

TEMA I. FUNCIÓN: ESTRUCTURA NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO DEL PROCESO . . . . .	17
I. MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERSUBJETIVOS . . . . .	17
1. La autodefensa . . . . .	17
2. La autocomposición . . . . .	18
3. La heterocomposición . . . . .	18
A) El arbitraje . . . . .	18
B) El proceso . . . . .	19
II. FUNCIÓN DEL PROCESO: SUS ELEMENTOS . . . . .	20
1. Sujetos . . . . .	20
2. Objeto . . . . .	20
3. El conflicto . . . . .	21
A) La pretensión . . . . .	21
B) La resistencia . . . . .	21
III. LA FUNCIÓN DEL PROCESO: SUS CARACTERES. LA SATISFACCIÓN JURÍDICA . . . . .	22
1. Concepto de satisfacción jurídica . . . . .	22
2. Caracteres de la satisfacción jurídica . . . . .	24
IV. LA ESTRUCTURA DEL PROCESO: SUS PRINCIPIOS . . . . .	32
1. Principio del “derecho al libre acceso a la Justicia” . . . . .	33
2. Principio del derecho a “un Juez imparcial” . . . . .	33
3. El principio de contradicción o de audiencia bilateral . . . . .	33

4. El principio de igualdad entre las partes . . . . .	34
5. Los principios de oficialidad o disponibilidad del proceso . . . . .	34
6. El principio de la humanización del proceso . . . . .	34
7. El principio de probidad en el proceso . . . . .	35
8. El principio de la eficacia del proceso . . . . .	35
9. El principio de la mayor aproximación a la verdad material de los hechos . . . . .	35
10. El principio del respeto a los "derechos fundamentales" . . . . .	35
11. La estructura exterior del proceso: el procedimiento . . . . .	36
 V. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO. DIVERSAS DOCTRINAS . . . . .	 36
1. El proceso basado en la <i>litis contestatio</i> , como contrato . . . . .	36
2. El proceso como cuasi-contrato . . . . .	38
3. El proceso como relación jurídica . . . . .	39
4. El proceso como situación o serie de situaciones jurídicas . . . . .	40
 VI. CLASES DE PROCESOS . . . . .	 43
A) Por su función . . . . .	43
1. El proceso declarativo . . . . .	43
2. El proceso ejecutivo . . . . .	43
3. El proceso cautelar . . . . .	44
B) Por su estructura . . . . .	45
1. Proceso dispositivo y oficial . . . . .	45
2. Proceso penal acusatorio, inquisitivo o mixto . . . . .	46
 Bibliografía . . . . .	 49

## TEMA I

# FUNCIÓN, ESTRUCTURA, NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO DEL PROCESO

### I. MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERSUBJETIVOS

#### 1. *La autodefensa (o autotutela)*

Consiste en que, uno de los sujetos en conflicto, sea un individuo, sea una persona jurídica, sea una masa indeterminada, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con otro sujeto (o los dos a la vez), a través de una "acción directa" en lugar de dirigir el instrumento apropiado hacia un tercero para que lo dirima. El brocardo "hacerse justicia por su mano" responde a ello; aunque no por ello la autodefensa ha de ser forzosamente injusta.

Está proscrita (oficialmente) de los núcleos humanos civilizados y suele conducir a la "imposición" de una solución del conflicto por el adversario más fuerte.

Podría pensarse, como excepciones admitidas a la prohibición de la autodefensa, en los actos efectuados en estado de necesidad, en las potestades internas de la Administración de imponer sanciones los superiores a los inferiores (sin acudir a la jurisdicción) en el Derecho parlamentario, etc. Pese a su "prohibición oficial", la autodefensa sigue produciéndose, desgraciadamente y de manera a veces masiva. Las guerras (que no sean descaradamente de "agresión") suponen una autodefensa; las entidades destinadas a evitarlas, se muestran incapaces.

Pero como instrumento procesal, no es admisible, salvo algunos casos expresamente regulados por las leyes —derivados de un "estado de necesidad", ante una agresión punible o no punible (como en el caso, previsto en los Códigos de Comercio, de la "echazón" de carga de un buque en peligro, a fin de salvar a la tripulación y al resto de la carga).

## 2. La autocomposición

Se trata de un arreglo pacífico del conflicto, por medio de un acuerdo, expreso o tácito, de los interesados en él, sin acudir a una tercera persona o entidad para que lo dirima. Aunque en superficie, parece haber una voluntad pacífica de los interesados en resolver el conflicto, en el fondo puede haber una "sumisión" del más débil. Ejemplos los tenemos en la conciliación extrajudicial y en la transacción, también extrajudicial.

## 3. La heterocomposición

Supone la existencia (o al menos, la "aparición") de un conflicto intersubjetivo y el hecho de que los dos (o más) interesados, acuden a una tercera persona, desinteresada, a fin de que lo resuelva imparcialmente.

La heterocomposición, como medio de solucionar los conflictos intersubjetivos, tiene diversas manifestaciones, de las que aquí consideramos dos fundamentalmente: el arbitraje y el proceso.

### A) El arbitraje

Debe tener su nacimiento histórico en el hecho de que una o varias personas, se interpongan entre los interesados en el litigio, a fin de darle una solución pacífica e imparcial —la vieja "mediación".

Ahora bien, su base actual, se halla en la figura del contrato: los interesados "acuerdan" el someter una o varias diferencias a ese "tercero imparcial" y le dan potestad para efectuar los actos necesarios a tal labor hasta que el conflicto quede *prácticamente* resuelto, lo cual requiere a su vez, que este "tercero imparcial" acepte este encargo de las partes acordes, y se comprometa a su vez a efectuar los referidos actos, que culminarán en la resolución del conflicto *prácticamente* (un segundo contrato, de "aceptación del arbitraje" ahora oscurecido en nueva ley).

Tiene el "arbitraje" en sus diferentes manifestaciones, las características de que, son los interesados los que lo hacen nacer (al determinar la persona tercera "imparcial" por medio de un contrato) y las que determinan su extensión (si esta persona —si acepta, naturalmente— debe resolver un solo conflicto o varios), le fijan un plazo determinado para que lo haga y al final del mismo decae en sus potestades;

deja de ser "árbitro", desaparece de la escena. Es así, la voluntad de las partes, la que hace nacer y morir al árbitro y al arbitraje.

## B) El proceso

Ya no se basa en la actualidad en un contrato; tal concepción está históricamente superada. En relación con el concepto de soberanía, aparece históricamente el hecho de la sujeción de una (muchas) persona a toda la organización de un Estado, y en ella, a la "jurisdicción", o potestad —imparcial, desde luego— de ciertos elementos integrantes del Estado, de "juzgar los conflictos" y de "hacer ejecutar las resoluciones que les pongan fin". Aun considerando las viejas teorías contractuales de la formación del Estado, actualmente, tal organización "precede en su nacimiento a las personas individuales y aún a las jurídicas" —incluso en el caso de revolución: sustitución de un tipo de Estado por otro, con gran rapidez en el tiempo— y las supervive. Por el hecho de "nacer" el individuo, perteneciente a una sociedad civilizada, queda sujeto a una potestad anterior a él (a la "jurisdicción") hasta su fallecimiento y aún después —hereditariamente—. La figura del "juez" —otro tercero "imparcial"— ya no depende en cuanto a su "nacimiento" de la voluntad contractual de los interesados en el conflicto, sino que se perpetúa como organismo del Estado; nos precede y supervive a la resolución de uno o varios conflictos determinados.

Hay una serie de campos en que, afectado el interés general por un conflicto que *aparentemente* concierne solamente a dos sujetos, exige su resolución por medio del "proceso" como mecanismo de resolver los conflictos que atañan a tal interés (es el caso clásico de las *infracciones penales*: no cabe someterlas a un arbitraje o a una amigable composición —con excepción de los llamados "delitos privados", como por ejemplo, la injuria y calumnia en determinados casos). El proceso, deviene así, el único medio pacífico e imparcial de resolver tales conflictos intersubjetivos; esto es, según terminología moderna, cuando hay normas de derecho público obligatorias, que han sido vulneradas (aparentemente) y el *ius cogens* nos impide liquidar el conflicto por medio de la autocomposición (la autotutela o autodefensa queda excluida en bien de todos), y por "mediación", "transacción" o "arbitraje", etcétera, precisa el acudir a la "jurisdicción", a sus órganos prefijados por la ley (al "juez legal o natural"). Es la sociedad la que impone la solución.

Cuando hallamos y observamos una "cosa" —con todo lo general que puede ser esta expresión —acabamos por plantearnos tres problemas: ¿Para qué sirve esta cosa? ¿En qué consiste esta cosa? y finalmente: ¿Qué es esta cosa?

Aplicadas las preguntas al proceso, la primera será la de fijar "su función"; la segunda, la de su "estructura" y la tercera, la de su "naturalidad".

## II. FUNCIÓN DEL PROCESO. SUS ELEMENTOS

Aunque ya se ha dado una idea de sus elementos, interesa exponerlos ordenadamente.

### 1. *Sujetos*

A) *Las partes*: son las personas (quedan fuera de tiempo y lugar los "procesos en contra o en favor de animales"), que tienen —o estiman tener— derechos o intereses contrapuestos, "a punto de chocar" o ya en pleno "choque".

B) *El juez* (o tribunal, si es colegiado); es la persona o personas que resuelven el conflicto, imparcialmente y de acuerdo con las reglas del derecho o de la equidad.

### 2. *Objeto*

A) *El objeto fáctico*: es "la cosa" sobre la cual hay conflicto o amenaza del mismo. Ahora bien, esta "cosa" —en su acepción más general— puede ser material o inmaterial, esto es claro; o mixta.

B) *El objeto jurídico*: es la vertiente o fachada de "la cosa" que se encuentra enfocada por el derecho; la relación jurídica de la "cosa" en sí —material o inmaterial— con la persona desde el punto de vista de sus intereses (o supuestos derechos) sobre la misma. Una "cosa sin intereses sobre ella" no despierta conflictos.

Y naturalmente, aquí va a interesarnos el "objeto jurídico", esto es "la cosa + el supuesto derecho" o "interés" humano sobre ella.

### 3. *El conflicto*

Sobre una misma "cosa", hay dos "versiones" diferentes en cuanto a sus relaciones con dos personas; cada una de ellas "pretende" "algo"

de la "cosa". Si el conflicto permanece larvado, sin exteriorizarse por la actitud de los interesados, no ocurre nada. Muchos conflictos históricos, han pasado inadvertidos en su momento por tal razón y solamente mucho después, la historia nos ha dado cuenta de su existencia.

Pero si el conflicto se exterioriza, por un "gesto" de uno de los interesados, aparece "la pretensión".

A) *La pretensión*. Es el acto (u omisión) por el que una persona intenta subordinar un interés ajeno a otro propio. Si esa "pretensión" se ejercita directamente, puede aparecer incluso la autodefensa; si se la ejercita extrajurisdiccionalmente, aparecerá, bien la autocomposición, bien la heterocomposición en forma de mediación de un particular, de un arbitraje, de una transacción extrajudicial, etcétera; si se pone de manifiesto —se ejercita— contra otra persona y *ante un juez o tribunal* actuando como tales, aparece el proceso.

El proceso, contiene pues, desde tal punto de vista, "la pretensión ejercitada" contra una persona y por parte de otra.

B) Pero cabe la posibilidad de que la persona de la cual se pretende (la entrega de "la cosa", una actuación u omisión, etcétera), *resista a la pretensión* —siempre por medios pacíficos y que están reconocidos por la norma, naturalmente—. Y con la conjunción de "pretensión", más "resistencia" u "oposición" a la "pretensión, se produce el proceso completo, que así, también se puede calificar como 'un litigio, un conflicto que ha hecho crisis' por salir al exterior y producirse una oposición entre dos o más personas".

C) Cabe la posibilidad de que la persona "de la cual se pretende *no resista, no se oponga*; en tal caso, nos hallaremos ante un conflicto completo, pero sin litigio; hay un "comienzo" de proceso, mas éste termina sin la contrapartida de la "pretensión", sin la "resistencia"; se dice, en tales casos, que "el proceso termina de un modo extraordinario" esto es, no por una resolución final que atribuya su objeto a una de las partes —o lo distribuya entre las dos— sino por no hallarse completo el "litigio" (allanamiento, renuncia, transacción; ya estudiaremos aparte estas soluciones).

D) Así, pues, en resumen, el proceso —completo— consiste en una pretensión de una persona frente a otra, dirigida a través de un órgano jurisdiccional, resistida por la "pretendida" y avocada por ello el litigio así formado —crisis del conflicto, hemos dicho— a que dicho órgano jurisdiccional ya estatuido por la ley (el "juez legal". "El juez competente") dicte una resolución sobre tal "cosa", vinculante para las partes; vinculación originada por la "situación de superioridad"

en que el Juez se halla con respecto a las partes, por sus "potestades" (derivadas de la soberanía estatal) de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" (art. 117-3 de la Constitución española de 1978).

### III. LA FUNCIÓN DEL PROCESO: SUS CARACTERES. LA SATISFACCIÓN JURÍDICA

#### 1. Concepto de satisfacción jurídica

El *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua da seis acepciones de la palabra "satisfacción" y diez del verbo "satisfacer".

Intentaremos aplicar algunas —con elementos de las definiciones de otros profesores, como Guasp, Carnelutti, etcétera— acepciones a nuestra idea de lo que sea la "satisfacción jurídica", ya que la definición del proceso por el profesor Guasp ("satisfacción de pretensiones") muy aceptable, no la estimamos exhaustiva (la "satisfacción jurídica" puede resultar favorable no al que pretende, sino al que resiste).

Para nosotros, se trata de "la acción y efecto de satisfacer", esto es, de una idea dinámica —la "acción", el "medio"—; idea dinámica, evolutiva (*processus* indica evolución), dirigida a satisfacer, a "dar solución", a "deshacer una duda o agravio" (*Diccionario*).

Pero también se trata del resultado de esta actividad, de una idea estática: "razón o modo o acción con que se sosiega y responde a una queja, sentimiento o razón contraria" y como resultado final, el "efecto", el "sosiego y aquietamiento", etcétera.

De ello se induce que podemos aplicar al proceso la acepción dinámica de la satisfacción, que progresivamente se va alcanzando a través de diversos "modos" de actuar —es el proceso como un tender a un afecto—, en tanto que será al final del proceso en donde hallamos el "efecto de satisfacerse".

La primera acepción, es el "iter", la "vía" para constituir la satisfacción (ya veremos que, "vía calificada por su orden, en su cara externa", es el procedimiento); la segunda acepción, es la satisfacción ya conseguida —por la resolución judicial—, el sosiego, el aquietamiento. Aquí, el proceso se ha extinguido; vuelve a campar sobre el terreno de la antigua lucha judicial, el derecho material.

Trataremos de definir la "satisfacción jurídica" en sus dos acepciones:



a) Como *status operandi*, como actividad dirigida, dinámica, sentido fundamental para nosotros. La satisfacción jurídica —actos de satisfacer— es la consecución y obtención práctica de una situación de cosas equilibrada y favorable a un sujeto, en sus intereses jurídicos, que se consigne a través de una actividad jurisdiccional, la cual culmina en el cumplimiento efectivo de una norma.

b) Como *status termini* —en el que el proceso ya ha terminado—, es el estado de equilibrio de situaciones jurídicas de los sujetos, sin padecer perturbación alguna, mostrándose mediante el pacífico y permanente ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones a través de actuaciones armonizadas en el seno de un orden social y jurídico.

En la “satisfacción” y en su par dialéctico, la “insatisfacción” —con su base, evidentemente, en la psicología individual— podemos distinguir su parte “estática” y su parte “dinámica”.

A) *Estáticamente* hallaremos tres elementos en la satisfacción:

1º El sujeto “descontento”, “insatisfecho”, que pide “algo” en su favor.

2º El “satisfactor”, el que ordena la satisfacción y su puesta en práctica (es el juez).

3º El satisficente que es el *invitado* (por el momento utilizaremos esta palabra) a actuar —o a no actuar— para satisfacer al primero.

B) Y *dinámicamente*, estos elementos personales se combinan entre sí:

1º Una actuación del “insatisfecho”, reclamando que se le satisfaga (mediante la acción, y tras ella, la pretensión; *cfr. infra*).

2º Una actuación dinámica del satisfactor, ordenando la satisfacción y su puesta en práctica (su ejecución).

3º Una actuación del sujeto al que se ha impuesto el satisfacer por acto del juez, en favor del anterior insatisfecho.

Pero estos elementos son complejos; no se extraiga de ellos la idea de que siempre es “el que pretende” el que tiene derecho a ser “satisfecho”.

En efecto, desde el punto de vista estático y subjetivo, está claro que la actuación del “descontento” (civil, laboral, etcétera), o del “indignado” (penal) puede tropezar —y tropieza en gran número de casos; he ahí al proceso— con la resistencia de aquél de quien pide la satisfacción. Este choque intersubjetivo debe ser resuelto por el “satisfactor” —el juez— a quien corresponde exclusivamente la po-

testad de ordenar que se otorgue la satisfacción del actor (pretensión) o la del demandado (resistencia, pretensión contraria podría llamarse).

Y desde el punto de vista dinámico, la actuación del satisfacer (del juez) debe ser consecuente con la relación "satisfacción-interés más digno de protección jurídica"; esto es, debe examinar si la pretensión o la resistencia están bien fundadas ("fundabilidad") y, por lo tanto, si procede acordar y ordenar en favor de una o de la otra (proceso de cognición); y posteriormente, la "actuación" impuesta al satisficente —que puede ser cualquiera de las dos partes; la que "mejor prueba su interés"— por la aplicación de la norma jurídica (o meta-jurídica) a los hechos, la cual puede ser a su vez, resignativa o forzosamente coactiva, según los casos (proceso ejecutivo).

## 2. Caracteres de la satisfacción jurídica

1º *Jurídica*. Esto es, debe corresponderse con una norma (mejor regla) del ordenamiento jurídico ya creada o por crear *ad hoc* (es el problema gravísimo de la "fuerza legislativa" de las sentencias).

2º *Equilibrada*. Jurídicamente equilibrada; esto es, que tenga en cuenta, según el ordenamiento jurídico y sus reglas correctamente interpretadas y aplicadas, las fuerzas contrarias en choque y su entidad jurídica, buscando un punto de equilibrio; "equilibrio" que se integra por el "par de fuerzas" de que son titulares el pretendiente y el resistente; "par de fuerzas" que el juez ha de resolver en favor de la más desarrollada y protegible jurídicamente.

Debemos eliminar aquí la idea —que corresponde a la psicología, a la sociología, etcétera— de que el "vencido en juicio" quede "satisfecho psicológicamente"; lo más probable es que, desde tal punto de vista, quede "insatisfecho"; pero en el campo de lo jurídico —aún intentándose siempre, a través de la "humanización de la justicia" paliar este tipo de "insatisfacciones"—, la satisfacción obtenida por su contrario, le es impuesta prácticamente (jurídicamente ejecutada: en su "clímax", ejecución forzosa), ahogando a aquella "insatisfacción", que torna a ser interna, psicológica.

Esta idea de "equilibrio", nos llevará a ulteriores consecuencias; mas no avancemos "a saltos".

3º Debe ser *favorable* a uno de los sujetos que ocupan la posición de partes (o a ambos, parcialmente); puesto que el "iter" conducía a la desaparición del estado de insatisfacción. Es frecuente el "reparto" de la "satisfacción" pretendida entre ambas partes.

4º *Objetiva*. Lo debe ser, estimamos. En efecto, el comienzo de toda "satisfacción" es subjetivo (como la "insatisfacción"), de origen jurídico, o lo más probable, extrajurídico, que se transforma en jurídico por la aparición histórica del fenómeno de la protección jurídica de los intereses (y aparición del derecho subjetivo); la "objetivación" comienza por la situación que, en un estado de cosas pacífico, produce la "aparición" del hecho de que uno (o varios) miembros de la comunidad, ha vulnerado un interés jurídicamente protegido (individual o social) produciendo un "descontento" o una "indignación" por tal ataque al estado o situación de "satisfacción".

El "objetivizar", el dar vida externa, el poner de manifiesto esta situación de insatisfacción debe producirse (excluida en general la autodefensa) a través de la esfera del derecho. Así nace, entre otras figuras, el proceso.

Este, no significa sino la "objetivación" progresiva, paulatina, ordenada, de la situación anterior; el aclararla progresivamente, despojándola de elementos extraños adheridos por la subjetividad, y haciendo resaltar los más aprovechables a efectos de averiguar la verdad y la justicia y plasmarla en una resolución.

Si la satisfacción pretendida —y obtenida en favor de la parte que sea, y puesta en práctica— correspondía a un interés jurídico puramente individual, el *processus* de su consecución pasa directamente a favorecerlo, y, alcanzando su punto de partida —en la sentencia ejecutada— se retransforma en subjetiva, pero siempre sobre la base de su objetivización durante el proceso y en la sentencia.

Y si la satisfacción pretendida, obtenida y puesta en práctica, correspondía a un interés general, público, el *processus* de consecución de la misma a su final, la favorecen, favorecen a la comunidad, y desde ella derraman sus efectos hacia las subjetividades de sus miembros.

Esto es, la satisfacción como estado de paz preprocesal es subjetiva, amparada en este estadio por la regla jurídica; el hecho de que sea (por lo menos en aparición) perturbada esta situación de satisfacción, da como resultado una "insatisfacción", que se objetiviza, se manifiesta al exterior en relación con una regla jurídica objetiva que, en sí, ha sido concebida en abstracto, independiente, para defenderla; devenida tras este intervalo —esto es, el proceso— de nuevo "satisfacción" (para uno u otro o para ambos, distribuida) por el hecho de que se acuerde solemnemente y de que se la ponga en práctica, la satisfacción así obtenida, vuelve a subjetivizarse.

Entendemos, pues, que aunque el *prior* y el *posterius* de la situación de satisfacción tengan un íntimo carácter subjetivo, psicológico y aun sociológico, el estadio intermedio, que es el que nos interesa, el de "satisfacer" o "actuar" la satisfacción —el proceso— es objetivo y externo. Si tratamos de actuar satisfacciones de modo jurídico, es preciso que las objetivemos, incluso dejando en la oscuridad los elementos subjetivos que, además, pueden incluso ser antijurídicos (Yo me querello porque X ha violado un estado de satisfacción general al agredirme físicamente; pero en el fondo mío, subjetivo, subyace un anhelo de talionismo, y aún de venganza, lo cual no puedo expresar en mi querella; en ella tan sólo plasmaré los elementos jurídicos, esto es, la existencia de un interés mío jurídicamente protegible frente a otro jurídicamente indigno de protección).

5º *Razonada (fundamentada)*. La satisfacción jurídica —y práctica— solicitada por una persona, debe intentar mostrar, no sólo la *evidencia* —existencia probada de la realidad de la primitiva "aparición"— de un interés jurídico vulnerado, sino también la relación de la propia personalidad pretendiente o resistente con dicho interés, ya que el resultado satisfactivo debe alcanzarle objetivamente, así como la misma *existencia* de los hechos vulneradores, lo cual no resulta fácil en muchas ocasiones; tanto la parte pretendiente, como la resistente, como el juez en su resolución, deben explicar las razones que les muevan "objetivamente": los "hechos" —de los que en principio, habrá casi siempre dos versiones—; su calificación jurídica (también una por parte): los razonamientos del juez hasta llegar a prescindir total o parcialmente de una de las dos "versiones" de un solo hecho y de llegar a "una sola versión"; el plasmarla en su resolución. Todo ello objetivamente explicado, de manera que *todos* (y he aquí el principio de publicidad general del proceso) sepan cuál es la motivación de la conducta del juez al resolver.

Ello, a diferencia de lo que ocurre en no pocas pretensiones administrativas, las resoluciones sobre las cuales no tienen una fundamentación explícita clara. Estas son más bien, órdenes, derivadas de un simple *imperium*. *Cfr. infra*, sobre los elementos de la "pretensión procesal".

6º *De aparición evolutiva (dinámica)*. Desde la primitiva insatisfacción preprocesal de tipo subjetivo (y aún en situación simple, pero psíquicamente complicada hasta la plena satisfacción jurídica ya llevada a la práctica), se produce una evolución muy clara.

A ella dedicaremos una parte fundamental de estos textos, más adelantamos que, como cualidad, la "insatisfacción", juridificada y llevada a iniciar un proceso (lo que del lado de la parte, constituye el ejercicio de su derecho "acceso a la justicia", a la que reacciona la otra parte mediante la "resistencia"), muestran al juez sendas *apariencias* de derecho. Recíbense estas alegaciones a prueba, y el resultado de la misma, progresivamente estudiado por el juez, le muestra una *evidencia* de derecho —aparece la llamada *convicción* judicial—, que él mismo plasma en su sentencia, la cual proclama la *existencia* de un derecho o hecho (o su inexistencia); apareciendo así la "satisfacción jurídica" (Goldschmidt, Sauer, Calamandrei).

7º *Completa o incompleta*. Si llegamos a la conclusión de que, para que surja la sentencia, la pretensión y la resistencia a la misma deben hallarse fáctica y jurídicamente fundamentadas (y sólo se discute, en realidad, a quien y en qué momento del proceso corresponde esta fundamentación, de lo cual van a surgir dos tipos de proceso: el "oficial" y el "dispositivo"), la satisfacción, puede distribuirse entre ambas partes (X reclama 2.000.000 de pesetas; la sentencia, le concede tan sólo 1.000.000; cada una de las partes "está satisfecha en un 50% de su pretensión o de su resistencia). A este "descontento" parcial, lo llamamos "gravamen" —para la parte que no obtuvo nada o solamente parte de lo que pretendía o resistía— y el "gravamen", si ha lugar en cada ordenamiento jurídico, "abre la puerta" a una nueva visión del proceso: a un "recurso", hasta que éstos se agoten (Fairén-Gullén).

Naturalmente, en el caso de que la última sentencia —la superior— según el ordenamiento jurídico de que se trate, produzca este reparto de la "satisfacción", este consecuente parcial "gravamen", tendremos que acudir a la idea de la *distribución jurisprudencial de la satisfacción*, la cual ya pasará, en su caso, a ser impuesta coercitivamente, como vamos a ver.

8º *Práctica, real*. La sentencia, puede ser, o bien una serie de hermosas frases, o bien un hermoso documento. Mas si no llevamos a la práctica, a la vida real su constancia, no será tal satisfacción jurídica. Será "platónica" (?).

Ahora bien, nos hallamos ya frente al problema de esta "puesta en práctica" de la "satisfacción"; es el problema de "*su ejecución voluntaria o forzosa*".

Para ello, debemos considerar la existencia de dos tipos de "satisfacción jurídico-procesal":

- A) La "simple" o individual, de interés de un solo titular.
- B) La "compleja" o general, de interés de una colectividad integrada por varios o muchos titulares.

Y dentro de éstas, hallaremos las que satisfacen:

- a) De un lado, a un individuo que se halla en una situación de proximidad determinada con el objeto del litigio.
- b) Del otro, a la comunidad social, a la cual, interesa "como tal" el referido objeto.

Y aún dentro de este subgrupo b) caben dos composiciones:

- a') Se halla en situación predominante, un individuo, y después de satisfacerse su interés, se satisface a la comunidad:
- b') Se halla en primer lugar la satisfacción de la comunidad y después, la de uno de sus individuos.

De estas preferencias depende la calidad de la "ejecución" de las "satisfacciones", ya que, si el interesado predominante es un singular, de él sólo puede depender el que la sentencia quede sin poner en práctica (ejecución voluntaria); ahora bien, el particular, en el estado moderno de cosas, no puede ser titular de una "satisfacción general" ya que ésta, es compleja, por afectarle, no solamente a él, sino antes, a la propia comunidad. De ahí la clasificación de las "satisfacciones" desde el punto de vista de su ejecución en *simples* y *complejas*; la "simple" se agota, en cuanto a su ejecución, normalmente, por una "retribución"; en tanto que la compleja, si bien puede limitarse a lo mismo, puede llevar ante todo como secuencia ejecutiva una "pena" a la cual se añade la "retribución" a uno de los individuos —al perjudicado por la infracción penal.

De otro lado, existiendo en la generalidad de los países modernos la idea de que la "infracción penal", es una agresión contra la comunidad social, su sanción debe ser "impuesta" y no dejada a la voluntariedad del condenado (que éste elija la pena y modo de cumplirla; el tiempo, etcétera). Es el *ius cogens*. El condenado en sentencia por un delito, raras veces se libera mediante un pago económico; pasa a sufrir una privación de una o varias de sus libertades fundamentales durante el tiempo previsto en las leyes, y de modo *forzoso*. A la inversa, el condenado por sentencia civil al pago de una suma, puede evitarse el proceso ejecutivo —el estadio procesal de "puesta en práctica" de la satisfacción, sin la cual ésta no es completa— "pagando *voluntariamente*"; mientras que el condenado a una pena, salvo "desiderata" del mal llamado "derecho *penal preventivo*" (si es "preventivo", el delito aún no se ha producido; luego no puede haber "pena";

sino una "medida" para evitar que se llegue a producir el "temido delito"; medida en la cual también intervendrá, de algún modo, la coerción) no puede cumplirla voluntariamente, ya que una de las viejas (pero actuales, sea desdicha o no) características de la "pena" es el "ser impuesta de modo coercitivo". El "penado" no se libra de la "pena" voluntariamente. Esta, es preordenada legalmente por el Estado y debe cumplirse según normas procesales, que ahora comienzan a devenir "elásticas" dada la finalidad de "reinserción social" (?) para el penado.

De aquí que puedan distinguirse, desde el punto de vista de su puesta en práctica —"ejecución", necesaria para que la satisfacción jurídica sea completa— dos clases de las mismas:

a) De ejecución *forzosamente necesaria*: no cabe la "ejecución voluntaria" de las mismas. Coinciden en general con las "satisfacciones penales públicas" (no así con las procedentes de los aún llamados "delitos privados" en los que se admite que el vencedor condone la pena; el llamado "perdón judicial").

b) De ejecución *contingentemente necesaria*: No se acude a la coerción, sino cuando el condenado se niega a cumplir con la sentencia voluntariamente (se niega a "pagar" la suma civilmente debida según la sentencia).

Esto es consecuencia de la *complejidad* de las primeras satisfacciones: la sociedad —la pena se impone en su nombre, es una entidad de derecho público, irrenunciable por ahora— exige su cumplimiento según aquellas reglas preordenadas (mal encuadradas hasta ahora, en no pequeña parte, en el derecho administrativo); después, vendrá la "restitución" al damnificado (devolución de los objetos sustraídos, pago de daños y perjuicios, etcétera). Y es que, en realidad, lo que ocurre, es que, pudiéndose *acumular en uno* —acumulación, ya veremos que no completa, en España— *dos procesos*, en caso de infracción penal (del *penal* propiamente dicho, cuyo final afirmativo, será la imposición de la pena, y el *civil* de "resarcimiento" o de "restitución" civil en favor del damnificado por el delito) la satisfacción que se consigue en caso de "una" sentencia de condena a una pena, en casi todos los casos, es doble; una penal —la pena— y otra civil —el resarcimiento.

Mas en todo caso, la "satisfacción jurídica", no puede quedar en una sentencia sin ejecutar. Lo restante, como se ve, son matices de su ejecución, más o menos impregnada de coerción (lo que no puede excluir su juridicidad).

9º *Estable (o durable)*. La satisfacción debe ser práctica, y en la práctica, no se la puede concebir como fenómeno no duradero. Precisa de una base fundamentada para "imponerla" en la realidad de la vida; y esa base sólo puede radicar en que "sea estable, duradera". De lo contrario —una "satisfacción" de cumplimiento momentáneo: se pone, por ejemplo, en posesión del predio al vencedor; más esa posesión, no está garantizada más que un momento; después, el anterior vencido, puede acudir a un segundo proceso "igual que el primero" para tornar a pretender la misma satisfacción. Así, se ha dicho acertadamente, las resoluciones judiciales, no tendrían otro valor que los de simples consejos: la insatisfacción jurídica podría reproducirse inmediatamente; los "pleitos serían eternos".

Es necesario, pues, explicar la razón de ser y la naturaleza del prever que, si el fenómeno de insatisfacción jurídica se reprodujese entre las mismas personas, por los mismos hechos, al menos la resolución anterior debe surtir efectos, manteniendo su vigor en el tiempo y en el espacio, en servicio de la comunidad y de sus individuos; en servicio de la propia seguridad jurídica (he ahí la cosa juzgada y la dificultad de atacarla). La multiplicidad de doctrinas con respecto a la misma institución refleja su complicación. (al tratar, sobre todo, y ya lo veremos, de "la cosa juzgada de las sentencias injustas"), por lo que se deriva a considerarla basada en "su utilidad general", en seguridad del tráfico entre los hombres, seguridad de la sociedad; tan sólo susceptible de ataques mediante un tipo procesal preordenado a ellos ( los mal llamados "recursos de revisión").

La "estabilidad" de la satisfacción jurídica (punto final del proceso) está en íntima relación con su elemento de "equilibrio", que debe ser estable, y para ello, dotado de la fuerza de estabilización correspondiente. Y hé ahí de nuevo esa fuerza estabilizadora: la de la cosa juzgada. (Cfr. Barrios de Angelis; Fairén-Guillén).

10º Consecuencia de todo lo que se acaba de exponer sobre la "satisfacción jurídica" y sobre su "iter": nos ha indicado que el "proceso" es, globalmente considerado, una situación (o conjunto de situaciones) jurídicas que indican una supuesta anomalía en las relaciones jurídicas materiales, lo cual, acarrea la aparición, en primer término, de nuevas categorías "procesales" —las expectativas: posibilidades y cargas—. Toda esta situación de "anomalía inicial" y de "remedio de tal anomalía", dinámica, como se ha visto, se puede denominar *litispendencia*, que aparece con el proceso y desaparece con el final



de su estadio puramente contencioso, con el declarativo, con la llamada "cosa juzgada".

Esta "litispendencia", que afecta a los jueces, a las partes y aún a terceros, aparece, quizás primariamente, sin todos sus elementos, con el acto inicial del proceso, de la *contentio*; en el procesal penal, es más controvertido el momento de la aparición de la misma, ya que su contenido, desde la primitiva *notitia criminis* puede ser cambiante; más claro, en los procesos civiles en los que se impide por el ordenamiento —tal es el caso del español— una "transformación" y "un cambio" de demanda, la "litispendencia aparece con ésta, con su admisión por el juez con efecto retroactivo al momento de su presentación". Y en lo penal, una pista del momento de iniciación de la "litispendencia, nos lo da el *primer acto de imputación*: y el artículo 118 LECRIM dice así: "Toda persona a quien se *impute* un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, *actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea*, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho". "La *admisión de la denuncia* o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte *una imputación* contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente *inculpados*". . .

Y el artículo 277-3º LECRIM: —dato a exponer en la querrela—: "3º El nombre, apellidos y vecindad del querrellado—. En el caso de ignorarse estas circunstancias, se deberá hacer la designación del querrellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer" (esto es, cabe la querrela por delitos públicos contra "persona *relativamente* no identificada. . .)".

Son efectos fundamentales de la litispendencia penal la *perpetuatio iurisdictionis* (efecto general en lo civil); pero en lo penal, las diversas vicisitudes por las que pasa la instrucción o estadio de investigación del proceso penal, hace que esta *perpetuatio*, pueda producirse con mucha posterioridad al inicio del proceso (arg. en art. 19 y ss. LECRIM; arg. 666, según Gómez Orbaneja). La "litispendencia" produce la unificación de los diversos procesos seguidos por un delito o falta (artículo 113); la interrupción de la prescripción del delito "desde que el procedimiento se dirija contra el culpable" (artículo 114 Código penal); lo cual hay que ligar con las "imputaciones" del artículo 118 LECRIM; la interrupción de la prescripción de la pena —que corre desde la fecha de la sentencia firme que la impuso o desde el quebran-

tamiento de condena, si ésta hubiera comenzado a cumplirse si el reo "comete otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción—"; la persona sujeta a proceso penal, se halla sometida a la posibilidad de una serie de medidas cautelares incluso personales, de limitación de sus derechos y libertades; puede "conformarse" con acusaciones y penas solicitadas por las partes acusadoras, si no exceden de ciertos límites temporales —6 años de privación de libertad— artículos 655 y 688 y ss. LECRIM; la carga de haber de asistir al juicio oral, debe poder aprovecharla en su defensa (artículos proponiendo pruebas, artículos 656 y ss.), y siguiendo su práctica (artículos 681, 683, 387 y ss., 713, 108, 723 y ss. 729, 730, 748 LECRIM); puede recurrir contra las resoluciones judiciales (artículos 216 y ss., 729, 854 LECRIM); queda privado de la posesión de supuestos "armas, instrumentos o efectos de cualquiera especie que puedan tener relación con el delito", (artículos 334 y 338); puede quedar sujeto a una fianza de libertad provisional, que garantice "su comparecencia ante el juez o tribunal que conozca de la causa" cuando la llamare (artículo 532).

Litispendencia y cosa juzgada, son conceptos muy relacionados (Gómez Orbaneja, Muñoz Rojas): podría decirse, en sentido harto figurado y no demasiado exacto que "la litispendencia es una imagen prefabricada de lo que será la cosa juzgada".

En materia civil, la "litispendencia", de manera paralela a lo penal, surte una serie de efectos; la *perpetuatio iurisdictionis*; las interrupciones de las percepciones (artículos 1945 y 1973, Código civil), la percepción de los frutos de la cosa en litigio (artículo 1945 cit.), la rescindibilidad de los contratos sobre las cosas litigiosas (artículo 1291-4º, Código civil); el deudor, incurre en mora; caben anotaciones de la demanda en registros públicos (artículo 42 LH y 139 de su reglamento); queda sujeto a absolver en su propio beneficio, toda una serie de "cargas procesales" —de alegaciones, pruebas y conclusiones—; su ausencia del proceso, puede pararle grave peligro (artículos 762 y ss. LEC); puede interponer recursos, etcétera.

#### IV. LA ESTRUCTURA DEL PROCESO: SUS PRINCIPIOS

Ya indicamos que se trata de una serie coherente de principios, pero su exposición no puede hallarse en un solo lugar, sino que aparecerán distribuidos según aparezcan sus motivaciones.

### 1. Principio de "derecho al libre acceso a la justicia"

Es principio fundamental, de lógica aplastante, el del *libre acceso a la justicia*, esto es, el de la posibilidad de cualquier hombre a llegar hasta la o las personas en que se encarne —o a quienes se encargue— la administración de justicia. Las antiguas restricciones clasistas han desaparecido en doctrina; más aún hay dificultades prácticas a superar, como lo son las de las "diferencias de situación económica de las partes"; las de la titularidad, en ocasiones difusa, de los intereses a proteger; la carestía del proceso —ligado con la primera dificultad— y medios para eliminarla o al menos, disminuirla; las de su duración, a veces exagerada hasta lo insoportable —e injusto, naturalmente—; las de su complejidad, vestigio de oscuridades pseudo-religiosas—; las de sus excesos de formalismo —ligado con lo anterior— que hacen al proceso "inaccesible" al "hombre medio". Y cuidado; no cabe un proceso exento totalmente de "formalidades" en cuanto que la "forma" es garantía; un "proceso" totalmente "informal" sería el caos. Ya se ha comprobado a lo largo de la Edad Moderna, hasta que el error fue reconocido—, etcétera. Ya se ve que sería adelantar demasiado, el pretender concentrar aquí todos estos problemas y sus posibles soluciones, algunas de ellas aún no alcanzadas y lejanas (*Cfr.* Cappelletti y Garth).

### 2. Principio del derecho a "un juez imparcial"

Es fundamental, ya que nos hallamos ante un fenómeno de "heterocomposición", que el tercero, el juez *sea imparcial*; debe hallarse "sobre" las "partes" y "sobre su discusión", sin inclinarse hacia una u otra si no es por imperativos de justicia; lo cual no debe obstar a su contacto "humano" con las mismas —he aquí un bellissimo problema, de solución muy difícil; contacto a través del lenguaje, de las "formas", etcétera— (Gelsi, Fairén-Guillén).

### 3. El principio de contradicción o de audiencia bilateral

Es fundamental el principio de contradicción o de audiencia bilateral (*Ne absens dormetur*). A cada una de las partes debe concederse una cantidad —y calidad— de "oportunidades" —"chances" de J. Goldschmidt— para intervenir, atacando, defendiéndose, probando, etcétera, que sea *igual* para ambas —isonomía procesal—. A cada

“acción”, posibilidad de “reacción”. Cabe, sin embargo, una atenuación de este principio en el proceso penal, al favorecerse al supuesto culpable con la famosa “presunción de inocencia”, tan discutible y discutida.

#### 4. *El principio de igualdad entre las partes*

De esta contradicción, deriva (o él mismo descende) del principio de *igualdad* entre las partes; “igualdad” que, en algunos casos, cede (doctrinalmente, más en “aparencia” procedimental que en “esencia”) en favor —o en contra— de una de ellas, por imperativos del mismo éxito del proceso (es el caso de las medidas cautelares contra la parte imputada durante el curso del proceso penal; deben estar dirigidas a evitar que se ponga a salvo un posible culpable de la actuación de los tribunales; Alonso Martínez y otros).

Otras excepciones a la “igualdad”, por ejemplo, las que puedan existir en favor de ciertos cargos, Ministerio Fiscal o de la Hacienda Pública, son regalías más o menos necesarias.

#### 5. *Los principios de oficialidad o disponibilidad del proceso*

En su “clímax”, el primero llegó a admitir la iniciación del proceso *ex officio*, sin parte pretendiente —el proceso inquisitivo en una de sus facetas—; la “disponibilidad del proceso” tiene dos acepciones: a) una, amplia, la de la posibilidad de prescindir de él, acudiendo a otro medio de resolver conflictos (como ya se ha visto); de ahí su “indisponibilidad” cuando el objeto del mismo es de *ius cogens* y la ley proclama que es el único medio de resolver determinados conflictos —sobre todo, los penales; b) otra, más restringida, que es la de adaptarse más o menos a sus formalidades; adaptación admitida en su caso por las leyes (Carnacini). *Plea bargaining*, en Estados Unidos.

#### 6. *El principio de la humanización del proceso*

Nos hemos referido a una *humanización del proceso*; este principio hay que llevarlo mucho más lejos en el simple plano de las buenas relaciones entre jueces y partes; hasta el de la *prohibición absoluta en el proceso, de toda sevicia, física o psíquica* contra parte o tercero —testigo, perito—; hubo un tipo de proceso —el inquisitivo— probablemente nacido de la degeneración histórica de su tipo opuesto, del

“acusatorio” —y ello, en más de una ocasión histórica— en el que el tormento llegó a formar una parte probatoria muy importante en el juicio; si bien ello, como tal y abyecto sistema, remitió, no es menos cierto que como corruptela pueden hallarse sus restos, con los que se hace necesario acabar (Fairén-Guillén).

#### 7. *El principio de probidad en el proceso*

El principio de *probidad procesal* debe campear también al frente de los fundamentales del proceso; *el de no utilizar argumentaciones fraudulentas*; y aún más allá, el de no utilizar el proceso como *un instrumento para cometer fraude* (Prieto-Castro, Couture, Araujo Cintra, Pellegrini Grinover, Dinamarca).

#### 8. *El principio de la eficacia del proceso*

El principio de eficacia del proceso, absolutamente necesario y actualmente en plena crisis, es de absoluta necesidad. El proceso, no es un “pasatiempo”, además, desagradable y caro (Ramos Méndez, Anzizu Forest); tal principio debe ramificarse de manera que se halle presente en todas las actuaciones que lo integran.

#### 9. *El principio de la mayor aproximación a la verdad material de los hechos*

No quedando juez y partes limitados a la obtención de una simple “verdad formal”, adquirida a través de mecanismos inadecuados. De ahí la necesaria limitación de los llamados “convenios procesales”, sobre todo, cuando se trata de materias regidas por *ius cogens*.

#### 10. *El principio del respeto a los “derechos fundamentales”*

El principio, en fin, en el proceso, de los llamados *Derechos y libertades fundamentales del hombre* (Habscheid). No se esperó a la Revolución francesa ni a posteriores tratados internacionales o solemnes declaraciones para atender a este supremo principio; con anterioridad, ya vemos medios procesales y aún procesos completos destinados a este tipo de defensa (la “manifestación aragonesa”, el *habeas corpus*, aunque de diferente jaez).

El respeto a estos "derechos fundamentales" no aparece como demasiado fácil, pues la invocación abusiva de sus supuestas violaciones por gentes poco escrupulosas, es casi una constante. De ahí el cuidado que los jueces deben tener al llegar a sus supuestos linderos, ya que una falsa apreciación de los mismos, los dejaría inermes, y al proceso, falto de eficacia (Fairén-Guillén). Es el "hipergarantismo".

### 11. *La estructura exterior del proceso: el procedimiento*

Todos estos principios —o su mayor parte— aparecen en la práctica, a través de "actuaciones", sean positivas, sean negativas —abstenciones de hacer procesal—, actuaciones que deben estar concatenadas lógicamente, a fin de que se pueda llegar a una conclusión. La contemplación "externa" de esta serie de actuaciones ordenadas, nos hace ver *el procedimiento*, que así, *pasa a ser la estructura externa del proceso*; dentro de él subyacen los referidos principios, inspiradores del mismo como vehículo para la tutela de los intereses jurídicamente protegibles por parte de una entidad superior, provista de potestades suficientes para poner en acción tales actos de proteger.

Ya nos hemos referido, *supra*, al "antes del proceso" y al "después del proceso". Ello significa que "el proceso" es, o intenta ser un periodo de curación de una "enfermedad". Casi todas las categorías de derecho privado o público que dominaban el campo de lo jurídico, se transforman durante él en otras destinadas a "ganarlo", o bien "se trasladan" a otro lugar, menos accesible "a la vista" del espectador —tercero— imparcial. Aparece así un "estado de cosas nuevo", que tiene la misma duración que el propio proceso: estado de cosas altamente complicado que denominamos *litispendencia*. Estado complejo de las categorías básicas del derecho, específico del proceso. Estado de cosas que se eleva a la calidad de principio básico.

## V. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO. DIVERSAS DOCTRINAS

### 1. *El proceso basado en la "litis contestatio", como contrato*

Hemos de remontarnos a la época romana para hallar en vigor esta doctrina. El joven Estado de Roma, no tenía suficiente desarrollo "administrativo" —entiéndase esta expresión en su más amplio sentido— como para imponer a sus ciudadanos una *potestas* de obrar

incluso coercitivamente, obedeciendo las resoluciones de sus tribunales. Por el contrario, Roma se hallaba dominada por grandes agrupaciones de gentes —las *gens*— contra cuya influencia el joven Estado no podía luchar con armas de un “derecho público” que, aparte sus fuentes, estaba en estado casi embrionario. De aquí que, a fin de “sujetar” a las partes a las sentencias de los *iudices*, se acudiese a un instrumento de derecho privado, al “contrato” celebrado ante el *pretor* por el cual, ya planteada la *litis* —el conflicto hecho crisis entre ellas— se determinaba su ámbito, se sometían las partes al cumplimiento de la resolución que los *iudices* dictasen en el futuro. El proceso, era, pues, un fenómeno de derecho privado —tan cultivado por los romanos— [Así se le contempló durante siglos]. Y quizás lo más importante para la posteridad, era la “fórmula” pretoriana, por la que suministraban a los *iudices* los *datos* jurídicos que debían utilizar para resolver precedentes (*edictum*) o simplemente, creando una nueva *actio* a la vista de una nueva situación (Binder).

Pero la clave del proceso civil, se hallaba en esta *litis contestatio* y con ella se producía el “efecto consuntivo”; o sea, el proceso ya no podía tornar a reiterarse. Esto es, el desistimiento del primero, debía ser aceptado mediante otro contrato con la parte adversa (en resumen, *cfr.* Álvarez Suárez y sus citas; J. Goldschmidt; Fairén-Guillén, etcétera).

El desarrollo del Estado de Roma, supuso un cambio de cosas, los ciudadanos, para utilizar el proceso, ya no debieron ligarse por medio de un «contrato», ya que, por ser tales, pasaron a estar sujetos a una nueva potestad estatal, de desarrollo inmenso: a la “jurisdicción” emanada de autoridades superiores estatales, llevando implícita incluso la *coertio* para los inobedientes; y cuando esta potestad se centró en el *Dives Augustus*, en el emperador como autoridad cuasidivina (si no divina), se hizo evidente —y así se aplicó en un nuevo sistema procesal, aplicado al principio de manera extraordinaria (la *cognitio extra ordinem*) que luego devino ordinaria— que el primitivo «contrato» de *litis contestatio* . . . ya no tenía razón de ser. Pasó a ser la superioridad imperial la base de la sumisión al proceso; todo sucedía en nombre del *imperator*; y su “jurisdicción”, la delegaba y recogía él mismo. ¿A qué contratar y sobre qué contratar? Pero. . . el prestigio de los *vira prudentes* romanos y el tradicionalismo, llegaron a producir el que esta ya inútil figura de la *litis contestatio* continuase existiendo “como un momento ideal del proceso” (Pringsheim) —que no sabían exactamente dónde colocar.

Un estado de cosas correlativo, debió producirse en la Edad Media. No cabe concebir que el "siervo" contratase procesalmente con otro "siervo", hallándose ambos, a *nativitate* y hereditariamente, sujetos al señor feudal, y éstos, a su vez, al rey o al emperador (o al papa).

Complicó las cosas, el estudio hecho por los comentaristas medievales a quienes debemos el trabajo sobre los textos romanos que iban apareciendo; los examinaron "como si fueran un solo plano", esto es, como si el material recogido, por ejemplo, en el *Digesto*, fuera un *corpus* homogéneo, cuando en realidad comprendía fragmentos procedentes de toda una serie de siglos de historia de Roma. No lo estudiaron "en el espacio", y de ahí sus tremendas contradicciones en cuanto a la *litis contestatio*, que transmitieron a cuerpos del derecho común que llegaron a ser tan influyentes como p. ej., las *Partidas* de castilla (Fairén-Guillén).

## 2. El proceso como cuasicontrato

El contraste, "palpable" entre las ideas políticas, puestas en práctica ya durante la Edad Media, de predominio de las potestades estatales, encarnadas en ocasiones de máximo interés, bien en los reyes, bien en los emperadores, bien en el mismo Papa de Roma, su enorme extensión, hicieron francamente falsa la doctrina del proceso como basado en un «contrato», en el de *litis contestatio*.

Pero la expresión, había calado profundamente en la conciencia de los juristas; y así, cuando la publicación de la "jurisdicción" impuso un necesario cambio de sentido, imaginaron y pusieron copiosamente en circulación la idea de que la *litis contestatio*, seguía siendo la piedra angular del juicio, pero no como "contrato", sino como "cuasicontrato"; las partes no quedaban ligadas entre sí y a jueces "privados" en virtud de un contrato, sino en virtud de la potestad que los "nuevos" jueces recibían del Estado, en el cual radicaba (como mucho más desarrollado; hasta hacerse despótico): los ciudadanos estaban sujetos a esta "potestad" y no podían disponer de ella contratando.

Pero, como una especie de subterfugio, tratando de evitar una realidad visible y que repugnaba a espíritus sutiles (por ejemplo, a nuestro Alonso de Villadiego), y no "pudiendo" —y digo "no pudiendo", por faltar a los autores la valentía de rebelarse contra unas palabras que no reflejaban ya sino un mito jurídico (Fairén-Guillén)— aherrojar a los archivos la expresión *litis contestatio* acudieron a explicarnos que "se trataba de un cuasicontrato".

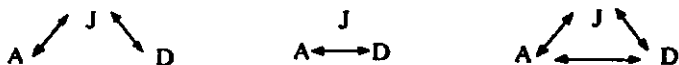


[Anotamos que la influencia misteriosa de tal mito, por efecto de una mala transmisión y enseñanza del derecho romano, ha llegado incluso casi a nuestros días; en Francia, el propio Pothier —influido por las doctrinas de Rousseau, “contrato social”— colocaba a la *litis contestatio* o pacto para el proceso, a su mismo nivel; y estábamos ya en los inicios de la moderna Codificación (Araujo Cintra, Pellegrini, Dinamarca)].

Dio “justificación” a la doctrina del proceso como “cuasicontrato”, entre otros, en el siglo XIX el jurista francés De Gueniveau; se basó en un examen eliminatorio de las fuentes de las obligaciones. El proceso, “no era un contrato”; “no era un delito ni un cuasidelito”; luego debía ser... “un cuasicontrato”. Seguía encuadrando erróneamente al proceso en el derecho privado; además, olvidaba una quinta y fundamental fuente de obligaciones: la ley (Couture).

### 3. El proceso como relación jurídica

Su “autor” fue Oskar Bülow, en su famosa obra *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868 (hay traducción española). Bülow, a través del examen de textos romanos, llegaba a la conclusión fundamental del “cambio que la relación jurídica material experimenta al pasar a ser discutida en el proceso” (paso del derecho privado al público) “en donde se ha de producir el resultado perseguido por la petición de justicia al Estado” (Prieto-Castro). Bülow realzó la existencia de dos planos de relaciones jurídicas: de derecho material (que es la que se discute “dentro” del proceso) y de derecho procesal (que es el “continente” en el que se coloca aquélla). La relación jurídica procesal, se distinguiría de la materia en tres puntos: a) por sus sujetos (actor, demandado, Estado-Juez); b) por su objeto (la prestación jurisdiccional); c) por sus “presupuestos procesales” (Araujo Cintra, Pellegrini, Dinamarca). De ella —y de su dicho error romanístico, calculando que en la primera etapa del proceso romano se trataba tan sólo de los “presupuestos procesales” (etapa *in iure*) y en la segunda (*apud iudicem*) de los del fondo del asunto, no siendo así exactamente (Goldschmidt)— derivaron otros ilustres autores de finales del siglo XIX y principios del XX (Kohler, Wach, Degenkolb, Hellwig), imaginando “variaciones” en las diversas relaciones jurídicas procesales” entre los tres protagonistas del proceso, como se ve en los siguientes esquemas:



Estas doctrinas, tuvieron el enorme mérito de crear el derecho procesal —hasta entonces arrastrado por el civil— como materia autónoma; de ella derivaron las doctrinas modernas sobre la “acción”, de las relaciones entre derecho material y procesal y de los poderes y facultades del Estado (juez) en el proceso frente a las partes, así como las obligaciones de unos y de otros (categoría correlativa a la de los derechos).

Las críticas —la más fuerte doctrinalmente, la de J. Goldschmidt; la más fuerte sociológicamente, la de Franz Klein, aunque no directa, dado su empirismo peculiar y famoso— abundaron en el discutido error cometido por Bülow en la interpretación de las fuentes romanas, y en la aplicación, al derecho procesal, de “categorías” (el “derecho” y la “obligación” según su clásico sentido) del derecho material. No obstante, siguen teniendo aquellas doctrinas gran predicamento.

#### 4. *El proceso como situación o serie de situaciones jurídicas*

Según James Goldschmidt, se debe partir en el proceso, de que el vencedor, como sucede en la guerra —influencia de Spengler— disfruta de situaciones ventajosas prescindiendo de que tuviese o no un derecho anterior, y sí aprovechando del hecho de su victoria.

El comienzo de un proceso, supone la transformación de las categorías jusmateriales anteriores (derechos y obligaciones) en otras, de tipo dinámico: se transforman en lo que él llamó “chances” (posibilidades), de diverso tipo según la *situación* ocupada por cada parte (y que varía al compás del curso del proceso): “expectativas” de obtener una sentencia favorable, “perspectivas” de una sentencia desfavorable; y una inversión del concepto jusmaterial de “obligación”: la aparición, en lugar preeminente del escenario procesal de la “carga”. Si la “obligación” jusmaterial, p. ej., anterior a un proceso es “un imperativo del interés ajeno” la *carga* en el proceso, es el imperativo de interés propio. (Yo tengo obligación de pagar una suma: la pago y *me privo de ese dinero*, no por mi interés, sino *por el interés del acreedor*; mas si no pago pacíficamente y soy demandado por mi supuesto acreedor, *tengo interés propio* en probar que no le debo nada; *interés propio* en probar —“carga” de probar— ya que si no lo consigo, voy a obtener una sentencia que me condene. Goldschmidt, Carne-

lutti y otros). Los derechos y obligaciones jusmateriales, protagonistas de la relación jurídica jusmaterial, estallado el proceso, “quedan al fondo de la escena”; la tragedia, se juega en el proscenio. Todo depende de la habilidad —legal— de cada parte, de “ocupar” una situación favorable —aprovechando las “posibilidades” que le ofrece el ordenamiento procesal— con lo cual se aproxima a una sentencia favorable; “lanzando a la vez, sobre la otra parte”, “cargas”, que éste debe “absolver” —liberarse de ellas mediante la prueba o relanzarlas sobre la otra parte— si no quiere obtener una sentencia desfavorable; así se repite este “iter” que nosotros representamos mediante una sinusoide, repetida tantas cuantas veces lo exija el desarrollo de un tipo de proceso determinado.

El juez, no queda fuera de esta “serie de situaciones jurídicas” (mejor que una sola situación jurídica, crítica dirigida a Goldschmidt), sino que está relacionado con las partes y su actuación, por la “sumisión de aquéllas a él” como expresión adecuada del Estado. [Las “obligaciones” del juez, no serían procesales, sino administrativas, con su base en la Constitución (y lo mismo las actuaciones de las partes)].

El máximo mérito de la doctrina de Goldschmidt, se halla en la observación, derivada de la experiencia, de que, la juridicidad contenida en las normas procesales no es, hoy por hoy, la prenda segura de su eficacia; pues junto al ordenamiento jurídico del proceso, se halla la eficacia pragmática del mismo. Su consideración del proceso, sustituye al “metafísico”, estático o material, jurídico-político, de la “relación jurídico procesal” y sus autores, por otro “dinámico” que le conduce al “empirismo”; lo considera, no tal y como se le ve doctrinalmente, sino en la práctica, como una lucha por vencer por todos los medios; lo que puede ser considerado como una interpretación “sociológica” del mismo proceso (Prieto-Castro, con referencia a Goldschmidt). Esta oposición, debe resolverse, o bien aceptando esta grave realidad para construir un nuevo sistema procesal, o bien tomarla como base para luchar contra ella con armas pragmáticas (Prieto-Castro, *idem*). El “descubrimiento” en el proceso de importantísimos factores sociológicos y económicos, es uno de los mayores méritos de Goldschmidt, reconocidos incluso por algunos de sus primeros contradictores y luego seducidos por tal doctrina (Calamandrei).

De las críticas contra Goldschmidt, destacan las de imputarle que “toma las excepciones por la regla” (la experiencia actual, muestra que tales “excepciones” son más numerosas que la “regla” escrita y plétorica de buena doctrina); que “no se puede hablar de una situación

jurídica" sino de un conjunto de situaciones jurídicas (ya hemos hecho caso de la objeción); "situaciones jurídicas concatenadas ordenadamente"; que la situación de incerteza que envuelve la idea de "cargas", "perspectivas", "expectativas" y "posibilidades", se refiere a la *res in iudicium deducta*, pero no al *iudicium* en sí mismo; lo que se pone en duda, y tal vez exista o no, es el derecho subjetivo material, pero no es el proceso (Araujo Cintra, Pellegrini, Dinamarca).

Naturalmente que Goldschmidt, no puso en duda el proceso; se limitó a observar cómo el fenómeno, tan frecuente, del mal uso o la degeneración del llamado "derecho subjetivo material" le "forzaba" a crear una doctrina muy semejante a la doctrina de la guerra; vino a "descubrir" que en el proceso, no estamos aislados, como dos guerreros medievales, igualmente armados y sujetos so pena de muerte a luchar lealmente —dos caballeros de la época—. Falta la lealtad espontánea; las partes se hallan inmersas en el fango de situaciones sociales y económicas que dirigen sus movimientos ofensivos o defensivos. Son tan inexorables como existentes circunstanciales las que les obligan —si no lo hacen de buen grado, premeditadamente—; el nuevo "caballero" no es sino... un felón, un "caballero de industria", que si quiere subsistir y eliminar al contrario, debe llegar a utilizar el sutil veneno en vez de la espada. Ese es el triste panorama que Goldschmidt vino a describir. Y quizás la cólera que levantó, se produjo... "porque dio en el blanco". Actualmente, reconocidos los méritos de Goldschmidt (póstumamente), somos muchos los que compartimos en general estas ideas. Y vemos el remedio en la "creación de un nuevo tipo de proceso", profundizando previamente en sus facetas sociológicas y económicas, como tempranamente hizo el pragmático jurista austriaco Franz Klein (Fairén-Guillén, Prieto-Castro) y dedicándonos de modo continuo a observar la evolución de la sociología y de la economía en los diferentes países, a fin de "colocarlas en su debido puesto" sin temor a irrupciones o deserciones.

Con todo ello, podríamos llegar a dar una definición del proceso; consiste en una serie de situaciones jurídicas contrapuestas de las partes, integradas por posibilidades, expectativas, perspectivas y cargas (naturaleza jurídica), concatenadas entre sí de modo ordenado (estructura) y destinada a la consecución de satisfacciones jurídicas (función), bajo la dirección del juez estatal. Todo ello, en razón al principio de contradicción derivado de un conflicto entre los interesados, que ha devenido litigio al hacer crisis, y que precisa resolver pacífica y justamente por los tribunales (jurisdicción).

## VI. CLASES DE PROCESOS

## A) Por su función

Se hallan tres tipos de proceso: declarativo, ejecutivo y cautelar.

1. *El proceso declarativo*

Arranca de una situación iusmaterial de *inseguridad* en cuanto a la existencia de un derecho o interés legítimo en una persona o comunidad; a lo largo del mismo, y en plano de igualdad, las partes, disidentes, en conflicto devenido ya litigio, mediante alegatos y pruebas, llevan al juez o tribunal a la convicción de la verdad de la situación pre-procesal y de su legalidad y a que, bien la restaure de manera estática como se hallaba antes de comenzar o iniciarse el conflicto, o bien la declare extinguida y cree otra nueva, también estática, en su lugar (por medio de la sentencia).

Este proceso, cuando se trata de obtener una simple declaración vinculante, termina con la sentencia, o bien con alguna medida ejecutiva muy simple de la misma (inscripción en algún registro público). Pero si se trata de obtener una *medida práctica*, exterior al proceso, se continúa éste en su faceta de ejecución; si es menester, por negarse el vencido a hacerlo voluntariamente, o bien por su propia naturaleza, forzosa (como lo es la ejecución de la pena).

2. *El proceso ejecutivo*

Arranca de una situación iusmaterial de *seguridad* en cuanto a la existencia de un derecho o interés legítimo en una persona o comunidad; pero que no se puede llevar a la práctica por una situación de oposición extrajurídica, larvada o manifiesta, de la persona contra la cual la puesta en práctica de tal derecho o interés deba producirse.

Esta "situación", puede ser jurisdiccional (una sentencia de condena ya firme) o extra-jurisdiccional (llamada "contractual"; si la ley las admite). Pero su desarrollo, no implica ya la "igualdad de las partes", sino la superioridad —controlada por los principios del proceso— de una de ellas, de aquella que tiene el "título ejecutivo" a su favor. Comprende el proceso, las operaciones jurídico-procesales y materiales necesarias para completar la satisfacción jurídica (*cfr. supra*) haciéndola práctica; pago de suma; ejecución de prestación;

ejecución de la pena, etcétera. Especialmente, en lo penal, de manera tradicional, se ha confiado gran parte de este "proceso ejecutivo", de cumplimiento de las penas, a la administración; pero no debe dejar nunca de ser jurisdiccional; la figura de los "jueces de vigilancia penitenciaria" de la Ley general penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 (artículo 76 y ss.), y el art. 94-1 LOPJ de 1985, nos deja ver que se trata de "funciones jurisdiccionales previstas en la Ley general penitenciaria en materia de 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 y demás que señala la ley".

### 3. *El proceso cautelar*

Categoría discutida, se halla al servicio de los otros dos tipos: se trata mediante su abundante flora, de facilitar el desarrollo normal del proceso declarativo o de ejecutivo, o de ambos.

En efecto, el proceso declarativo —y el ejecutivo— no se desarrollan en un lapso de tiempo muy corto, lo cual hace que aparezca el peligro de que, durante el curso de los mismos, la persona o cosa sujeto material, sufran daños o incluso desaparezcan: es el *periculum in mora*. A hacerle frente, se provee mediante la adopción de medidas procesales adecuadas a cada supuesto fáctico de los más "normales", y a cada momento; de aquí las medidas adoptadas en un proceso cautelar, siempre respondiendo al momento procesal en que se halla el correspondiente proceso. *Rebus sic stantibus*; si se altera "el estado de las cosas", por la natural dinámica evolutiva de proceso declarativo o ejecutivo, el cautelar, a su vez debe evolucionar: de ahí que se haya dicho que "las medidas cautelares no surten efectos de cosa juzgada", cuando sí la surten, pero limitada a "aquel estado de cosas que no ha dejado de existir", pasándose a otro y a otra medida o a una mayor o menor intensidad —las adecuadas— de la anterior. La base de los procesos cautelares, se halla en la existencia de una "sospecha de buen derecho en el fondo", del *fumus boni iuris*, que autorizará su puesta en marcha, pero en cierta relación con el proceso de fondo; si en ese "proceso principal" y en uno de sus momentos procesales determinados, desaparece el *fumus boni iuris*, la medida cautelar adoptada según aquél, puede y aun debe desaparecer; sin perjuicio de que, si torna a surgir en el proceso principal, aquél *fumus boni iuris* torna a

aparecer la medida cautelar (u otra más adecuada). Es, pues, otro de sus caracteres, la provisionalidad.

Si en sí mismas, como se ve, son "provisionales", aún pueden calificarse más en tal sentido, habida cuenta de que, el proceso cautelar, *termina con el proceso principal del cual era instrumento*. O bien desaparecen las medidas adoptadas en aquél, o bien se transforman en "definitivas" ya que su base no está ya en un simple *fumus boni iuris*, sino en un *bonus ius* asentado en una sentencia firme. El embargo preventivo, o bien se alza, o bien se muta en ejecutivo; la prisión preventiva, cesa, o bien se nova en pena, etcétera.

## B) Por su estructura

O bien los principios del proceso —y del procedimiento— se proyectan sobre un fondo de generalidad, haciendo que aparezcan varios tipos de proceso según su estructura (es un método de investigación histórica, sintético), o bien planeamos ante nosotros la imagen de dos o tres tipos de proceso, que ya conocemos a través de sus reconstrucciones históricas (método analítico); todo ello, basándonos en la estructura de tales tipos.

### 1. Proceso dispositivo y oficial

En lo civil, podemos concebir tres tipos de proceso (rígidos, está claro, con mayor o menos efectividad en la práctica diaria actual y pasada), si consideramos a sus estructuras según las situaciones de preeminencia que a lo largo de los mismos desempeñan las *dramatis personae*: podemos concebir —y contemplar en la práctica actual de más de un país civilizado— un tipo de proceso en el que bajo un sistema filosófico, social y económico de predominio de los intereses de los individuos sobre los de la comunidad, sean "cada individuo", "dos individuos", "las partes", los protagonistas del proceso; ellas lo dominan y determinan su objetivo y alcance en función de la lucha de tales intereses; el juez, aparece sin fuerza externa, como observador de tan singular combate. Lo que se obtenga es cuestión de las partes: el juez no puede intervenir aportando hechos, ni casi derecho. Se sujeta al marco rígido, de hechos y derecho que las partes le marcaron (orden procesal isonómico, Giuliani).

Frente a este tipo de proceso —el llamado "dispositivo", expresión que, veremos, tiene dos adopciones fundamentalmente diferentes—,

aparece otro tipo en el que, el "protagonista" es el juez; es él quien domina el desarrollo del proceso; es él quien acepta o rechaza sin más el marco de alegaciones y pruebas que las partes pudieran proponerle; es él quien, con independencia de lo que las partes propongan, fija lo que debe ser objeto de prueba y los medios de hacerlo; aplica o no aplica el derecho que las partes le propusieron. He aquí el tipo de "proceso autoritario". Históricamente, ambos tipos aparecen y desaparecen al compás de circunstancias económicas, políticas, sociales; aparecen tipos intermedios, que intentan obtener ventajas aceptando "algo" de un tipo y "algo" del otro; y pensando en la economía, aparece, como hijo de un proceso civil ya lleno de formalismos, largo, pesado, caro, en fin, inútil, como lo es el llamado y medieval *solemnis ordo iudiciarius*, y como reacción ante tan evidentes defectos, el tipo, más adecuado a las necesidades del creciente comercio, sobre todo, marítimo, de "proceso plenario rápido", mercantil: *summarie et de plano, sine strepitu iudicii, sola facti veritatis attendita* (Llibre del Consolat de Mar, Valencia, 1293: Orden procesal asimétrico); otros adelantos significan para el proceso civil, la aparición del *proceso de trabajo*, en el siglo XIX y principios del XX. La doctrina procesal, a partir de mediados del siglo XIX (Bülow, Windscheid, Muther, Wach, Kohler, Klein, Hellwig, Stein), con fuerte influencia sobre las nuevas codificaciones, obtiene grandes mejoras en las viejas leyes (ZPO de Alemania y de Austria, expansionada por gran parte del centro de Europa). Se manifiesta también un interesante movimiento en favor de la "unificación" parcial de los procedimientos civil y penal (Suecia, Código procesal unitario de 1942-1948, obra de Gårde y su equipo). Mas pese a la altura alcanzada por la doctrina, la situación procesal civil actual, legislativamente, no es favorable.

## 2. Proceso penal acusatorio, inquisitivo y mixto

Aquí aparecen históricamente tres tipos procesales: el acusatorio, el inquisitivo y el mixto (que se han mezclado entre sí, a su vez).

El sistema *acusatorio*, florece durante el apogeo de las instituciones políticas respectivas, de Grecia y de Roma; cuando decaen, va apareciendo el sistema inquisitivo. Se encuentra, de manera primitiva en el derecho germánico, en fueros municipales medievales españoles y en las ciudades italianas medievales más importantes; actualmente en su casi "pureza" lo hallamos en Inglaterra y en Estados Unidos (si



bien aparece un elemento como el ministerio público que no es propio del sistema acusatorio "puro").

Los principios fundamentales que rigen el sistema acusatorio (hoy día se ven muy raramente reunidos en un sólo código o ley procesal) son los que siguen: 1º Separación total entre los órganos que asumen las funciones de "juzgar", de "acusar" y de "defender"; 2º libertad de acusación, de manera que puede hacerlo, no solamente el ofendido o perjudicado o sus parientes, sino cualquier ciudadano: es el principio de la "acción popular" (que se conserva en España y en Inglaterra); 3º Libertad de defensa: el acusado se defiende por sí mismo si quiere; 4º Igualdad de situación de las partes durante todo el proceso que se desarrolla de forma "inmediata", "oral", "concentrada" y "pública"; 5º Libertad provisional del acusado, por regla general, hasta la sentencia condenatoria, si la hay; 6º Libertad de proposición de prueba por las partes, y de apreciación de la misma por el tribunal; el juez o tribunal, puede ser recusado por parcialidad; 8º El juez o tribunal, tienen muy poca iniciativa en la dirección del proceso; la orientación de la investigación corresponde a las partes, y los jueces en su actuación y en su sentencia no pueden ir más allá de lo que las partes pidieron; 9º Participación de elementos populares en el tribunal (escabinato, jurado); 10º La sentencia no suele ser susceptible de recursos.

El sistema *inquisitivo*, ya aparece tanto en Grecia como en Roma, cuando las instituciones políticas de ambos países comienzan a decaer. Se organiza el sistema, como reacción ante la inoperancia del acusatorio (las partes mienten; los buenos ciudadanos no quieren asistir a los tribunales, ni acusar, etcétera), y ante un claro aumento de la criminalidad (la que obliga, en Roma, a crear ciertos magistrados cuya labor será la de denunciar los delitos, ya que los ciudadanos, han abandonado su derecho cívico de "acción popular"). Se completa por el Derecho canónico —destacan Inocencio IV, Bonifacio III, Clemente V— y en la Edad Moderna, y salvo algunos países del Imperio Alemán, del Sacro Imperio Romano" en los que se han refugiado extraños tribunales populares, de escabinos (Westfalia, Biener), el sistema acusatorio ha decaído en toda Europa (quedan reminiscencias del mismo en el Reino de Aragón).

Son los caracteres de un ideal "sistema inquisitivo puro": 1º, la concentración de las funciones juzgadoras, defensoras y acusadoras, en una sola persona (o colegio de personas), lo cual —que no ocurre siempre; téngase en cuenta que, como en el caso del "acusatorio", en Europa aparece el "inquisitivo" con diversos matices; aquí sólo se

enuncian los "ideales"— produce una "escisión de personalidades", peligrosísima (un juez que a la vez de dictar sentencia, instruye, defiende y acusa); 2º, el procedimiento está dominado por el secreto; 3º, no se admite la contradicción del inculpado; si no es defendido por el propio tribunal, su defensa sólo puede ser restringida; el procedimiento es escrito y no oral; las pruebas han de ser "apreciadas" según los valores que constan en unas tablas legales; 4º, la prueba de mayor importancia —la *regina probatorum* es la de confesión, bajo juramento, del imputado; es un *facto* esencial de su condena a una pena grave, el obtener su confesión; para lo cual, se acude al tormento; 5º, se admiten recursos contra la sentencia. La *Ordonnance criminelle* de Luis XIV de 1670 recoge el proceso inquisitivo más *refinado*.

En semejante panorama, el sujeto pasivo, no tiene mejores defensas que algunas limitaciones de las pruebas legales y la apelación.

La reacción contra las crueldades del sistema inquisitivo, no fue ajena a la Revolución francesa; pero no se rompe totalmente con él, sino, que reposando las aguas revolucionarias, aparece el sistema "mixto" en la *Instruction criminelle* napoleónica de 1808 (con algunas influencias inglesas). Excesivamente inquisitivo durante la instrucción, este sistema fue modificado en diversas ocasiones, y superado por la Ley de enjuiciamiento criminal española de 1882, aún vigente, que representa, dentro de lo "mixto" una tendencia más acusadora (pero menos, en sus sucesivas reformas). Los principios del "sistema mixto" —que ha tratado de recoger los elementos buenos del acusatorio y del inquisitivo— podrían resumirse así, en general:

División del proceso penal en dos fases: la instrucción (mal llamada "sumario") ante un juez profesional, el instructor; periodo en que predominan los caracteres inquisitivos (secreto parcial, escritura, iniciativa judicial, posibilidades de prisión provisional) y otra fase "de juicio oral" o bien llamada de "acusación y defensa formales-pruebas-debate" (contradicción entre las partes, en pie de igualdad) "oralidad, concentración-publicidad", ante un tribunal (incorporados jueces técnicos populares o sólo técnicos en derecho) del que no puede formar parte el "juez instructor", para evitar que aporte el juicio, "prejuicios derivados de su papel de investigador"; rige el principio de la "prohibición del juramento" al inculpado (y, por lo tanto, la prohibición de la tortura); la prueba, es *totalmente* de libre apreciación. Este sistema mixto es el que predomina en muchos códigos procesales penales vigentes. (Aunque para el conocimiento de delitos leves, se marcó cierta orientación a confundir en una sola persona al "juez instructor" y al

“juez sentenciador”, lo cual no debería ser —leyes de 1967 y de 1980— rectificadas por la de 28-12-1988).

### BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., México, 1970; y bibl. allí cit., *passim*; KLEIN, *Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozessgesetzen (Civilprozessordnung)*, Viena, 1897; t. I; FAIRÉN-GUILLÉN, “El proyecto de Código procesal civil austriaco visto por Franz Klein”, en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955; ESSER, “Franz Klein als Rechtssoziologe”, en *Festschrift zur fünfzigjahrfeier des österreichischen Zivilprozessordnung*, Viena, 1948; CALAMANDREI, “Il processo come giuoco”, en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, t. II, 1950; PRIETO CASTRO, *La eficacia del proceso civil o política del pragmatismo procesal*, 1950; SIMSON, *Das Zivil- und Strafprozessgesetz Schwedens* (introducción), 1953; BAUR, “Liberalización y socialización del proceso civil”, Ponencia General al V Congreso Internacional de Derecho Procesal, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1973; CAPPELLETTI, *Giustizia e società* (varios artículos), 1972; CAPPELLETTI-GARTH, *Access to Justice*, Milán, 1978-79; CAPPELLETTI y otros, *Access to Justice*, Milán, Alphen van den Rijn, 1978-1979 (VI vols.).

SAUER (W), *Grundlagen des Prozessrechts*, 1929, y *Allgemeine Prozessrechtslehre, zugleich eine systematische Schulung der zivilistische und der kriminalistische Praxis*, 1951; CINTRA, PELLEGRINI, DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 1974; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y proceso*, 1978; GINSBURG-BRUZELIUS, *Civil procedure in Sweden*; BETTERMANN, “Notwendigkeit, Möglichkeiten und Grenzen einer Angleichung der deutschen Verfahrensordnungen”, en *ZZP*, 1957; NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, 1950; CARNACINI, “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”, en *Studi in onore di Enrico Redenti*, 1951, t. II; BARRIOS DE ANGELIS, *Teoría del proceso*, Buenos Aires, 1979.

FAIRÉN-GUILLÉN, *La “litis contestatio” y sus consecuencias: una perspectiva histórica del proceso*, 1950; WETZEL, “System des ordentlichen Civilprocesses”, 3a. ed., 1878; VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, 1856-1958; BÜLOW, *Die Lehre von der Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, 1868; “Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprocessrechts”, en *ZZP*, 1990; KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis. Prolegomena zu einem System des Zivilprozesses*, 1888; GOLDSCHMIDT (J).

*Teoría general del proceso*, 1936; *Derecho procesal civil*, 1936; *Problemas políticos y jurídicos del proceso penal*, 1935; FAIRÉN-GUILLÉN, "El proceso como función de satisfacción jurídica", en *Temas del Ordenamiento procesal*, 1969, t. I; el mismo, *La humanización del proceso* (Amberes, Deventer), 1978, y *Riber.DPr.* 1978; WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts* (1885; hay trad. española de BANZHAF, 1977).

VON KRIES, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, Freiburg i. B., 1982; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO Y LEVENE (hijo), *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1945; BELING, *Derecho procesal penal* (trad. esp. Fenech), 1943; FENECH, *Derecho procesal penal*, 1975; LORCA NAVARRERE, *Derecho procesal penal*, 1986; GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, 1985; BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal*, 1977; LEONE, *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, 4a. ed., Nápoles, 1958; MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 1964, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, 1915; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, 1947, 1952; HAMPTON, *Criminal Procedure*, 2a. ed., 1977; F. T. GILES, *El Derecho penal inglés y su procedimiento*, trad. esp. Jordi.

PETERS, *Der Strafprozess in ihrer Entwicklung: Ein Lehrbuch*, 2a. ed., 1970; PETERS, *Der neue Strafprozess. Darstellung und Würdigung*, 1975; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, 2a. ed., 1968; KLEINKNECHT, *Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, 34 ed. 1979; LÖWE-ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetze. Grosskommentar*, 23a. ed., 1976-1979, con la colaboración de DÜNNIER, GOLLWITZER, MEYER-GOSSNER, SCHÄFER y WENDISH.; ROXIN, *Strafprozessrecht*, 9a. ed., 1982; EBERHARDT SCHMIT, *Lehrkommentar zur strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 1957-1964; WIECKZOREK, *Strafverfahrensrecht*, 4a. ed., 1980; SCHLUCHTER, *Das Strafverfahren*, 1981.

Cfr., también especialmente, CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1948; VÉLEZ MARICONDE, "El proceso penal inquisitivo", en *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, II, 1958.

Sobre el proceso como satisfacción jurídica, cfr. DANTE BARRIOS DE ANGELIS, "La teoría general del proceso: enseñanza de la misma", en *RDPPr-Iber.* 1968; FAIRÉN-GUILLÉN, "Ideas sobre una parte general del derecho procesal", 1968, en *Temas del ordenamiento procesal*, I; GUASP, *La pretensión procesal*, Madrid, 1981; "Límites temporales de la cosa juzgada", en *ADC*, 1948; GIULIANI, "L'Ordo Iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)", *Riv. Dir.Proc.*, 1988 (3); WRÓBLEWSKI, "Elementi di un modello processuale di applicazione giudiziale del diritto", *Riv. Trim. Dir. Pr. Civ.*,

1987 (2); CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. esp. de GUASP, 1942; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Proceso auto-composición y autodefensa*, cit.; CALAMANDREI, "Verità e verosimiglianza nel processo civile", en sus *Studi sul processo civile*, VI, 1957; CARNELUTTI, *Teoria generale del Diritto*, 3a. ed., 1951; SILVA MELEIRO, "Influencias civilistas en la teoría del delito", en *Rev. Der. Priv.*, 1948; SCHÖNKE, "La necesidad de la tutela jurídica" (trad. española R. Goldschmidt), en la *Revista Jurídica de Córdoba*, 1942-2; CALAMANDREI, "La relatividad del concepto de acción" (trad. esp. Sentis Melendo), en *Estudios sobre el proceso civil*, 1945; A. ROCCO, "I concetti di 'bene' e di 'interesse' nel diritto penale", en *Rivista Penale*, 1910; en general, H. KELSEN, *Teoría general del Estado* (trad. esp. Legaz Lacambra), 1936; GOLDSCHMIDT (J.) *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denken*, cit., 1925; KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, 1886; MARTÍN BLANCO, "El concepto de situación jurídica en Karl Larenz", *RGLJ*, 1950; ROUBIER, "De la légimité des situations juridiques", en *Mélanges en honneur de Jean Dabin*, 1963; LAZZARINI, "Status e situazione", en *Giornale di metafisica*, 1974-3; Richard SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2a. ed., 1906; CALAMANDREI, "Un maestro del liberalismo procesal", en *RDPrArg.* 1951-I; CARNELUTTI, arg. en *Sistema del derecho procesal civil* (trad. esp. Alcalá-Zamora Castillo y Sentis Melendo, 1944, t. I (también para la unificación de los procesos); *Teoría integral de la acción* ("Saggio di una teoria integrale dell'azione") (trad. española), 1946 y 1948; "Para una teoría general del proceso", *RDPrArg.*, 1948-I; SAUER, *Allgemeine Prozesrechtslehre*, cit.; GOLDSCHMIDT (W.), "Explicación de la teoría de la situación jurídica", en *RDPr.* (Madrid), 1953; FAIRÉN-GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, *passim*; "El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios", en *Estudios de derecho procesal*, 1955; "El juicio ordinario, los plenarios rápidos, sumario y sumarísimo", 1969 (*Temas del ordenamiento procesal-II*); "El Consulado de Valencia: de proceso a arbitraje", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, 1983; el mismo, *El desistimiento y su bilateralidad en 1a. Instancia*, 1950; "El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la 1a. instancia de nuestro proceso civil", en *Estudios*, 1955; CARNELUTTI, *Trattato del processo civile*, 1958-I; *Principii del processo penale*, 1960; NICOLÀ JAEGER, "La lite penale", en *Riv. It. Dir. Pen.* 1942, y "Processo, lite, controversia penale", en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, 1950; BATTAGLINI, *La querela*, 1958; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, 1926; *Lezioni sul processo penale*, cit., II; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, 1930

y *Manuale di Diritto Processuale penale*, 1947; ROCCO (A.), *L'oggetto de reato e della tutela giuridica penale*, 1947; MANZINI, *Derecho procesal penal* (trad. española de Sentis Melendo), 1951-1; BETTIOL, *Diritto penale. Parte Generale*, 3a. ed., 1955; QUINTANO RIPOLLÉS, "La evolución del derecho penal moderno", en *ADP*, Madrid, 1947-1; BATTAGLINI, "Fondamento giuridico della querela privata", en *Riv. Dir. Proc. Penale*, II (1911); ALIMENA, *Natura del diritto di querela* 1906; BATTAGLINI, "L'interesse privato nel diritto e nella procedura penale", en *Riv. Penale*, 1913; TORSTEIN ECKHOFF, "Imparciality, Separation of powers, Judicial independence", en *ScStL*, Stockolm, 1965; GIMENO SENDRA, "Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)", en *Justicia Penal, Poder Judicial*, 1986.

Sobre la jurisdicción voluntaria, *cfr.* p. ej., ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria", "Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria", "El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, t. I; taria", en *Actas del I Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho Procesal*, Madrid, 1956; PRIETO CASTRO, "Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria", en *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, 1964; SERRA DOMÍNGUEZ, "Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria" en *Estudios de Derecho Procesal* HABSCHIED, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7a. ed., 1983; JODLOWSKI, "La procédure non contentieuse dans le système du droit judiciaire de la République Populaire de Pologne" (ponencia al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Uppsala, 1967); "La procédure civile non contentieuse", trad. esp. en *Bol. Int. Dcho. Comp.* México, 1967; STALEV, "Non contentious Proceedings and their Development", Ponencia general al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal (*Würzburg*, 1983), ed. Habscheid, Bielefeld, 1983.

Sobre el proceso y medidas cautelares, CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Padua, 1937 (trad. esp. Sentis Melendo, 1945; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, s.a.; GELSI BIDART, "Medidas para asegurar la efectividad de la sentencia", en *RGLJ*, 1953-2; GALLEGO MORELL, *El sistema de medidas cautelares en el Derecho Comparado*, 1956; MIGUEL ALONSO, "Notas sobre el proceso cautelar", *RDRProc.* 1966-4; SERRA DOMÍNGUEZ-RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, 1974; FAIRÉN-GUILLÉN, "La reforma del proceso cautelar español", en *Temas*, cit., II; "Los procesos y medidas cautelares" en la obra colectiva *El sistema de medidas cautela-*

res, Pamplona, 1974; en materia penal, esp. VIVES ANTÓN y GIMENO SENDRA, *La detención (Detenciones ilegales; la detención gubernativa y la detención judicial)* 1977; arg. GARCÍA RAMÍREZ, *La prisión*, México, UNAM, 1975; ASENCIO MELLADO, *La prisión provisional*, Madrid, 1987.