el suplente.
- Si el perito niega la causa, o el juez no acepta el reconocimiento, se cita a las partes a una comparecencia, desarrollada según el art. 127, practicándose la prueba y resolviéndose el incidente de forma inimpugnable (quedando a salvo el derecho de las partes a plantear la cuestión en una instancia superior).

Las circunstancias que pueden alegarse como tacha aparecen enumeradas en el art. 377, y son:

- Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del 4º grado civil, de una de las partes, de su abogado o procurador.
- Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.
- Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad, o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores.
- Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o con sus abogados o procuradores.
- Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional.

Las tachas están sometidas a plazo preclusivo; en juicios verbales, no pueden formularse después de la vista; en los ordinarios, no pueden formularse después del juicio. Sin embargo, en los juicios ordinarios, las tachas de los peritos autores de dictámenes, aportados con la demanda o con la contestación, se propondrán en la audiencia previa al juicio.

Al formular las tachas de los peritos, se puede proponer la prueba conducente a justificarlas, a excepción de la

testifical. El procedimiento específico de resolución de la tacha se contiene en el artículo 344: cualquier parte interesada podrá dirigirse al tribunal a fin de negar o contradecir la tacha, aportando los documentos que tenga por pertinentes a tal efecto. Si la tacha menoscabase la consideración profesional o personal del perito, éste podrá solicitar del órgano jurisdiccional que al término del proceso declare que la tacha carece de fundamento. Si el juez aprecia temeridad o deslealtad procesal en la tacha, a causa de su motivación o del momento en el cual se formuló, pueden imponer a la parte responsable, con previa audiencia, una multa de 10.000 a 100.000 pesetas.

Práctica de la prueba pericial.

La novedad fundamental aportada por la ley 1/2000 consiste en articular un doble sistema de introducción del dictamen pericial y del nombramiento del perito en el proceso civil. Fundamentalmente, las partes son las que traen el dictamen a los autos, porque sobre ellas recae la carga de alegar y probar la veracidad de los hechos relevantes en los que se funda su pretensión o su resistencia. Subsidiariamente, el perito es nombrado por el juez si así lo solicitan las partes, o si resulta necesario. Cuando las partes estimen que son necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o adquirir certeza sobre ellos, puede aportar al procedimiento un dictamen de peritos. Esta posibilidad puede ejercerse en tres momentos procesales:

1. Con la demanda o contestación: el artículo 336,1 establece que los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, se aportarán con la demanda o contestación. Este momento opera con efectos preclusivos para ambas partes, de forma que el actor no puede presentar posteriormente el dictamen, a no ser que justifique cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de la demanda hasta la obtención del dictamen. El demandado en el juicio ordinario debe justificar en la contestación la imposibilidad de pedir el dictamen y obtenerlo dentro del plazo para contestar. Los dictámenes se formularán por escrito, acompañados en su caso de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de pericia.
2. Antes de la audiencia previa en el juicio ordinario, o antes de la vista en el juicio verbal: tendrá lugar cuando el actor o el demandado no hayan podido aportar el dictamen pericial con la demanda o la contestación, y hayan expresado en esos escritos los dictámenes que en su caso pretendan presentar posteriormente.
3. Antes del juicio: cuando la necesidad del dictamen pericial se haya puesto de manifiesto a causa de las alegaciones del demandado en la contestación, o de las alegaciones o peticiones complementarias admitidas en la audiencia previa, cualquiera de las partes puede aportar dictámenes periciales, siempre que lo haga con, al menos, cinco días de antelación a la celebración del juicio.

La designación del perito por el tribunal cabe en 3 situaciones:

En primer lugar, cuando cualquiera de las partes sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita. Entonces esa parte o partes no deben acompañar a la demanda o a la contestación el dictamen pericial, sino que sólo deben anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación del perito.

En segundo lugar, cuando las partes soliciten la designación judicial del perito y el dictamen pericial. Pueden hacerlo en dos momentos:

- Puede solicitarse en la demanda o en la contestación, cuando las partes lo consideren conveniente para sus intereses. Entonces, si el tribunal estima pertinente y útil el dictamen, procederá a la designación del perito a costa de quien lo haya pedido, o de las dos partes por mitad, si lo hubieran pedido los dos (todo ello sin perjuicio de la posterior condena en costas).

- También pueden solicitarlo en las alegaciones o peticiones complementarias, aunque en este caso las dos partes deben estar de acuerdo con el objeto de la pericia y ambas deben aceptar al perito designado por el juez.

En tercer lugar, cuando el tribunal lo acuerde de oficio. Esta posibilidad sólo puede darse en los procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, capacidad de las personas, o en procesos matrimoniales. Salvo que las partes se pongan de acuerdo en la persona que debe emitir el dictamen, el procedimiento para la designación judicial del perito aparece previsto por el artículo 341: en el mes de enero de cada año se interesará, de los distintos colegios profesionales o entidades análogas, el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. La primera designación de cada lista se efectuará mediante sorteo, realizado en presencia del secretario, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo.

Cuando haya de designarse como perito a una persona sin título oficial, se realizará la designación por el mismo procedimiento, previa citación de las partes, empleándose una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que debe estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si por la singularidad de la materia de el dictamen únicamente se dispusiera de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento, y sólo si todas lo otorgan se designará como perito a esa persona.

El perito designado judicialmente, antes de elaborar su dictamen, debe manifestar si acepta el cargo. En caso afirmativo, se efectuará el nombramiento y el perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que actuará con la mayor objetividad posible. Si el perito adujere justa causa que le impida la aceptación del cargo, y el tribunal la considera suficiente, será sustituido por el siguiente en la lista, y así sucesivamente, hasta que se pudiera efectuar el nombramiento.

La LEC no regula la forma de elaboración del dictamen por el perito nombrado por la parte, porque se trata de una actividad extrajudicial y previa al proceso. La LEC sólo se refiere a la actuación del perito designado judicialmente, y además de forma muy limitada, refiriéndose sólo al caso de que requiera algún reconocimiento de lugares, objetos o personas, o la realización de actividades análogas. A estos efectos, el art. 345 prevé que alguna de las partes solicite estar presente en el reconocimiento o presenciar las actividades de que se trate, pudiendo ser acordado por el Tribunal.

En cuanto a la emisión del dictamen, el perito lo formulará por escrito, y lo hará llegar al tribunal en el plazo que se le haya señalado. Del dictamen se dará traslado a las partes, por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o vista, a efectos de aportar las explicaciones o aclaraciones que estime oportunas. También el juez puede acordar la necesidad de que acuda el perito al juicio o vista, para comprender y valorar mejor el dictamen.

El art. 347 alude a la intervención de los peritos en el acto oral del juicio o vista; intervención que comprende tanto al perito de designación judicial como al perito nombrado por la parte. El juez podrá formular preguntas a los peritos y requerir de ellos las explicaciones que considerase necesarias; pero sin poder acordar de oficio la ampliación del dictamen. Las partes y sus defensores podrán pedir:

- La exposición completa del dictamen, cuando dicha exposición requiera de la realización de otras operaciones complementarias.
- Explicación del dictamen o de alguno de sus puntos, cuyo significado no fuese lo suficientemente expresivo a los efectos de la prueba.
- Respuestas a preguntas y objeciones sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos.
- Formular las tachas que pudieran afectar al perito.

Valoración.

Conforme al art. 348, la prueba pericial es de libre valoración por el juez.

LAS PRESUNCIONES.

Concepto.

Consiste en un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho probado o admitido por ambas partes, se llega a la consecuencia de otro hecho, que es supuesto fáctico de una norma, atendido el nexo lógico entre los dos hechos. No se trata de un verdadero medio de prueba, sino más bien un método de prueba.

Estructuralmente, la presunción está compuesta de 3 elementos:

- Una afirmación o hecho base, o *indicio*.
- Un hecho presumido.
- Un enlace o nexo lógico.

La afirmación o hecho base constituye el punto de apoyo de toda presunción, pudiendo estar constituida por uno o varios indicios. Lo importante del hecho base es que quede probado; así, el art. 385.1.II dice que tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parten haya quedado establecido mediante admisión o prueba.

El hecho presumido es una consecuencia deducida del hecho base o inicio, que debe ser también afirmado por la parte, y que es el supuesto fáctico de una norma cuya aplicación se pretende en el proceso.

El nexo lógico es el elemento que posibilita la formación de presunciones.

En algunos casos, la presunción viene fijada por la ley, y en otros se forma directamente por el juez.

EJEMPLO PRÁCTICO: Se quiere interponer una reclamación de una indemnización contra una compañía de seguros por parte de los herederos de un marinero, que se supone naufragado y ahogado. Previamente, el juez deberá declarar al marinero legalmente fallecido, para que se pueda abrir la sucesión. En este sentido, el art. 149 del Código Civil establece la presunción de que el naufragio ha ocurrido si el buque no llega a su destino en 3 meses. Aquí hay una presunción de naufragio y muerte del marinero, con la siguiente estructura:

- El hecho base es el naufragio, que debe ser alegado y probado por el heredero que interesa la aplicación de la presunción.
- El hecho presumido es la muerte del marinero a consecuencia del naufragio.
- El nexo lógico es el hecho de que el barco no ha llegado a puerto en 3 meses.

Clases de presunciones.

La LEC distingue entre presunciones legales y judiciales: las **legales** son aquellas cuyo nexo lógico o enlace aparece previsto y fijado en una norma jurídica. Para que produzca efectos, el hecho o indicio debe haber quedado fijado por prueba o por admisión de ambas partes.

En las presunciones **judiciales**, el enlace lo establece el juez. El enlace efectuado judicialmente a partir de un indicio admitido o probado permite al juez presumir la certeza de otro hecho, si entre el admitido o probado y el presumido existiera un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

XXVIII – ACTIVIDAD PROBATORIA (IV)

LA PRUEBA DOCUMENTAL.

Concepto de documento.

El documento es un objeto material, de naturaleza real, en el que consta por escrito una declaración de voluntad de una persona o de varias, o bien la expresión de una idea, pensamiento, conocimiento o experiencia.

La prueba documental es regulada por varios cuerpos legales; LEC, Código Civil, Código de Comercio, Ley del Notariado y Reglamento Notarial.

Clases.

Los documentos se dividen en públicos y privados: son públicos los autorizados por notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley. Conforme al art. 317, a efectos de prueba se consideran documentos públicos los siguientes:

- Resoluciones, diligencias y actuaciones judiciales de toda especie, y los testimonios que de las mismas expidan los secretarios judiciales.
- Documentos autorizados por notario.
- Los intervenidos por corredores de comercio colegiados y certificaciones de las operaciones en que hubieran intervenido, expedidas por los corredores, con referencia a su libro-registro.
- Certificaciones de asientos registrales que expidan los registradores de la propiedad y mercantiles.
- Documentos expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo referente al ejercicio de sus funciones.
- Los documentos que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones Públicas, o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de sus órganos, administraciones o entidades.

Conforme al art. 324, son documentos privados los que no sean considerados públicos, es decir, aquellos en los que no intervienen funcionarios públicos. A ellos deben añadirse los documentos públicos defectuosos (art. 1223 del Código Civil).

Procedimiento probatorio.

El procedimiento se reduce a la presentación del documento por la parte. Cuando la parte desee usar un documento y no disponga de él, aparece la figura de la **exhibición**. Cuando la parte dispone del documento, debe acompañarlo con la demanda o contestación. Estos momentos son los ordinariamente previstos para la presentación de documentos, y actúan con efecto preclusivo. Pero existen excepciones a la regla general:

1. El actor puede presentar en la audiencia previa los documentos cuya relevancia se haya puesto de manifiesto a consecuencia de las alegaciones hechas por el demandado al contestar a la demanda.
2. Cualquiera de las partes puede presentar, fuera de la demanda o contestación, pero no después del juicio o vista, los documentos que se encuentren en alguno de los casos del art. 270:
 - Documentos que sean de fecha posterior a la demanda o a la contestación, o en su caso, a la audiencia previa, siempre que no se hubieran podido confeccionar u obtener anteriormente.
 - Documentos anteriores a la demanda o contestación, o en su caso a la audiencia previa, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido conocimiento de su existencia con anterioridad.
 - Documentos que no haya sido posible obtener con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte.

En cuanto al modo de aportación de los documentos, debe tenerse en cuenta que esta forma de aportación es

diferente en función de la clase documento. Los documentos públicos se presentan por medio de copia auténtica, si son notariales; por medio de certificación si son administrativos, y por medio de testimonio si son judiciales. En los tres casos, el original quedará en el protocolo o archivo correspondiente, y sólo en casos excepcionales, como es el caso de las pólizas de contratos mercantiles, deberá presentarse el original. También es posible presentar copia simple, la cual surtirá plenos efectos probatorios sino es impugnada su autenticidad; y si se impugna, será necesario llevar al proceso copia auténtica, certificación o testimonio.

Tratándose de documentos privados, se presentará el original, aunque es posible también la presentación de documento privado en copia autenticada por fedatario público, o incluso copia simple, la cual tendrá pleno valor probatorio si la parte contraria no impugna la conformidad de la copia con el original.

En general, debe tenerse en cuenta que si la parte no dispone de copia auténtica, certificación o testimonio, u original privado, la presentación puede consistir en la mera designación del protocolo o archivo, expediente o registro donde se encuentre el original. Pero el artículo 265,2 es restrictivo en cuanto esta posibilidad.

En lo que se refiere a la lengua del documento, los documentos redactados en idioma que no sea castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad autónoma de que se trate, deberán acompañarse de una traducción del mismo.

En la prueba documental no hay otra actividad probatoria distinta de la presentación del documento; la prueba se practicará ante el secretario judicial, presentándole el documento. Y la verdadera actividad probatoria aparece realmente sólo cuando el documento es impugnado por la parte contraria. Las partes deben pronunciarse sobre los documentos aportados por la contraria durante la audiencia previa, debiendo manifestar si los admiten, impugnan o reconocen, o si en su caso, proponen prueba acerca de su autenticidad. En el caso de que el documento no sea impugnado, producirá plenos efectos probatorios.

En el caso de documentos públicos, la impugnación puede tener lugar en cuanto a dos aspectos distintos:

1. En cuanto a la correlación de la copia auténtica, certificación o testimonio con el original, en cuyo caso la autenticidad se establecerá por cotejo realizado por el secretario.
2. En cuanto a la falsedad del documento original, ya sea presentado por la parte o ya se trate del que consta en el protocolo o archivo. En este caso, aparece la cuestión prejudicial penal.

En el caso de los documentos privados, la impugnación se referirá, además de a su falsedad, también a su carencia de autenticidad. En este caso, una vez ha sido formulada la impugnación debe acudir: bien al cotejo de letras, o bien a cualquier medio de prueba que se estime útil y pertinente.

Todo lo dicho se refiere al supuesto de que la parte tiene a su disposición el documento que quiere presentar como medio de prueba, o bien al supuesto de la presentación por designación del protocolo, archivo o registro. Pero la situación cambia cuando la parte no puede disponer de los documentos; en ese caso, la ley prevé la obligación de exhibir, que puede referirse a las partes, a terceros o entidades de derecho público.

Si se refiere a las partes, cada parte puede solicitar de las demás la exhibición de los documentos que no se hallen a su disposición, y que se refieran a los hechos objeto del proceso o a la eficacia de otros medios de prueba. Desde el punto de vista procedimental, es necesaria la solicitud de exhibición, que puede hacerse oralmente o por escrito, en la audiencia previa. La parte solicitante presentará copia simple del documento se dispone de ella, o bien en caso contrario, indicará en los términos más exactos posibles el contenido del documento. Ante este requerimiento, la parte requerida puede adoptar una de las siguientes actitudes:

No exhibir el documento, negándose injustificadamente. El tribunal, en consideración de las restantes pruebas, puede atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante o a la versión que del contenido

del documento hubiera dado el propio solicitante.

Atender el requerimiento y exhibir el documento: la exhibición no supone aportación del documento a las actuaciones, y sino la realización del testimonio del mismo por el secretario judicial, pudiendo la parte contraria y obligada exigir que ese testimonio se libre en su propio domicilio.

No exhibir el documento, justificadamente, en cuyo caso no habrá lugar a las consecuencias negativas previstas por el artículo 329.1.

La obligación de exhibir puede referirse a los terceros. En este caso, conforme al artículo 330, salvo que se trate de diligencias preliminares, sólo se requerirá a terceros no litigantes la exhibición de los documentos de su propiedad cuando, perdida la exhibición por una de las partes, entiende el tribunal que su conocimiento resulta trascendente al objeto de dictar sentencia. Para determinar dicha trascendencia, el tribunal ordenará la comparecencia personal del tercero, y tras oírle resolverá lo procedente. Si desestima la petición de la parte, no cabe recurso alguno, aunque la parte podrá reproducir su petición en la segunda instancia. Si el juez estima la petición, ordenará al tercero exhibir el documento, pero no se le obligará a que lo presente en secretaría, sino que si así lo exige el tercero, irá el secretario judicial a su domicilio para testimoniar el documento.

El art. 332 se refiere específicamente a las entidades de Derecho público, incluyendo todas las empresas y entidades que realicen servicios públicos o estén encargadas de las actividades de cualquier Administración. Ninguna de ellas puede negarse a expedir las certificaciones o testimonios que le sean solicitados por los tribunales, ni a exhibir los documentos que obren en su poder o en sus archivos o dependencias, excepto si se trata de documentación legalmente clasificada como de carácter secreto o reservado.

Valoración.

Coexisten los sistemas de valoración legal y libre, debiendo diferenciar entre documentos públicos y privados. El documento público es un medio de prueba cuyo valor viene determinado por la ley, aunque no siempre, ni con una extensión ilimitada. A este respecto deben considerarse las siguientes reglas:

Para que los documentos públicos tengan valor probatorio legal, deberá aportarse el original, o bien una copia certificada fehacientemente, o bien una copia simple no impugnada o impugnada sin éxito. Si se hubiera aportado testimonio o certificación fehaciente de sólo parte del documento, no hará prueba plena mientras no sea completado con las adiciones que solicite el litigante a quien pudiera perjudicar el documento.

Los documentos públicos que se encuentren en el caso anterior, harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produjo la documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que en su caso intervengan en la documentación.

La fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en el art. 317 a los que la ley otorgue carácter público, será la que establezcan las leyes que les reconocen dicho carácter. En defecto de disposición expresa en dichas leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los documentos se tendrán por ciertos a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado.

Para los documentos públicos no comprendidos en el art. 317, o las partes de los documentos públicos recogidos en el 317 pero no mencionados por el 319.1, rige el sistema de libre valoración de la prueba.

En cuanto a documentos privados, hacen prueba plena en los términos del 319 cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a la que perjudican. En los demás casos, los documentos privados serán libremente valorados por el juzgador. Según el art. 326.2.II, cuando no se pudiera deducir su autenticidad o no se hubiese propuesto prueba alguna, el juez lo valorará según las reglas de la sana crítica.

XXIX – PERÍODO DE CONCLUSIÓN

DILIGENCIAS FINALES.

Son actos de instrucción debidos a la iniciativa del juez, a fin de formar su convicción sobre el material del proceso. Su antecedente son las *diligencias para mejor proveer*, y la modificación de la Ley 1/2000 intenta que no se reste valor a la prueba practicada en el acto del juicio; para ello limitan la utilización de las diligencias finales a razones muy estrictas. Estas diligencias se encuadran dentro de las facultades que el juez tiene para la dirección material del proceso.

Conforme a la Ley 1/2000, como norma general se permite su práctica sólo si las partes lo piden, aunque el art. 435.2 permite excepcionalmente su adopción de oficio por el juez.

La doctrina ha discutido si sólo deberían permitirse estas diligencias cuando fueran aconsejadas por la conveniencia de una aportación probatoria complementaria (en cuyo caso no podrían utilizarse cuando existiera falta absoluta de prueba), o si sólo deberían admitirse cuando los defectos de resultado de la actividad de la parte se debieran a errores involuntarios o a otras circunstancias ajenas a su voluntad. El art. 435.1 parece acoger ambas posturas, porque no las permite cuando la parte pudo haberlas propuesto como prueba en tiempo y forma, ni tampoco cuando la parte actuó de forma poco diligente y no las propuso por propia culpa.

Las diligencias finales pueden llevar actividad probatoria en 4 casos:

Pueden practicarse los medios de prueba que no se hubieran practicado por causas ajenas a la voluntad de la parte que los propuso.

Pueden practicarse las pruebas pertinentes y útiles que se refieran a los hechos nuevos o de nueva noticia previstos por el art. 286.

Excepcionalmente, el juez puede, mediante auto detalladamente motivado, acordar de oficio o a instancia de parte que se practiquen de nuevo las pruebas sobre hechos relevantes, cuando de su práctica no se hubieran deducido resultados probatorios claros, a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes.

Art. 309.2: el representante de una persona jurídica que da razón de quién ha intervenido en los hechos en su nombre será interrogado en la diligencia final.

Las diligencias finales se acuerdan, según el art. 434.2, dentro del plazo para dictar sentencia, y deben practicarse en el plazo de 20 días, quedando en suspenso el plazo de la sentencia. En las diligencias finales, el principio de contradicción queda garantizado por el art. 436, conforme al cual, después de su práctica, y sin perjuicio de la intervención de las partes durante su desarrollo, éstas pueden presentar un escrito en el que resuman y valoren los resultados producidos, en el plazo de 5 días. A partir del escrito volverá a computarse el plazo para dictar sentencia.

XXX – LA SENTENCIA

INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO.

Los actos de demanda, contestación, prueba y conclusión se dirigen a obtener una sentencia del juez, la cual debe considerarse como el acto de terminación del proceso por antonomasia; pero no es el único, y junto a la sentencia deben tenerse en cuenta otros modos *anormales* de terminación.

La sentencia se define como **la resolución que, decidiendo la contienda entre las partes, pone término a la instancia, y cuando deviene firme por no haber sido impugnada o ser inimpugnabile, cierra la relación jurídico-procesal**. La sentencia se pronuncia sobre la pretensión deducida en la demanda, admitiéndola o rechazándola, y atendiendo además a lo alegado en el pleito por el demandado.

En cuanto al pronunciamiento sobre la estimación / desestimación de la demanda, la sentencia es el acto que condena o absuelve al demandado, entendiendo el término condena en sentido amplio.

CLASES.

Según el tipo de pronunciamiento que la sentencia contiene acerca de la pretensión procesal, hay sentencias:

- **De fondo:** aquellas cuyo pronunciamiento recae sobre la pretensión misma, estimándola o desestimándola en función de su fundabilidad. Por tanto, la sentencia de fondo puede ser desestimatoria o estimatoria, y ésta última puede ser total o parcial. Las estimatorias son parciales; tanto cuando habiendo acumulación de pretensiones no son todas estimadas, como cuando siendo única la pretensión deducida, la sentencia no la estima en toda su extensión cuantitativa.
- **De absolución en la instancia:** aquellas que no se pronuncian sobre la pretensión, ya que no entran a conocer el fondo del asunto ante la falta de algún presupuesto procesal, o ante la concurrencia de algún impedimento oportunamente alegado por la parte interesada. En estos casos, la pretensión es inadmisibile, y queda imprejuizada, por lo cual podrá reproducirse en un nuevo proceso.

Según la clase de pretensión interpuesta, las sentencias pueden ser:

- **Merodeclarativas:** se limitan a declarar como existente o inexistente una relación jurídica anterior.
- **Constitutivas:** tienen por objeto la creación, modificación o extinción de una relación jurídica anterior.
- **De condena:** condenan a una persona a la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer. La sentencia constituye un título ejecutivo.

Según su impugnabilidad, las sentencias pueden ser:

- **Definitivas o impugnables:** las que producen únicamente la terminación de una instancia del proceso, pero no del proceso en su totalidad. Contra ellas caben los recursos legalmente previstos.
- **Firmes:** aquellas contra las que no cabe recurso alguno, ordinario o extraordinario, bien porque la ley no establece recurso contra ellas, o bien porque, habiendo establecido dicha posibilidad, no ha sido interpuesto observando los requisitos de admisibilidad o se ha desistido del mismo.

Según la presencia o ausencia del demandado en el proceso:

- **Contradictorias:** las dictadas en procesos en los que está presente el demandado, independientemente de que éste se oponga o no a la demanda.
- **En rebeldía:** son las dictadas en procesos en los que se haya declarado en rebeldía al demandado, porque no se ha personado ni ha contestado a la demanda.

Según el grado de la jurisdicción en que se dictan: de **primera instancia**, de **apelación** o de **casación**.

FORMA DE LA SENTENCIA.

La estructura externa de la sentencia viene dada por los art. 248.3 LOPJ y 209 de la Ley 1/2000. Conforme a ellos, las sentencias constarán de los siguientes apartados:

Encabezamiento: En él se hace constar el lugar, fecha, tribunal (expresando el nombre del juez o magistrado ponente), partes, y cuando sea necesario, la legitimación y representación en virtud de la cual las partes actúan, los nombres de los abogados y procuradores de ambas, y el objeto del juicio.

Antecedentes de hecho: En párrafos separados y numerados deben consignarse, con claridad y concisión, las pretensiones de las partes, los hechos en los que se fundan (oportunamente alegados y que tengan relación con las cuestiones que haya de resolverse), pruebas propuestas y practicadas, y en su caso, los hechos probados.

Fundamentos de derecho: En párrafos separados y numerados debe hacerse constar el Derecho fijado por las partes, expresando los fundamentos legales que se estimen procedentes, citando las leyes o doctrina que sean de aplicación.

Fallo: Debe ser claro y preciso, y además ser congruente con las pretensiones y resistencia formuladas, haciendo todas las declaraciones que dichas pretensiones y resistencia exijan. Salvo que se trate de una sentencia meramente procesal, el juez deberá pronunciarse sobre el objeto del proceso y el objeto de debate, además de pronunciarse sobre las costas y la cantidad, en su caso, objeto de la condena.

GÉNESIS DE LA SENTENCIA.

Es el procedimiento mental a través del cual el juzgador llega a la sentencia. El estudio de la génesis supone el estudio de un proceso de la mente humana, de ahí su dificultad. Es frecuente referirse a la sentencia como *silogismo judicial*, en el cual existe:

- Una *premisa mayor*, constituida por las normas jurídicas aplicables al caso.
- Una *premisa menor*, constituida por los hechos concretos alegados y probados en que se fundan las pretensiones de las partes.
- Una *conclusión*, que es el fallo, consecuencia de subsumir los hechos en los supuestos de hecho de las normas.

Pero según Miguel Ángel Fernández, el hecho de que la sentencia, estáticamente considerada, y una vez emitida, se presente como un silogismo, no debe llevarnos a pensar que el juez procede conforme al orden de dicho silogismo, es decir:

- Comprueba si los hechos alegados son ciertos.
- Si lo son, comprueba si son subsumibles en las normas alegadas o aplicables.
- Comprueba si de esa subsunción resulta el efecto jurídico pretendido por las partes.

Sin embargo, este procedimiento no debe ser considerado como el orden lógico. El procedimiento lógico es el siguiente:

En primer lugar, el juez se pregunta si el efecto jurídico pretendido tiene base en el Derecho. Para ello debe buscar una norma jurídica, invocada o no por la parte, en virtud de la cual procede el efecto jurídico:

- Si la norma no existe, el juez dictará una sentencia desestimatoria.
- Si la norma existe, ocurre que el efecto jurídico tiene base en el Derecho, y se pasa a la siguiente fase.

En la fase siguiente, el juez debe determinar si los hechos abstractamente formulados por la norma coinciden con el acaecer concreto deducido o alegado por la parte. Esta operación es la *subsunción*. Si los hechos alegados no coinciden con los supuestos de la norma, el juez dictará una sentencia desestimatoria. Pero si coinciden, se pasa a la siguiente fase.

En la tercera fase, el juez comprueba si los hechos alegados han quedado probados a través de la actividad

probatoria, o si, sin ella, deben ser fijados en la sentencia porque no necesitan probarse.

El juez, mediante todas estas operaciones mentales, llegara a establecer que el efecto jurídico pretendido por la parte es un efecto establecido por la norma jurídica; que los hechos alegados como fundamento de la pretensión coinciden con los supuestos legales; y que los hechos se han dado verdaderamente en la realidad, entonces declarará el efecto jurídico pretendido.

Esta explicación de la génesis ha sido defendida por Gómez Orbaneja, Ortells Ramos y Miguel Ángel Fernández, entre otros. Pero otro sector doctrinal, en especial Guasp, considera que no es posible que una operación mental tan compleja como es la llevada a cabo por el órgano jurisdiccional pueda reconducirse a unos esquemas que pretendan tener validez general. Para Guasp, el resultado al que llega el juez y que se expresa en la sentencia, es el fruto no de un juicio objetivo lógico realizado por el órgano jurisdiccional sobre la base de los materiales recogidos en el proceso; sino más bien el fruto de una convicción psicológica que no debe estar sometida, en cuanto a su formación, a reglas fijadas a priori. En ella tienen cabida tanto razonamientos puros, cuanto simples impresiones o creencias del juzgador.

LA CONGRUENCIA.

Se define como la **adecuación entre las peticiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, y la parte dispositiva de la resolución judicial**. Es un requisito que aparece recogido en el art. 218.1 de la Ley 1/2000.

Dice Ramos Méndez que el fundamento de la congruencia es el respeto a los principios de aportación de parte y de contradicción que rigen en el proceso civil. Para Ortells, el fundamento está en el deber de pronunciamiento exhaustivo, o deber inexcusable de resolver, en consonancia con el art. 1.7 del Código Civil, que prohíbe el *non liquet*.

Para determinar si en una sentencia existe o no congruencia, es preciso comparar los dos términos o extremos entre los que debe existir conformidad:

- En cuanto a la actividad de las partes, el término de comparación es la pretensión procesal, incluyendo tanto el petitum como la causa petendi, además de los hechos constitutivos de la demanda y de todos los actos en los que se haya realizado una modificación de la pretensión. Por otra parte, el término de comparación se integra también por la contestación, la reconvencción y la contestación a la reconvencción, así como por los actos de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento que hayan podido producirse.
- En cuanto a la actividad del juez, lo relevante será la parte dispositiva de la sentencia; aunque en algunos casos, a efectos de la congruencia, deben examinarse los fundamentos de Derecho.

Los extremos que el juez debe respetar en el fallo son dos: los hechos y los fundamentos de Derecho alegados por las partes. Pero la vinculación del juez no es la misma con respecto a ambos;

- En cuanto a los hechos, debe respetar los que hayan sido alegados por las partes, sin que pueda basar el fallo en hechos distintos, máxime cuando el hecho haya sido admitido expresamente o exista allanamiento.
- En cuanto a fundamentos de Derecho, por virtud del principio *iura novit curia*, no vincula al juez el Derecho alegado por las partes. Así, podrá aplicar los fundamentos legales que mejor se adapten al caso de autos, aunque con una limitación: no debe alterarse la causa de pedir alegada por las partes.

Cuando exista discordia entre el fallo y las peticiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, se produce la incongruencia. Hay 3 tipos de incongruencia:

- En cuanto a las **cosas**: se trata de incongruencia cuantitativa, y puede ser por exceso, cuando la sentencia

concede al demandante más de lo pedido, o por defecto, cuando le concede menos de lo admitido por el demandado.

- En cuanto a los **casos**: puede ser por exceso, cuando la sentencia otorga o deniega lo que nadie ha pedido, o por defecto, cuando omite pronunciamientos sobre alguna de las peticiones planteadas por las partes. También es posible que sea mixta; a la vez por exceso y por defecto.
- En cuanto al **modo**: se trata de la sentencia que altera la causa de pedir, que estima excepciones distintas a las formuladas por el demandado, que modifica los hechos admitidos por ambas partes, o los hechos alegados en el proceso.

PREJUDICIALIDAD

Son **cuestiones prejudiciales** aquellas conexas con la cuestión de fondo planteada en el proceso civil, que por su naturaleza están atribuidas al conocimiento de juzgados y tribunales de distinto orden jurisdiccional, ante los cuales pueden dar lugar a procesos y resoluciones propias. Hablamos de cuestiones prejudiciales cuando, existiendo un proceso civil en marcha, la resolución sobre el mismo está condicionada por la decisión que se adopte respecto de una cuestión que está conectada con el objeto del proceso civil, de forma que éste no puede ser resuelto sin antes decidir sobre la cuestión conexas.

Se suele diferenciar entre prejudicialidad civil, laboral, administrativa, penal, constitucional y comunitaria. Debe tenerse en cuenta que la prejudicialidad civil no existe como tal, porque, cuando para resolver una pretensión debe decidirse antes, de forma lógica, sobre otra cuestión civil, será el propio tribunal civil el que tiene competencia para decidir. En estos casos, estamos ante una **cuestión incidental**.

Prejudicialidad laboral y administrativa: la norma general consiste en que el juez civil que esté conociendo del proceso en el que surge la cuestión, se pronuncie sobre ella, como elemento lógico para decidir el objeto del proceso civil, si bien a los solos efectos prejudiciales, porque lo decidido por este juez civil no produce efecto de cosa juzgada. Por eso, puede surgir después un proceso laboral o contencioso-administrativo en el que sea objeto principal lo que fue cuestión prejudicial en el proceso civil.

Excepcionalmente, el proceso civil puede suspenderse mientras en un proceso laboral o contencioso-administrativo paralelo se decide sobre la cuestión prejudicial, siempre que lo prevea expresamente la ley o lo decida el tribunal, previo acuerdo de las partes. En este caso, lo decidido por el tribunal laboral o contencioso-administrativo vinculará al juez civil.

Prejudicialidad penal: el hecho de que durante la tramitación de un proceso civil aparezca la existencia de un hecho aparentemente constitutivo de delito o falta perseguible de oficio, no implica que exista cuestión prejudicial penal. En este caso, el tribunal se limitará a poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiera lugar al ejercicio de la acción penal. Las verdaderas cuestiones prejudiciales penales que afectan al proceso civil son de dos tipos:

A) Cuestiones de carácter general: un mismo hecho aparece, por un lado, como elemento que fundamenta la pretensión o la resistencia de las partes, y por otro, como hecho investigado en un proceso penal a causa de su apariencia delictiva. En estos casos, debe suspenderse el proceso civil hasta que se decida el proceso penal; pero dicha suspensión sólo se acordará una vez el proceso civil esté pendiente de dictar sentencia, y siempre que concurran dos requisitos:

- Que se acredite la existencia del proceso penal sobre el mismo hecho.
- Que la decisión del tribunal penal relativa al hecho pueda tener influencia decisiva en la resolución que se vaya a dictar en el proceso civil.

B) Cuestiones documentales: se dan cuando se plantea la posible falsedad de un documento aportado al proceso civil. En este caso, la suspensión del proceso podrá acordarse tan pronto como se acredite que se

sigue proceso penal sobre ese hecho. Requisitos:

- Que se acredite ante el tribunal civil la existencia de proceso penal sobre el delito de falsedad relativo precisamente a ese documento.
- Que el documento pueda ser decisivo para resolver la cuestión de fondo planteada en el proceso civil.

En ambos tipos de prejudicialidad penal puede acordarse la suspensión del proceso civil, siendo necesaria la decisión del tribunal para acordarla o denegarla. En ambos tipos, la existencia de un delito declarado en la sentencia penal no produce efectos civiles: a lo que puede quedar vinculado el juez civil es a los hechos declarados o no probados en la sentencia penal.

La vinculación del juez civil a lo declarado en los hechos de la sentencia penal es obvia; si el tribunal declara la falsedad del documento, éste no puede ser tenido en cuenta por el juez civil para decidir sobre el fondo del asunto. Pero en ocasiones las cosas son más complicadas, y debe tenerse en cuenta el art. 116 de la LECr, que establece que la sentencia penal firme que declare que no existió un hecho, vincula al tribunal civil, que no podrá declararlo como existente.

Prejudicialidad constitucional: los tribunales ordinarios no pueden proceder a declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley promulgadas con posterioridad a la entrada en vigor de la CE, porque esta función corresponde en exclusiva al TC. La cuestión prejudicial constitucional se planteará por los tribunales ordinarios conforme a lo previsto por los art. 163 CE y 35–37 LOTC.

Prejudicialidad comunitaria: Conforme al art. 234 del Tratado de la UE, el TJCE es competente para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales enumeradas en él, concretamente sobre la interpretación del tratado, interpretación y validez de los actos de las instituciones de la UE, e interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando éstos así lo prevean.

LAS COSTAS PROCESALES

La Administración de Justicia por el Estado acarrea para éste y para las CCAA (siempre que tengan competencias en la materia) un considerable volumen de gastos, que en principio deben afrontarse por vía presupuestaria. Pero también los particulares que acuden a los tribunales, salvo determinadas excepciones, deben realizar un importante desembolso económico, que una vez finalizado el proceso puede que les sea reembolsado.

Debe tenerse en cuenta que no todo desembolso económico que deba realizar cualquiera de las partes, en o para el proceso, se incluye en el concepto de costas procesales. Deben diferenciarse los conceptos de **gasto procesal** y **costas procesales**. El gasto procesal es todo desembolso que ya hayan realizado las partes, o que realizarán, tanto para la preparación del proceso como para su iniciación o continuación. El gasto procesal que soportan las partes va referido tanto a las actividades relacionadas con el proceso que ellas mismas realicen, como a las actividades realizadas por terceros, a petición de las partes o del órgano jurisdiccional.

Todos estos desembolsos tienen su causa en el proceso, de forma que, de no surgir la necesidad del proceso, no hubiera sido necesario aportar ninguno de ellos. Esta idea de causalidad es empleada por la Ley 1/2000, cuyo art. 241.1.II define como gastos procesales *aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia del proceso*.

Las costas procesales son una parte de los gastos procesales; la que la ley procesal permite expresamente que, en el mismo proceso en que son originados, se condene a su reembolso a una de las partes a favor de la otra, previa la cuantificación que, eventualmente, también podrá realizarse en el mismo proceso. Cualquier otro gasto no susceptible de reembolso y cuantificación en el mismo proceso en que se origina no forma parte del concepto específico de costas.

Tradicionalmente la doctrina ha recurrido al criterio de causalidad de las costas, entendiendo que éstas son gastos que se producen como consecuencia directa e inmediata del proceso. Pero dicha relación de causalidad se predica de todo gasto procesal, según el art. 241.1.II, por lo que actualmente es necesario atender a otro criterio, y lo más lógico parece acudir al de la exigibilidad y cuantificación en el proceso de origen.

Para saber qué gastos forman parte de las costas procesales, debe atenderse al art. 241.1.II, que incluye los conceptos que forman parte de las costas; pero además se requiere que el gasto tenga la consideración de necesario y útil y no concurra ninguna de las causas que excluya su cuantificación en el proceso. Los gastos que forman parte del concepto de costas son los siguientes:

- Honorarios de la defensa y representación técnica, cuando sean preceptivas.
- Inserción de anuncios, edictos, etc., que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso.
- Depósitos necesarios para la presentación de recursos.
- Derechos de peritos y demás abonos que deban realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso (testigos, etc.).
- Copias, certificaciones, notas, testimonios y demás documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos (que son gratuitos).
- Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso; pagos a notarios, registradores de la propiedad, registradores mercantiles, etc.

Deben diferenciarse dos conceptos: pago de las costas y condena en costas.

Pago de las costas: Cada parte pagará los gastos y costas del proceso que se hayan originado a su instancia, a medida que se vayan produciendo. Los titulares de créditos derivados de actuaciones procesales podrán reclamarlos a la parte o partes que deban satisfacerlos sin esperar a que el proceso finalice. Pero deben hacerse algunas precisiones:

- Más que de pago de gastos y costas debería hablarse del pago de gastos procesales en general, porque el pago de las costas no tendrá lugar hasta el momento de su imposición y eventual tasación.
- Cuando alguna de las partes goce del derecho de asistencia jurídica gratuita, los gastos correrán por cuenta del erario público.

Además debe tenerse en cuenta que el procurador está obligado a pagar todos los gastos que se originen a su instancia, excepto los honorarios de los abogados. El procurador debe pagar los gastos ocasionados por las actuaciones solicitadas por su poderdante, sin perjuicio de su posterior reclamación al poderdante. Por otro lado, el art. 1318.3 del Código Civil contempla las litis expensas, en virtud de las cuales, cuando un cónyuge carece de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en los litigios contra el otro cónyuge, sin mediar mala fe o temeridad, o contra un tercero, si redundan en beneficio de la familia, serán a cargo del caudal común; a falta de éste, se sufragan a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de éste impida la obtención del derecho de asistencia gratuita.

Cuando se trate de gastos comunes, en el caso de peritos y testigos, la LEC establece el prorrateo entre todas las partes que provoquen su intervención en el juicio.

Ante la negativa a pagar de la parte deudora, el acreedor podrá recurrir a cualquiera de los medios que la ley procesal prevé para la reclamación de deudas dinerarias. En cuanto al procurador, abogado, testigos y notarios, se prevén procedimientos privilegiados para que éstos hagan efectivos sus créditos contra las partes.

Este sistema no siempre resulta justo. Por ejemplo, en el caso del demandante que, tras reiteradas peticiones dirigidas al demandado, no encuentra más alternativa que acudir a los tribunales, si además tuviera que soportar los gastos que ello genera, se crearía una situación de injusticia. Para evitar estas situaciones, la ley acude a la condena en costas.

Condena en costas: Tiene por objeto reintegrar las cantidades abonadas a quien ha acudido al proceso para hacer valer sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Consiste en reconocer a una de las partes del proceso su derecho al reembolso de ciertos gastos procesales ya satisfechos por esa parte, y la imposición de los mismos a la parte contraria, de forma que ésta soportará, aparte de los gastos causados a su instancia, también algunos de los causados a instancia de la otra parte.

La condena en costas no establece la cuantía de las mismas; para ello es necesario que las partes lleguen a un acuerdo, o acudan al trámite de tasación. Para la condena en costas, el legislador establece un doble sistema:

- Sistema objetivo o del vencimiento: imposición de costas a favor de la parte cuyas pretensiones o resistencia hayan sido estimadas por el tribunal, y en detrimento de la parte cuyas pretensiones o resistencia hayan sido desestimadas.
- Sistema subjetivo o de temeridad o mala fe: sólo habrá imposición de costas cuando alguna de las partes hubiera actuado en el proceso a pesar de lo infundado o inconsistente de su pretensión o resistencia, recayendo sobre dicha parte el pago de las costas de la contraria.

Sobre la base de ambos sistemas, pueden darse 3 supuestos:

Supuestos de no imposición de costas

No procede la imposición de costas a ninguna de las partes, y cada una soportará los gastos ocasionados a su instancia, y los comunes por mitad, en los casos siguientes:

- En general, en la primera instancia, cuando a pesar de la total estimación de las pretensiones de una parte, aprecie el tribunal, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho para la parte contraria. En este supuesto, el tribunal deberá tener en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.
- En la primera instancia: cuando haya estimación o desestimación parcial de las pretensiones y el órgano jurisdiccional no considere que concurren méritos para imponer costas por temeridad a alguna de las partes.
- En los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación, no habrá imposición de costas en el caso de estimación total de cualquiera de los recursos.

Hay otros casos más específicos:

- En primera instancia, cuando el proceso termine por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto.
- Cuando el proceso termine por consecuencia de la caducidad de la instancia.
- Cuando el demandado se allane antes de la contestación a la demanda, salvo que el órgano jurisdiccional aprecie mala fe en su actuación.
- Cuando el demandante desista de la pretensión y cuente con el consentimiento del demandado o demandados.
- En ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Fiscal.

En los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y casación, no habrá imposición de costas:

- Cuando el recurso termine como consecuencia de su caducidad.
- Cuando se estime procedente la rescisión de la sentencia firme a instancia del demandado rebelde, salvo que el tribunal aprecie temeridad en una de las partes.

Supuestos de condena en costas en virtud del vencimiento en juicio

En primera instancia, el supuesto general es que las costas se impondrán a favor de la parte cuyas pretensiones o resistencia hayan sido totalmente estimadas por el tribunal, salvo que se aprecie, y así se razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En los recursos de apelación, infracción procesal y casación, las costas se impondrán a favor de la parte recurrida cuando el recurso sea totalmente desestimado.

En la primera instancia hay dos supuestos específicos:

- Las costas se impondrán a favor del actor cuando el demandado se allane después de la contestación a la demanda.
- Las costas se impondrán a favor del demandado cuando el actor desista de su pretensión sin el consentimiento del demandado.

En los recursos anteriores y en la rescisión de la sentencia firme a instancia de demandado rebelde, las costas se impondrán a favor de la parte recurrida cuando se declare desierto el recurso de apelación o infracción procesal. Y a favor de la parte contraria del condenado en rebeldía cuando se declare no haber lugar a la rescisión de la sentencia solicitada por el rebelde.

Supuestos de condena en costas por aplicación del principio de la temeridad

Procede la imposición de costas a la parte en que el órgano jurisdiccional aprecie temeridad o mala fe, en los casos siguientes:

- En general, cuando haya habido estimación o desestimación parcial de las pretensiones y se aprecie temeridad en una de las partes.
- Cuando el demandado se allane a la demanda antes de contestarla y el tribunal aprecie en él mala fe.
- Cuando, estimada la procedencia de la rescisión de la sentencia firme a instancia del rebelde, el órgano jurisdiccional aprecie temeridad en alguno de los litigantes.

Recaída condena en costas, en sentencia o auto firmes, deben distinguirse dos etapas: tasación y exacción. Ambas son contingentes, porque es posible que el condenado proceda a su satisfacción voluntaria, cuando ambas partes lleguen a un acuerdo sobre la cantidad a abonar, lo cual se llevará a cabo normalmente a través de sus abogados.

Tasación de las costas procesales

Por medio de la tasación se determinan los gastos que, de entre aquellos que ha soportado la parte beneficiada por la condena, deben serle reembolsados. La tasación la realiza el secretario judicial del tribunal que hubiera conocido del proceso o recurso. En la tasación se incluyen todas las partidas de gasto que constituyan costas conforme al art. 241.1.II, incluyéndose también los generados por la propia tasación.

A estas partidas deben aplicarse algunas limitaciones:

A) No se incluyen en la tasación los derechos correspondientes a escritos o actuaciones inútiles, superfluas o no autorizadas por la ley. La utilidad de una actuación procesal se valora en función de la idoneidad de dicha actividad para la resolución de las cuestiones suscitadas en el proceso. Deben ser excluidos, por superfluos, los honorarios del abogado y procurador cuando su intervención no sea preceptiva; aunque sí se incluyen en la tasación en el caso de que el tribunal aprecie temeridad del condenado, o cuando el domicilio de la parte representada y defendida esté en localidad distinta de aquella en la que se ha tramitado el juicio.

B) Tampoco se incluyen las minutas presentadas por profesionales que no expresen detalladamente los

conceptos referidos a honorarios que no se han devengado en el pleito.

C) Los gastos ocasionados a abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel sólo se reembolsarán hasta el límite de 1/3 de la cuantía del proceso por cada uno de los litigantes condenados en costas. A estos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 3 millones de pesetas, salvo que el tribunal disponga otra cosa en razón de la complejidad del asunto. En todo caso, el límite de 1/3 no se aplicará cuando al condena en costas se imponga como consecuencia de la temeridad o mala fe del condenado.

D) En cuanto a los pagos a testigos, las costas sólo cubrirán los gastos ocasionados a los 3 primeros presentados por cada hecho.

E) Se excluyen los gastos ocasionados por actuaciones o incidentes en que hubiese sido condenada expresamente la parte favorecida por el pronunciamiento sobre costas en el asunto principal.

Una vez se hayan tasado las costas, el secretario dará traslado del resultado a las partes para que éstas, por un plazo de 10 días, procedan a su impugnación. Puede impugnar cualquiera de las partes:

- Si impugna la parte favorecida, la impugnación se basará en la exclusión total de ciertas partidas de gasto, debidamente justificadas y reclamadas, o bien en que las partidas no han sido incluidas en su totalidad o de forma incorrecta.
- Si impugna la parte perjudicada, puede considerar que las costas incluidas son indebidas, por no formar parte de los conceptos que integran las costas procesales, o bien porque concurre alguna de las limitaciones anteriores.

La tramitación de la impugnación difiere en función de la causa alegada. La resolución de la impugnación corresponde al tribunal ante el que se hubiera seguido el proceso principal. La decisión sobre impugnación será recurrible sólo en el caso de impugnación por gastos indebidos.

Exacción de las costas

Practicada la tasación, se ofrece al condenado al pago una segunda oportunidad de satisfacer voluntariamente dicho pago. Si de nuevo se opone, o no satisface la cantidad, procederá la exacción de las costas, que consiste en su cobro por el procedimiento de apremio. Ello es posible porque la condena en costas, una vez haya sido tasada por el secretario, general un título ejecutivo líquido. Para la exacción de las costas se seguirán los trámites establecidos por la LEC para la ejecución de obligaciones dinerarias.

XXXI – COSA JUZGADA

RESOLUCIONES QUE PRODUCEN EFECTO DE COSA JUZGADA

Por cosa juzgada formal o *firmeza* se entiende la cualidad de inimpugnable que alcanza una resolución judicial dentro del proceso en el que se dicta; significa la preclusión de los medios de impugnación respecto a una resolución determinada. Este efecto se predica de todas las resoluciones, que se convierten en firmes cuando no caben recursos contra ellas, ordinarios ni extraordinarios, ya sea por su propia naturaleza o porque así lo han consentido las partes. La firmeza despliega sus efectos únicamente en el proceso en el que la resolución se dicta, y esta firmeza es condición necesaria para que la resolución produzca efecto de cosa juzgada material.

La cosa juzgada material parte de la irrevocabilidad que ostenta la decisión contenida en la sentencia, y que supone la vinculación, en otro proceso, al contenido de su parte dispositiva. Los efectos que resultan de la cosa juzgada material no se reflejan en el proceso en el que ésta se produce, sino en otro posterior. Estos efectos pueden observarse desde dos puntos de vista:

Negativo: supone la exclusión de toda decisión judicial futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto (*non bis in idem*). Conforme al art. 221.1 de la Ley 1/2000, la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluye un ulterior proceso. Este aspecto negativo debería impedir la iniciación de un nuevo proceso sobre la misma pretensión, pero en la práctica sólo impide que sea dictada una resolución sobre el fondo del asunto.

Positivo: implica el deber de ajustarse a lo juzgado cuando haya de decidirse sobre una relación jurídica de la que la sentencia anterior es condicionante o prejudicial. La cosa juzgada no opera aquí como excluyente de la posterior resolución de fondo, sino como condicionante de la misma. Conforme al art. 222.4, lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que ponga fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior, cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto.

Como diferencia entre cosa juzgada material y cosa juzgada formal, la segunda se produce en todo tipo de resoluciones, mientras que la primera sólo en las sentencias que se pronuncian sobre el fondo del asunto; dice el art. 222 que la cosa juzgada material sólo puede referirse a aquellas resoluciones en las que el tribunal responde directamente a la tutela pedida en la pretensión y en la resistencia. Sin embargo, algunos tipos de resoluciones plantean dudas, a pesar de pronunciarse sobre el fondo:

Sentencias constitutivas: Parte de la doctrina niega que produzcan efecto de cosa juzgada material, entendiendo que no la necesitan, ya que la propia sentencia crea o constituye una situación jurídica que, como tal, no puede ser desconocida. Esta opinión presenta algunos inconvenientes:

- Sólo puede referirse a las sentencias que estiman la pretensión constitutiva, pero no a las que la desestiman, porque estas últimas no provocan un cambio en la situación jurídica; por lo tanto, según esta corriente doctrinal, la producción o no del efecto de cosa juzgada dependería del contenido de la resolución.
- Si las sentencias constitutivas no tuvieran valor de cosa juzgada, no podría excluirse un proceso posterior con el mismo objeto, y la situación creada por la sentencia podría ser modificada en otro proceso. La conclusión es: el aspecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada puede no ser necesario en las sentencias constitutivas, en virtud del cambio producido por la propia sentencia; pero el aspecto negativo o excluyente no existirá sin cosa juzgada.

Resoluciones cautelares: El problema es que las medidas cautelares son variables, según se modifiquen sus presupuestos, lo que ha conducido a negar que sus resoluciones produzcan efecto de cosa juzgada. El proceso cautelar es siempre instrumental con relación a otro proceso, del cual tiende a garantizar sus resultados, y en consecuencia, las medidas adoptadas deberán acomodarse a las nuevas circunstancias. Pero si las circunstancias existentes al momento de adoptar la medida permanecen, la resolución es inalterable, y entonces puede oponerse la excepción de cosa juzgada a la pretensión de modificación, supresión o adopción de medidas cautelares. De la misma forma, si los hechos no son los mismos, no podrá estimarse la excepción, porque la pretensión ha cambiado.

Sentencias dictadas en juicios sumarios: Estos procedimientos se caracterizan por sus limitaciones sobre las alegaciones de las partes, el objeto de la prueba, y con ello sobre la cognición judicial. Así, es posible un proceso plenario posterior al sumario, en el que las partes podrán plantear el conflicto sin limitaciones. En consecuencia, las sentencias dictadas en procedimientos sumarios no producen efecto de cosa juzgada material.

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COSA JUZGADA

Al hablar de *tratamiento procesal* hacemos referencia a la forma en que se suscita y resuelve en el proceso el tema de que se trate. Aquí se trata de determinar cómo puede debatirse en un proceso la existencia o no de cosa juzgada. Cuando se trata de cosa juzgada formal, es obvio que el tribunal debe tenerla en cuenta de oficio

en el desarrollo del proceso; si el tribunal llega a dictar una resolución desconociendo la existencia de cosa juzgada formal, contra dicha resolución podrán las partes oponer los recursos que la ley prevé.

En cuanto al tratamiento procesal de la cosa juzgada material, deben distinguirse dos aspectos:

Negativo: La Ley 1/2000 considera a la cosa juzgada como una excepción que debe ser opuesta por el demandado para que sea tenida en cuenta por el tribunal; pero en los preceptos de la ley hay base suficiente para entender que la cosa juzgada en su aspecto negativo puede ser tenida en cuenta de oficio. Si la audiencia previa sirve para examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución del proceso, y si debe dictarse auto de sobreseimiento cuando el tribunal aprecie la existencia de resolución firme sobre un objeto idéntico, puede concluirse que es posible apreciar de oficio la concurrencia de cosa juzgada.

Positivo: No puede operar en el segundo proceso, por vía de excepción, por dos razones:

- Porque puede ser alegado tanto por el actor como por el demandado.
- Porque no sirve para excluir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sino para determinar el contenido de ese pronunciamiento. La afirmación de la existencia de una sentencia firme, como elemento del supuesto fáctico de la consecuencia jurídica que se pide, debe efectuarla la parte, porque no es razonable esperar que el tribunal tenga conocimiento de su existencia. Pero la consecuencia jurídica derivada de la sentencia sí debe ser establecida de oficio por el juez.

XXXII – DESARROLLO Y CONCLUSIÓN ANORMAL

DEL PROCESO CIVIL

PARALIZACIÓN DEL PROCESO

La detención total o parcial del proceso por cualquier causa dará lugar a su paralización. Esta consecuencia paralizadora puede predicarse de todo el proceso principal, o de determinados actos procesales. La paralización de todo el proceso principal puede producirse en dos casos:

- Por petición de todas las partes litigantes.
- Porque la ley así lo disponga.

La paralización a petición de las partes queda condicionada a que no se perjudique el interés general o el de terceros. Se acuerda mediante auto, y podrá reanudarse a petición de cualquiera de las partes. El plazo máximo de suspensión es de 60 días; si después de transcurrido ninguna de las partes pide la reanudación, se archivan provisionalmente los autos, permaneciendo así mientras no se solicite la continuación o se produzca la caducidad de la instancia.

La paralización por disposición de la ley acontece cuando el legislador entiende que se ha producido una situación que afecta al desarrollo normal del proceso, en cuyo caso es preceptiva la paralización. A veces, la paralización afecta a toda la actividad procesal pendiente (cuestiones prejudiciales penales, constitucionales o comunitarias), y en otros casos surgen óbices que suspenden el curso del proceso principal pero no impiden la continuación de la actividad procesal no principal (planteamiento de declinatoria, acumulación de procesos).

En cuanto a la paralización de todo el proceso, es posible que afecte a determinados actos procesales, provocando la suspensión del inicio del acto, o la suspensión del acto mismo cuando no se hubiera iniciado. En ambos casos, puede suceder que, desaparecida la causa de paralización, pueda continuarse el proceso desde la última actividad realizada, o por el contrario, cuando se exija la unidad de acto, que deba repetirse el acto completo.

ANOMALÍAS EN LA CONCLUSIÓN

Normalmente, el proceso termina con una sentencia que decide sobre el objeto del proceso, manteniéndose hasta el final el conflicto entre las partes. Pero a veces el proceso finaliza de forma anormal, bien por razones procesales o por razones materiales.

- Por motivos procesales, los actos que ponen fin al proceso son: desistimiento, sobreseimiento y caducidad.
- Por motivos materiales, ponen fin al proceso: renuncia, allanamiento, transacción, satisfacción extraprocesal y enervación del desahucio.

Motivos procesales

No existe pronunciamiento sobre el fondo del asunto, y al quedar éste imprejuizado, podrá iniciarse posteriormente un nuevo proceso sobre el mismo objeto.

Desistimiento: acto procesal del demandante que consiste en una declaración de voluntad por la que anuncia su deseo de abandonar el proceso pendiente iniciado por él, y así también la situación creada por la presentación de la demanda, quedando la pretensión imprejuizada (lo que permite la incoación de un proceso posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto). La Ley 1/2000 regula dos tipos de desistimiento:

A) Unilateral, producido por la única voluntad del actor, que sólo es posible:

- Cuando la declaración de voluntad se produzca antes de que el demandado haya sido emplazado para contestar a la demanda (juicio ordinario) o citado para la vista (juicio verbal).
- Cuando el demandado se encuentre en rebeldía.

B) Bilateral, que procede en todos los demás casos, exigiéndose oír al demandado. Del escrito de desistimiento se da traslado al demandado por 10 días.

- Si el demandado no se opone, el juez dictará auto de sobreseimiento.
- Si se opone, el juez resolverá lo que estime oportuno; continuar el proceso o dictar auto de sobreseimiento.

Los efectos del desistimiento, unilateral o bilateral, son:

- Terminación del proceso, que evita un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, quedando ésta imprejuizada.
- Como la pretensión queda imprejuizada, no se produce el efecto de cosa juzgada, y es posible incoar un nuevo proceso posterior entre las mismas partes y sobre el mismo objeto.
- El desistimiento no consentido por el demandado provoca la condena en costas del actor; si hay consentimiento, no habrá condena en costas para ninguno de los litigantes.

Para desistir se exige al actor tener plena capacidad e integrar debidamente su capacidad de postulación, debiendo otorgar al procurador un poder especial para desistir. El desistimiento es posible en todo tipo de procesos, y puede ser total, produciendo la conclusión del proceso sin sentencia, o parcial, continuando el proceso respecto de la parte de su objeto que no se vio afectada por el desistimiento. Puede llevarse a cabo en cualquier momento de la primera instancia, de los recursos o de la ejecución de la sentencia. Puede ser expreso (oral o escrito), o tácito, como consecuencia de determinadas conductas del actor a las que la ley atribuye el efecto de dejación del proceso (ej.: incomparecencia del demandante a la audiencia previa).

Sobreseimiento: resolución judicial (auto) por la que se da por terminado el proceso, normalmente sin pronunciamiento sobre el fondo, y es consecuencia de determinados óbices que impiden su continuación,

quedando imprejuizada la pretensión.

El auto de sobreseimiento puede dictarse por causa imputable a las partes (incomparecencia) o por causa ajena a su voluntad (litispendencia).

Los óbices que provocan el auto de sobreseimiento hacen referencia a cualquier circunstancia que pueda impedir la válida prosecución del proceso y su terminación mediante sentencia sobre el fondo. Pueden referirse a falta de presupuestos procesales no subsanables; a la falta de presupuestos que, siendo subsanables, no se hubieran subsanado; a la falta de requisitos procesales; o a la incomparecencia de las partes a la audiencia previa.

Los efectos del sobreseimiento son:

- Terminación del proceso mediante auto, que no se pronuncia sobre el fondo del asunto y por tanto no impide la posterior incoación de un proceso entre las mismas partes y sobre el mismo objeto.
- Pero la posibilidad de incoar un proceso posterior queda reducida al caso de que concurra un defecto subsanable.

Caducidad: supone la terminación del proceso por la inactividad de las partes durante el lapso de tiempo que la ley prevé. Su fundamento está en la idea de que la litispendencia no puede prolongarse indefinidamente. Esta forma de terminación tenía sentido en un proceso en el que regía el principio de impulso de parte, pero hoy ya carece de sentido, en un proceso civil regido por el principio de impulso oficial.

No obstante, el legislador ha previsto los escasos supuestos en los que, pese al impulso de oficio de las actuaciones, la inactividad puede conducir a la caducidad. En el caso de suspensión del proceso a petición de todas las partes por más de 60 días, sin que nadie solicite la reanudación, primero se produce el archivo provisional de los autos, y transcurridos los plazos del art. 237, se produce la caducidad de la instancia. Dicha caducidad puede producirse en cualquier momento de la tramitación del proceso de declaración, diferenciándose dos casos:

- Si se mantiene la inactividad procesal en la primera instancia durante dos años, se produce la terminación por caducidad.
- Si se produce la inactividad en segunda instancia, o pendientes los recursos extraordinario por infracción procesal o de casación, se requiere el transcurso de un año.

Estos plazos se contarán desde la última notificación hecha a las partes.

Sin embargo, existen excepciones a la caducidad del proceso por transcurso del tiempo; son los casos de concurrencia de fuerza mayor o cualquier otra causa contraria o no imputable a la voluntad de las partes o de los interesados.

La caducidad se declara de oficio mediante auto, siendo ésta una resolución meramente declarativa del efecto producido por el transcurso del tiempo. Contra este auto caben los recursos de reposición y apelación. Los efectos de la caducidad son delimitados por el art. 240:

- Si se produce en la primera instancia, se entiende producida por el desistimiento, por lo que, quedando imprejuizada la pretensión, es posible la posterior incoación de un nuevo proceso entre las mismas partes y con el mismo objeto.
- Si se produce en la segunda instancia o en recursos extraordinarios, se tendrá por desistida la apelación o cualquiera de los recursos extraordinarios, y devendrá firme la resolución recurrida, devolviéndose las actuaciones al tribunal del que procedían.

La declaración de caducidad no contendrá imposición de costas, debiendo pagar cada parte los gastos causados a su instancia y los comunes por mitad.

Motivos materiales

Renuncia: acto del demandante por el cual manifiesta su dejación de la acción ejercitada o del derecho en el que funde su pretensión. Frente al desistimiento, que puede ser unilateral o bilateral, la renuncia es siempre unilateral, que no requiere la conformidad del demandado, y que produce los siguientes efectos:

- Terminación del proceso.
- La renuncia determina el contenido de la resolución que pone fin al proceso, que debe ser una sentencia desestimatoria de la pretensión del demandante, con absolución del demandado.
- La sentencia dictada por renuncia entra en el fondo del asunto y por lo tanto produce efecto de cosa juzgada.

Para renunciar se requiere al actor plena capacidad procesal y además haber otorgado al procurador un poder especial para renunciar. La renuncia es sólo admisible cuando lo renunciado sea disponible por las partes, lo cual implica que no producirá efecto cuando la ley lo prohíba, cuando se contraria a las normas imperativas o prohibitivas, contraria al orden público o cuando la ley establezca limitaciones por razón de interés general o en beneficio de terceros.

En cuanto al tiempo, el actor puede renunciar en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos, o de la ejecución de la sentencia. La renuncia debe ser expresa (escrita o verbal), pero no es posible una renuncia tácita.

Allanamiento: acto del demandado por el que manifiesta su voluntad de no oponerse a la pretensión del actor, o de abandonar la oposición ya interpuesta, conformándose con la pretensión demandante, y provocando la terminación del proceso con una sentencia de fondo en la que se le condenará.

El allanamiento puede ser total o parcial; si es total, el proceso termina. Si es parcial, el tribunal podrá, a instancia del demandante, dictar auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de allanamiento, siempre que por la naturaleza de las mismas sea posible un pronunciamiento separado que no suponga prejuzgar las demás cuestiones que no han sido objeto de allanamiento, y respecto de las cuales el proceso continúa.

Si el allanamiento es total, se dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por el demandante, sentencia que entra en el fondo del asunto y produce por tanto efecto de cosa juzgada. Si el demandado se allana a la demanda antes de contestarla, no habrá imposición de costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o mala fe. A estos efectos, se entiende que existe mala fe si antes de presentada la demanda se hubiera formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera dirigido contra él papeleta de conciliación. Si el allanamiento se produce después de contestada la demanda, se aplica el principio del vencimiento.

Para allanarse el demandado debe tener plena capacidad procesal, necesitando otorgar a su procurador un poder especial que le permita allanarse.

Si el allanamiento se hiciere en fraude de ley o supone renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y se seguirá el proceso. El demandado puede allanarse en cualquier momento de la primera instancia, recursos o ejecución de la sentencia. El allanamiento debe ser expreso, pudiendo expresarse en forma oral o escrita, atendiendo al principio que rija fundamentalmente el desarrollo del trámite procedimental en el que se produzca.

Transacción: las partes, en ejercicio de su poder de disposición, pueden transigir sobre lo que sea objeto del proceso, salvo cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de terceros. Conforme al art. 1809 del Código Civil, la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. De este artículo se desprende que existen dos modalidades de transacción: procesal y extraprocesal.

La transacción procesal puede llevarse a cabo de dos formas:

- Con presencia judicial, como es el caso de la audiencia previa.
- Sin presencia judicial, pero debiendo ser posteriormente presentada al tribunal para su homologación.

La transacción procesal se plasma en una resolución que pone fin al proceso, y que reviste forma de auto por medio del cual el tribunal homologará los términos del acuerdo, convirtiéndose éste en título ejecutivo y pudiéndose proceder por los trámites de ejecución de sentencias, tanto si la transacción se hizo a presencia judicial como si no.

A pesar del tenor literal del art. 1809, el auto no produce efecto de cosa juzgada material, por cuanto la transacción supone sólo un sobreseimiento obligacional a estar y pasar por los términos del contrato. Por ello, de alegarse en un proceso posterior la transacción, ya sea como hecho constitutivo por el actor, o como hecho impeditivo por el demandado, determinará el contenido de la resolución que deba dictarse, pero no evitará un segundo pronunciamiento.

La impugnación de la transacción cabe por las causas que invalidan los contratos, a través del cauce procedimental que corresponda por razón de la cuantía.

Para transigir, las partes deben tener capacidad plena, siendo necesario además poder especial del procurador. En general, es posible la terminación del proceso por transacción siempre que no esté prohibida por la ley ni se halle limitada por razones de interés general o en beneficio de terceros. Pero hay casos específicos, legalmente determinados, en los que se delimita la posibilidad de transacción o directamente se prohíbe. Por ejemplo, en los procesos no dispositivos sobre capacidad, filiación y matrimonio (art. 751 de la Ley 1/2000).

La transacción puede realizarse en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos. Puede ser escrita u oral, dependiendo del momento en el que se lleva a cabo:

- Cuando se realiza extrajudicialmente, debe documentarse por escrito ante la autoridad judicial y ser ratificada.
- Si se realiza en presencia judicial, puede ser oral o escrita; si es oral debe hacerse constar en acta o a través de cualquier medio de reproducción, a efectos de su posterior homologación de la misma.

Satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto: supone la terminación del proceso por desaparición del interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, al haberse satisfecho fuera del proceso las pretensiones del actor o, en su caso, las del demandado o reconviniente. La satisfacción extraprocesal puede producirse como consecuencia de 3 situaciones:

- A consecuencia de una transacción extrajudicial; entonces debe llevarse al tribunal el convenio o acuerdo suscrito por las partes, para solicitar su homologación.
- A consecuencia de la confusión de las partes, lo cual hace innecesario el proceso.
- Haber dejado de existir el interés legítimo en obtener la tutela judicial pedida, al haber cumplido el demandado lo pedido en la demanda.

Efectos que produce la satisfacción extraprocesal:

- Terminación del proceso.
- La resolución que se dicte reviste la forma de auto, y tiene los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme.
- No procede condena en costas.

En cuanto al momento, en principio, según el art. 19.3, parece que puede realizarse en cualquier momento de la primera instancia o en los recursos.

En cuanto a la forma, se requiere la concurrencia de las dos voluntades; así, si una parte sostiene la subsistencia del interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, el tribunal no dará por terminado el proceso, sino que previamente convocará en el plazo de 10 días a las partes a una comparecencia, y terminada ésta, el tribunal decidirá mediante auto si procede continuar el juicio o poner fin al mismo. El auto que ordena la continuación es irrecurrible, pero el que acuerda la terminación puede ser recurrido en apelación.

Enervación del desahucio: supuesto especial de satisfacción extraprocésal que permite la terminación del proceso de desahucio de finca urbana por falta de pago, por medio de la enervación del mismo. Es una vía extraprocésal, consistente en el pago que pone fin a los procesos de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas por el arrendatario.

El pago puede realizarse en cualquier momento de la primera instancia, pero siempre antes de la celebración de la vista en el juicio verbal. La forma de pago puede ser la entrega directa de lo adeudado, o la puesta a disposición de la cantidad en el tribunal, o bien mediante puesta a disposición de la misma por conducto notarial. La resolución que pone fin al proceso es un auto, que tiene los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme, en la que no habrá pronunciamiento sobre la condena en costas.

Esta posibilidad de terminación se excluye en 2 supuestos:

- En los procesos de desahucio de finca urbana por falta de pago, cuando el arrendatario hubiera ya enervado el desahucio en una ocasión anterior, reincidiendo posteriormente en el impago.
- Cuando, requerido el arrendatario fehacientemente para el pago, con al menos 4 meses de antelación a la presentación de la demanda, no se hubiera efectuado el pago al tiempo de la presentación.

XXXIV – MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

RECURSOS DEVOLUTIVOS Y NO DEVOLUTIVOS

Dependiendo del órgano competente para conocer del recurso, debe diferenciarse entre recursos no devolutivos, cuyo conocimiento corresponde al mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada, y devolutivos, cuyo conocimiento corresponde a un órgano distinto y superior de aquel que dictó al resolución impugnada.

En los recursos devolutivos, debe diferenciarse entre el órgano inferior o *iudex a quo*, y el superior o *iudex ad quem*. Son recursos devolutivos: apelación, extraordinario por infracción procesal, casación y queja. No debe inducir a error el que estos recursos (excepto el de queja) se interpongan o preparen ante el mismo órgano que dictó la resolución, porque lo decisivo es la atribución de competencia para resolver el recurso, que corresponde al órgano superior.

RECURSO DE REPOSICIÓN

Regulado por art. 451–454 de la Ley 1/2000. Es un recurso no devolutivo, que procede sólo contra resoluciones interlocutorias; aquellas por las cuales el tribunal ejerce sus facultades de dirección del proceso.

En nuestro Derecho se ha entendido tradicionalmente que contra las resoluciones interlocutorias debe admitirse un recurso que hiciera que el tribunal reconsiderase su decisión. Hasta la Ley 1/2000, la reconsideración se hacía por medio de los recursos de reposición, que cabían contra resoluciones de los órganos unipersonales, y del recurso de súplica, que cabía contra resoluciones de órganos colegiados. La Ley 1/2000 ha unificado los dos recursos anteriores, y regula sólo el de reposición, que cabe contra resoluciones interlocutorias de cualquier órgano del orden civil.

Las resoluciones recurribles en reposición son: providencias y autos no definitivos. La reposición se caracteriza porque no se suspende la efectividad de lo resuelto; el proceso sigue su curso sin suspenderse el desarrollo ordinario hasta que sea resuelto el recurso. En la tramitación del recurso de reposición se distinguen 3 actos:

Interposición: La parte debe interponer el recurso en el plazo de 5 días desde que se le notificó la resolución a impugnar, debiendo hacerlo por escrito en el que exprese la infracción en la que la resolución hubiera incurrido. Estos son requisitos de admisibilidad; su incumplimiento determina la inadmisibilidad mediante providencia, contra la que no cabe recurso alguno.

Audiencia: Admitido a trámite, se dará a las demás partes personadas un plazo común de 5 días para su impugnación.

Decisión: Transcurrido el plazo de impugnación, tanto si han sido presentado escritos como si no, el tribunal resolverá sin más trámites, por medio de auto, en el plazo de 5 días.

RECURSO DE QUEJA

Es un medio de impugnación accesorio, porque su existencia depende del resto de recursos devolutivos; dichos recursos devolutivos deben prepararse ante el mismo órgano que dictó la resolución impugnada, el cual ejerce el control de su admisibilidad. Contra el auto que decide no admitir el recurso, la parte puede pedir reposición del auto de admisión, y en el caso de no estimarla, cabe recurso de queja ante el tribunal ad quem.

Por tanto, este recurso cabe contra el auto que inadmite la apelación, la infracción procesal o la casación. El órgano competente para conocer de la queja será el competente para conocer de cada uno de estos recursos. Una vez dictado el auto de inadmisión del recurso, la parte puede preparar el recurso de queja pidiendo, dentro de los 5 días siguientes la reposición del auto al tribunal que lo ha dictado, y para el caso de no estimarlo, copia del testimonio de ambas resoluciones. Si el tribunal no da lugar a la reposición, mandará que dentro de los 5 días siguientes se facilite dicho testimonio a la parte, acreditando el secretario la fecha de entrega.

Dentro de los 10 días siguientes la parte deberá presentar recurso de queja ante el tribunal competente, aportando el testimonio obtenido, y el tribunal resolverá sin más trámites en el plazo de 5 días. Este auto, que no es susceptible de recurso, puede:

- Denegar la queja, confirmando el auto de inadmisión del recurso, lo que se pondrá en conocimiento del tribunal para que conste en los autos.
- Estimar la queja, revocando el auto de inadmisión, lo cual se pondrá en conocimiento del tribunal a quo para que éste dé al recurso inicialmente inadmitido la tramitación oportuna.

XXXV – MEDIOS DE IMPUGNACIÓN (II)

DISTINCIÓN ENTRE APELACIÓN Y SEGUNDA INSTANCIA

Normalmente se equiparan ambas instituciones, y así lo mantiene la Ley 1/2000. Según Prieto Castro, la distinción entre ambas se basa en:

- Hay segunda instancia o apelación plena cuando es admisible aportar ante el órgano superior en grado materiales nuevos respecto a los de la primera instancia, completar acciones en ella o incluso ejercitar otras.
- Hay apelación limitada o *apelación* sin más cuando sólo es admisible la crítica de la resolución impugnada partiendo de los mismos materiales aportados para la primera instancia, o de otros nuevos respecto de los cuales se excepciona la preclusión.

Esta distinción no parece aceptable, porque realmente el recurso de apelación cabe contra resoluciones que, por no ser las que deciden el objeto del proceso en la primera instancia, ni estar equiparadas a ellas, son revisables por el tribunal superior, sin que se plantee problema alguno acerca de la posible ampliación o modificación del objeto del proceso ni de los materiales aportados en la primera instancia.

La distinción correcta depende de la distinta naturaleza de las resoluciones apelables. La segunda instancia es una nueva fase del proceso, realizada ante un órgano jurisdiccional de grado superior y que se abre mediante recurso de apelación contra la sentencia final de la primera instancia o resolución equiparable a esa sentencia final.

El recurso de apelación es también admisible contra resoluciones interlocutorias, pero en ese caso no es posible la apertura de segunda instancia, porque lo que se persigue es la reforma o anulación de la resolución procesal apelada.

La apelación en sentido estricto (como algo distinto de la segunda instancia) puede definirse como el recurso mediante el cual, en función de la resolución recurrida, bien se abre una segunda instancia o bien se somete al conocimiento del órgano jurisdiccional de grado superior una resolución de dirección procesal.

Respecto a la apelación que abre la segunda instancia, cabe preguntarse cuál es el material de instrucción que puede tenerse en cuenta por el órgano ad quem. Si son los mismos materiales que en la primera instancia, (complementados con otros que las partes pueden aportar en la segunda instancia) estamos ante una **apelación plena**; pero si los materiales son los mismos, incorporando otros nuevos respecto a los que se estima conveniente excepcionar las preclusiones de la primera instancia, estamos ante una **apelación limitada**.

El modelo que sigue la Ley 1/2000 es el de apelación limitada.

ÓRGANO COMPETENTE PARA CONOCER DE LA APELACIÓN

El recurso de apelación se prepara e interpone ante el órgano que dictó la resolución que se recurre. Este órgano es competente para resolver sobre su admisión, para dirigir el procedimiento en la etapa de los actos de interposición y de oposición. Pero la competencia para resolver el recurso corresponde al órgano superior en grado (ad quem), que podrá ser:

- El juzgado de primera instancia, si la resolución recurrida fue dictada por un juez de paz.
- La Audiencia provincial, cuando la resolución fue dictada por un juzgado de primera instancia de su circunscripción territorial.

LEGITIMACIÓN PARA LA APELACIÓN

Los requisitos de capacidad y postulación no requieren de tratamiento especial en el recurso de apelación; lo único destacable es que el abogado que asumió la defensa en la primera instancia podrá seguir ostentándola en apelación aunque no estuviera incorporado al Colegio de Abogados del tribunal competente para conocer de la apelación.

En cuanto a la legitimación, la parte apelante debe haber sufrido **gravamen** a causa de la resolución que se impugna, entendiendo por tal cualquier diferencia en perjuicio entre lo pedido por la parte y lo concedido por

la sentencia.

RESOLUCIONES IMPUGNABLES EN APELACIÓN

Sólo son apelables las resoluciones dictadas por los juzgados; contra las resoluciones dictadas por las Audiencias provinciales o por los TSJ sólo es admisible recurso de casación, recurso extraordinario por infracción procesal, o en interés de ley. Además, sólo son apelables las resoluciones de los juzgados cuando resuelven en primera instancia; no cabrá recurso de apelación contra resoluciones dictadas por estos juzgados cuando conocen o resuelven la apelación de las resoluciones dictadas por los jueces de paz.

De entre las resoluciones dictadas por los juzgados en primera instancia son apelables:

- Las sentencias dictadas en toda clase de juicios.
- Los autos definitivos, incluyéndose los que, sin pronunciarse sobre la pretensión formulada, ponen fin al proceso. Son los casos de los autos que estiman la falta de presupuestos procesales oportunamente alegada por la parte interesada, y los autos que ponen fin al proceso a causa de actos de parte dirigidos a provocar su terminación (auto que homologa la transacción, etc.).
- Los autos que la ley señale expresamente; por exclusión, aquellos que no provocan la terminación del proceso.

PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Acto de preparación

Se prepara ante el órgano que haya dictado la resolución impugnada dentro del plazo de 5 días, contados desde el siguiente a la notificación de la resolución. En el escrito de preparación debe citarse la resolución apelada y manifestar su voluntad de recurrir, expresando los pronunciamientos que impugna. Si la resolución es apelable y el escrito es presentado dentro del plazo, el tribunal tendrá por preparado el recurso y emplazará a la parte recurrente para que lo interponga. Si por el contrario no se observan estos requisitos, el tribunal dictará auto denegando el recurso, ante el que cabe recurso de queja; pero si se resolvió tener por preparada la apelación no cabe recurso alguno (aunque el recurrido podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso).

Interposición

Dentro del plazo de 20 días, el apelante deberá interponer la apelación ante el tribunal que hubiese dictado la resolución apelada, lo cual se realiza por medio de un escrito en el que se exponen las alegaciones en que se base la impugnación. En este escrito puede proponerse prueba.

Si el apelante no presenta el escrito dentro del plazo, se declarará desierto recurso, quedando firme la resolución recurrida.

Oposición del recurrido y acto de apelación posterior

Del escrito de interposición se dará traslado a las demás partes, emplazándolas por 10 días para que, ante el tribunal que dictó la resolución apelada, presenten escrito de oposición al recurso o, en su caso, escrito de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

Los escritos de oposición y de impugnación de la resolución por quien inicialmente no hubiera recurrido se formularán con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición. En ellos podrán presentarse también pruebas. Del acto de apelación posterior se dará traslado al apelante principal, para que en el plazo de 10 días manifieste lo que tenga por conveniente.

Remisión de autos, tramitación y sentencia

Interpuesto el recurso, y presentados en su caso los escritos de oposición o impugnación, el tribunal que hubiera dictado la resolución apelada ordenará la remisión de los autos al tribunal competente. Pero si se hubiera solicitado la ejecución provisional, quedará en el de primera instancia testimonio de lo necesario para dicha ejecución.

Recibidos los autos, si se hubiera propuesto prueba, se acordará lo que proceda para su admisión en el plazo de 10 días. Si debiera practicarse prueba, en la misma resolución en que se admita, se señalará día para la vista, que se celebrará dentro del mes siguiente con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. Si no se hubiera propuesto prueba, o si toda la propuesta se hubiera inadmitido, podrá acordarse también la celebración cuando lo hubiera solicitado alguna de las partes o la sala lo considerase necesario.

La sala de la Audiencia o el juzgado de primera instancia resolverá sobre el recurso de apelación dentro de los 10 días siguientes a la terminación de la vista. Si no se celebrase vista, la sentencia debe dictarse en el plazo de 1 mes desde el día siguiente a aquel en el que el tribunal ad quem hubiera recibido los autos.

EFFECTOS DE LA APELACIÓN

Además del efecto que produce todo recurso de impedir la firmeza de la resolución recurrida, produce además efecto devolutivo, y en ocasiones, efecto suspensivo.

- El efecto devolutivo supone la atribución al órgano superior de la competencia para conocer del proceso.
- El efecto suspensivo impide la ejecución de la resolución apelada, hasta que recaiga el fallo del tribunal superior. Si la resolución no fuera de condena y por ello careciese de fuerza ejecutiva, el efecto suspensivo impide la eficacia que sea propia de dicha resolución.

APELACIÓN INICIAL Y POSTERIOR

Toda parte gravada por una resolución judicial apelable está legitimada para interponer apelación en los plazos ordinarios; es la llamada **apelación inicial o principal**, y con ella se crea la expectativa de una reforma de la resolución apelada en beneficio propio y perjuicio del contrario.

Pero puede ocurrir que una parte esté dispuesta a asumir el gravamen que le causa una resolución, pero sólo a condición de que no sea incrementado con base en la sola petición de la parte contraria. Para impedirlo, se permite a la parte originariamente no apelante que interponga la apelación cuando ya está tramitándose la apelación de la otra parte. Esta apelación ha sido denominada tradicionalmente *adhesiva*, aunque no se trata de apoyar a la apelación principal, sino todo lo contrario.

La Ley 1/2000 no usa la denominación tradicional, pero mantiene la institución en el art. 461.1, conforme al cual el apelado puede presentar escrito de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable. Esta apelación es llamada por la doctrina **apelación posterior**.

OBJETO DEL RECURSO, ALEGACIONES Y PRUEBA

Objeto del recurso

El objeto es la petición impugnativa del apelante que indica el pronunciamiento impugnado, y el sentido de la nueva resolución que pretende. Conforme al art. 456.1, en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que en su lugar se dicte otro auto u otra sentencia

favorable al recurrente.

La apelación admite 3 modalidades:

A) Peticiones impugnativas consistentes en instar la revocación de la sentencia sobre el objeto del proceso y la emisión de una nueva sentencia favorable. Esta clase de peticiones son objeto de la apelación que abre una segunda instancia. Se presentan contra la sentencia que ha resuelto sobre el fondo, y se dirigen a obtener un nuevo pronunciamiento sobre la pretensión, en un sentido más favorable al apelante. Con estas peticiones no puede ampliarse el objeto del proceso tal y como fue planteado en la primera instancia, y tampoco pueden ampliarse las defensas de fondo hechas valer por el demandado para obtener un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión. Sólo existe la excepción que deriva de la posibilidad de hacer valer hechos nuevos o preferentemente desconocidos.

B) Peticiones impugnativas consistentes en instar la revocación de resoluciones procesales no ajustadas a Derecho y la emisión de una nueva resolución sobre la cuestión. Esta modalidad es objeto de las apelaciones que no inician una segunda instancia. Con ella se recurren las resoluciones procesales que ponen fin al proceso, o excepcionalmente las resoluciones que aunque no terminan el proceso son apelables, como los autos de suspensión del proceso por el planteamiento de cuestión prejudicial. En estos casos, el objeto de la apelación no coincide con el objeto del proceso en sentido estricto, sino que se refiere a un tema de naturaleza procesal sobre el que se pide una resolución distinta y conforme a Derecho.

C) Peticiones impugnativas consistentes en instar la nulidad o anulación de la resolución y, en su caso, del proceso antecedente, por infracción de las normas y garantías procesales en la primera instancia. Estas peticiones no se dirigen a obtener un nuevo pronunciamiento, sino a obtener la nulidad de la resolución apelada, o incluso la nulidad del proceso que la precedió.

Alegaciones posibles

Para resolver sobre las peticiones, el tribunal de apelación tomará en consideración los materiales de la primera instancia y las alegaciones específicas formuladas por las partes en la apelación; alegaciones que son formuladas en el acto de interposición, en el acto de oposición a la apelación, y en su caso en la apelación posterior.

Las alegaciones pueden ser de 4 tipos:

- 1) Alegación de infracción de normas y garantías procesales, que procede cuando se ha formulado petición impugnativa de nulidad.
- 2) Alegaciones impugnativas dirigidas a fundar las peticiones impugnativas. No innovan el material ya aportado al proceso, sino que consisten en razonar dicho material para convencer al tribunal de la procedencia de estimar la petición impugnativa. Su contenido puede ser:
 - Crítica a la fijación de hechos efectuada en la sentencia de primera instancia, dirigida a argumentar sobre la base del mismo material de hecho una fijación de hechos distinta y conducente a la modificación o revocación del pronunciamiento del juzgado.
 - Crítica a la calificación jurídica de los hechos y a la interpretación y aplicación de las normas realizada en la sentencia de primera instancia, para que el tribunal ad quem modifique ese componente jurídico del enjuiciamiento y estime la impugnación.
- 3) Alegaciones argumentativas dirigidas a fundar la confirmación de la resolución apelada. Son alegaciones no innovativas, que persiguen la confirmación de la resolución impugnada por la parte apelada.

4) Alegaciones innovativas del 460.2.III, que permite que se practique prueba en la segunda instancia cuando ésta se refiere a hechos de relevancia para la decisión del pleito, ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en primera instancia, u ocurridos antes de dicho plazo, pero si la parte no tuvo conocimiento de ellos con anterioridad. Por otro lado, el art. 460.3 autoriza al demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se personó en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia, para que pida en la segunda que se practique toda la prueba que convenga a su derecho. De ambos artículos se deduce que es admisible alegar hechos nuevos o descubiertos para que sirvan, una vez probados, como fundamento para la estimación de la petición impugnativa o para la confirmación de la resolución apelada.

Prueba en la apelación

En nuestro Derecho la apelación responde al modelo de apelación *limitada*, que implica que no pueden innovarse las pretensiones y defensas formuladas en primera instancia, y además que sólo puede volver a juzgarse en atención a las mismas alegaciones y pruebas de la primera instancia.

Pero esta regla general tiene algunas excepciones, y se admite prueba en la apelación en los casos siguientes:

- Pruebas propuestas en primera instancia que fueron indebidamente admitidas. El tribunal ad quem corrige el juicio sobre la admisión de una prueba que fue propuesta en primera instancia ante el juez a quo y que éste inadmitió por apreciar indebidamente los presupuestos de admisión. Para el éxito de esta proposición en segunda instancia es preceptivo haber interpuesto en su día recurso de reposición contra la resolución de inadmisión de la prueba o haber formulado protesta contra ella.
- Pruebas admitidas en primera instancia pero no practicadas por causa no imputable a la parte proponente.
- Pruebas que tengan por objeto hechos nuevos; deben referirse a hechos de relevancia para la decisión del pleito, ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en primera instancia. Debe tratarse de pruebas relativas a hechos nuevos, no sólo que no figuren en el proceso, sino que no hayan ocurrido fuera de él hasta el momento indicado.
- Pruebas que tengan por objeto hechos desconocidos por la parte; hechos de relevancia para la decisión del pleito descubiertos por la parte después del comienzo del plazo para dictar sentencia en primera instancia, siempre que la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos posteriormente.
- Pruebas que proponga el demandado rebelde que, por cualquier causa que no le sea imputable se hubiera personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en primera instancia.
- Prueba documental consistente en la introducción de material que no pudiera aportarse en la primera instancia; debe tratarse de documentos nuevos o que no se hubieran podido obtener en el momento oportuno.

LA SENTENCIA

Debe dictarse en el plazo de 10 días desde la terminación de la vista, o si ésta no se celebró, en el plazo de 1 mes desde la recepción de los autos por el tribunal ad quem. El contenido y efectos de la sentencia dependen de cuál haya sido la petición impugnativa formulada. La firmeza de la sentencia depende de cuál haya sido el tribunal competente para conocer de la apelación. Hay 3 posibilidades:

A) Sentencia de apelación cuando se formuló petición impugnativa de nulidad por infracción de normas o garantías procesales. Hay dos casos:

- Si la infracción se produjo en la misma sentencia, de forma que puede ser eliminada con sólo corregir ese acto judicial, la sentencia es revocada, y se dicta una nueva resolución rectificando la infracción procesal y reproduciendo en lo demás el contenido de la sentencia de primera instancia.
- Si la infracción se produjo en actos precedentes a la sentencia, debe distinguirse si la infracción es o no subsanable. Si no es subsanable, el tribunal declarará nulas las actuaciones afectadas por la

nulidad, y repondrá el proceso al estado anterior al momento de comisión de la infracción. Si es subsanable, se realizará la subsanación, y después el tribunal de apelación dictará sentencia sobre la cuestión o cuestiones objeto del pleito.

En ambos casos, la sentencia será firme si por tratarse de una resolución de un juzgado de paz, ha resuelto la apelación el juez de primera instancia. Si la competencia para la apelación fue de la Audiencia provincial, y ha sido desestimada la petición impugnativa, los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal pueden acoger la denuncia de la nulidad.

B) Si se formuló petición impugnativa contra la sentencia de fondo de primera instancia: si se estima la apelación por motivos de fondo, la sentencia de apelación se pronunciará nuevamente sobre el objeto del proceso. Según el art. 465.4, la sentencia deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso, y en su caso, en los escritos de oposición o impugnación. La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.

Esta sentencia, ya sea revocatoria o confirmatoria, sustituirá a la sentencia final apelada, al menos formalmente, porque en cuanto a su contenido puede afectar a la totalidad o a parte de los fundamentos de la sentencia recurrida. Si la sentencia ha sido dictada por el juzgado de primera instancia, es firme; pero si fue dictada por la Audiencia provincial y concurren los requisitos legales oportunos podrá ser revocada mediante casación.

Contenido de la sentencia

Si se formuló petición impugnativa contra resoluciones sobre cuestiones procesales, el contenido depende de la cuestión procesal que, en caso de estimarse la apelación, debe ser resuelta por el tribunal ad quem. .

- Si se recurre un auto de finalización del proceso por desistimiento, transacción o caducidad, y la apelación es estimada, la resolución es revocada y se remiten los autos al tribunal competente.
- Si se recurre un auto de suspensión del proceso por prejudicialidad, y es estimada la apelación, el tribunal ad quem debe levantar la suspensión y remitir los autos al tribunal a quo para que continúen las actuaciones. Salvo que la sentencia haya sido dictada por un juzgado de primera instancia, en cuyo caso es firme, algunas de las cuestiones procesales pueden ser de nuevo examinadas mediante recurso extraordinario por infracción procesal.

XXXVI – RECURSOS EXTRAORDINARIOS

INTRODUCCIÓN

Estos recursos se caracterizan porque la ley fija los motivos cuya alegación por la parte recurrente es requisito de admisibilidad, y sirve también para delimitar el ámbito de los poderes del tribunal ad quem. En la Ley 1/2000 se ha establecido un régimen de recursos extraordinarios cuyo objetivo es conseguir que determinados órganos, situados en el vértice de la pirámide jurisdiccional en el ámbito estatal o autonómico, garanticen; bien el respeto de las normas y garantías procesales, o bien el respeto de las normas sustantivas aplicables al fallo. Esta ley regula dos recursos extraordinarios: recurso por infracción procesal y recurso de casación. El conocimiento del recurso por infracción procesal corresponde a la Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ, y el de casación a la Sala de lo Civil del TS.

El recurso de casación tiene sólo contenido material y persigue la unificación de la jurisprudencia en la aplicación del Derecho privado; por ello, cuando el Derecho aplicado ha sido el Derecho foral de una CA, el órgano competente es el TSJ. Por otro lado, el hecho de atribuir la competencia para conocer del recurso por infracción procesal a los TSJ, que son 17, plantea el problema de que se den soluciones distintas a una misma

infracción procesal. Para impedirlo, y conseguir la unificación en la jurisprudencia de los TSJ, se regula el recurso en interés de ley, cuyo conocimiento se atribuye al TS y se caracteriza porque la decisión que se dicte no tendrá consecuencia alguna sobre los derechos adquiridos en las resoluciones cuya discrepancia interpretativa se denunció.

RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

Tiene una doble finalidad:

- Velar por la pureza del procedimiento, controlando el cumplimiento de sus presupuestos y formas esenciales.
- Preservar los derechos y garantías procesales que la CE reconoce a los justiciables.

La competencia para conocer de él se atribuye a las salas de lo civil y lo penal de los TSJ; pero como la LOPJ no comprende la atribución de competencia a estos tribunales para conocer de esta clase de recursos, hasta que la LOPJ sea modificada, el régimen se recogerá en la LEC. En ella se establece un régimen provisional, en virtud del cual la competencia para conocer del recurso se atribuye a la Sala 1ª del TS y, en su caso, atendiendo a los criterios de atribución de la competencia para los recursos autonómicos de casación, a las salas de lo civil y lo penal de los TSJ.

Las resoluciones recurribles son las sentencias y autos dictadas por las Audiencias provinciales, resolviendo recursos de apelación que ponen fin a la primera instancia. Los motivos son:

- Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional.
- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia.
- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinase la nulidad o hubiera podido producir indefensión.
- Vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE.

La admisión a trámite del recurso no sólo depende de la alegación de alguno de estos motivos, sino que además deben haberse agotado los medios legales previstos para subsanar la infracción denunciada. Ello supone que al promoverse el recurso debe acreditarse que la infracción por la que se recurre se denunció oportunamente en la instancia donde tuvo lugar y que, de ser en la primera, se reprodujo en la segunda si hubiera sido posible.

El procedimiento se divide en 5 fases:

Preparación

Se prepara ante el tribunal que dictó la resolución impugnada. El objetivo de la preparación es anunciar la intención de recurrir, y que el tribunal determine si concurren los requisitos necesarios para la promoción del recurso.

Interposición

Se interpone ante el mismo tribunal ante el que se prepara. El objeto de esta fase es procurar que el recurrente fundamente el recurso y especifique las consecuencias de la infracción denunciada sobre los resultados del proceso. En esta fase se produce la remisión de las actuaciones al TSJ.

Admisión

Se desarrolla ante el TSJ, y tiene por objeto que el tribunal se pronuncie sobre la admisión o inadmisión del

recurso. Si inadmite el recurso, declarará la firmeza de la resolución recurrida. Si lo admite total o parcialmente, el auto que lo acuerde será irrecurrible, aunque la parte recurrida podrá oponerse aduciendo causas de inadmisibilidad que no hubieran sido rechazadas por la sala, y en su caso podrá proponer prueba y vista.

Vista y prueba

Es una fase eventual, ya que sólo se desarrolla cuando las partes hubieran solicitado su celebración. Si no se propone prueba ni celebración de vista, el tribunal fijará día y hora para la votación y fallo del recurso, dentro de los 30 días siguientes a la finalización del plazo para formular oposición.

Decisión

Supone el pronunciamiento definitivo del TSJ sobre la concurrencia de las infracciones denunciadas. Las posibilidades son:

A) Si ninguna de las infracciones se considera procedente, se dictará sentencia desestimando el recurso y ordenando la devolución de los autos al órgano a quo.

B) Si se estima la concurrencia de alguna infracción, se anulará la resolución recurrida. Pero se producen otras consecuencias, en función de que el motivo estimado sea la falta de jurisdicción o competencia, o cualquier otro motivo. En el primer caso hay dos posibles situaciones:

- Que la resolución haya sido dictada por un órgano frente al que se adujo inicialmente la falta de jurisdicción o competencia. La sentencia, al estimar la incompetencia del órgano, dejará a salvo el derecho de las partes de promover un nuevo proceso con el mismo objeto ante el órgano competente.
- Si la resolución recurrida lo hubiera sido por haber confirmado, al pronunciarse sobre una declinatoria, la falta de jurisdicción o competencia. Estimado el error, el TSJ ordenará la iniciación o continuación del proceso al órgano que debió conocer y no lo hizo; y si se hubiera declarado la errónea falta de competencia después de contestar a la demanda y practicarse las pruebas, se ordenará al tribunal de que se trate que se pronuncie sobre el fondo.

Cuando se alega cualquier otro motivo, además de anularse la resolución recurrida se ordenará al órgano del que procede la reposición de las actuaciones al estado y momento en que se produjo la infracción, y la continuación a partir de entonces, una vez subsanado el defecto.

RECURSO DE CASACIÓN

Controla la correcta aplicación de las normas o jurisprudencia aplicables al fondo de los litigios, y además unifica los criterios a seguir en la interpretación de dichas normas cuando hubieran de aplicarse a situaciones similares.

La competencia para conocer de él se determina por la naturaleza de las normas que se estimen infringidas, según sean de Derecho Común con vigencia sobre todo el territorio nacional, o de Derecho foral propio de las CCAA. Así, podemos distinguir:

- Casación común, cuya competencia se atribuye a la Sala de lo Civil del TS.
- Casación autonómica, cuya competencia se atribuye al TSJ, siempre que los Estatutos hayan previsto esa competencia (lo que no ocurre en Castilla y León).

Las resoluciones recurribles son las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias provinciales, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

A) Cuando se hayan dictado en procesos cuyo objeto lo constituya la tutela jurisdiccional de derechos fundamentales, excluyendo los de naturaleza procesal del 24 CE, que deberán denunciarse por recurso extraordinario por infracción procesal.

B) Cuando la resolución se haya dictado en un proceso cuya cuantía exceda de 25 millones.

C) Que, cuando prescindiendo de la cuantía y del objeto litigioso, concurren circunstancias en las que un pronunciamiento del TS sobre la interpretación o aplicación de normas o jurisprudencia, llevado a cabo en situaciones litigiosas concretas por órganos inferiores, tendría consecuencias beneficiosas para el interés jurídico-público. A esta especial circunstancia se le denomina interés casacional, y se estima su concurrencia en las sentencias que ofrezcan alguno de estos caracteres:

- Oponerse a la doctrina jurisprudencial anterior, ya sea común o autonómica.
- Resolver cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales.
- Aplicar normas que por su novedad carezcan de doctrina jurisprudencial interpretativa del TS. Dicha *novedad* se predica de las normas cuya vigencia no exceda de 5 años.

En cuanto a los motivos, sólo se prevé uno: estimar la infracción de las normas sustantivas aplicables para la resolución del conflicto.

Con respecto a los efectos, deben diferenciarse dos casos:

- Si la Sala del TS considera infringidas normas aplicables al fondo por sentencias dictadas en procesos para la protección civil de derechos fundamentales o por superar su cuantía los 25 millones, la sentencia que resuelve casará la sentencia en todo o en parte, y en la misma sentencia entrará a decidir sobre el fondo del asunto aplicando correctamente la norma que corresponda.
- Si la Sala estima que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial anterior del TS, resuelve cuestiones sobre las que hubiera jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, o aplica normas con menos de 5 años de vigencia, careciéndose de jurisprudencia interpretativa del TS sobre ella, la sentencia casará la resolución recurrida y resolverá sobre el fondo, pronunciándose mediante su adaptación al caso concreto sobre la oposición, divergencia o contradicción jurisprudencial, o estableciendo en su caso la doctrina interpretativa de la norma de que se trate.

En cuanto al procedimiento:

Preparación e interposición

Se desarrollan sucesivamente ante la Audiencia que dictó la resolución recurrida, y tienen por objeto que la Audiencia se pronuncie sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para la viabilidad formal del recurso y remita en su caso los autos al TS o al TSJ.

La preparación se realiza mediante escrito con la firma del abogado y procurador, que debe presentarse en los 5 días siguientes a la notificación de la sentencia. Preparado, se interpondrá con un nuevo escrito en el que se expresan las razones y fundamentos del recurso.

Admisión

Corresponde a la Sala de Casación del TS o del TSJ, y su objeto es determinar si concurren los presupuestos procesales para pronunciarse sobre la infracción denunciada y, previamente, sobre si posee o no competencia para ello. Determinada la competencia, se trasladan las actuaciones al magistrado ponente para que se instruya y someta a deliberación de la Sala si el recurso debe o no admitirse.

Sustanciación y fallo

Admitido el recurso, se da traslado del escrito de interposición a la parte recurrida por 20 días, para que pueda oponerse, aducir causas de inadmisión no estimadas por la Sala y manifestarse sobre la celebración de la vista. Transcurrido el plazo, se haya formulado o no oposición, se señalará día para la vista; si no se solicitase la vista, se señala día para la votación y fallo del recurso.

La Sala dictará sentencia dentro de los 20 días siguientes a la celebración de la vista, o si no hubo vista, en los 20 días siguientes a la votación y fallo.

RECURSO EN INTERÉS DE LEY

La atribución a las salas de lo civil de los TSJ el conocimiento de los recursos extraordinarios por infracción procesal, sin posibilidad de posterior recurso ante el Supremo, determina la falta de instrumentos para fijar y desarrollar racionalmente doctrina jurisprudencial sobre normas procesales. Existe un instrumento que puede servir para ese fin: el recurso de amparo ante el TC, que es posible interponer cuando se hayan agotado las demás vías de recurso ante tribunales ordinarios. Pero este recurso tiene un alcance limitado, porque a través de él sólo puede pretenderse la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal (24 CE).

Por ello el legislador de 2000 ha creado el recurso en interés de ley, que tiene por objeto la fijación y desarrollo de la racional de la jurisprudencia en materia procesal; aunque debe tenerse en cuenta que las normas que rigen este recurso no pueden aplicarse mientras las salas de los TSJ carezcan de competencia para el conocimiento de este recurso. Y hasta entonces no surgirá el problema de la dispersión jurisprudencial. Para que los TSJ adquieran la competencia necesaria debe modificarse la LOPJ.

Las resoluciones impugnables son las sentencias de las salas de lo civil y lo penal del TSJ, que resuelvan recursos extraordinarios por infracción procesal y sostengan argumentos discrepantes sobre la interpretación de las normas procesales. Es requisito de impugnabilidad el que dichas sentencias no hayan sido recurridas en amparo, porque en ese caso la determinación de la doctrina jurisprudencial correcta compete al TC.

La legitimación para recurrir corresponde al Ministerio Fiscal, Defensor del Pueblo y personas jurídicas de Derecho público, a condición de que las actividades que desarrollan y las funciones que tengan atribuidas acrediten un interés legítimo en la unidad jurisprudencial de determinadas cuestiones procesales.

SENTENCIA Y SUS EFECTOS

Si se estima la pretensión de rescisión, se reabre el proceso que terminó con sentencia firme en rebeldía, y si la primera instancia se tramitó ante un tribunal distinto al que conoció de la audiencia al rebelde, este último remitirá al tribunal correspondiente una certificación de la sentencia de rescisión.

La tramitación de la primera instancia se inicia con la contestación a la demanda por el demandado, siguiendo con las alegaciones del demandante y a partir de ese momento se ajusta a las reglas de la primera instancia del proceso de que se trate.

INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

Para declarar la nulidad del proceso, la LEC articula 2 remedios:

- Las partes pueden hacer valer la nulidad por medio de los recursos admitidos contra la resolución de que se trate.
- El tribunal, de oficio o a instancia de parte, debe declarar la nulidad.

En ambos casos, la posibilidad de declarar la nulidad está condicionada a que el proceso esté todavía pendiente; Si el proceso ha terminado, estos remedios no son posibles. Por ello, con anterioridad a la Ley 1/2000, las partes debían acudir frecuentemente al recurso de amparo pretendiendo que el TC tutelase su derecho fundamental a que no se produjera indefensión.

Para permitir que los tribunales ordinarios puedan declarar la nulidad cuando el proceso haya finalizado, la LO 5/1997 dio nueva redacción al art. 240 LOPJ, norma que fue posteriormente modificada por la LO 13/1999. La Ley 1/2000 ha pretendido reformar la regulación de la nulidad de las actuaciones, pero sus art. 225–230 no pueden entrar en vigor hasta que no se reforme la LOPJ.

El art. 228 de la Ley 1/2000 contiene 2 normas:

- Declara la inadmisibilidad, en general, de los incidentes de nulidad de actuaciones.
- Regula, de forma excepcional, un *incidente de nulidad*.

En cuanto a los motivos para plantear el incidente, deben alegarse los **defectos de forma** que produjeran indefensión y contra los cuales la parte no hubiera tenido posibilidad, pendiente el proceso, de acudir a los medios ordinarios, de forma que en dicho proceso se dictó sentencia que ha adquirido firmeza.

La competencia para resolver el incidente corresponde al mismo órgano que dictó la resolución que hubiera adquirido firmeza, y la legitimación se atribuye a quienes fueron parte en el proceso o hubieran debido serlo. Se establecen dos plazos para plantear el incidente:

- Uno de 20 días a contar desde la notificación de la resolución, o desde que se tuvo conocimiento del defecto.
- Otro de 5 años, desde la notificación de la resolución.

Ambos plazos juegan conjuntamente; pasados los 5 años no cabe pedir la nulidad de las actuaciones, que siempre debe pedirse en los 20 días siguientes a aquel en el que se tuvo constancia del defecto causante de indefensión.

Procedimiento

La nulidad se instará por medio de escrito, acompañado de los documentos que la parte estime procedentes, del cual se dará traslado a las demás partes para que, en el plazo de 5 días, formulen alegaciones. El incidente se resuelve mediante auto, en el que el tribunal podrá:

- Estimar la nulidad, con lo que se reponen las actuaciones al momento inmediatamente anterior al defecto.
- Desestimar la solicitud, en cuyo caso se condena al solicitante en todas las costas del incidente, y si se entiende que el incidente fue promovido con temeridad, se le impondrá multa de 15.000 a 100.000 pesetas.

En cualquiera de los dos casos, la presentación del escrito no produce la suspensión de la ejecución y efectividad de la resolución, salvo que así lo pida la parte y lo acuerde el juzgador.

F I N

Estos apuntes fueron finalizados el 31/5/2000, a las 20:40. La última clase fue ese día (16:15 – 17:00).

Examen: 15 junio (práctico), 29 junio (teórico).

VII – ÓRGANOS JURISDICCIONALES

I. INTRODUCCIÓN.

Según el art. 117.1 CE: *la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.*

El art. 26 LOPJ enumera los juzgados y tribunales a los que se atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional:

- Juzgados de paz.
- Juzgados de primera instancia e instrucción, de lo penal, de lo contencioso-administrativo, de lo social, de menores y de vigilancia penitenciaria.
- Audiencias Provinciales.
- Tribunales Superiores de Justicia.
- Audiencia Nacional
- Tribunal Supremo.

Esta enumeración debe completarse con:

- Juzgados Centrales de Instrucción (art. 88 LOPJ).
- Juzgados Centrales de lo Penal (art. 89 bis 3 LOPJ).
- Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo (art. 90.4 LOPJ).

Existen también otros órganos reconocidos por la CE; los tribunales de la jurisdicción militar, el Tribunal de Cuentas, el Tribunal Constitucional, los tribunales supranacionales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunales de Primera Instancia y de Justicia de las Comunidades Europeas), y el Tribunal del Jurado, instituido por Ley Orgánica 5/1995, en cumplimiento del art. 125 CE.

Para la correcta Administración de la Justicia, esta multiplicidad de órganos debe ser estructurada de acuerdo con diversos criterios:

A) Criterio **jerárquico**, por el cual se diferencian los órganos que conocen en primera instancia de los órganos a los que se atribuye la posibilidad de reexaminar las resoluciones que aquellos dicten.

B) Criterio **territorial**, cuyo objeto es hacer que la Justicia sea lo más cercana posible a los ciudadanos, para lo que es necesario que existan órganos jurisdiccionales repartidos por todo el territorio. El art. 30 LOPJ organiza territorialmente el Estado en municipios, partidos judiciales, provincias y CCAA. Tanto los municipios como las provincias se corresponden con las demarcaciones administrativas del mismo nombre. El partido judicial se define como una unidad territorial integrada por dos o más municipios, pertenecientes a la misma provincia.

C) Criterio **material**; tiene su fundamento en la complejidad del ordenamiento jurídico, lo cual obliga a establecer distintos órdenes jurisdiccionales, diferenciados en función de la naturaleza de los derechos que en ellos se ejercitan, por razones de especialización:

- Orden civil, ante el cual se ventilan los derechos privados.
- Orden penal, ante el cual se ejercita el *ius puniendi*.
- Orden contencioso-administrativo, ante el cual se deducen los derechos e intereses de los ciudadanos frente a la actividad de la Administración Pública.
- Orden social o laboral.

D) Criterio **numérico**, que distingue entre órganos unipersonales, como los juzgados, y colegiados, como los tribunales o las audiencias. En cuanto a los órganos colegiados, cabe la posibilidad de que el ejercicio de sus funciones se reparta en salas o secciones.

- La división en salas se realiza en función de la división material de la jurisdicción; penal, civil, social, etc.
- La división en secciones es una forma de división del trabajo.

II. ÓRGANOS JURISDICCIONALES ORDINARIOS ESPAÑOLES.

Nivel Nacional:

- Orden **civil**: Sala 1ª del Tribunal Supremo.
- Orden **penal**: Sala 2ª del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de lo Penal y Juzgados Centrales de Instrucción.
- Orden **contencioso-administrativo**: Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.
- Orden **social**: Sala 4ª del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Nivel autonómico:

- Orden **civil**: Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia.
- Orden **penal**: Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia.
- Orden **contencioso-administrativo**: Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia.
- Orden **social**: Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Nivel provincial:

- Orden **civil**: Audiencia Provincial.
- Orden **penal**: Audiencia Provincial, Juzgado de lo Penal, Juzgado de Menores, Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y Tribunal del Jurado.
- Orden **contencioso-administrativo**: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.
- Orden **social**: Juzgado de lo Social.

Nivel de partido judicial:

- Orden **civil**: Juzgado de Primera Instancia.
- Orden **penal**: Juzgado de Instrucción.

Nivel Municipal:

- Orden **civil y penal**: Juzgado de paz.

LOS JUZGADOS DE PAZ.

Según el art. 99 LOPJ, existirá un Juzgado de Paz en todos los municipios donde no haya Juzgado de Primera instancia o Instrucción. Los titulares de estos juzgados no pertenecen a la carrera judicial, y no se les exige ni la Licenciatura en Derecho ni haber aprobado oposiciones. Su misión es dar solución a los problemas cotidianos de los vecinos del municipio, para evitar que acudan a un juez de carrera.

Tienen competencias en materia civil y penal, en materia civil, conocen de los juicios declarativos verbales de

cuantía no superior a 8000 pesetas. En materia penal, conocen de determinadas faltas de poca importancia.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN.

La demarcación territorial a la que corresponden es el partido judicial, tomando el nombre del municipio capital del partido. Están configurados como un órgano único, aunque en las poblaciones mayores se produce una división de competencias, correspondiendo la materia civil a los Juzgados de primera instancia, y la materia penal a los Juzgados de instrucción.

Es posible que alguno de los juzgados, tanto de primera instancia como de instrucción, se especialicen en una determinada materia, y así, por ejemplo, un Juzgado de primera instancia que se dedique a asuntos de familia pasará a ser un Juzgado de Familia.

Los Juzgados de primera instancia tienen competencias en el orden civil y son los competentes para conocer de los pleitos en primera instancia. Se les atribuye el conocimiento de:

- Los juicios que no vengan atribuidos a otros juzgados y tribunales.
- Los actos de jurisdicción voluntaria.
- Las cuestiones de competencia entre los juzgados de paz del mismo partido.
- Los recursos contra las sentencias de los jueces de paz.
- Se encargan de la llevanza del Registro Civil.

Los juzgados de instrucción tienen como objetivo principal el de instruir las causas por delitos cuyo conocimiento corresponde a los jueces de lo penal o a las Audiencias Provinciales. La instrucción es la primera fase del proceso penal, y consiste en una fase de acopio de material relativo a las causas. La segunda fase será el conocimiento de las causas por los juzgados de lo penal o las Audiencias Provinciales. Se les atribuye el conocimiento de:

- Los juicios de faltas.
- Los procedimientos de habeas corpus.
- Los recursos contra las resoluciones de los juzgados de paz.

Los Juzgados Centrales de Instrucción tienen jurisdicción en toda España e instruyen las causas cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o a los Juzgados Centrales de lo Penal.

JUZGADOS DE LO PENAL.

No estaban previstos inicialmente por la LOPJ, sino que fueron creados en 1988 para evitar el problema de que un mismo juez (el de instrucción) fuera competente para instruir y fallar la misma causa. Se plantea un problema de constitucionalidad, ya que dicho juez difícilmente puede juzgar imparcialmente la causa que él mismo ha instruido.

Generalmente, los juzgados de lo penal tienen su sede en las capitales de provincia, con jurisdicción en toda ella. También es posible que su jurisdicción se extienda a uno o varios partidos de la misma provincia, pudiéndose ubicar en ese caso la sede en una ciudad distinta de la capital.

En cuanto a competencia, conocerán del enjuiciamiento y fallo de las causas por delitos a los que la ley señale pena privativa de libertad no superior a 5 años, y de las causas por faltas relacionadas con dichos delitos. No obstante, si el delito fuera de los atribuidos al Tribunal del Jurado, será éste el órgano competente para conocer de ellos.

Además, en la villa de Madrid existen varios Juzgados Centrales de lo Penal, unipersonales y con jurisdicción en toda España, que conocerán del enjuiciamiento y fallo de las causas por los delitos recogidos en el art. 65 LOPJ, cuando la ley los castigue con penas de privación de libertad no superiores a 5 años.

JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

Estaban previstos por la LOPJ desde 1985, pero no han entrado en funcionamiento hasta 1998. En general, tienen sede en las capitales de provincia y jurisdicción en toda ella, aunque es posible que su jurisdicción se extienda a uno o más partidos judiciales dentro de la misma provincia, o incluso que su jurisdicción se extienda a más de una provincia, siempre que sea dentro de la misma Comunidad Autónoma.

Su competencia viene regulada por el art. 91 LOPJ, el cual se remite a la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio.

Además, por Real Decreto 1647/1998, de 24 de julio, se han creado dos Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, con jurisdicción en toda España y sede en Madrid. Su competencia viene regulada por la Ley 29/1998, a la cual se remite el art. 90.4 de la LOPJ.

JUZGADOS DE LO SOCIAL.

Tienen su sede en las capitales de provincia, con jurisdicción en toda ella, aunque también pueden establecerse en dos o más partidos judiciales de la misma provincia, o bien tener sede en una capital de provincia, pero con jurisdicción en otras provincias además de aquella, siempre que dichas provincias pertenezcan a la misma Comunidad Autónoma.

Su competencia es residual, ya que conocerán en primera o única instancia de los procesos sobre las materias propias de este orden jurisdiccional que no hayan sido atribuidas a otros órganos jurisdiccionales. Por su lado, la Ley del Procedimiento Laboral, en su art. 2, realiza un desglose de las competencias de estos juzgados, refiriéndose a todas las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia de contratos de trabajo, cuestiones en materia de Seguridad Social, cuestiones entre asociados y mutualidades, libertad sindical, procesos electorales sindicales, etc.

JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA.

En cuanto a su sede, se dan los mismos casos que en el supuesto anterior, aunque no tiene porqué estar establecida en la capital de la provincia. Es característica de este juzgado la compatibilidad del cargo con la titularidad de otro órgano penal.

Su competencia se establece en el art. 94.1 LOPJ:

- Ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad.
- Control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias.
- Amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios.
- Las demás funciones que sean señaladas por la Ley.

JUZGADOS DE MENORES.

En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más juzgados de menores. No obstante, cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse juzgados de menores cuya jurisdicción se extienda bien a un partido determinado o agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma (art. 96 LOPJ).

Les corresponde el ejercicio de las funciones establecidas por las leyes para con los menores que hubieran incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes.

AUDIENCIAS PROVINCIALES.

Tienen su sede en la capital de la provincia y jurisdicción en toda ella, aunque es posible crear secciones de la Audiencia fuera de la capital, a las que quedarán adscritos uno o más partidos judiciales.

La Audiencia tiene competencias en materia civil y penal. En el orden civil conocerá de:

- Los recursos establecidos por la ley contra resoluciones dictadas en primera instancia por los juzgados de primera instancia.

En el orden penal conocerá de:

- Enjuiciamiento y fallo de las causas por delitos a los que la ley castigue con pena de prisión superior a 5 años.
- Recursos contra resoluciones dictadas por los juzgados de instrucción, de lo penal, de vigilancia penitenciaria y de menores de la provincia.

Tanto en el orden civil como en el penal, conocerá de:

- Cuestiones de competencia en materia civil y penal suscitadas entre los juzgados de la provincia que carezcan de superior común que no sea la propia Audiencia.
- Recusaciones de los magistrados, cuando la competencia no haya sido a la sala especial creada a estos efectos en el Tribunal Superior de Justicia.

TRIBUNAL DEL JURADO.

Fue introducido por la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, dando configuración legal a la previsión genérica del art. 125 CE: *los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procedimientos penales que la ley determine [...]*.

La LO 5/1995 reduce su competencia a determinados casos, correspondientes a delitos cuyos elementos normativos pueden ser apreciados por personas ajenas al ejercicio habitual de la función jurisdiccional. Son: homicidio, amenazas, omisión del deber de socorro, allanamiento de morada, incendios forestales, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos e infidelidad en la custodia de presos.

El sistema instituido por la LO 5/1995 se denomina *anglosajón* o de *jurado puro*, y se caracteriza porque la responsabilidad en la emisión del veredicto recae íntegramente en los jurados, a diferencia del sistema continental, en el que la deliberación sobre la culpabilidad o inocencia y la imposición de la pena se realizan de forma conjunta entre jurados y jueces profesionales.

La ley constituye la función del jurado como un derecho, ejercitable por los ciudadanos en los que no concurra motivo que lo impida. A la vez, su desempeño es un deber para los que no estén incurso en causas de incompatibilidad o prohibición, ni puedan excusarse de acuerdo con la Ley.

Requisitos exigidos para formar parte de un jurado:

- Ser español y mayor de edad.
- Estar en el pleno ejercicio de los derechos políticos.
- Saber leer y escribir.
- Ser vecino de cualquiera de los municipios de la provincia donde se cometiera el delito.
- No estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función.

Están incapacitados:

- Los condenados por delito doloso.
- Los incurso en causa penal.
- Los suspendidos de empleo y cargo público, mientras dure la suspensión.

No pueden ejercer la función de jurado:

- El Rey y los miembros de la familia real.
- El Gobierno y demás cargos asimilados al mismo, ya sea del Estado o de las CCAA.
- Los parlamentarios de las Cortes Generales o Autonómicas.
- Magistrados del TC, vocales del CGPJ, integrantes del Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo.
- Los que estén en ejercicio activo de la carrera judicial, fiscal, secretario judicial, oficiales, agentes, auxiliares de Justicia, policía judicial, abogados, procuradores, profesores universitarios de disciplinas jurídicas, miembros activos de las fuerzas y cuerpos de seguridad, funcionarios de instituciones penitenciarias e integrantes de misiones diplomáticas.

Prohibiciones para ser jurado:

En general, nadie puede serlo cuando tenga cualquier tipo de vinculación directa con el asunto del que se conoce o con los sujetos implicados en él.

Las excusas válidas para no actuar como jurado son:

- Ser mayor de 65 años.
- Haber desempeñado funciones de jurado en los 4 años anteriores.
- Sufrir un grave trastorno por razón de las cargas familiares.
- Desempeñar un trabajo de relevante interés general.
- Tener residencia en el extranjero.
- Ser militar profesional cuando concurran razones de servicio.
- Alegar y acreditar suficientemente cualquier otra causa que dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado.

El Tribunal del Jurado está formado por 9 ciudadanos y un magistrado integrante de la Audiencia provincial, que lo preside. La función de los jurados será emitir un veredicto, declarando probado o no probado el hecho justiciable que el magistrado presidente ha declarado como tal, y afirmar la culpabilidad o inocencia de los acusados. Posteriormente, el magistrado presidente dictará sentencia en la que recogerá el veredicto del jurado e impondrá la pena o medida de seguridad que corresponda.

Finalmente, la LO prevé que los jurados percibirán una indemnización por los gastos que se les ocasione, y además una retribución por cada día que dure el juicio, en la medida que reglamentariamente se determine.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

Su origen está en el art. 152.1.2º CE, que establece que el TSJ, sin perjuicio de la jurisdicción del TS, culminará la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Dicho tribunal tomará el nombre

de la CA y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de ésta.

El TSJ se compone de 3 salas:

- Sala de lo civil y lo penal.
- Sala de lo contencioso-administrativo.
- Sala de lo social.

En cuanto a personal, se integra por un presidente, que lo será también de la sala de lo civil y lo penal, por los presidentes de sala y por los magistrados que la ley determine para cada una de las salas, y en su caso, por las secciones que puedan crearse dentro de la misma sala.

La LOPJ no establece nada acerca de la sede del TSJ, remitiéndose a lo dispuesto por el Estatuto de Autonomía de cada CA. En el caso de que el Estatuto no se refiera a ello, la disposición adicional 2ª de la LOPJ establece que tendrá su sede en la ciudad donde radicase anteriormente la Audiencia Territorial, y cuando no existiera dicha Audiencia, en la capital de la Comunidad.

En el caso de las CCAA que tuvieran más de una Audiencia Territorial, en una de las ciudades se establecerá la sede del TSJ y en la otra se crearán; una sala de lo contencioso-administrativo y otra sala de lo social. Éste es el caso de Castilla y León, donde, al tiempo de entrar en vigor la LOPJ, existían Audiencias Territoriales en Burgos y en Valladolid, de forma que la sede del TSJ se ubicó en Burgos, pero en Valladolid se establecieron las dos salas referidas. Estas salas extienden su jurisdicción a León, Palencia, Salamanca, Valladolid y Zamora, mientras que las salas de Burgos extienden su jurisdicción a Ávila, Burgos, Segovia y Soria.

Las competencias de cada sala se regulan en los art. 73, 74 y 75 LOPJ.

AUDIENCIA NACIONAL.

Tiene sede en Madrid y jurisdicción en toda España. Está compuesta por su presidente, los presidentes de sala y los magistrados que la ley determine para cada una de las salas y secciones. La Audiencia Nacional está integrada por 3 salas:

- Sala de lo penal.
- Sala de lo contencioso-administrativo.
- Sala de lo social.

Si el volumen de los asuntos lo aconseja, pueden crearse, dentro de cada sala, dos o más secciones. También puede crearse la sala de recusaciones, que conocerá de los incidentes de recusación del presidente, presidente de sala, o de más de dos magistrados de una misma sala.

Las competencias de las salas se establecen en los art. 65, 66 y 67 LOPJ.

TRIBUNAL SUPREMO.

Está constitucionalizado por el art. 123.1, que establece que el TS, con jurisdicción en toda España, es el órgano superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

Su sede está en Madrid. Está compuesto por un presidente, que lo es también del CGPJ, por los presidentes de sala y por los magistrados que establezca la ley para cada sala y para las secciones que pudieran crearse. Las salas son:

- Sala primera, de lo civil.

- Sala segunda, de lo penal.
- Sala tercera, de lo contencioso-administrativo.
- Sala cuarta, de lo social.
- Sala quinta, de lo militar.

Además, existía una sala innominada, formada por el presidente del TS, los presidentes de sala y los magistrados más antiguo y más moderno de las salas, que conocerá de los asuntos que establece el art. 61 LOPJ.

ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL MILITAR.

Es una jurisdicción especial. La CE limita sus competencias al ámbito exclusivamente castrense y a los supuestos de estado de sitio.

La LO 4/1987 establece los siguientes órganos dentro de la jurisdicción militar:

- Sala quinta del TS, formada por 8 miembros, 4 de los cuales proceden de la carrera judicial y los otros 4 del cuerpo jurídico militar.
- El Tribunal Militar Central, con competencia en el territorio nacional y sede en Madrid. Resolverá las causas en las que el imputado ostente determinadas cualidades o circunstancias. Este tribunal tiene adscritos 2 juzgados militares centrales que se ocuparán de la instrucción.
- Tribunales militares territoriales, formados por un auditor presidente y 4 vocales togados; se encargan del conocimiento de las causas por delitos instruidas por los juzgados togados militares.
- Juzgados togados militares territoriales, que son órganos unipersonales que instruyen las causas cuyo fallo corresponde a los tribunales militares territoriales.

III. LOS CONFLICTOS JURISDICCIONALES.

En sentido estricto, son los que se plantean entre los órganos pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y los órganos jurisdiccionales especiales, que en España son los militares.

Deben diferenciarse estos conflictos jurisdiccionales de los conflictos de atribuciones, que se producen entre órganos administrativos y órganos jurisdiccionales. Hay que diferenciarlos también de los conflictos y cuestiones de competencia. Estos se plantean entre órganos de la jurisdicción ordinaria pertenecientes a distinto orden jurisdiccional civil, penal, contencioso-administrativo o social. Las cuestiones de competencia se plantean entre jueces y tribunales del mismo orden. El problema surge porque en la LOPJ y en la LO 2/1987, de Conflictos Jurisdiccionales, se denomina también conflicto de jurisdicción a los llamados conflictos de atribuciones.

La resolución de los conflictos jurisdiccionales se encomienda a la Sala de Conflictos de Jurisdicción, compuesta por el presidente del TS, dos magistrados de la Sala del TS correspondiente al orden en conflicto, y dos magistrados de la Sala de lo Militar del TS. Todos ellos son nombrados por el CGPJ y renovados anualmente.

Los conflictos pueden ser:

- Positivos, cuando tanto el órgano jurisdiccional ordinario como el militar se consideran competentes para conocer del asunto.
- Negativos, cuando ninguno de los dos se considera competente.

El procedimiento de resolución de estos conflictos seguirá los trámites de los art. 22 y siguientes de la LO 2/1987.

IV. EL TRIBUNAL DE CUENTAS.

Regulado por el art. 136 CE y por la LO 2/1992, del Tribunal de Cuentas. Es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión del Estado y del sector público. Por tanto, sus funciones son dos: fiscalización y enjuiciamiento de la responsabilidad contable en la que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de los fondos públicos.

Se compone de 12 consejeros, designados por las Cortes Generales: 6 por el Congreso y 6 por el Senado, por mayoría de 3/5. Se nombran por 9 años, de entre censores del Tribunal de Cuentas, censores jurados de cuentas, magistrados, fiscales, profesores universitarios, funcionarios públicos, abogados y economistas, todos de reconocida competencia y con más de 15 años de ejercicio. El presidente es nombrado por el Rey de entre los consejeros, a propuesta del propio Tribunal, por un período de 3 años.

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Su régimen jurídico se halla en los art. 159 a 165 CE, y en la LO 2/1979, del TC. Está constituido por 12 miembros, nombrados por el Rey de la siguiente forma:

- 4 propuestos por el Congreso, por mayoría de 3/5.
- 4 por el Senado, por mayoría de 3/5.
- 2 por el Gobierno.
- 2 por el CGPJ, por mayoría de 3/5.

Deben ser nombrados de entre ciudadanos españoles que sean magistrados, fiscales, profesores universitarios, funcionarios públicos o abogados, todos de reconocida competencia y con más de 15 años de ejercicio. El nombramiento se realiza por 9 años, renovándose por terceras partes cada 3. El presidente será nombrado por el Rey por 3 años, con la posibilidad de una única reelección, requiriéndose mayoría absoluta en la primera votación y simple en la segunda. De la misma forma se elige al vicepresidente.

El TC funciona en pleno o en salas. El pleno lo integran los 12 magistrados, presididos por el presidente. En ausencia de éste, ocupará su puesto el vicepresidente; si faltasen ambos, presidirá el magistrado más antiguo, y a igual antigüedad, el de mayor edad. Las salas son 2 y se componen de 6 magistrados cada una, incluido el presidente de sala, que será el presidente del TC en la sala 1ª y el vicepresidente en la sala 2ª.

Para el despacho ordinario y admisibilidad o inadmisibilidad de recursos, el pleno y las salas proceden a la constitución de secciones, integradas cada una de ellas por el presidente de la sala y 2 magistrados.

En cuanto a competencias, el TC conocerá de:

- Recurso y cuestión de inconstitucionalidad.
- Recurso de amparo por violación de derechos y libertades fundamentales.
- Conflictos de competencia entre el Estado y las CCAA o de éstas entre sí.
- De las demás materias que le atribuya la CE o las leyes orgánicas, como por ejemplo el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales.

VI. ÓRGANOS JURISDICCIONALES SUPRAESTATALES.

El tribunal europeo de derechos humanos.

Creado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4-11-1950, y ratificado por España en 1979. La finalidad del Tribunal es la salvaguarda de los derechos humanos reconocidos por los Estados parte en el convenio.

Funciones:

- Resolver demandas individuales de violación de derechos humanos por un Estado miembro.
- Resolver demandas sobre violación de derechos humanos por un Estado parte frente a otro, y emitir opiniones consultivas sobre la interpretación del convenio.

Tiene su sede en Estrasburgo, y se compone de 40 jueces, uno por cada Estado. Su estructura se divide en:

- Pleno, que sólo posee funciones gubernativas, no jurisdiccionales.
- Gran Sala, compuesta por 17 jueces, que rotan periódicamente.
- Salas, compuestas por 7 jueces cada una.
- Comités, formados por 3 jueces cada uno.

Tribunal de justicia de las comunidades europeas.

A consecuencia de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, nuestro país ha reconocido la jurisdicción de este tribunal, según lo previsto por los art. 220 y siguientes del Tratado de Roma. El art. 220 del Tratado define al Tribunal como el órgano encargado de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los tratados.

Este tribunal se estructura en jueces, abogados generales y secretaría. Hay 15 jueces, uno por cada Estado miembro, y son nombrados por los gobiernos de los distintos Estados. La elección recae en personas pertenecientes a la carrera judicial o juristas de reconocido prestigio, y su mandato es de 6 años, con posibilidad de reelección. Los abogados generales son 9 (8 a partir de octubre del 2000), y tienen la función de asistir al tribunal en el cumplimiento de sus competencias, mediante la presentación de conclusiones motivadas sobre los asuntos promovidos.

La secretaría desempeña dos tipos de funciones:

- Las referentes al procedimiento de registro y publicación en el DOCE.
- Las puramente administrativas.

Tribunal de primera instancia de las comunidades europeas.

Surge a raíz de la Decisión del Consejo de 24-10-1988, y como consecuencia del exceso de trabajo del TJCE, de forma que tribunal de primera instancia absorberá parte de las competencias de aquél. Se compone de 15 jueces, que elegirán entre ellos a su presidente, por 3 años. No se prevén abogados generales, y las funciones de éstos las realizarán los propios jueces, por rotación. También se compone de una secretaría.

VII. ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.

Consejo general del poder judicial.

Previsto por el art. 122 CE. Lo integran el presidente del Tribunal Supremo y 20 vocales, nombrados por el Rey por 5 años, a propuesta de las cámaras legislativas; 10 por el Congreso y 10 por el Senado, mediante mayoría de 3/5. De entre los 10 que elige cada cámara, 6 se elegirán de entre jueces y magistrados en activo. Los otros 4, de entre abogados y otros juristas de reconocida competencia y con más de 15 años de ejercicio. Los mismos requisitos debe reunir el presidente, cuya elección se lleva a cabo a propuesta de los 20 vocales ya designados, por mayoría de 3/5. De la misma forma se elegirá al vicepresidente.

El CGPJ agrupa a los siguientes órganos: presidente, vicepresidente, pleno y comisiones. Al pleno se le atribuyen las siguientes funciones:

- Propuesta de nombramiento del presidente del Tribunal Supremo, que lo es también del CGPJ.
- Propuesta de nombramiento del vicepresidente del CGPJ, miembros del TC, presidentes de sala y magistrados del Tribunal Supremo y presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia.
- Evacuar audiencia sobre el nombramiento del Fiscal General del Estado.
- Resolver expedientes de rehabilitación de la comisión disciplinaria.

Las comisiones son 5: permanente, disciplinaria, calificación, estudios e informes y presupuestaria.

Además el CGPJ engloba otros órganos de gobierno subordinados a él: salas de gobierno del TS, de la Audiencia Nacional y de los TSJ, presidentes de los tribunales y audiencias, presidentes de las salas de justicia, jueces, jueces decanos y juntas de jueces y magistrados.

VIII – PERSONAL DE LA JURISDICCIÓN

I. INTRODUCCIÓN.

Dentro del personal de la Administración de Justicia, podemos distinguir entre el personal jurisdiccional y el personal auxiliar, dentro del cual se diferencia el personal colaborador integrado en el órgano jurisdiccional, del personal colaborador no integrado. Existen también otros auxiliares técnicos de la Administración de Justicia; médicos forenses, médicos del Registro Civil, Oficina de Interpretación de Lenguas, Caja General de Depósitos, Instituto de Toxicología e Instituto Nacional de Medicina y Seguridad en el Trabajo.

El personal jurisdiccional puede clasificarse en dos categorías básicas:

- El que forma parte de la carrera judicial: magistrados del TS, magistrados y jueces.
- El que no pertenece a dicha carrera, sino que desempeña funciones judiciales temporalmente: jueces de paz, magistrados suplentes, jueces sustitutos y jueces en régimen de provisión temporal. A excepción de los jueces de paz, se exige a los demás que sean licenciados en Derecho.

II. SELECCIÓN DEL PERSONAL JURISDICCIONAL.

II.1– Jueces.

La LOPJ prevé dos sistemas de acceso:

- Por la superación de una oposición, y de un curso teórico y práctico de selección realizado en el Centro de Selección y Formación de Jueces y Magistrados.
- Por la superación de un concurso–oposición realizado entre licenciados en Derecho con más de 6 años de ejercicio profesional, para los juristas, a los que se reserva $\frac{1}{4}$ de las plazas, debiendo además superar el curso teórico–práctico anterior.

II.2– Magistrados.

Hay 3 vías para el acceso:

- Antigüedad: de cada 4 vacantes producidas en la categoría de magistrados, 2 se proveerán mediante ascenso de jueces que ocupen el primer lugar en el escalafón.
- Estímulo profesional: una vacante de cada 4 se cubre por pruebas selectivas en los órdenes civil y penal, y de especialización en los órdenes contencioso–administrativo y social.
- Concurso entre juristas de reconocida competencia con más de 10 años de ejercicio, a los que se reserva $\frac{1}{4}$ de las plazas.

II.3– Magistrados del Tribunal Supremo.

Hay 2 vías de acceso:

- Miembros de la carrera judicial, a los que se reservan 4 plazas de cada 5.
- Quinto turno: una de cada 5 plazas se cubren por abogados y juristas de prestigio con más de 15 años de ejercicio.

II.4– Personal no perteneciente a la carrera judicial.

En cuanto a los magistrados suplentes, la suplencia suele cubrirse con magistrados de otras salas, pero cuando por circunstancias excepcionales o imprevistas no puedan cubrirse las plazas de esta forma, existe una relación de magistrados suplentes en el TS, Audiencia Nacional, TSJ y Audiencias provinciales, los cuales serán llamados a formar sala. Estos magistrados acceden por concurso de méritos, y serán designados por el CGPJ, a propuesta de la sala de gobierno, para cada año judicial. La designación se hará entre quienes reúnan las condiciones necesarias para poder acceder a la carrera judicial, a excepción de la posibilidad de nombrar a personas jubiladas, con un límite de 72 años. Para ser designado magistrado suplente tiene preferencia aquel que haya desempeñado funciones judiciales, de secretaría judicial o ejercicio de profesiones jurídicas o docentes.

En cuanto a jueces sustitutos, la LOPJ establece que, en caso de vacante, servicios especiales, etc., los jueces serán sustituidos por otros de la misma población. Cuando no fuese posible, bien porque existe un único juzgado en la localidad, o bien porque las vacantes son numerosas, ejercerá la jurisdicción un juez sustituto, nombrado de la misma forma que los magistrados suplentes, y sometido al mismo régimen jurídico que éstos.

En cuanto a jueces de provisión temporal, su finalidad será cubrir las vacantes que resulten desiertas en los concursos, hasta que se ocupen por los procedimientos ordinarios. Estos jueces se seleccionan por concurso de méritos, y se valora en determinados aspectos la posesión del título de doctor, el ejercicio de funciones judiciales o de secretaría judicial, u otras profesiones jurídicas.

III. REQUISITOS.

Por la vía de oposición, los aspirantes deben ser mayores de edad, españoles, licenciados en Derecho y no estar incurso en las causas de incapacidad previstas por la Ley. Además, los que pretendan ingresar por la vía del ejercicio profesional como juristas deberán contar con 6, 10 ó 15 años de ejercicio profesional.

El art. 303 LOPJ establece que están incapacitados para ser juez o magistrado:

- Los impedidos física o psíquicamente.
- Los condenados por delito doloso mientras no sean rehabilitados.
- Los procesados o inculcados por delito doloso, mientras no sean absueltos o sea sobreseído el caso.
- Los que no estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Causas de incompatibilidad (art. 389 y 391–395 LOPJ):

A) Conforme al art. 127.1 CE, los jueces y magistrados no podrán desempeñar otros cargos públicos. Este art. es desarrollado por el art. 389 LOPJ, donde se declara incompatible el cargo de juez o magistrado con determinados cargos públicos y privados, y actividades privadas; cargos de elección popular, empleos retribuidos por la Administración, ejercicio de la abogacía, etc., salvo la docencia o investigación jurídica.

B) La segunda causa atiende a motivos de parentesco, y se trata de evitar que existan parientes dentro de un mismo órgano colegiado, o dependientes el uno del otro. No pueden actuar en la misma sala o audiencia

provincial jueces o magistrados unidos por matrimonio, o por lazo de parentesco entre sí dentro del 2º grado de consanguinidad o afinidad.

C) En lo referente a las relaciones de jueces y magistrados con otras personas, la norma general es que no pueden desempeñar su cargo en situaciones en las que peligre su imparcialidad, por ejemplo en salas de justicia donde ejerza habitualmente como abogado su cónyuge o pariente dentro del 2º grado de consanguinidad o afinidad, salvo que se trate de poblaciones en las que haya 10 o más juzgados de 1ª instancia, o salas con más de 3 secciones.

En cuanto a las prohibiciones, los jueces y magistrados no pueden pertenecer a partidos políticos o sindicatos, ni asistir a actividades políticas en calidad de jueces. Tampoco pueden dirigir a los poderes públicos felicitaciones o censuras por sus actos, en calidad de jueces, ni tomar parte en las elecciones locales más que para emitir su voto.

IV. DERECHOS Y DEBERES.

Los **derechos profesionales** corresponden a jueces y magistrados en su condición de funcionarios públicos, y se concretan en una serie de prerrogativas inherentes al cargo; derecho a ser nombrado juez o magistrado, a figurar en escalafón, etc. En cuanto a los **deberes profesionales**, entre otros, prestar juramento o promesa de fidelidad a la CE, guardar el secreto profesional, residir en la localidad donde se halle la sede del juzgado, etc.

Los **derechos jurisdiccionales** son los que competen al juez en cuanto titular de la potestad jurisdiccional. Se concretan en:

- Independencia: tienen derecho a proceder con libertad en el ejercicio de la función jurisdiccional, sin que nadie pueda inmiscuirse en ésta.
- Inamovilidad: el juez no puede ser separado, suspendido, trasladado o jubilado sino por las causas previstas por las leyes.
- Inmunidad: los jueces y magistrados en servicio activo sólo pueden ser detenidos por orden del juez competente o en caso de flagrante delito.

Los **deberes jurisdiccionales**: deber de administrar justicia, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, y deber inexcusable de resolver en todos los asuntos de que conozcan, salvo oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley.

V. RECUSACIÓN Y ABSTENCIÓN.

Son dos instituciones complementarias, reguladas por los art. 217 a 228 LOPJ. Se trata de determinadas causas que hacen a un juez o magistrado sospechoso de parcialidad, autorizándole y obligándole a abstenerse de conocer del asunto, y reconociendo al mismo tiempo el derecho que tienen las partes en litigio a recusarlo. Causas:

- Vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, y parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del 4º grado, del juez o magistrado con las partes o con el Ministerio Fiscal.
- Vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, y parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del 2º grado, del juez o magistrado con el letrado o procurador de cualquiera de las partes.
- Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de delito o falta.
- Haber sido representante o defensor de alguna de las partes, haber emitido dictamen sobre el pleito o haber intervenido en él como fiscal, perito o testigo.
- Tener pleito pendiente con alguna de las partes.
- Amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes.
- Tener interés directo o indirecto en el asunto.

VI. RESPONSABILIDAD DE JUECES Y MAGISTRADOS.

Puede ser de 3 tipos:

- Disciplinaria: dimana de la inobservancia por parte de jueces y magistrados de sus deberes profesionales o jurisdiccionales. Según la LOPJ, las faltas en que pueden incurrir son muy graves, graves o leves. Muy graves, como la intromisión en el ejercicio de la jurisdicción de otro juez; graves, como la ausencia de la sede del órgano jurisdiccional por más de 3 días y menos de 7; leves, como ausencia injustificada por más de un día natural y menos de 4. Las sanciones se impondrán en atención a la gravedad, y pueden consistir en la separación o suspensión para faltas muy graves, la multa de 50.001 a 500.000 ptas., para faltas graves, y advertencia y/o multa de hasta 50.000 ptas., para faltas leves.
- Civil: tiene lugar por incumplimiento de deberes jurisdiccionales. El art. 411 LOPJ establece que los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios irrogados cuando en el desempeño de su función incurran en dolo o culpa.
- Penal: deriva de la comisión de delitos o faltas en el ejercicio de la función jurisdiccional, como pueden ser: prevaricación, retardo malicioso en la Administración de justicia, negativa a juzgar, etc.

VII. PERSONAL AUXILIAR DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Personal integrado en el órgano jurisdiccional.

Los secretarios judiciales conforman un cuerpo único en el cual se diferencian 3 categorías:

- Los pertenecientes a la secretaría y vicesecretaría de gobierno del TS, secretarios de sala del TS, secretario de gobierno de la Audiencia Nacional y secretarios de gobierno de los TSJ.
- Secretarios de sala de la Audiencia Nacional y de los TSJ, secretarios de las Audiencias provinciales, y secretarios de los juzgados servidos por jueces y magistrados.
- Secretarios de los juzgados servidos por jueces.

Se ingresa en el cuerpo a través de la tercera categoría, existiendo dos sistemas de acceso: en ambos se exige el título de licenciado en Derecho, y las condiciones generales del art. 475 LOPJ, incluyendo el no haber sido separado de un cuerpo del Estado por expediente disciplinario ni suspendido para el ejercicio de las funciones públicas, salvo que hubiera obtenido la rehabilitación. Los sistemas son:

- Oposición, por la que se cubrirán 5 plazas de cada 6. Además se exige la realización de un curso en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.
- Concurso, mediante el cual se provee la plaza restante. Se reserva al personal del Cuerpo de Oficiales, entre aquellos que además de ser licenciados en Derecho lleven al menos 5 años de servicio en el cuerpo, aparte del curso en el Centro de Estudios Jurídicos.

En cuanto a incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones, la LOPJ se remite a las de los jueces y magistrados, salvo los derechos políticos del art. 395.

Las funciones que ejerce el secretario judicial son las siguientes:

- Ejercer la fe pública judicial.
- Asistir a los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones.
- Ostentar la jefatura directa del personal de la secretaría, sin perjuicio de la superior dirección de los jueces y magistrados.
- Realizar las funciones de guarda y depósito de documentos.
- Responder del depósito en las instituciones legales de cuantas cantidades y valores, consignaciones y

fianzas se produzcan.

- Confeccionar la estadística judicial.

En cuanto a oficiales, auxiliares y agentes, la regulación básica debe buscarse, aparte de en la LOPJ, en el Real Decreto 249/1996, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia.

Se trata de funcionarios públicos de carrera, dependientes del Ministerio de Justicia, que prestan servicio no sólo en juzgados y tribunales, sino también en el CGPJ, fiscalías, TC y organismos y servicios de la Administración de Justicia, como el Instituto de Toxicología.

El ingreso se realiza por oposición pública, exigiéndose, además de las condiciones generales de ingreso comunes para todo el personal (art. 457 LOPJ), una determinada titulación: título de bachiller para oficiales, graduado escolar o educación secundaria para auxiliares, y certificado de escolaridad para agentes.

En cuanto a sus funciones:

- Los oficiales son los colaboradores inmediatos de los secretarios judiciales, y les corresponde la tramitación de los asuntos, la realización de determinados actos de comunicación, y la sustitución de los secretarios cuando éstos no puedan sustituirse entre sí.
- Los auxiliares realizan funciones de colaboración en el desarrollo de la tramitación procesal: actos de registro, algunos actos de comunicación, y a veces sustituyen a los oficiales.
- Los agentes judiciales guardan y hacen guardar el orden de la sala, ejecutan los embargos, realizan actos de comunicación no encomendados a otro funcionario, actúan como agentes de la autoridad, y se ocupan de las funciones de vigilancia, custodia y otras análogas.

Personal no integrado en el órgano jurisdiccional.

El ministerio fiscal forma parte del personal colaborador y carece de potestad jurisdiccional. Su regulación se encuentra en el art. 124 CE, 435 LOPJ y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981. Está integrado por varios órganos: Fiscal General del Estado, Consejo Fiscal, Junta de fiscales de sala, y las siguientes fiscalías:

- La del TS.
- La del TC.
- La de la Audiencia Nacional.
- Fiscalía Especial Antidrogas.
- Fiscalía Especial Anticorrupción.
- La de los TSJ.
- La de las Audiencias provinciales.

Deben añadirse además la Inspección Fiscal y la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.

La carrera fiscal está formada por 3 categorías que forman un único cuerpo, jerárquicamente organizado:

- Fiscales del TS.
- Fiscales.
- Abogados fiscales.

Para el ingreso se requiere la nacionalidad española, mayoría de edad, doctorado o licenciado en Derecho, y no hallarse comprendido en ninguna de las causas de incapacidad establecidas en el Estatuto del Ministerio Fiscal, que son:

- Falta de aptitud física o intelectual.
- Condena por delito doloso, en tanto no se obtenga la rehabilitación.
- Declaración de quiebra o concurso, en tanto no se obtenga la rehabilitación.

El ingreso se realiza por oposición libre. Las funciones son delimitadas en el art. 435 LOPJ, y desarrolladas por el art. 1 del Estatuto, que enuncia una serie de funciones genéricas: promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

Estas funciones son desarrolladas por el art. 3 del Estatuto, concretándose en 15 funciones, las cuales pueden resumirse diciendo que la intervención del fiscal tiene lugar en el proceso penal, donde promueven la acción penal para la persecución de los delitos y faltas, y el procesamiento de las personas que aparezcan como responsables de los mismos. Además, ejercitan la acción civil derivada del delito. En el proceso civil, el fiscal sólo interviene en las causas en las que existe un interés público, como en materia de familia. En el proceso laboral, sólo participa en determinadas facetas de los recursos de suplicación y casación, y en los de interés de ley. En el proceso contencioso-administrativo, no interviene, a tenor de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Los principios que informan la actuación del Ministerio Fiscal pueden clasificarse en:

- Orgánicos, que son:
 - Unidad, ya que el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado, ejercitando su jefatura el Fiscal General del Estado; el fiscal jefe de cada órgano actúa en representación del Fiscal General, y los demás miembros actúan por delegación de su jefe respectivo.
 - Dependencia, que se manifiesta en una doble dirección; *externa*, en cuanto que está sujeto al Ejecutivo, e *interna*, en cuanto a la estructura jerárquica que caracteriza al Ministerio Fiscal, que se pone de relieve en la impartición por el Fiscal General de

órdenes e instrucciones a sus subordinados inmediatos.

B) De actuación:

- Legalidad, que se traduce en la sujeción del Ministerio Fiscal a la CE, leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico.
- Imparcialidad, que implica que el Ministerio Fiscal debe actuar con absoluta objetividad e independencia en defensa de los intereses que tiene encomendados.

Abogados y procuradores.

En todo ordenamiento jurídico se plantea el problema de decidir si las partes actúan por sí mismas, asumiendo su autodefensa, o bien debe interponerse entre éstas y el órgano jurisdiccional una persona técnica en Derecho. En la mayoría de los casos se suele adoptar la segunda alternativa, por dos razones:

- Porque debe atenderse a los intereses de las partes, que normalmente no están en condiciones de conocer el Derecho material ni de desarrollar la actividad procesal.
- Porque la existencia de personal técnico facilita la actuación del órgano jurisdiccional.

Lo que no está tan claro es la división de funciones entre el abogado y el procurador; en algunos casos, se ha producido una unificación de ambos, como es el caso de Alemania o Francia. En España, están diferenciados, rigiéndose los abogados por el RD 2090/1982, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía, y los procuradores por el RD 2046/1982, que aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales.

Los abogados ejercen profesionalmente la dirección y defensa de las partes en todos los procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico. El ingreso exige la incorporación a un Colegio Profesional, además del cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Nacionalidad española o de los Estados miembros de la UE.
- Mayoría de edad.
- Licenciatura en Derecho.
- Carecer de antecedentes penales.
- Pago de la cuota del Colegio.
- Formalización del ingreso en la Mutualidad General de Previsión de la Abogacía.
- Alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas.

No se exige la colegiación a los licenciados en Derecho para la defensa de asuntos propios o de parientes próximos, siempre que sean habilitados por el decano del Colegio de la localidad o provincia.

El Estatuto regula las incapacidades, incompatibilidades, derechos y deberes del abogados. Entre los derechos están: derecho y deber de secreto profesional, libertad de expresión, deber de actuación con arreglo a la buena fe y derecho a honorarios. Los honorarios son libremente fijados por el abogado; el colegio fija determinadas normas orientadoras, pero no son vinculantes. En todo caso está prohibido el pacto de *cuota litis*, es decir, pactar con el cliente que los honorarios consistan en un porcentaje sobre lo obtenido en juicio.

La responsabilidad exigida en el ejercicio de la profesión puede ser:

- Civil: prevista para casos en que sufren daño los intereses cuya defensa se encomendó al abogado, a causa de dolo o negligencia de éste.
- Penal: deriva de la comisión de delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones.
- Disciplinaria: a su vez puede ser; *judicial*, que es exigida al abogado por los jueces y magistrados ante el incumplimiento de deberes relativos a la actuación en el proceso; *colegial*, que es exigida por el decano del colegio y por la Junta de Gobierno del mismo, ante el incumplimiento de sus deberes profesionales.

En cuanto a los **procuradores**, son los encargados de representar a la parte ante el tribunal mediante poder conferido en forma, ocupándose también de auxiliar y colaborar con el abogado en la recepción y entrega de escritos ante los tribunales.

Para ser procurador, se exige: nacionalidad española o de Estados miembros de la Unión Europea, mayoría de edad, obtención del título de procurador que expide el Ministerio de justicia a los que lo soliciten. Para ejercer la profesión se requiere:

- Haber obtenido la inscripción en el Colegio De Procuradores, previo abono de cuota de ingreso y formalización de alta en la mutualidad de previsión de los procuradores.
- Haber constituido fianza: esta obligación se debe a que uno de los deberes del procurador es pagar los gastos que se causen a su instancia. La cuantía de la fianza es distinta en función del lugar en que se actúa.
- Prestar juramento o promesa ante la sala de gobierno del Tribunal Supremo u órgano de la audiencia o juzgado que corresponda.

ABOGADOS DEL ESTADO, COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y ENTIDADES LOCALES.

El abogado del estado ostenta la representación del estado y sus organismos autónomos, sin perjuicio de que para casos determinados la defensa pueda ser encomendada a un abogado colegiado. La representación y defensa de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales corresponde a los letrados de los servicios

jurídicos de dichas administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado. Además, las Comunidades Autónomas pueden ser defendidas y representadas por los servicios jurídicos del estado, lo que no se permite a ayuntamientos ni a diputaciones.

AUXILIARES TÉCNICOS.

Es necesario que determinadas personas o entidades especializadas en determinadas materias presten auxilio a la administración de justicia. Así, existen organismos o instituciones que, permanentemente o de forma ocasional, cumplen con esta labor. Son los siguientes:

Médicos forenses: se trata de un cuerpo titulado superior al servicio de la justicia, y a las órdenes de jueces, tribunales, fiscales y encargados del registro civil. Sin embargo, dependen del director del Instituto De Medicina Legal correspondiente. Los forenses están sometidos a la legislación sobre incompatibilidades del personal de servicio de las administraciones públicas, y además sus funciones son incompatibles con las del médico de empresa y con cargos públicos electivos. Sus funciones son:

- Prestara asistencia técnica a los juzgados, tribunales, fiscalías y oficinas del Registro Civil, en materias propias de su especialidad.
- Prestar asistencia a los detenidos, lesionados o enfermos.

Para ingresar en el cuerpo, es necesario ser licenciado en medicina y superar determinadas pruebas de selección.

El instituto de toxicología es un órgano adscrito al Ministerio De Justicia, y sus funciones básicas son la emisión de informes y dictámenes de los órganos jurisdiccionales y del ministerio fiscal y la práctica de análisis e investigaciones toxicológicas que le sean ordenadas por médicos forenses, fiscales, o autoridades judiciales o gubernativas.

El artículo 508 LOPJ prevén una cláusula general en el sentido de que, además de los cuerpos anteriores, pueden prestar servicios a la justicia otros profesionales que resulten necesarios, por ejemplo la Oficina De Interpretación De Lenguas, Instituto Nacional de medicina y seguridad en El trabajo.

POLICÍA JUDICIAL.

No es un cuerpo específico de funcionarios, sino una función que tienen atribuida de forma genérica todos los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, Comunidades Autónomas Y Entidades Locales, y específicamente las unidades orgánicas adscritas creadas dentro de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado. Corresponde a la policía judicial:

- Averiguar las circunstancias de producción de los hechos delictivos y averiguar y detener a sus responsables.
- Auxiliar a la autoridad judicial y fiscal en las actuaciones que deban realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial.
- Realización material de las actuaciones que exijan ejercicio de coerción y ordenar que la autoridad judicial o fiscal.