

# DERECHO PROCESAL

## EL DERECHO PROCESAL EN EL SIGLO XX

Juan MONTERO AROCA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La evolución general*. III. *El Poder Judicial*. IV. *El proceso civil*. V. *El proceso penal*. VI. *Conclusión. La internacionalización del derecho procesal*.

### I. INTRODUCCIÓN

#### *Delimitación de la ponencia*

En el refranero español, en ese rico caudal que condensa máximas de la sabiduría popular, tópicos y anécdotas elevadas a categorías, pues de todo hay en él, existe uno que alude a ponerse la venda antes de sufrir la herida, y es posible que éste le venga a la memoria del lector de esta introducción, en la que pretende delimitarse el objeto de la ponencia, referida a la exposición de lo que ha sido y de lo es el llamado comúnmente derecho procesal a lo largo y en las postrimerías del siglo XX.

Admitiendo ese riesgo, confío en que ese mismo lector se de cuenta de las dificultades que conlleva desarrollar semejante tema en unas pocas páginas, pues se está exigiendo del ponente no ya sólo un gran esfuerzo de síntesis, sino casi el estar en posesión de dotes taumatúrgicas. Pareciera como si el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y, más en concreto, el doctor José Luis Soberanes, que fue quien tuvo la idea origen de este Seminario, estuvieran convencidos de la capacidad del ponente para realizar prodigios, cosa que el ponente mismo estaba muy lejos de sospechar y está convencido de no tener.

\* Catedrático de derecho procesal en la Universidad de Valencia. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España.

Resulta así que, por un lado, hay que expresar al Instituto y al doctor Soberanes el reconocimiento por la fe demostrada —partiendo de advertir que damos ahora a la palabra “fe” el sentido de creencia, no de dogma—, y que, por otro, hay que realizar el esfuerzo necesario para que la misma no resulte contrariada, con lo que, a la postre, está manifestándose la gratitud por haber sido colocado en una situación que, en términos jurídico procesales, está muy próxima a la indefensión.

En cualquier caso, ese esfuerzo debe comenzar por hacer partícipe al lector de lo que puede buscar en estas páginas y de lo que no va a encontrar en ellas. No va a encontrar, en primer lugar, una descripción de la situación del derecho procesal en todos los países del mundo, esto es, no se intenta ofrecer un elenco de países con su legislación y doctrina.

La exposición de la evolución y de la situación actual del llamado derecho procesal, y aun de lo que cabe esperar que llegue a ser en un inmediato futuro, no puede pretenderse que se convierta en una relación de lo que ha sucedido y de lo que está ocurriendo en los casi dos centenares de países que integran el concierto de las naciones. No se trata ya sólo de que muchos de los instrumentos del “concierto” suenan desafinados, esto es, de que en muchos países no quepa hablar de la existencia de una verdadera ciencia procesal, sino principalmente de la imposibilidad de conocer la evolución y situación presente de esta rama de la ciencia jurídica incluso con referencia únicamente a los países en que sí existe. No puede negarse el interés que tendría saber qué está ocurriendo en los sistemas oriental e islámico; por ejemplo, pero debe constar que se renuncia a que la ponencia se convierta en una relación de países, o en una nómina de “familias” de países de los que se indique su legislación y se aporten algunos datos doctrinales o jurisprudenciales.

En segundo lugar, el lector no va encontrar en estas páginas una lista más o menos exhaustiva de procesalistas, de sus revistas, de sus congresos y asociaciones y ni siquiera de su literatura más significativa. Es cierto que en ocasiones habrá de citarse a los procesalistas y a las obras que han abierto nuevos derroteros, o que son manifestación cumplida de una etapa de la evolución, pero debe constar también que se renuncia a proporcionar toda la información, todos los datos que, muchas veces, no pasan de ser mera erudición sin verdadero contenido formativo. Esa información puede buscarse en otros libros o ponencias, en aquellos o aquellas que son obra de los recopiladores que amontonan los datos sin llegar a

hilvanarlos y, desde luego, sin ordenarlos dentro de una exposición coherente.

Por fin el lector tampoco encontrará en la ponencia alusión expresa a todos los procesos, pues conscientemente se ha renunciado a hacer referencia a los procesos que pueden calificarse de especiales, como sucede con el proceso laboral, con el proceso contencioso-administrativo (y sus variantes), con el proceso militar y con los procesos que resuelven la adopción de medidas de seguridad. Las razones para renunciar a comprender en la ponencia todos esos procesos, y con ellos las respectivas parcelas del derecho procesal, se encuentran en la necesidad de poner límites a una exposición que, si hubiera de atender a ellos y a ellas, posiblemente conduciría a la desnaturalización del sentido mismo del Seminario. No hay que insistir en la importancia práctica de algunos de esos procesos o en la trascendencia ideológica de otros, pero sí en que este trabajo tiene que estar necesariamente delimitado.

Por el contrario, el lector puede buscar en estas páginas, primero, un intento de síntesis de la evolución conceptual del derecho procesal y, segundo, una relación de los problemas que la realidad ha ido suscitando en los procesos civil y penal de esta parcela de la ciencia jurídica, con las respuestas ofrecidas para solucionarlos. Estos dos aspectos son los que se han creído imprescindibles para llegar a tener una visión general y formativa de lo que el siglo XX ha supuesto. Cosa distinta es que el intento se haya visto coronado por el éxito. Para llegar a tener opinión propia sobre si la fe del Instituto y del doctor Soberanes tenía, al menos, un atisbo de base real, el lector no tendrá más opción que seguir leyendo.

## II. LA EVOLUCIÓN GENERAL

### 1. *El antecedente: la práctica forense*

El derecho procesal, como el resto de las ramas jurídicas, no nace con el inicio del siglo XX, sino que en éste se continúa una evolución que tiene sus orígenes muy atrás en el tiempo. Explicar lo que ha supuesto dicho siglo exige, por lo menos, alguna explicación relativa a de dónde venimos, aunque para ello procuremos no remontarnos demasiado en el pasado.

Nuestro punto de partida va a ser el de la práctica forense y vamos a examinarla desde la doble perspectiva que supone su consideración como

disciplina universitaria y como materia de investigación y de exposición. Ese punto de partida supone constatar que las universidades europeas y americanas de los siglos XVI a XVIII formaban juristas conocedores del derecho romano, pero en buena medida desconocedores del derecho que debían aplicar los tribunales de cada país. Aunque pueda parecer extraño, la fuerza y el prestigio del derecho romano era tal que se impuso como materia académica prácticamente única, sin dejar que el derecho específico de cada país llegara a formar parte del cuadro de sus enseñanzas.

Ahora bien, junto al derecho oficial de las universidades existía una corriente doctrinal que centraba su atención en la realidad, corriente que pueda calificase de *práctica*. Una parte de la misma, que se autocalificaba de *forense*, pretendía explicar cómo se realizaban los procesos ante los tribunales, cuál era la manera de actuar de éstos. Un examen de conjunto de los libros en que se plasma esa corriente lleva a la conclusión de que los mismos se caracterizaban principalmente porque:

a) Los autores de los libros no eran normalmente profesores universitarios, sino prácticos (abogados, escribanos, jueces), personas con experiencia judicial que pretendían transmitir sus conocimientos, no adquiridos científicamente, sino a través de su vida profesional.

b) Los destinatarios de los libros de práctica forense no eran los estudiantes universitarios, sino los profesionales del derecho, jueces y abogados sobre todo, que pretendían suplir las deficiencias de una formación universitaria centrada en la exposición del derecho romano y que olvidaba el derecho que debía aplicarse en la realidad diaria.

c) Si los grandes juristas teóricos se movían en un ambiente cultural común a toda Europa, pues su objeto de atención era el derecho romano, los prácticos quedaban reducidos a un ámbito geográfico más limitado, pues atendían al modo de proceder de los tribunales de su país, al estilo de actuar de la curia de un país determinado.

d) La fuente principal de los prácticos ni fue realmente la ley, entendida como norma emanada del titular de la potestad legislativa, sino el estilo de actuar de los tribunales y las opiniones de otros prácticos. El *ordo iudiciarius* se concebía como una manifestación de la experiencia práctica, formado por los propios tribunales con el paso del tiempo, y de la doctrina, sobre el que no podía incidir de modo decisivo el legislador. Éste podía dictar normas accesorias, pero no alterar la esencia del sistema.

La práctica forense ceñía, pues, sus enseñanzas a las necesidades de los profesionales (jueces, abogados, escribanos) que debían realizar de hecho los procesos, y se centraba en *le Style de la Cour*, en el modo de proceder. En este sentido, sin perjuicio de atender a algunos aspectos predominantemente teóricos, estimaba que sus consideraciones habían de centrarse en mayor medida en los trámites procedimentales, en la forma, en la manera de realizar los escritos, en los plazos. Frente al jurista teórico, tratadista de las grandes cuestiones tradicionales y que utilizaba como fuentes de conocimiento y de estudio principalmente las típicas del derecho romano, el práctico forense se centraba en la realidad y pretendía explicar la manera de ejercer una profesión determinada. Se trataba de un intento de atender, desde la realidad, a las necesidades de quienes aplicaban cotidianamente el derecho y por eso se ceñía a lo exterior, a la forma de la actividad judicial.

En España, tenemos un ejemplo muy destacado de las diferencias entre el derecho teórico y la práctica forense, y es el representado por Gonzalo Suárez de Paz. En 1583, este catedrático de la Universidad de Salamanca publicó un libro (de gran difusión, pues se hicieron de él doce ediciones, la última de 1790) titulado *Praxis ecclesiasticae et secularis cum actionum formulis et actis processum*, en el que comenzaba diciendo que, después explicar durante ocho años la teoría de los procesos (se entiende, civil y canónico), se le ocurrió que sería también de utilidad explicar la práctica, el estilo, el modo común de proceder, impartiendo estas enseñanzas en 1572 con gran aplauso de los asistentes y el aula llena de jueces, abogados y estudiantes. Adviértase que lo que Suárez de Paz estaba realmente diciendo es que él, un jurista teórico, un buen día decidió “descender” a explicar la práctica, en contra lo que solía hacerse en la Universidad, y que tuvo éxito, pero también que ello era excepcional y que duró muy poco tiempo.

Así las cosas, cuando a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX las universidades comenzaron a hacer frente a las enseñanzas del que puede llamarse “derecho patrio” —lo que significó que el derecho romano ya no fue el único objeto de la enseñanza—, la práctica forense pasó a convertirse en disciplina académica, y ello sólo pudo hacerse asumiendo lo que hasta entonces había sido. A partir de entonces, los libros comenzaron a escribirse también para los estudiantes, con lo que empezaron a aparecer los manuales, en el sentido en que los conocemos en la

actualidad, si bien inicialmente siguieron siendo libros orientados a la transmitir experiencia más que basados en un método científico.

## 2. *El inicio: los procedimientos judiciales*

Si en el Antiguo Régimen el legislador no se creía autorizado para incidir con su potestad reglamentaria en la configuración del *ordo iudiciarius*, limitando sus normas a aspectos de detalle, sobre todo en lo que se refería a la abreviación de los procesos, la situación va a cambiar radicalmente a finales del siglo XVIII. Con algún antecedente de gran interés, como fue el llamado *Code Louis*, es decir la *Ordonnance civile touchant la reformation de la Justice* de 1667 y la *Ordonnance criminelle* de 1670, las dos de Luis XIV de Francia, el cambio se produce cuando el titular del poder político se apodera de la potestad legislatora en materia procesal, cuando considera que no pueden continuar subsistiendo las prácticas de los tribunales, y que le correspondía tomar las decisiones sobre cómo debían realizarse los procesos.

Ese cambio es manifiesto en la Revolución francesa, en la que la ley pasa a ser manifestación de la voluntad general (artículo 6o. de la *Déclaration des Droits* de 1789) y se convierte en la única fuente del derecho, expresión de la plenitud del ordenamiento jurídico. Desde esta posición ideológica, se realizaron y promulgaron los códigos napoleónicos, y en lo que nos importa ahora, el *Code de Procédura Civile* de 14 de abril de 1806 y el *Code d'Instruction Criminelle* de 17 de noviembre de 1808, y se afronta su estudio por la escuela de la exégesis. Como reacción, pretende desconocerse la práctica de los tribunales y la jurisprudencia, hasta el extremo de que Robespierre pretendió borrar la palabra jurisprudencia de los diccionarios de la lengua. Síntesis de esta concepción es la célebre frase de Buguet: “yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código de Napoleón”, frase que puede referirse a todas las ramas del derecho.

La *procédure* era así el conjunto de formas que los ciudadanos debían seguir para obtener justicia y que los tribunales habían de observar para otorgarla (Garsonnet), pero estas formas no eran ya las propias de cada tribunal, las que éste tenía a bien fijar con base en su experiencia y en la doctrina secular, sino que eran siempre las establecidas por la ley. Los procedimientos judiciales eran las formas solemnes con que se proponían y resolvían las pretensiones deducidas ante los tribunales (Lastres), pero esas formas no son ya las impuestas por la práctica, por el estilo de la

curia; esas formas son la establecidas por la ley. Ésta describía la forma de los actos procesales y el autor procedimentalista describía, a su vez, cómo la ley describía los actos. Todo se reducía, pues, a descripciones de formas legales y el mejor sistema para ello era, naturalmente, la exégesis.

Por ello, en los países en los que se produce la codificación de las normas procesales en el inicio o a mediados del siglo XIX se publican grandes comentarios. Éste es el caso de Francia y las obras de Boncenne, Garsonnet, Bonnier y Carré y Chaveau, por ejemplo, en el proceso civil, y de Daubenton, Helie, Maisonneuve y de Rogroh, también por ejemplo y en el proceso penal. Ocurre lo mismo en Italia con los comentarios al *Codice* de 1865 obra de Mancini, Pisanelli y Scialoja, de Borsari, de Cuzzi o de Ricci; menos numerosos son los comentarios a los Códigos Procesales Penales, pero aun pueden citarse los de Pescatore y los de Saluto, por ejemplo. En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 fue comentada por Manresa, Miquel y Reus, por Hernández de la Rúa y también básicamente por Vicente Caravantes.

El contenido de las obras que no se sometían literalmente al comentario abarcaba la organización judicial, la competencia de los tribunales y el procedimiento. Por ello, en alguna ocasión no se hablaba de procedimientos judiciales, sino de *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, que fue el título de la gran obra de Mattiolo y también el del *Corso* de Manfredini. En España, como *Tratado de derecho judicial* tituló Montejo a su no concluida obra.

La nueva orientación se manifiesta también en las denominaciones de la asignatura en los planes de estudio de las universidades, que pasa a ser básicamente la de *procédure*, en francés; *procedura*, en italiano, y procedimientos judiciales, en español. No faltan países y momentos en los que a esa denominación básica se une la referencia a la organización judicial. Y, así, en Italia, la materia universitaria se llamaba *Procedura civile e ordinamento giudiziario* y, en España, los manuales universitarios se titulaban *Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los tribunales y juzgados y los procedimientos judiciales* (que es el título de la obra de Ortiz de Zúñiga que alcanzó más ediciones).

### 3. La etapa intermedia: el derecho procesal

Aunque parezca una paradoja, la doctrina procesal alemana tuvo la suerte en el siglo XIX de no contar con un código que comentar (por lo



menos hasta las Ordenanzas procesales de 1877). Mientras que la codificación napoleónica lanzó a la doctrina francesa tras las huellas de lo consagrado en los códigos: el de procedimiento civil y el de instrucción criminal, y en buena medida lo mismo ocurrió con la italiana, aunque un poco después, la doctrina alemana se vio libre de esta servidumbre y pudo plantearse desde la raíz los problemas teóricos y de fondo. Podría decirse que, si en el siglo XIX los franceses y los italianos explicaban un código ya promulgado, los alemanes se dedicaban a poner las bases científicas para elaborar el suyo.

Ya en el siglo XVIII, la entrada del “derecho procesal” en las universidades alemanas había supuesto un cambio profundo. Inicialmente se escribía como y para prácticos (Mevius, Kapzov, Brunnemann) explicando las singulares regulaciones de cada proceso. Después se modificó esta situación, escribiéndose además para la enseñanza universitaria, con lo que el método casuístico se reveló inadecuado, y se acometió la tarea de incluir en un sistema la variedad de las regulaciones de los distintos procesos, llegando a unas reglas comunes sobre el procedimiento, reglas a las que pudieran atenerse los estudiantes y sirvieran de directrices para los profesionales.

Esta orientación condujo a los alemanes a plantearse los problemas de fondo, sin quedarse en las formas del procedimiento. Lo expresaba Kohler con gran claridad cuando decía que, sin atender a la calidad jurídica de un fenómeno, no es posible un tratamiento que corresponda a exigencias científicas. ¿Cómo sería posible un tratamiento del contrato que no tuviera en cuenta su naturaleza de negocio jurídico?: ¿con una descripción externa de los esquemas contractuales?, ¿con una descripción del desarrollo histórico de las particulares relaciones obligatorias? Nadie consideraría suficiente semejante tratamiento.

Si el procedimentalismo se había conformado con la descripción del desarrollo temporal de los distintos procedimientos, la doctrina alemana comprendió, a mediados del siglo XIX, que el proceso no era un mero devenir fáctico, sino jurídico; que no era una mera relación fáctica, sino jurídica; que afectaba a las esferas jurídicas de las partes haciendo surgir derechos, modificándolos y extinguiéndolos. De ahí el descubrimiento de Bülow de que el proceso era una relación jurídica de derecho público, que se desenvolvía de modo progresivo entre el tribunal y las partes. Elemento decisivo fue también la discusión en torno a la acción entablada

en Windscheid y Muther. De ella resultó que el derecho de acción se independizó del derecho subjetivo material, concebido éste como un derecho, de naturaleza pública, frente al Estado en sus órganos jurisdiccionales, a obtener tutela jurídica.

Con estas dos bases principales pudo considerarse el proceso como relación jurídica, en la que el juez será uno de los sujetos, y, además, a la consecuencia de que el proceso es el objeto fundamental del estudio del que por eso se llamó derecho procesal. Quedaron así sentadas las bases del desarrollo posterior, que fue obra de Wach, Wetzel, Plank, Engelman y después, y ya en la primera mitad del siglo XX, de Hellwig, Stein, Kisch, Goldschmidt y tantos otros. En todos ellos el proceso será el concepto clave, y en él centrarán sus exposiciones (*Handbuch y Lehrbuch*), llegando a afirmar Wach que de propósito había eliminado de su manual todo lo judicial administrativo y específicamente político, aunque tuvo que incluir la organización de los tribunales, pero sólo en cuanto afectara directamente al proceso, y Goldschmidt se refirió a la organización de los tribunales como “bases de derecho político del proceso”.

Siguiendo las huellas del procedimentalismo francés, con el fin del siglo XIX, el italiano había alcanzado su cumbre con Mattiolo y su *Treatato*, y las nuevas orientaciones encontraron un primer expositor con características propias en Mortara, sobre todo en su *Commentario*, a caballo entre el XIX y el XX. Fue Chiovenda quien comprendió que el procedimentalismo ya no rendiría más frutos, y que sería necesario buscar por otro lado, lo que en aquel momento sólo podía hacerse en Alemania, y así lo admitió expresamente, reconociendo en Wach a su “segundo formador”.

Atendiendo a los *Principii* de Chiovenda, se advertirá que el concepto es el concepto básico, en torno al que gira todo el sistema, que se definió como el conjunto de los actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción, y que su plan para el estudio del derecho procesal partía de los conceptos fundamentales de acción y proceso, estudiando la jurisdicción (con sus derivados: la organización judicial y la competencia) en tanto que presupuesto procesal, esto es, como condición necesaria para que pueda constituirse la relación procesal. Ese derecho procesal constaba de tres partes: la teoría de la acción, la teoría de los presupuestos del proceso y la teoría del procedimiento, con

lo que la jurisdicción y los titulares de la misma sólo merecían atención en tanto que presupuesto del proceso, pero no en sí mismos considerados.

No es fácil ofrecer, en apretada síntesis, los elementos caracterizadores de un gran conjunto de autores y obras, especialmente porque entre ellos existen matices de importancia que el resumen puede desvirtuar, pero, asumiendo que se está simplificando, puede decirse que el derecho procesal se ha caracterizado en la mayor parte del siglo XX por:

A) Método. El sistema ha sustituido a la exégesis, y de ello se derivan consecuencias muy importantes en cuanto determinan la manera en que se ha afrontado el estudio y se ha explicado el derecho procesal.

a) Si los procedimentalistas se vieron constreñidos a estudiar la ley, y las formas del procedimiento eran las formas legales, los procesalistas elaborarán sistemas científicos, intentando acomodar la ley dentro del sistema. En Wach —y lo citamos por su gran influencia— hay un reconocimiento expreso de ello cuando decía que

nos hemos librado de la pueril creencia de que el legislador pudiera quitar a la ciencia esa tarea (la de elaborar un sistema), que no medimos por el volumen del material ni hallamos tampoco en la interpretación de los párrafos de la ley. La ciencia comienza su turno reconociendo y comprendiendo lo que el texto legal quiere decir. Su finalidad es descender al plano de aquellas fuerzas vitales y pensamientos fundamentales que han creado y sostienen esa ley y construir sobre tal base el edificio en el que lo singular se ensamble para formar un todo. Nuestra misión es comprender el proceso en su conexión interna y la conveniencia y eficacia de la función de lo singular.

El sistema es, pues, el método utilizado y ello hasta cuando se trata de libros con la forma de comentarios. Ejemplos paradigmáticos de ello se encuentran en los inicios en el *Comentario* de Mortara, sobre todo en el volumen primero, y ya más tardíamente en los *Comentarios* de Guasp. Cualquiera que esté atento a lo que lee, descubrirá que el primero es un producto intelectual distinto de los viejos comentaristas del *Codice* de 1865, y que el segundo guarda una gran diferencia con los comentarios de Manresa a la misma Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. El propio Guasp lo advertía diciendo que “escribir un comentario sobre un texto legal no es, a mi juicio, renunciar a la construcción y aplicación de fórmulas generales que ayuden a interpretar dicho texto, porque la exégesis no es aquí una cuestión que se refiera al sistema sino al plan”, o

bien que “si no he hecho ninguna concesión a la exégesis en lo que al sistema se refiere, le he reconocido, por el contrario, todo su imperio en lo que afecta al plan”. Más recientemente, las diferencias pueden comprobarse si se atiende, también por ejemplo, a los comentarios de Satta.

b) Lo anterior supone que el procesalista no se limita a describir las formas procedimentales, sino que hace teoría del proceso. Gráficamente, había sostenido Alcalá-Zamora que si los procedimentalistas estudiaban la anatomía del fenómeno procesal, el procesalista hacía fisiología. Ello es también evidente cuando, siempre por ejemplo, manifestaba Chioven-da que la ciencia del derecho procesal se integraba por las teorías de la acción, de los presupuestos procesales y del procedimiento.

c) El sistema se centra en torno al proceso, que es el concepto base. El proceso se concibe normalmente como relación jurídica, estudiándose sus sujetos, los actos procesales, sus principios configuradores, sus fases: alegaciones, prueba, conclusión, y sus efectos. Éste es el esquema fundamental y de ahí que la de proceso sea la noción inicial, la que da unidad al sistema. Los demás conceptos quedan supeditados al de proceso. La jurisdicción interesa considerada desde el punto de vista del proceso, y por eso se resuelve en un presupuesto procesal, el primero de todos. Hasta la acción se estudia tomando en consideración su valor sistemático para el estudio y manejo del proceso.

B) Autonomía. Sólo con los procesalistas se llegó a la elaboración de una rama autónoma dentro la ciencia jurídica, y ello mediante la consideración en profundidad de algunos conceptos fundamentales, con lo que se produjo la separación del derecho material.

a) Desde Justiniano, por lo menos, era tradicional la división del derecho privado en tres partes: personas, cosas y acciones; quedaba incluida en esta última lo que luego se llamó derecho procesal; éste era, pues, simplemente un capítulo, generalmente el último del derecho sustantivo correspondiente (del derecho privado, del derecho penal). Como decía Spertl, el proceso civil era un siervo del derecho privado y el proceso penal, lo era de la ley penal. La conciencia de la distinción entre derecho material y proceso fue iniciada por la codificación, al dedicar a los procedimientos códigos propios, pero la autonomía se alcanza con los procesalistas.

b) La conquista de terrenos inicialmente ajenos es un fenómeno propio de la fase juvenil de las nuevas ramas de la ciencia jurídica. En el derecho

procesal, se ha manifestado ese afán conquistador respecto de instituciones muy diferentes, como son la prueba, la cosa juzgada, la acción o la caducidad y la prescripción.

El caso de la prueba es paradigmático. Los Códigos repartieron su tratamiento entre el Civil y el de Procedimientos Civiles, bajo la influencia de la concepción de Pothier sobre las obligaciones y su prueba, pero ya los procedimentalistas, con el precedente de Bentham (1823), le dedicaron libros muy importantes, como los de Mittermaier en Alemania (1834) y Bonnier en Francia (1843), y más tarde el tratado de Lessona en Italia (1894) y los procesalistas han continuado la labor. Hoy no se duda de la naturaleza procesal de las normas sobre prueba.

C) Contenido. Respecto del contenido, las diferencias entre los procedimentalistas y los procesalistas radican menos en las materias estudiadas y más en la profundidad con que se abordan, salvo en lo relativo a la consideración de la jurisdicción.

a) No es preciso poner ahora ejemplos de instituciones estudiadas antes y después de la renovación procesal con el fin de comparar sus frutos, pues la conclusión dicha de la profundidad del tratamiento es manifiesta y no precisa de demostración. Sí puede ser conveniente destacar el talante que revela, por ejemplo, Gómez Orbaneja cuando se enfrenta al comentario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “la sola doctrina jurídica que vale es la que coge el precepto de frente, y trata de exprimirlo para que suelte el sentido que encierre en sus palabras y en función de todos los otros preceptos; no la que gira en torno al texto legal para acabar colgándole, antes de escaparse de él, unos adornos de mejor o peor retórica”.

b) En cuanto a las materias estudiadas, asistimos a un dejar llevarse por la tradición, sin replantearse críticamente el campo cubierto por el derecho procesal. Lo más trascendente, con todo, es el abandono de la jurisdicción y con ella de la organización judicial y de las personas titulares de la potestad jurisdiccional. Ese abandono se manifiesta en dos campos.

Por un lado, en los planes de estudios, el profesor de derecho procesal queda relevado de explicar todo lo relativo a la jurisdicción. Ejemplo destacado de ello se encuentra en Italia, donde en 1935 de *Procedura civile e ordinamento giudiziario* se pasó únicamente a *Procedura civile*, que se convirtió en 1936 en *Diritto processuale civile*. Los italianos han

bromeado en torno al “cambio de sexo” de su disciplina, pero no creo que hayan insistido lo suficiente en lo significativo que fueron las fechas en que el legislador fascista les apartó de la explicación académica de todos los problemas relativos al Poder Judicial.

Por otro lado, muy grave ha sido que los procesalistas abandonaran voluntariamente ese campo. Como hemos visto, los alemanes se habían “liberado” ya a finales del siglo XIX de considerar en sus manuales todo lo relativo a la jurisdicción, y los italianos lo hicieron desde que Chiovenda se centró en el proceso y definió la jurisdicción simplemente como un presupuesto procesal; la doctrina iberoamericana ha insistido en que pertenecen al derecho político o constitucional las normas básicas de la función jurisdiccional como función o poder del Estado, y al derecho administrativo, los preceptos sobre el estatuto jurídico de los jueces, en su calidad de funcionarios, por lo que Couture, en la primera edición de sus *Fundamentos*, ni siquiera se refería a la jurisdicción.

#### 4. *La situación actual: el derecho jurisdiccional*

De la evolución que hemos expuesto, de manera desde luego muy resumida pero espero que suficiente para comprender el camino seguido, puede deducirse que los cambios de denominación experimentados por esta rama de la ciencia jurídica —práctica forense, procedimientos judiciales, derecho procesal— no se han reducido a cuestiones terminológicas, más o menos bizantinas, sino que han respondido a cambios sustanciales. De la misma manera, cuando en la actualidad estamos propugnando que el derecho procesal pase a denominarse derecho jurisdiccional, no lo hacemos simplemente con el ánimo de cambiar de palabras, sino porque creemos que la nueva denominación servirá para denotar un nuevo paso en la evolución.

Este paso está implícito ya en algunos autores de uno y otro lado del océano. Cuando Calamandrei emprendió el estudio del derecho procesal desde el punto de vista del Estado que administra justicia, desde la potestad o función jurisdiccional; o cuando Allorio preveía que la teoría del mañana buscaría apoyo en los conceptos de potestad jurisdiccional o jurisdicción; cuando la doctrina española está diciendo que el concepto central del derecho procesal es el de jurisdicción; o cuando Alsina inició su exposición por la función jurisdiccional del Estado, y dijo que el derecho procesal comprende la organización del Poder Judicial, la competencia y

la actuación del juez y de las partes en el proceso, en todos estos casos, y en muchos otros que podrían citarse, estaba implícito el paso que pretende darse cuando se quiere que la denominación de la ciencia y de la materia universitaria sea la de derecho jurisdiccional.

Lo que hemos dicho antes de la evolución tiene que haber servido para demostrar que ésta ha seguido un movimiento centrípeto, de la periferia al centro, de la apariencia a la esencia; pero la médula de la esencia no es el proceso, sino la jurisdicción; ésta es el concepto principal, mientras que aquél es sólo un concepto subordinado, en cuanto que es el instrumento utilizado por los tribunales para cumplir con la función que les está asignada constitucionalmente.

La discusión, más que centenaria, en torno a la naturaleza jurídica del proceso se ha perdido en ocasiones en un piélagos de palabras, olvidándose muchas veces qué es lo que busca. La respuesta de Bülow de que constituye una relación jurídica sirvió para construir la autonomía del derecho procesal frente al derecho material, pero su explicación fue insuficiente, y Goldschmidt demostró el “significado ornamental” que la referencia a la relación jurídica tenía en la mayor parte de las obras generales, concluyendo que el proceso no forma parte de las categorías conocidas del derecho, sino que constituye por sí mismo una categoría no reducible a otra más general. Hoy, setenta y cinco años después de la obra de Goldschmidt, puede decirse que la polémica en torno a la naturaleza jurídica del proceso ha perdido toda utilidad, y que los manuales o no se refieren a ella o en los mismos se realiza una exposición de teorías sin saber muy bien a qué conducen.

Cuando se acaba calificando el proceso de categoría propia, la finalidad de la búsqueda de la naturaleza jurídica, esto es, la remisión a normas supletorias en caso de laguna legal, se ha diluido, por lo que no cabe extrañarse de que en la actualidad la doctrina o bien hace referencia a la relación jurídica o a la situación jurídica, sin extraer luego ni consecuencias prácticas ni determinantes del contenido del propio manual o tratado, o bien soslaya el tema limitándose a hacer una exposición de teorías, sin tomar partido y sin decir para qué se ha realizado esa exposición.

Partiendo de que el proceso es una categoría jurídica propia, que no tiene encuadre en otra categoría más general, el proceso ha dejado de tener naturaleza jurídica (en el sentido con el que esta expresión se utiliza de manera normal), y entonces, lo que importa es el descubrimien-

to de su razón de ser, su comprensión científica. Lo que importa es ya su por qué.

La respuesta a esa razón de ser o por qué es la de que el proceso es un instrumento necesario. Si los órganos jurisdiccionales han de cumplir su función, la que les está señalada constitucionalmente, necesitan, en primer lugar, un estímulo, la acción, y, después, realizar una serie de actos sucesivos en el tiempo, cada uno de los cuales es consecuencia del anterior y presupuesto del siguiente, a cuyo conjunto llamamos proceso. Éste es, pues, el medio jurídico, el instrumento para el cumplimiento de la función jurisdiccional.

No debe olvidarse que el proceso es también el instrumento necesario para que los ciudadanos hagan efectivo su derecho a la jurisdicción, y logren la tutela judicial efectiva a la que suelen referirse las Constituciones, terminología con la actualmente suele aludirse al derecho de acción. La consideración del proceso como instrumento es, pues, doble, y se integra tanto con referencia a la jurisdicción como a los ciudadanos; en el primer caso, se está ante la actuación del Estado por medio de los tribunales, Estado que es titular de un deber, el de prestar la tutela judicial; en el segundo, se está ante el ciudadano que insta la tutela judicial, ciudadano que es titular de un derecho de rango fundamental.

Hace ya algunos años decía Couture que el derecho procesal se encontraba en una crisis de fecundidad, moviéndose la doctrina hacia tres tendencias: una de carácter filosófico, otra de carácter político y otra de carácter técnico. No discutimos la primera y la tercera; al contrario, propugnamos su profundización, pero estimamos que es en la segunda donde está el futuro del derecho procesal, y lo está, porque sólo se vislumbra verdadero progreso desde el reconocimiento de que esta rama de la ciencia jurídica ha de convertirse en el derecho del Poder Judicial y en el de los derechos de los ciudadanos frente al mismo.

### III. EL PODER JUDICIAL

#### 1. *El apoderamiento por el Poder Ejecutivo*

Aunque tantas veces se haya sostenido lo contrario, en la concepción ideológica base de la Revolución francesa, la división de poderes no supuso la aparición de un verdadero Poder Judicial, sino que los revolucionarios, partiendo de Montesquieu, sentían una gran desconfianza frente



a los tribunales (frente a los *parlements*). La potestad de juzgar no se atribuyó, por tanto, ni a una fuerza social ni a una profesión determinada, sino a las personas elegidas por el pueblo y para unos periodos determinados del año. Los tribunales no debían ser permanentes, sino que habrían de constituirse sólo durante el tiempo preciso para solucionar los asuntos pendientes. Esto es, tribunales populares y ocasionales.

El caso fue, sin embargo, que esta construcción teórica del barón de la Bréde no resistió el traslado al plano de la realidad y manifestaciones de ello se encuentran en que:

a) La expresión Poder Judicial se utilizó sólo en tres de las muchas Constituciones por las que se ha regido Francia: en la primera de 3 de septiembre de 1791; en la senatorial, de 6 de abril de 1814 y en la efímera que se dio la II República de 1848. En todas las demás, se ha eludido esta expresión y se ha hablado de *ordre judiciaire*, de *fonction judiciaire* o de *autorité judiciaire*; desde 1848 no se habla en ese país de Poder Judicial. Y la situación no es sustancialmente distinta en otros países, pues en España, por ejemplo, sólo han hablado de Poder Judicial tres Constituciones (aparte de la vigente de 1978) y una de ella no llegó a entrar en vigor.

b) La elección popular de los jueces se establecía en las Constituciones francesas de 1791, de 1793 y de 1794, y antes, en el decreto sobre organización judicial de 16-24 de agosto de 1790. El cambio se produjo en la Constitución de 13 de diciembre de 1799 en la que el nombramiento de los jueces pasó a las manos del primer cónsul, es decir, de Napoleón.

A partir de aquí, el Poder Ejecutivo se ha apoderado de los jueces y de los tribunales, y expresión de ello van a ser la Ley sobre Organización de los Tribunales de 18 de marzo de 1800 y la Ley sobre Organización del Orden Judicial y la Administración de Justicia de 20 de abril de 1810. Napoleón organizó la administración pública francesa y concibió la justicia como una parte de la misma; apareció así la administración de justicia y el ministro del ramo se convirtió en el *grand-juge*.

La Ley de 1810, que se mantuvo en vigor hasta el fin de la III República, partía de la idea de que la justicia era un simple servicio público, equiparable sin más a cualquier otro, y los funcionarios del mismo, los jueces, eran nombrados y destituidos por el ministro de Justicia atendiendo a criterios de eficacia en el servicio, esto es, a criterios políticos. La concepción no era diferente en los demás países, y baste así recordar,

primero, el real decreto italiano de 6 de diciembre de 1865, denominado *Ordinamento giudiziario*, y después la Ley de Jurisdicción austriaca de 1895, obra de Klein.

El apoderamiento de la justicia realizado por Napoleón, cuya expresión más clara fue la conversión de los jueces en funcionarios nombrados por el Poder Ejecutivo, resultó tan completa que hasta la doctrina se apresuró a justificarlo. Los procedimentalista franceses partieron ya de negar la existencia del Poder Judicial, y así Garsonnet hablaba de dos poderes, el Legislativo y el Ejecutivo, mientras que el Judicial entraba necesariamente en el segundo puesto cuya función era sólo aplicar la ley. La teoría de los tres poderes —decía— podría defenderse en un régimen en el que los jueces fueran elegidos, pero no era admisible en un sistema en el que correspondía al Poder Ejecutivo el nombramiento de aquéllos. Más aún, a principios de este siglo, decía Hauriou que el régimen democrático excluía el poder de juzgar de la lista de los poderes públicos.

## 2. *Inamovilidad e independencia de los jueces*

En una monarquía absoluta, en la que todo el poder estaba concentrado en las manos del monarca y en la que todas las demás personas con funciones públicas actuaban por delegación del rey, no tenía sentido establecer diferencias de estatuto entre las personas en que aquél delegaba y, por tanto, no cabía hablar de independencia respecto de los jueces. Ésta aparece como condición necesaria para el ejercicio de la función jurisdiccional cuando el Poder Judicial se entiende separado de los otros poderes, y cuando la función ha de confiarse a personas cuyas decisiones no pueden verse ni determinadas ni influidas por los titulares de esos otros poderes.

Si la función jurisdiccional se resuelve en la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, ello sólo puede hacerse si al titular de la potestad jurisdiccional se le declara independiente y se le garantiza la independencia por medio de la atribución de un estatuto personal específico y adecuado. El primer paso para garantizar la independencia es el de la inamovilidad, pero el apoderamiento del Poder Judicial por el Ejecutivo frustró de entrada la misma posibilidad de que los jueces fueran primero inamovibles y luego independientes.

El apoderamiento a que nos estamos refiriendo se reflejó en las Constituciones del siglo XIX bajo la fórmula de que la justicia emanaba del

rey y se administraba en su nombre por jueces que él establecía. Con esa fórmula, u otras semejantes, los jueces pasaron a convertirse en funcionarios y sufrieron la misma suerte que éstos durante todo el siglo. Para unos y otros se decía que el cumplimiento por el gobierno de su función, y la misma posibilidad de exigirle responsabilidad política, sólo cabía si ese gobierno podía tener “empleados de su confianza”, lo que llevaba a la discrecionalidad en su nombramiento y cese. La discrecionalidad ministerial se convirtió así en el árbitro de la vida profesional de los jueces, y esa discrecionalidad era incompatible con el menor atisbo de independencia.

La lucha por la independencia tuvo una primera batalla en la inamovilidad, y a ésta se llegó por la creación de la carrera judicial en la que se ingresaba por oposición. Este primer paso se dio en los países europeos a finales del siglo XIX. En España, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, pero más claramente en el real decreto de 24 de septiembre de 1889; en Italia, en la Ley de 8 de junio de 1890 y sobre todo en las Leyes Orlando de 14 de julio de 1907 y de 24 de julio de 1908. Después de ellas pudo decirse que el siglo XX se inicia con una magistratura inamovible y dispuesta a dar la siguiente batalla, la de la independencia.

El siglo XX es, pues, el de la consecución de la independencia judicial, si bien en el mismo se registraron avances y retrocesos, por lo menos hasta el inicio de su segunda mitad. Recuérdese lo que supusieron en Alemania y en Italia el nazismo y el fascismo, y en España, una larga dictadura. En Francia sus jueces siguen bajo una concepción napoleónica de magistratura jerarquizada, en la que el presidente de la República se convierte en garante de la independencia (como dice el artículo 64 de la Constitución de 1958). En cualquier caso, las Constituciones promulgadas después de la segunda Guerra Mundial supusieron, en buena medida, una reacción contra el inmediato pasado que, en lo que ahora nos importa, llevó no sólo a la proclamación de la independencia judicial, sino a la configuración de estatutos personales de los jueces en los que se perseguía claramente la fijación de garantías de esa independencia.

Hoy puede discutirse en torno a la práctica de la independencia, a si ésta es o no efectiva en un país determinado, y por ello el tema sigue siendo objeto de consideración en libros y congresos, pero no se encuentran ya defensas ideológicas de la dependencia de los jueces. Si no hace mucho los pseudojuristas comunistas defendían (y Stalev en este mismo

foro en 1976) que el papel del juzgador en el proceso era tutelar, no sólo los derechos de las partes, sino “los intereses de la sociedad socialista”, y si, más en general, Gurvich sostenía que los tribunales soviéticos “deben ser los ejecutores sensibles y capaces de la política del Partido, expresada en las normas del Derecho soviético, así como en las directrices del Partido Comunista de la Unión Soviética y del Gobierno Soviético”, en la actualidad frases como las anteriores no se encuentran ya ni en los juristas de los países del este, los cuales se han tenido que “reconvertir” al principio de la independencia judicial como consecuencia de la pérdida de sentido de su ideología de base. Por lo mismo, todas las obras de comparación entre los sistemas jurídicos occidentales y socialistas han pasado al archivo de las curiosidades inútiles.

### 3. *Gobierno autónomo del Poder Judicial*

Tan lejos como en 1885 publicó un joven procedimentalista italiano, Lodovico Mortara, un libro titulado *Lo Stato moderno e la giustizia* en el que, partiendo de que el Poder Judicial emana directamente de la soberanía y no es ni una rama ni un órgano del Poder Ejecutivo, abogó, posiblemente por vez primera, por lo que llamó “autogobierno de la magistratura”, auspiciando la creación de un Consejo Superior de Justicia. Esta idea fue madurando a lo largo del siglo y, sobre todo después de la segunda Guerra Mundial, se fue evidenciando la necesidad de romper con el apoderamiento por el Poder Ejecutivo.

Al mismo tiempo, el viejo ámbito de actuación de la jurisdicción, limitado a los litigios entre particulares (proceso civil) y a la imposición de las penas (proceso penal), con lo que al Poder Judicial se le apartaba de todos los asuntos en los que podía incidir directamente sobre la actuación política de una nación, fue ampliándose de modo que empezó a comprender la tutela de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos (normalmente frente a los titulares del poder político), el control del ejercicio de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa y el control de la constitucionalidad de las leyes, con lo que poco a poco se hizo cada vez más evidente que no podía seguir negándose la participación del Poder Judicial en el poder político del Estado. Añádase que si el Poder Judicial se convierte en el controlador de la adecuación a la ley y a la constitución del ejercicio de los otros dos poderes, se hace más evidente que aquél no puede quedar sometido a éstos.

Así las cosas, la Constitución italiana de 1947 reconoció ya que “la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder” (artículo 104, I), disponiendo la creación del Consejo Superior de la Magistratura, integrado por dos tercios de magistrados elegidos por y entre ellos (en total, veinte) y un tercio de juristas designados por el Parlamento (es decir, diez) (artículo 104, III, y Leyes de 24 de marzo de 1958 y de 22 de diciembre de 1975), al que se confiaba el nombramiento, la adscripción a sede o a funciones, el traslado, el ascenso de todos los magistrados (incluidos los del Ministerio Público), y el régimen de responsabilidad disciplinaria de los mismos (artículo 105), lo que supone el control del estatuto personal de todos los magistrados.

Por ese camino han seguido después otras Constituciones, procediendo a la creación de órganos de gobierno autónomo del Poder Judicial, con mayores o menores facultades, pero suponiendo en todos los casos una forma de desapoderar al Poder Ejecutivo de su tradicional control de los jueces. El éxito puede haber sido dispar, dependiendo de las condiciones políticas de cada país, pues no han faltado casos en los que los poseedores del poder político no se han resignado a ese desapoderamiento, y siempre han buscado y en ocasiones han conseguido volver a hacerse con los instrumentos para seguir influyendo o determinado las resoluciones judiciales. Éste es el supuesto de España, que constituye un caso paradigmático de la no resignación de cierta clase política a perder parte del poder.

La Constitución de 1978 dispuso también la creación del Consejo General del Poder Judicial, que debía ser “el órgano de gobierno del mismo” y al que se atribuyen los nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario de los jueces y magistrados (excluido el Ministerio Público, que no forma parte del Poder Judicial), pero si la ley primera de su desarrollo, la de 1980, auspiciada por un partido de centro, caminó dentro de ese sendero de gobierno autónomo, la segunda ley de desarrollo, la de 1985, propugnada por el Partido Socialista, llevó tanto a la reducción de las funciones del Consejo como a que todos sus miembros fueran designados por el Parlamento, con lo que se produjo un claro intento de seguir influyendo en las resoluciones judiciales, si bien ahora por medio del elemento interpuesto del Consejo. Se ha producido así una evidente desvirtuación del espíritu constitucional, y ello con el argumento de quien vence en una elecciones, y obtiene la mayoría en las Cámaras

legislativas, debe hacerse con todo el poder dentro del Estado y de la nación, sin que nada pueda quedar excluido del mismo.

A pesar de todo, el camino que conduce al gobierno autónomo del Poder Judicial está ya abierto y, aunque se produzcan retrocesos parciales, será muy difícil que no vayan dándose pasos adelante que acaben por producir efectivamente el desapoderamiento del Poder Ejecutivo, terminando con un sistema que es incompatible con la tutela de los derechos de los ciudadanos conforme a la ley, que es la función asignada constitucionalmente al Poder Judicial.

#### IV. EL PROCESO CIVIL

##### 1. *Del sistema teórico a la eficacia práctica*

En el inicio del siglo XX, el estado de la evolución científica del derecho procesal, y ahora ya en su faceta específica del proceso civil, no era uniforme en los distintos países. Si en Alemania se había iniciado el procesalismo científico y se habían producido y se iban a seguir publicando grandes obras sistemáticas, en Italia puede decirse que, sin perjuicio de algún antecedente, el inicio del procesalismo coincide con el del siglo, mientras que en España habrá de esperarse aún algunas décadas. Francia quedará anclada en el viejo procedimentalismo, del que parece no poder salir ni siquiera en la actualidad. En los países iberoamericanos, la ruptura con el pasado procedimentalista se producirá bien avanzado el siglo, y en su origen se encuentra la recepción de la doctrina italiana y de la doctrina española y, en menor medida, de la doctrina alemana.

La inicial situación de evolución descompasada no subsiste en la actualidad. Hoy no puede ya decirse que país alguno esté constituido en la punta de lanza del progreso científico procesal civil, habiéndose producido una suerte de igualación. Si, en el comienzo, la doctrina alemana impuso el sistema, y si ya en la década de 1930 la doctrina italiana recogió el testigo e impuso su ritmo, la desaparición física de los grandes constructores de conceptos ha hecho que, al final, nos hayamos quedado reducidos a un discurso entre iguales en el que nadie impone nada a nadie.

La situación se ha complicado, y de modo extraordinario, por los cambios en la realidad social, que han hecho modificar el rumbo de la doctrina. Durante muchas décadas del siglo, la doctrina pudo ocuparse con relativa tranquilidad de las cuestiones teóricas, pues la práctica sobre la

que se operaba se mantuvo relativamente estable, sobre todo en el sentido de que el número de procesos civiles no sufrió grandes modificaciones, ni cuantitativas ni cualitativas. Las cosas cambiaron, y muy profundamente, cuando, sobre todo en el último tercio del siglo, el número de procesos aumentó extraordinariamente, con lo que se hizo acuciante atender a la realidad. Unos simples datos ponen de manifiesto ese brusco cambio. En Alemania, si en 1980 se iniciaron un millón trescientos mil procesos, ese número pasó a dos millones cien mil en 1993. En Francia, en los últimos veinte años se han multiplicado por tres. En España, se ha producido un aumento continuo del 10% anual y acumulado en los últimos veinte años, con lo que en 1996 los procesos civiles llegaron a ser setecientos setenta mil setecientos veintisiete, cuando en 1975 ese número rondaba los doscientos mil. Los cambios, desde luego, no han sido sólo cuantitativos, pues también hay que referirse a una modificación cualitativa, reflejo del acceso a la justicia civil de amplias capas de la población que antes estaban excluidas de ella; sigue discutiéndose ante un juez de la propiedad, entre otras cosas, porque el número de propietarios ha aumentado, pero otros derechos han entrado en liza, especialmente los relativos a la responsabilidad extracontractual.

El cambio social ha alterado completamente los términos de la situación. Mientras el proceso civil fue un instrumento por el que la reducida clase media de un país solucionaba sus litigios, la doctrina pudo afrontar el estudio de las grandes cuestiones teóricas de ese instrumento, pero cuando al mismo han accedido un número mucho mayor de ciudadanos, tanto por la ampliación de las clases medias como por el acceso al proceso de otras capas de la población, con lo que el proceso civil ha pasado a ser un fenómeno de masas, se ha convertido en acuciante la efectividad práctica del mismo, con lo que las cuestiones teóricas han quedado en un segundo plano. No se trata de que estas cuestiones hayan desaparecido, sino que se plantean de modo distinto. Es así muy sintomático que lo que preocupa hoy a los órganos de gobierno del Poder Judicial sea más el número de asuntos que resuelve cada juez que el contenido o calidad de la resolución.

## *2. Las grandes cuestiones teóricas*

El punto de partida fue el concepto de proceso, en torno al cual se construyó todo el sistema. Como decía Carnelutti, la doctrina alemana

hizo nacer el *derecho procesal* desde *los procedimientos*, esto es, una disciplina con técnica artesanal fue elevada al nivel de rama del derecho, y el proceso fue reconocido como objeto de esa ciencia.

Coherentemente con esta impostación, las doctrinas alemana e italiana en la primera mitad del siglo se centraron en los conceptos de derecho de acción y de relación jurídica procesal, de situación procesal, de acto procesal, de presupuestos procesales, de sujetos del mismo, de objeto del proceso y de efectos del proceso o cosa juzgada. Particular interés tuvo la consideración de los principios del proceso, del reparto de los poderes entre el juez y las partes y también todo lo relativo a la prueba, especialmente la carga y la valoración de la prueba. Ya después de la segunda Guerra Mundial, buena parte de los estudios se centraron en la relación entre constitución y proceso, con el acento puesto en el examen de los derechos procesales de las partes, sobre todo el de defensa en sus aspectos de acceso al proceso, de ser oído en juicio, a la prueba, etcétera.

En algún momento posterior se ha pretendido que ese centrarse en el sistema dogmático, en los grandes conceptos, no era más que una manera de huir de las ideologías, refugiándose en una aparente ciencia objetiva, pero habrá de reconocerse que, si hoy contamos con un gran bagaje científico, se lo debemos a los que hicieron aquel gran esfuerzo esclarecedor, y que siempre será necesario continuar. Naturalmente no podemos desarrollar todas estas cuestiones, pero sí puede ser oportuno centrar la consideración por lo menos en dos de esos conceptos, dada su trascendencia.

A) El derecho de acción. En la mitad del siglo XIX, la pandectística alemana seguía manteniendo la identificación entre derecho subjetivo y acción, de modo que, según Savigny, ésta es el aspecto que presenta aquél cuando ha sido violado; la acción es un momento del derecho subjetivo, por lo que, si el derecho no existe, la violación del mismo no es posible y por tanto no puede existir acción; el titular de la acción sólo puede ser el ofendido y en tanto titular del derecho subjetivo. En frase gráfica de Puchta, la acción es el derecho subjetivo en pie de guerra, o en frase muy significativa de Demolombe, cuando las leyes hablan de derechos y de acciones, incurren en un pleonasma.

Desde la identificación entre derecho subjetivo y acción, el criterio de clasificación de éstas se basaba en aquél, y por eso la tipificación de las acciones realizada por los glosadores —que llegaron a hablar de ciento noventa y una acciones, cada una con su nombre propio, contenido es-



pecífico y sujetos activo y pasivo— se mantuvo y llegó a determinar la codificación. Ahora bien, todo este mundo jurídico pasó a los libros de historia cuando se produjo la ruptura entre derecho subjetivo y acción por obra de la doctrina alemana, concluyéndose que la acción es el derecho a la tutela jurídica por parte del Estado, de modo que

- Existen dos derechos diversos, uno es el derecho subjetivo material, que se dirige contra un particular y que tiene naturaleza privada, y otro es el derecho de acción, que se dirige contra el Estado y que tiene naturaleza pública.
- Ha da darse ya un concepto unitario de acción, por cuanto no existen acciones, tantas como derechos subjetivos, sino una única acción, un único derecho de acción frente al Estado, con lo que las clasificaciones basadas en el derecho subjetivo han perdido todo su sentido y, si se mantienen en la actualidad entre los cultivadores del derecho civil o, mejor, del derecho privado, es porque no han llegado a comprender el gran cambio producido con el fin de las doctrinas monistas sobre la acción.

La aparición de las teorías dualistas sobre la acción implica, por un lado, que una cosa es el derecho subjetivo material y otras, la acción, que será siempre un derecho subjetivo público frente al Estado del que ya no puede hablarse en plural (no existen acciones) y, por otro, la aparición de la pretensión como objeto del proceso y la clasificación de las pretensiones con criterio puramente procesal.

a) La acción como derecho a la tutela judicial. Establecido el carácter público de la acción, la doctrina ha seguido dos caminos distintos, que muchas veces se han entendido como contradictorios cuando en realidad son complementarios.

El primer camino, que se ha identificado como teorías concretas, ha pretendido explicar las relaciones entre derecho material y proceso y, más en concreto, cómo se pasa del derecho material al proceso, a la actividad de los órganos dotados de jurisdicción. Esta cuestión fue contestada inicialmente por Wach con su construcción de la pretensión de tutela jurídica, que se basaba en que se tiene derecho, concurriendo determinadas circunstancias, a una sentencia de contenido determinado y favorable. En contra de esta construcción se ha argumentado tradicionalmente que, concebida así la acción, no sabemos si existe o no hasta el final del proceso

e, incluso, no sabemos si se ha ejercitado o no por su verdadero titular, por lo que si al final del proceso resulta que el demandante lo pierde, habrá que llegar a la conclusión de que el proceso lo ha iniciado quien no tenía derecho de acción.

Esta crítica, aunque se haya repetido una y otra vez, presupone no haber advertido que las teorías concretas no pretenden explicar la iniciación de la actividad jurisdiccional, no se refieren al derecho del ciudadano a poner en marcha la actividad jurisdiccional (como ya advirtió Hellwig), sino que su objetivo es explicar la posición jurídica favorable a la victoria en el proceso, lo que depende de que exista y se pruebe un determinado estado de hechos extraprocesal y una configuración jurídica que no es exclusivamente de derecho privado. Adviértase simplemente que sólo puede hablarse de la existencia de sentencias justas y de sentencias injustas si antes se presupone la existencia de un derecho a obtener una sentencia de contenido determinado y favorable al que pretende.

El segundo camino, que se ha denominado de las teorías abstractas, ha pretendido explicar por qué una persona, cumpliendo determinados requisitos, puede provocar la iniciación de un proceso y continuarlo hasta la sentencia. Se habla de concepción abstracta, porque se limita a reconocer el derecho a la actividad jurisdiccional, independientemente del resultado favorable o adverso de ésta.

Éste es el camino que ha tenido trascendencia constitucional, por cuanto se ha reconocido en las modernas Constituciones el derecho a la tutela judicial o el derecho a la jurisdicción, con base en el que se han replanteado todas las cuestiones de acceso a la justicia, de la realización del proceso con todas sus garantías, de la resolución sobre el fondo del asunto, de la motivación de la misma, de la prohibición de la indefensión, de la ejecución de lo juzgado y aun del derecho a los recursos. Buena parte de lo que viene denominándose derecho constitucional procesal se ha centrado en el estudio de este derecho de acción y con grandes consecuencias prácticas relativas a declaraciones como contrarias a la Constitución de algunas de las norma de los correspondientes Códigos Procesales Civiles.

b) Las pretensiones y las clases de tutela judicial. La ruptura entre el derecho subjetivo material y la acción ha llevado, además, a que el criterio tradicional de clasificar las acciones, con referencia al derecho subjetivo que se trata de proteger, deje de tener sentido y utilidad. Lo im-

portante no es ya el derecho subjetivo al que la acción hace referencia, sino la clase de tutela jurisdiccional que se pide, con lo que no cabe seguir hablando, por ejemplo, de acciones personales o de acciones reales. Para marcar la ruptura con el pasado, hoy se está hablando más de clases de pretensiones o de clases o tipos de tutela jurisdiccional prestada por los órganos de esta naturaleza (y, por lo mismo, de clases de procesos).

Se está así distinguiendo entre acción, siempre en singular, que se identifica con el derecho a la jurisdicción o derecho al proceso o derecho a la tutela judicial efectiva, y pretensión, como declaración de voluntad petitoria que se dirige a un órgano jurisdiccional, respecto de la que se habla de clases con referencia al tipo de tutela judicial que se pide. Aparecen así la pretensión declarativa (y, dentro de ella, declarativa pura, constitutiva y de condena), la pretensión ejecutiva y la pretensión cautelar. Esa nueva clasificación se inicia ya con Wach, aunque referida más bien a la sentencia, y que perfiló casi completamente Chiovenda, hoy desarrollada por Proto Pisani. Faltan todavía ulteriores desarrollos, como podría ser el relativo a la pretensión de condena de futuro y el atinente a la legitimación precisa para el ejercicio de cada una de dichas pretensiones.

Todo lo anterior viene unido a la distinción entre tutelas judiciales ordinarias, las que se prestan por medio de los procesos ordinarios, y tutelas judiciales diferenciadas o privilegiadas, que son las que se prestan por medio de los procesos especiales. No son, por tanto, manifestaciones de una simplificación de los trámites del proceso o de un acortamiento de los plazos, sino que responden a algo mucho más profundo, a la decisión del legislador de que unos derechos son más importantes que otros, por lo que precisan de una tutela judicial propia, o a que grupos sociales han llegado a “convencer” al legislador de que sus integrantes merecen una tutela judicial diferenciada y, por lo mismo, mejor que la que pueden dispensar los procesos ordinarios. El riesgo del principio de igualdad es evidente.

B) La publicitación del proceso. A lo largo de todo el siglo, se ha venido haciendo referencia a la llamada publicitación del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la ZPO austriaca de 1895, su libro *Materialien*, publicado en 1897, constituye su referencia. Las bases ideológicas del legislador austriaco, enraizadas en el autoritarismo propio del Imperio austro-húngaro de la época y con extraños in-

jertos como el del socialismo jurídico de Menger, pueden resumirse, como han destacado Sprung y Cipriani, en estos dos postulados: *a)* el proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y *b)* el proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia. Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar, sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.

A partir de Klein, puede seguirse toda una evolución en la que, de una u otra forma, se destaca la función social del proceso, su conversión en un fenómeno de masas, en torno al que se consagra la expresión publicitación del mismo, y sobre la que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo (puede verse la polémica entre Satta y Cristofolini). En ese debate, ha llegado a sostener Cappelletti la conveniencia de suprimir el principio de la iniciación del proceso a instancia de parte (el *principio della domanda*), como se hizo en los países comunistas. Sin llegar a ese extremo, sí es común que hoy la doctrina incida en el aumento de los poderes del juez a costa de los poderes de las partes, y manifestación de ello es por ejemplo el *Codice* italiano de 1940, de corte claramente autoritario, y lo son muchos de los códigos promulgados con posterioridad. En ese sentido, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica dispone, en su artículo 1o., que el tribunal puede iniciar el proceso de oficio, si bien sólo cuando así se disponga expresamente, sin perjuicio de que luego, en el texto de su articulado, no se encuentra ni una sola ocasión en que así se disponga expresamente.

Naturalmente que en el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego. La publicitación del proceso tuvo su origen en un momento y en un país determinado y se plasmó en una Ordenanza Procesal Civil que, al menos, debe calificarse de antiliberal y autoritaria, y

opuesta a su alternativa, que es la concepción liberal y garantista del proceso civil. El conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a unos jueces como el austriaco o el italiano de sus épocas, fuertemente sujetos al Poder Ejecutivo, sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil. No se ha destacado lo suficiente que los códigos en que se han concedido mayores facultades a los jueces se han promulgado precisamente en países y momentos en que esos jueces eran menos independientes, de lo que ha resultado que, a la postre, con la concesión de esas facultades se estaba favoreciendo la injerencia del Poder Ejecutivo en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Una cosa es reconocer, como decimos a continuación, que el proceso civil ya no es el reducto de la clase media de un país, es decir, el medio previsto por el legislador para que los poseedores debatieran en torno al derecho de propiedad, y otra muy distinta, configurarlo como un fenómeno de masas en el que no importan tanto los derechos individuales del ciudadano, sino los intereses públicos o sociales. Por ello, en los últimos años estamos asistiendo a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente en un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos en el medio jurídico, para que las partes debatieran en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que los separan. Y ello sin dejar de asumir la realidad social de la proliferación de los procesos y de la búsqueda de nuevas soluciones.

### *3. Los condicionamientos de la realidad*

En alguna ocasión se ha sostenido que, incluso después de la catástrofe de la época fascista, la doctrina procesal alemana (y lo mismo podría decirse de otras) veía en la dogmática y en el sistema un seguro punto de referencia, y que ello respondía a un claro temor a las ideologías como factor destructor, prefiriendo ser fieles al sistema neutral dada su aparente objetividad (Stürmer). No puede negarse que en esta opinión existe una parte de verdad, pero no creemos que en ella se encuentre toda la verdad. La necesidad de estudios rigurosamente técnicos del proceso civil es algo permanente, y lo es tanto que siempre será preciso volver a los grandes conceptos, pues cada época precisa rehacerlos, si bien ello no puede sig-

nificar el olvido del componente ideológico que es inherente a toda regulación positiva del hacer de los hombres en sociedad.

Con todo, si el criterio ideológico tuvo gran relevancia en un momento inmediatamente anterior, aunque a veces quedó reducido a vulgar palabrería pseudosociológica o a estéril comparatismo, en el que se estimaban homogéneos sistemas liberales y sistemas totalitarios, en la actualidad lo que en más fuerte medida condiciona el estudio del proceso civil es la realidad misma, y en ella lo más destacado es un vertiginoso aumento de la litigiosidad que socava las bases mismas de la justicia civil.

A) El aumento de la litigiosidad. Nos hemos referido antes a algunos datos sobre el aumento del número de procesos en los últimos años y conviene ahora atender a cómo ese aumento ha supuesto el desbordamiento de las posibilidades de actuación eficaz de los tribunales civiles en casi todos los países. No es posible ofrecer aquí los datos de duración de los procesos civiles en todos los países, pero sí es preciso hacer mención de algunos de ellos. A sabiendas de que el caso de Italia puede considerarse el más grave, nos centraremos en él.

Según datos de Proto Pisani referidos a 1996 y atendiendo a las distintas clases de órganos judiciales:

a) Preturas: están servidas por cerca de novecientos jueces civiles, con una entrada anual de sobre setecientos cincuenta mil asuntos, de los cuales finalizan cada año unos seiscientos cincuenta mil, con lo que arrastran un retraso de un millón trescientos cincuenta mil procesos. La duración media del proceso de declaración es en ellas de seiscientos días.

b) Tribunales: tienen adscritos alrededor de mil trescientos jueces civiles, y en ellos entran cada año unos cuatrocientos cincuenta mil asuntos en primera instancia, de los que se concluyen cuatrocientos mil, teniendo una bolsa acumulada de un millón quinientos cincuenta mil procesos en la instancia. La duración media del proceso declarativo es de mil doscientos cincuenta días. A ello hay que añadir que conocen también del recurso de apelación contra resoluciones de las preturas, con una entrada de sesenta mil asuntos, de los que se resuelven cincuenta y cinco mil; existen ciento cincuenta mil causas atrasadas. En la primera instancia, sumadas las causas atrasadas de las preturas y de los tribunales, existe una bolsa de retraso de dos millones novecientos mil procesos, que es una “cifra alucinante”.

c) Cortes de apelación: las sirven cuatrocientos jueces civiles; existen unos treinta mil recursos de apelación, de los que se concluyen en el año unos veintiocho mil, hay un retraso de ochenta y cinco mil recursos. La duración media es de mil cincuenta días.

d) Corte de Casación: existen ciento cuarenta magistrados de esta categoría adscritos a las secciones civiles, que en 1995 conocieron de unos quince mil recursos; y existe una bolsa de retraso de unos treinta y seis mil.

La situación puede no ser tan preocupante en otros países, y así en Alemania un proceso de declaración en la primera instancia tiene una duración media de entre tres y seis meses, o en España un juicio de menor cuantía (de valor hasta algo más de un millón de dólares) puede durar en la primera instancia no más de catorce meses y un juicio de cognición (de valor hasta unos seis mil dólares) no más de diez meses, pero en todos los sitios, sin distinción, se siente que la duración media de los procesos es excesiva. Y no vale consolarse con lo que ocurre en otro país, pues recuérdese como califica el refranero al que se consuela con el mal de otros.

Este desbordamiento del número de asuntos, con la demora que ocasiona, ha pretendido combatirse, de entrada, con el aumento del número de jueces. El aumento ha sido mayor en Alemania, donde existen veintiséis jueces por cada cien mil habitantes, mientras que hay dieciséis en Italia y diez en Francia. En España, si en 1988 existía dos mil jueces en total, se ha pretendido pasar a tres mil quinientos, con lo que se trata de fijar diez jueces por cada cien mil habitantes. Adviértase, con todo, que si en Italia existen dos mil setecientos cuarenta jueces civiles, en España ese número no sobrepasa los dos mil y que además parte de ellos tienen también funciones penales. El aumento ha sido de tal importancia que ya empiezan a oírse voces relativas a la imposibilidad de seguir por ese camino atendiendo a razones económicas.

Posiblemente por eso se ha estado primando la creación o el fortalecimiento de la llamada justicia de paz, en la que se atribuyen funciones jurisdiccionales a personas no técnicas, y se ha llegado al establecimiento de juzgados para las pequeñas causas, con jueces profesionales o no. Se trata de dos orientaciones diferentes pero complementarias, por medio de las que se pretende que no lleguen a los órganos jurisdiccionales que podemos llamar tradicionales un gran número de asuntos, los cuales se desviarían a estos otros órganos.

Al mismo tiempo que se producían los aumentos en el número de jueces y en sus clases, en algunos países se han puesto en práctica otras medidas tendentes a adecuar los tribunales a la litigiosidad. Así, en casi todos ellos se ha tendido a elevar extraordinariamente los topes cuantitativos, bien referidos al reparto de competencia entre los varios órganos jurisdiccionales de la primera instancia (en Alemania, ese tope es de diez mil marcos y en Italia, de cincuenta millones de liras), bien atinentes a las clases de juicios (en España, el tope cuantitativo entre el juicio de mayor cuantía y el menor cuantía estaba en 1980 en quinientas mil pesetas y ha pasado a ciento sesenta millones de pesetas). Tampoco faltan casos en los que se han elevado las cuantías de la *summa gravaminis* (en Alemania, para apelar esa cuantía mínima ha de ser de mil quinientos marcos y para acceder al recurso de “casación”, de sesenta mil marcos).

Mayor trascendencia está teniendo el progresivo abandono del órgano colegiado en la primera instancia a favor del órgano unipersonal. En España y en los países iberoamericanos, con una larga tradición de juez único para la primera instancia, no acabamos de comprender lo que supone ese abandono en Alemania, Francia e Italia, pero en estos países se han producido enconados debates doctrinales a favor y en contra del “juez monocrático” que están resolviéndose, no por la vía del convencimiento científico, sino por el de la imposición de las necesidades de la realidad, y ello a pesar de que supone abandonar una tradición multiseccular, por lo mismo, fuertemente arraigada, a favor del órgano colegiado.

B) La imprecisa respuesta doctrinal. Ha sido la imposición de la realidad, con el vertiginoso aumento del número de procesos, lo que ha hecho que la doctrina cambiara de orientación. En los últimos años se ha abandonado en buena medida el estudio de los grandes temas tradicionales, aquellos sobre los que todo jurista debe personalmente reflexionar si quiere atender a la realidad con una sólida base teórica, sin la que corre el riesgo de ser arrastrado por esa realidad sin llegar a comprenderla, y se ha centrado la atención en aspectos que se estiman más prácticos por cuanto se trata de dar respuesta al aumento del número de procesos y al riesgo que ellos comportan de ineficacia de la justicia civil.

a) La evitación del proceso. El arbitraje, la mediación y la conciliación son instrumentos de solución de conflictos conocidos y regulados desde antiguo que, sin embargo, se presentan en la actualidad como medios alternativos al proceso. Aquéllos se basan en la autonomía de la voluntad



de los ciudadanos, en su libertad para conformar y solucionar relaciones jurídicas, pero últimamente se plantean como medios para evitar el proceso, como alternativas al mismo, capaces de hacer disminuir el número de procesos. El arbitraje ha sido regulado en los últimos años en casi todos los países, con la pretensión de “prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales”, y no como una manifestación de la libertad de los ciudadanos para resolver sus conflictos, pero no parece que esté teniendo mucho éxito en aquella finalidad. La mediación y la conciliación están dando lugar a nuevas formas de solución de conflictos, con manifestaciones de muy variada condición que van desde las *Alternative Dispute Resolutions* de Estados Unidos hasta órganos de composición para los consumidores en otros países.

b) El acceso al proceso. El aumento de la litigiosidad tiene su origen, en parte, en la ampliación de la base social de las clases medias, de los poseedores o de los que han accedido a la posibilidad de tener conflictos económicos y, también en parte, dicho aumento responde al fenómeno social del consumo de masas que ha afectado incluso a las capas de la población menos favorecidas económicamente. El caso ha sido que el tradicional beneficio de pobreza ha tenido que irse sustituyendo en los diferentes países por la *Legal Aid* (inglesa, 1949 y 1974), *aide judiciaire* (francesa, 1972), *Legal Service Corporation* (norteamericana, 1974), *patrocinio ai non abbienti* (italiana, 1973), *Verfahrenshilfegesetz* (austriaca, 1973), *Prozesskostenhilfesesetz* (alemana, 1980) y asistencia judicial gratuita (española, 1996). Naturalmente todas estas leyes no han resuelto el problema de base, pero por lo menos han contribuido a hacer algo más efectivo el derecho de acción.

c) Las partes y su legitimación. De la legitimación sólo pudo comenzar a hablarse cuando la acción se separó del derecho subjetivo material, pues a partir de entonces pudo cuestionarse la admisibilidad de peticiones de actuación del derecho objetivo en el caso concreto sin afirmación de titularidad del derecho subjetivo, esto es, de la llamada legitimación extraordinaria. Por ese camino se admitió, primero, el reconocimiento de legitimación a un particular para ejercitar el derecho de otro particular, porque ése es el medio más adecuado, cuando no el único, para la efectividad del derecho de aquél (caso de la acción subrogatoria, por ejemplo), se pasó después a la admisión de legitimación extraordinaria por razones públicas (al Ministerio Público en los procesos no dispositivos)

y se ha terminado en la concesión de legitimación extraordinaria atendiendo a razones colectivas o sociales, con lo que se ha podido hablar incluso de una cierta socialización de la legitimación.

La multiplicación de relaciones jurídicas idénticas, la expansión del consumismo o la utilización masiva de los medios económicos han puesto las bases para pasar de una consideración individual de las relaciones jurídicas, y con ellas del proceso, a otra en la que cada día adquieren mayor importancia las relaciones que cabe calificar de colectivas. Por ello se está hablando últimamente de intereses colectivos, difusos, de grupos, supraindividuales, etcétera, respecto de los que, a pesar de que la bibliografía es desbordante, todavía no se han perfilado suficientemente ni los conceptos ni las normas reguladoras del fenómeno, que está aún muy lejos de la claridad doctrinal y legal.

d) Oralidad y aceleración del proceso de declaración. A lo largo del siglo, la oralidad en el sentido chiovendiano ha sido el mito perseguido y nunca alcanzado, y con él la finalidad de la aceleración del proceso. En torno a aquélla han proliferado las obras, los congresos e incluso los códigos. El mito ha llegado al extremo de ser consagrado en el artículo 120.2 de la Constitución española de 1978 (“el procedimiento será predominantemente oral”).

A pesar de todo, la realidad sigue mostrándose terca, y una cosa son las aspiraciones teóricas y otra, lo que ocurre en la práctica. El caso de España es muy sintomático; a pesar de que la Constitución ha superado ya el tiempo de la mayoría de edad, no sólo no se ha promulgado un Código Procesal Civil basado en la oralidad, sino que, primero, las leyes procesales dictadas en las últimas dos décadas han seguido regulando procesos escritos y, segundo, la práctica ha logrado desvirtuar los escasos procesos regulados de modo oral convirtiéndolos de hecho en escritos. Sin norma constitucional, otro tanto ocurre en otros países, en los que pueden tener aparentemente éxito experimentos particulares (como el llamado *Stuttgarter Modell* que dio origen a la reforma de la ZPO alemana de 1976), pero en los que la aceleración del proceso a través de la oralidad no se está consiguiendo. Algo, pues, está fallando en los modelos teóricos cuando se pretende trasladarlos a la realidad, y lo peor es que seguimos sin comprender su porqué.

#### 4. *Las tutelas ejecutivas y asimiladas*

La situación de desbordamiento del número de procesos ha llevado incluso a pensar que podía encontrarse la solución en alterar el sistema lógico de que primero se declara el derecho y luego se procede a la ejecución del mismo. Para alterar ese sistema se ha acudido a la existencia de toda una serie de documentos que, en diverso grado, ofrecen una apariencia de corresponderse con la realidad, de fehaciencia, que permite alterar el sistema lógico de proceso de declaración seguido de proceso de ejecución. La alteración no puede ser igual en todos los casos, dependiendo la misma de la “cantidad” de fehaciencia de que esté dotado cada documento. Por este camino, se ha acudido bien a alterar la contradicción, bien a establecer verdaderas tutelas judiciales ejecutivas.

A) Alteraciones de la contradicción. En estos casos, no se ha llegado a dotar a un documento de fuerza ejecutiva, dada su escasa fehaciencia, sino simplemente a posibilitar que la contradicción aparezca sólo si el demandado no llega a formular oposición.

a) Proceso monitorio. Se basa en la existencia de un acto o negocio jurídico que da lugar a una obligación dineraria que se plasma en alguno de estos documentos: documento que aparece firmado por el deudor o en el que consta su impronta, marca o señal electrónica, y documento como albarán de entrega de la mercancía, fax, factura, en los que no consta la firma del deudor, si bien se trata de los normales dentro del tráfico jurídico propio del ejercicio de algunas profesiones, sobre todo las mercantiles.

Con alguno de estos documentos, el acreedor puede interponer una demanda normal, de la que se dará traslado al deudor, requiriéndolo para que en un plazo breve determinado bien pague, bien conteste a la demanda alegando las razones de su negativa a pagar. Si el deudor no paga ni contesta a la demanda en el plazo establecido, el juez despachará la ejecución contra el demandado. Si paga, se termina aquí el proceso. Si contesta a la demanda, se dará trámite al proceso declarativo ordinario, bien entendido que en todo caso será posible el embargo preventivo, pues se cuenta con documento para ello.

En algunos ordenamientos se exige que, junto con la demanda, el actor acredite que en un plazo corto anterior ha requerido de pago al deudor y que éste no ha contestado oponiendo la falsedad del documento.

b) Proceso documental y cambiario. Parte de la existencia de una letra de cambio, cheque o pagaré, en todo caso firmados por el deudor y cumpliendo los requisitos formales de la ley correspondiente, siempre que unos y otros no hayan sido intervenidos por fedatario público. El proceso comienza por demanda del acreedor, que si es admitida por el juez lleva a requerir al deudor para que pague en un breve plazo (dos o tres días), y ordenar el embargo preventivo de los bienes necesarios para cubrir el importe de lo reclamado, si no paga en ese breve plazo.

Después del embargo preventivo, se le ofrece al deudor plazo para que, si lo estima oportuno, formule oposición, pero teniendo siempre en cuenta que las causas o motivos de oposición se limitan por la ley, que establece una relación de causas tasadas, y que la oposición no da lugar a un normal proceso de declaración, sino a una tramitación muy breve, sobre todo en lo que se refiere a la prueba. Esto supone que hay que distinguir:

- Si el deudor no formula oposición, el embargo preventivo se transforma en ejecutivo, y se realiza toda la ejecución.
- Si se formula oposición por el deudor, se da lugar a un incidente declarativo, que terminará por sentencia, en la que se estimará o desestimará la causa de oposición; en el primer caso, se levanta el embargo preventivo; en el segundo, este embargo se convierte en ejecutivo y sigue adelante la ejecución. Normalmente a esta sentencia no se le atribuyen todos los efectos propios de la cosa juzgada, por lo que esta oposición es sumaria, tanto en atención a su contenido como a la brevedad del trámite.

B) Verdaderas tutelas ejecutivas. Existen otros supuestos en los que se ha ido concediendo fuerza ejecutiva a determinados documentos por estimarse que están dotados de tal fehaciencia que no es preciso acudir con ellos primero a un proceso de declaración. Se trata, pues, de verdaderas tutelas judiciales hiperprivilegiadas por cuanto el titular del documento puede acudir a la ejecución, sin pasar previamente por la declaración del derecho.

a) Proceso ejecutivo. Cuando se trata de una escritura pública o de un documento intervenido por fedatario público, los ordenamientos jurídicos suelen partir del presupuesto de que tienen la consideración de títulos ejecutivos equiparables a las sentencias de condena, por lo que la demanda

ejecutiva da lugar a que se despache la ejecución con todas sus consecuencias.

Lo distinto entre la ejecución de sentencias y la ejecución de estos títulos no judiciales no se refiere a la tramitación de la ejecución, sino a las causas de oposición contra la ejecución misma. Es sabido que contra la sentencia pueden oponerse en la ejecución, dando lugar incluso a un incidente declarativo, los hechos extintivos y excluyentes que se hayan producido después de la sentencia misma, es decir, después de todo lo que quedó cubierto por la cosa juzgada, mientras que cuando se trata de los títulos ejecutivos no judiciales, al no existir cosa juzgada, ha de admitirse oposición que no está tan bien determinada en sus contornos, aunque siempre debe partirse de que estamos ante un documento que tiene fe pública. Por eso suele decirse que contra el título no judicial, que es la escritura pública, el deudor puede oponerse a todo lo que podría oponerse si se hubiera iniciado un proceso de declaración.

En uno y en otro caso, la forma de la oposición supone la existencia de un incidente declarativo intercalado en la ejecución, incidente que no debe paralizar la ejecución misma, salvo en lo relativo a la venta de los bienes embargados. Esto es, en la ejecución pueden realizarse todos los actos que la integran, menos la subasta y la adjudicación, mientras se tramita el incidente declarativo.

b) Ejecución privilegiada. Tratándose de escritura pública inscrita en un Registro, y especialmente cuando se trata de la escritura pública de hipoteca, debe tenerse en cuenta que hay que distinguir en lo que se refiere al título ejecutivo: escritura pública en la que consta la existencia del derecho de crédito contra el deudor, que es el documento en que se plasma el negocio jurídico de préstamo, y escritura pública de constitución de la hipoteca, que es el documento en que se plasma el negocio jurídico que es la hipoteca, y que es el que da lugar a la inscripción. En el derecho español, y en otros similares, lo que se inscribe en el Registro Público no es tanto el derecho de crédito, cuando el derecho real de hipoteca.

En este caso, la escritura pública y el documento que acredita la inscripción de la hipoteca en el Registro constituyen el título ejecutivo, y frente a ese título, lo único que el deudor puede oponer, dando lugar a un sencillísimo incidente declarativo, es la cancelación de la hipoteca del Registro (aparte de todo lo relativo a los presupuestos y requisitos pro-

cesales). Por lo que se refiere a lo que podemos calificar de fondo del asunto, el deudor no tiene más que una defensa: la hipoteca ya no está inscrita en el Registro.

C) El proceso de ejecución. El estudio del proceso de ejecución en sentido estricto se ha visto tradicionalmente oscurecido por su consideración de ser algo menor e indigno de elaboración doctrinal. Baste recordar que los grandes manuales ni siquiera se ocuparon de él (Wach y Chiovenda). Sin embargo, las cosas empezaron a cambiar cuando se advirtió —y no hace mucho de ello— que la efectividad del derecho pretendido por la parte depende, sí, de la declaración, pero, sobre todo, de la ejecución.

a) Ejecución provisional. Los códigos se han referido tradicionalmente es la ejecución de la sentencia pendiente de algún recurso, pero lo hacían de modo marginal; para llegar a un artículo como el actual 282 del *Codice di Procedura Civile* italiano, producto de la reforma introducida por la Ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353, conforme al cual “la sentencia de primer grado es entre las partes ejecutable provisionalmente”, mucho han tenido que cambiar las cosas.

b) Ejecución definitiva. Si el camino avanzado en la ejecución provisional ha sido grande, no ha ocurrido lo mismo con la ejecución definitiva, que sigue anclada en el pasado en casi todos los países. No se han encontrado los procedimientos adecuados para hacer efectivas las sentencias que condenan a obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa específica, en las que sigue siendo demasiado fácil su transformación en obligación dineraria, y tampoco se han resuelto los problemas propios de esta ejecución ordinaria, lo que sigue conduciendo en muchos casos a la inutilidad del proceso de ejecución y a la del título ejecutivo formado en él. Especialmente no se han resuelto las dificultades existentes para el descubrimiento y la aprehensión de los bienes del ejecutado sobre los que efectuar el embargo, y sigue siendo frustrante el acudir a la subasta pública y judicial como medio de realización de los bienes, una vez encontrados.

## 5. *La tutela cautelar*

Las leyes y códigos del siglo XIX se referían sólo a dos subfunciones de la jurisdicción en la actuación del derecho objetivo en el caso concreto: juzgar y ejecutar lo juzgado, y no aludían a una tercera, que puede

denominarse cautelar o de aseguramiento, aunque esas mismas leyes y esos códigos sí contenían algunas normas relativas a ella. El siglo XX se inicia prácticamente con el estudio por Chiovenda de las medidas provisionales de seguridad, que se refirió después a que la necesidad del proceso para que al actor se le dé la razón no puede convertirse en un daño para quien tiene razón, que sirvió luego de base al examen de Calamandrei de las resoluciones cautelares.

En su inicio, las medidas cautelares se centraron en las que se llamaron de aseguramiento, puesto que por medio de ellas se tendía a mantener la situación preexistente al proceso, de modo que se garantizara la ejecución de la sentencia que llegara a dictarse en el proceso de declaración, y, en este sentido, la medida más estudiada fue la del embargo preventivo. De este modo, las medidas cautelares se caracterizaron por su instrumentalidad (el proceso cautelar es el instrumento del instrumento que es, a su vez, el proceso de declaración), y porque tenían que ser homogéneas, pero no iguales a las medidas de ejecución. No cabía pensar en que las medidas cautelares supusieran una anticipación de lo que era propio de la medida de ejecución, dado que ésta era sólo posible contando con el título ejecutivo que era la sentencia declarativa de condena.

En los últimos tiempos, se pone de manifiesto la necesidad de avanzar por el camino abierto de la tutela cautelar y se regulan medidas tanto de conservación como de innovación. Con las medidas de conservación se pretende que, mientras dura el proceso principal, una de las partes no pueda obtener los resultados que se derivan normalmente del acto que se estima ilícito por la otra parte (éste sería el supuesto de la suspensión del acuerdo de una persona jurídica cuando un socio pretende en juicio la declaración de nulidad del mismo). Con las medidas de innovación, se trata de anticipar provisionalmente el resultado de la pretensión interpuesta por el actor, como medio más idóneo para que las partes realicen el proceso en igualdad de condiciones, por lo que se produce una innovación sobre la situación jurídica preexistente al proceso principal (el caso más claro es el de la anticipación de los alimentos cuando se debate procesalmente sobre la filiación).

La regulación y el estudio de las medidas cautelares se venía haciendo partiendo de la consideración de que se trataba no de un verdadero proceso cautelar, sino simplemente de medidas todas específicas de determinadas situaciones cautelables, y por ello se hablaba precisamente de

“medidas cautelares”. En la actualidad, se habla de un verdadero proceso cautelar como *tertius genus* entre el declarativo y el ejecutivo, y por eso se procede a la regulación de las normas comunes o de procedimiento, que es lo que ha hecho la italiana Ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353, que ha introducido una sección específica en el *Codice* para esas normas generales, que regulan a continuación las medidas específicas.

En todo caso, buena parte del futuro del proceso civil se encuentra en el desarrollo de la justicia cautelar, como medio para que la tutela judicial de los derechos sea realmente efectiva. Esta afirmación es sobre todo aplicable al proceso contencioso-administrativo, que no deja de ser un proceso civil especial, en el que la adopción de una medida cautelar puede ser el único medio para garantizar la efectividad del resultado del proceso de declaración para el ciudadano frente a la poderosa administración.

## V. EL PROCESO PENAL

### 1. *Los sistemas de aplicación del derecho penal*

En la actuación del derecho penal en el caso concreto se ha pasado por varias etapas que no es fácil situar cronológicamente, aunque sí puede decirse que el siglo XIX se inicia con la consagración de que ese derecho es aplicado por los tribunales precisamente por medio del proceso y no de cualquier otra manera. Hay que distinguir así las siguientes fases o etapas en la concepción política de cómo actúa el derecho penal.

A) Las etapas políticas de esa actuación.

a) Una primera fase tuvo que suponer la toma de la decisión política de que el derecho penal lo aplicaba únicamente el Estado, lo que supuso que.

- Quedó prohibida la autotutela o, en otras palabras, dejó de consentirse que los ciudadanos se tomaran la justicia por su propia mano, lo que llevó a tipificar como delito el ejercicio arbitrario de las propias razones.
- Se estableció que los ciudadanos no podían disponer de la consecuencia jurídico penal, esto es, de la pena, lo que implicó que la aplicación del derecho penal quedó fuera de su disposición.

De esta primera fase se llegó a la conclusión de que: no existe relación jurídica material penal entre los que han intervenido en la comisión del



delito, bien como autor bien como víctima, y el ofendido por el delito no es titular de un derecho subjetivo a que al autor del mismo se le imponga una pena. La exclusión de los derechos subjetivos penales a favor de los ciudadanos fue una suerte de “expropiación” de los mismos a favor del Estado, el cual se convirtió en el único titular del *ius puniendi*, con lo que el “derecho de penar” es, al mismo tiempo, el deber de penar.

b) La segunda fase se refirió a que, ya dentro del Estado, la aplicación del derecho penal se confió exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, de modo que todos los demás órganos (los del Legislativo y los del Ejecutivo) no pudieran ni declarar la existencia de delitos ni imponer penas. Esta fase no supuso ya que los órganos jurisdiccionales aplicaran el derecho penal por medio del proceso, sino que quedó restringida a la exclusión de los otros órganos. Debe tenerse en cuenta que con las monarquías absolutas no existía una clara distinción entre las funciones administrativas y las jurisdiccionales, de modo que a los distintos órganos se les confiaban las dos funciones al mismo tiempo, aunque se denominaran tribunales, por lo que fue posible que a un órgano que aparentemente era un tribunal se le confiara la actuación del derecho penal pero no por medio del proceso.

c) Por fin, la tercera fase llevó a la decisión política de que el derecho penal se aplicara en el caso concreto sólo por medio del proceso, lo que se hizo a partir de la consideración de que el instrumento que era el proceso es el mejor tanto para garantizar la legalidad del resultado final, de la sentencia, como para asegurar los derechos del acusado. Esta decisión supuso que el proceso penal había de conformarse según los principios esenciales de lo que es un proceso, aquellos que hacen que una actividad sea proceso y no otra cosa, pero también que la misma no podía llevar a la conclusión de que el proceso penal tuviera que ser igual al proceso civil en sus principios o reglas conformadoras de desarrollo.

En la evolución de estas tres fases o etapas, con el siglo XIX, se pasó de la segunda a la tercera, esto es, se pasó de una aplicación del derecho penal por los tribunales, pero no por medio del proceso, a una actuación de ese derecho en el caso concreto precisamente por medio del proceso. Esto es lo que ha sido explicado, incorrectamente, sobre los llamados procesos inquisitivo y acusatorio.

B) Los llamados sistemas procesales penales. Todavía hoy sigue siendo un lugar común en la doctrina procesal referirse a que el proceso penal

puede configurarse conforme a dos sistemas, que suelen denominarse acusatorio e inquisitivo, si bien parece evidente que la misma idea de principios alternativos conformadores de sistemas procesales penales diferentes descansa en un grave error, como se descubre cuando se enumeran los caracteres identificadores de uno y otro sistema.

a) Los caracteres de esos sistemas. Esos caracteres, según una doctrina, que repite sin el menor atisbo crítico, son los siguientes:

- En el sistema acusatorio, la jurisdicción se ejerce por tribunales populares, mientras que en el inquisitivo se trata de jueces profesionales y permanentes.
- Mientras que en el acusatorio la acción penal es popular y su ejercicio es indispensable para la realización del proceso, en el inquisitivo no existe libertad de acusación, sino que el juez se convierte, al mismo tiempo, en acusador, asumiendo las dos funciones.
- Las partes en el sistema acusatorio actúan en contradicción e igualdad, mientras que en el inquisitivo, por un lado, no hay parte acusadora distinta del juez y, por otro, el acusado no es un verdadero sujeto del proceso, sino sólo el objeto del mismo.
- Si en el acusatorio el juez tiene restringidas las facultades de dirección procesal de la contienda; en el inquisitivo, los poderes del juez son muy amplios.
- En el sistema acusatorio, la regla es la libertad del imputado durante la realización del proceso, mientras que en el inquisitivo impera la prisión provisional o preventiva.
- Con relación a las pruebas, éstas, en el sistema acusatorio, deben ser introducidas por las partes, no por el juez, que carece de poderes autónomos para investigar los hechos, si bien en la valoración de esas pruebas rige el criterio de la libre apreciación por el juez; en el sistema inquisitivo, se dan los caracteres contrarios, es decir, el juez investiga de oficio los hechos, aunque luego viene limitado por el criterio de valoración legal o tasada de la prueba.
- El procedimiento del proceso acusatorio es oral, inmediato, concentrado y público, mientras que el procedimiento inquisitivo es escrito, mediato, disperso y secreto.
- Por último, en el acusatorio existe una sola instancia, de modo que no cabe recurso contra la sentencia, mientras que el inquisitivo consta de dos instancias.

b) La confusión conceptual. Si se examinan con detalle algunas de estas características —y nos hemos limitado a las más comunes—, creemos que aparecerá evidente que responden a varios principios o reglas configuradoras de aspectos parciales del proceso y del procedimiento, que, por sí solos, no dicen nada respecto de uno u otro pretendido sistema, en cuanto no son determinantes. Por ejemplo:

- El que la jurisdicción se ejerza hoy por tribunales populares (el jurado) o por jueces profesionales no sirve, sin más, para calificar a un sistema de imposición de penas de acusatorio o de inquisitivo, pues existen muchos ordenamientos basados en el llamado sistema acusatorio y con sólo jueces profesionales.
- El que la acción penal sea o no popular o el que la tenga en exclusiva el Ministerio Fiscal o Público es indiferente para concluir que el sistema es acusatorio o no, por lo menos a riesgo de, siendo coherentes, tener que sostener que en la mayoría de las países no tienen un sistema acusatorio de aplicación del derecho penal, dado que en la mayoría el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal, de la que están excluidos los particulares.
- La situación personal del acusado, en libertad o en prisión preventiva, no es elemento que lleve a calificar un sistema de acusatorio o inquisitivo; adviértase que, si así fuera, el mero hecho de que el acusado se encuentre en una u otra situación cambiaría la naturaleza del sistema.
- La oralidad y la escritura son reglas configuradoras del procedimiento, de la forma de los actos procesales, y no se refieren a los principios o reglas del proceso, por lo que es perfectamente compatible un procedimiento escrito con un sistema acusatorio de aplicación del derecho penal.

Los ejemplos podrían seguir, pero creemos que ha llegado ya el momento de declarar lo que en este epígrafe venimos persiguiendo: no existen dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio, sino dos sistemas de actuación del derecho penal por los tribunales, de los cuales uno es no procesal, el inquisitivo, y otro sí es procesal, el acusatorio. El sistema inquisitivo responde a un momento histórico en el que los tribunales imponían las penas, pero todavía no por medio del proceso.

c) No hay proceso inquisitivo. El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso. Si éste se identifica como *actus trium personarum*, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquél lo solucione al aplicar el derecho objetivo, algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Proceso inquisitivo se resuelve así en una *contradictio in terminis*.

El llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existe realmente un juez imparcial y dos partes parciales enfrentadas entre sí, pero no todos los caracteres que suelen incluirse como propios del sistema acusatorio son necesarios para que exista verdadero proceso. Algunos de esos caracteres podrían modificarse o suprimirse, sin que ello supusiera la desaparición del proceso. Por ejemplo, nada dice respecto de la existencia del proceso el que el juez sea profesional o popular, o que el procedimiento sea oral o escrito, pero sí afecta a la esencia del proceso que el juez sea al mismo tiempo el acusador o el que el acusado no sea sujeto sino objeto del proceso. Por tanto, decir proceso acusatorio es un pleonazgo, pues no puede existir verdadero proceso si éste no es acusatorio.

Así las cosas, creemos que puede afirmarse que los llamados sistemas procesales penales son conceptos del pasado, que hoy no tienen valor alguno, y que sirve únicamente para confundir o para enturbiar la claridad conceptual. Hay, por el contrario, que dejar muy claro que, en determinadas épocas, el derecho penal no lo aplicaban en exclusiva los tribunales y que en otras, lo aplicaron los tribunales pero no por medio del proceso, y hay que proclamar como conquista de la civilización la garantía jurisdiccional entendida correctamente, esto es, asunción del monopolio de la actuación del derecho penal por los órganos jurisdiccionales y exclusividad procesal en su ejercicio.

## 2. El llamado sistema mixto

La gran conquista del siglo XIX radicó en que durante el mismo, y en los diferentes países, se fue pasando de un sistema no procesal de aplicación del derecho penal a otro sistema en que este derecho empezó a aplicarse por medio del proceso. Posiblemente el primer paso hacia esta

nueva situación deba buscarse en el *Code d'Instruction Criminelle* francés de 1808, que ha sido presentado como el iniciador del llamado sistema mixto o acusatorio formal, con división en dos fases, una de instrucción, con predominio de caracteres inquisitivos, y otra de juicio y decisión, predominantemente acusatoria. Naturalmente estas referencias a los caracteres inquisitivo y acusatorio responden a la confusión conceptual antes denunciada, pero pueden servir para explicar la concepción político jurídica sobre la que se basaba el llamado sistema mixto.

El *Code* francés tuvo gran influencia en el *Codice di Procedura Penale* italiano de 1865, en la *Strafprozessordnung* alemana de 1877 y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882. En todos estos cuerpos legales, que son los que estaban en vigor en el inicio del siglo XX, con evidentes diferencias entre ellos, se regulaba un proceso penal dividido en dos fases.

A) El procedimiento preliminar. La primera fase del proceso, que habiendo recibido legal y doctrinalmente diversas denominaciones puede llamarse procedimiento preliminar judicial, se caracterizaba por que:

a) La competencia para la misma se atribuía a un Juzgado de Instrucción, y de ahí la figura del juez de instrucción, que debía iniciar su tramitación siempre que tuviera conocimiento de la existencia de un hecho aparentemente delictivo, sin que fuera precisa la existencia de petición de parte pública (Ministerio Público) o privada.

b) Aun en el caso de que existiera denuncia o querrela de parte, la investigación que debía realizar el juez de instrucción no estaba delimitada por el acto de parte de incoación. No había delimitación objetiva, porque el acto de la parte no impedía al juez investigar completamente los hechos hasta lograr el descubrimiento de la verdad, y tampoco había delimitación subjetiva, pues la investigación de los hechos podía hacer que personas no denunciadas o querrelladas aparecieran como imputadas.

c) El carácter que estamos llamando inquisitivo se ponía sobre todo de manifiesto en que el procedimiento preliminar no estaba regido por la contradicción y la igualdad, dado que los poderes básicos correspondían al juez de instrucción. Consecuencias de ello podían ser el secreto de la investigación y la fácil posibilidad de adoptar la prisión preventiva o provisional del imputado mientras duraba la investigación.

Desde estos condicionamientos, parecía obvio que la función de esta fase no era servir de fundamento a la sentencia que hubiera de dictarse

en su día. La función más destacada del procedimiento preliminar era servir de preparación para la fase segunda o de juicio, preparación que podía hacerse a dos niveles: que los actos de investigación proporcionaran a las partes las fuentes de prueba en que basar su acusación y defensa y proponer medios de prueba, bien entendido que éstos se practicaban en el juicio oral, y que el juez de esta segunda fase pudiera ejercer con conocimiento de causa sus poderes de dirección formal y material de la prueba.

B) Juicio oral. Frente a los anteriores procedimientos escritos, el llamado sistema mixto optó por una segunda fase del proceso penal con predominio del principio de oralidad y sus consecuencias (concentración, inmediación y publicidad), lo que supuso:

a) Distinción entre juez de instrucción y juez decisor: la división del proceso en fases implicaba la distinción entre juez competente para la formación del procedimiento preliminar y juez competente para conocer del juicio oral y dictar la sentencia; este segundo juez normalmente era un tribunal compuesto por elementos legos y profesionales, dando lugar a diferentes combinaciones de jurado y escabinato. A lo largo del siglo, se ha ido gradualmente disminuyendo la competencia del jurado a favor del juez profesional, sobre todo a causa del aumento del número de procesos, si bien en el fondo subyacen graves consideraciones políticas.

b) Contradicción plena en el juicio oral: si la primera fase del proceso no llegó a responder a la contradicción entre las partes, ésta aparecía de modo completo en la segunda fase, de modo que:

- No puede existir juicio oral sin acusación. La sentencia *ne procedat iudex ex officio*, que no tenía aplicación en la fase de investigación, sí la tuvo en la fase de juicio oral, y hasta el extremo de que éste no podía abrirse si no existía alguien (normalmente el Ministerio Público, pero en algunos países también un particular) que sostuviera la acusación. En la mayoría de los países se ha partido de que el Ministerio Público asumía la acusación en régimen de monopolio, que es lo que ha significado el que se dijera legalmente que la acción penal es pública, mientras que en España con las mismas palabras lo que sostiene es que la acción penal corresponde a todas las personas, hayan sido o no ofendidas por el delito. En la solución española existe un gran componente de libertad y de participación de los ciudadanos en el ejercicio de cualesquiera funciones públicas.

- El juicio oral está regido de modo completo por los principios de contradicción y de igualdad de armas de las partes, lo que presupone considerar al Ministerio Público y a los demás acusadores como partes sin más y atribuir la misma condición al acusado, ambos con plenitud del derecho de defensa en juicio. En el derecho alemán, no se habla de partes, sino de “participantes procesales” y de “sujetos procesales”, como reminiscencia de una época en la que se pensaba que no existía verdadera contradicción de intereses entre el acusador público y el acusado, pero tal pensamiento está hoy fuera de todo lugar.
- La prueba en la que debe basar el juez decisor su convicción sobre los hechos ha de haberse practicado en el juicio oral y, por tanto, con contradicción, igualdad y publicidad, por lo que esa convicción no puede atender a los actos de investigación realizados en el procedimiento preliminar, salvo supuestos excepcionales y expresamente previstos en la ley. Ahora bien, la prueba no se abandona en manos de las partes, incluido el Ministerio Público, pues se permitía al juez acordar la práctica de los medios de prueba que, no propuestos por las partes, considerara necesarios, si bien con el límite de que habían de referirse a la comprobación de los hechos que hubieran sido objeto de la acusación u opuestos por el acusado.
- La acusación delimitaba tanto a la persona acusada como el objeto del proceso. Subjetivamente, la acusación fijaba la legitimación pasiva, de modo que no podía ser condenada (ni absuelta) persona distinta de aquélla contra la que se formulaba la acusación. Objetivamente, la acusación precisaba cuáles eran los hechos que se imputaban, esto es, el hecho criminal sobre el que versaba el proceso, y sobre el que debía efectuarse el pronunciamiento judicial. La sentencia *iura novit curia* desplegaba sus efectos normales, pero por su vía no se permitía que el juez de la decisión introdujera hechos en el proceso.

Este sistema de actuación del derecho penal con el que se inició el siglo no fue depurándose con el paso de los años, lo que hubiera significado una mejora de los caracteres por medio de los que se garantizaban tanto los intereses de la persecución penal como el derecho de defensa del acusado, sino que se han sufrido graves perturbaciones políticas que han producido avances y retrocesos.

### 3. *El termómetro de la concepción política*

Decía James Goldschmidt que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos o autoritarios de su Constitución, y la mejor demostración de esta afirmación se encuentra en la evolución sufrida por el proceso penal en el siglo XX, en el que la política en general ha determinado los principios de la política procesal penal.

A) Retrocesos en la primera mitad del siglo. En Alemania en la primera parte del siglo no se produjeron reformas de trascendencia, éstas empezaron con la República de Weimar y especialmente con la creación del Tribunal para la Defensa de la República en 1922 y, sobre todo, con la reforma de Emminger de 1924, que supuso la ampliación de los poderes del Ministerio Público y la derogación del jurado que pasó a ser escabinato. Pero es a partir de 1933, con el nacional-socialismo y su ordenación totalitaria del Estado, cuando la misma idea de un proceso penal fue barrida. La eliminación de la independencia judicial, la supresión del escabinato, la creación de tribunales especiales, la extensión de la competencia de los tribunales militares, y tantas otras medidas acabaron con la misma idea del Estado de derecho.

En Italia las cosas parecieron ir por un camino diferente, pues en los primeros años del siglo se promulgó el *Codice di Procedura Penale* de 1913, obra principalmente de Mortara y basado en el principio de la presunción de inocencia del imputado, pero la situación cambió en 1923 con el ascenso al poder del fascismo, que empezó por crear el Tribunal Especial para la Defensa del Estado en 1926, que procedió a promulgar el *Codice Rocco* de 1930, el cual se basaba en la idea de supremacía de los intereses públicos, personificados en el Estado, sobre el interés individual, y que acabó también en la barbarie de la negación de la justicia penal.

En Francia, si durante la II República se dictaron normas de aumento de las garantías del imputado, y así la Ley de 1897 permitió la asistencia letrada en la instrucción, la ideologías totalitarias propias de la época hicieron cambiar de orientación con el aumento de la competencia de los tribunales militares en 1939 y se acabó en el régimen autoritario de Vichy y la aparición de los tribunales de excepción. Desgraciadamente, el término de la segunda Guerra Mundial no supuso el final de ese camino



equivocado, pues se han conocido después tanto los Tribunales Cívicos, para condenar a los colaboracionistas, como el Tribunal de Seguridad del Estado ya en 1963, para condenar a los enemigos del régimen político del momento.

Podría seguirse la ejemplificación con el caso de España en la que la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 fue, sin duda, un gran adelanto político y jurídico al responder a una clara concepción liberal, pero que el paso del tiempo hizo que fuera desvirtuándose. También aquí se sufrieron ampliaciones de la competencia de los tribunales militares, se suprimió el jurado y se creó un Tribunal de Orden Público en 1963, pero sobre todo la política general de limitación de las libertades tuvo su repercusión en el proceso penal, en el que en buena medida se llegó incluso a suprimir la regla general de que el juez que instruye no puede luego fallar, con lo que el mismo sistema mixto quedó desvirtuado.

B) La constitucionalización de las garantías fundamentales. Si las Constituciones son en la mayor parte de los casos una reacción frente al pasado, que intenta evitar que los riesgos en él producidos se reproduzcan en el futuro, manifestación paradigmática de ello se encuentra en las Constituciones de la segunda mitad del siglo en las que se han constitucionalizado las garantías esenciales del proceso penal. Llevar a las Constituciones principios procesales penales es algo relativamente antiguo, dado que en este proceso son evidentes los elementos ideológicos y se concede especial valor a los derechos de la persona que pueden verse afectados por él, pero el fenómeno que se ha producido después de la segunda Guerra Mundial no significa simplemente un aumento en la cantidad de las normas elevadas a este rango legal; es preciso registrar un cambio cualitativo que se aprecia en muy distintos órdenes:

- Si en las Constituciones antiguas, los principios asumidos en ellas tenían un sentido programático; en las modernas, además de servir para determinar el contenido de las futuras leyes, son de aplicación directa e inmediata por los tribunales.
- Desde los principios llevados a las Constituciones se han ido produciendo declaraciones de inconstitucionalidad de muchas de las normas contenidas en los viejos Códigos Procesales Penales, de modo que, aun sin que llegara a promulgarse un código nuevo, la constitucionalización de aquellos principios ha repercutido muy

profundamente en la legalidad vigente. Un caso especialmente significativo fue el italiano; después de la Constitución de 1947, siguió en vigor el *Codice Rocco* de 1930, pero la Corte Constitucional había declarado la inconstitucionalidad de algo más de ciento treinta artículos del mismo.

- Algunos principios procesales, los que han supuesto garantías de derechos fundamentales, tienen además la protección especial del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional correspondiente, del que en algunos países se ha hecho uso repetido, como es el caso de España, en donde los recursos de amparo ante pretendidas vulneraciones de derechos fundamentales procesales penales por los tribunales ordinarios han proliferado hasta contarse por miles, hasta el extremo de que la mayor parte de los recursos de amparo tiene su fundamentación en el artículo de la Constitución de 1978 relativo a las garantías del proceso penal.
- La constitucionalización de los principios ha adquirido tal alcance que se habla de la existencia de un derecho constitucional procesal, con especial significado respecto del proceso penal, del que se han escrito obras de gran interés que son como capítulos de introducción al estudio del derecho procesal penal. Van adquiriendo así cada vez mayor sentido las palabras de Couture relativas a que los códigos procesales son los textos que reglamentan la garantía de justicia contenida en la Constitución.

Naturalmente no es del caso ofrecer aquí una exposición de los principios y reglas específicas del proceso penal que han adquirido rango constitucional, pues bastará con destacar que unos y otras adquieren su verdadero sentido cuando se advierte que van dirigidos a reforzar la decisión política de que el derecho penal se aplica en el caso concreto exclusivamente por los órganos jurisdiccionales y precisamente por medio de un verdadero proceso, y no por cualesquiera otros órganos del Estado y no de cualquier otra manera. Ésta es la idea clave que está en el fondo de todas las Constituciones, con lo que la decisión política tomada a principios del siglo XIX está llegado a su consagración a finales del siglo XX.

#### 4. *La limitación de la garantía jurisdiccional*

La constitucionalización de las garantías fundamentales del proceso penal, la promulgación de nuevos Códigos Procesales Penales en Francia

(*Code de Procédure Pénale*, en 1958), en Portugal (*Código de Processo Penal*, en 1987) y en Italia (*Codice di Procedura Penale*, en 1988) y las parciales pero importantes reformas introducidas en viejos códigos como en Alemania (con la “pequeña reforma” de 1964 y la “gran reforma” de 1974, aparte de un gran número de modificaciones de aspectos concretos) y en España (con leyes de 1980 y 1988, sobre procedimientos de urgencia o abreviados, y 1995, la reintroducción del jurado, además de varias normas sobre aspectos determinados) han perseguido fundamentalmente la tutela del derecho de libertad de los ciudadanos. Al mismo tiempo, ha habido claros intentos de hacer compatible la actuación del derecho penal en el caso concreto con la mejor protección de la víctima del delito, generalmente a base de permitir acumular la pretensión civil de resarcimiento a la acción penal.

Todas estas manifestaciones legales de avance en el perfeccionamiento del proceso penal se han visto, sin embargo, truncadas por dos graves circunstancias que han llevado a evidentes retrocesos en el camino de perfeccionar la justicia penal. Esas circunstancias hacen referencia, en un caso, a específicas conductas delictivas de especial gravedad y, en otro, a la proliferación de los procesos penales que podemos calificar de relativos a conductas delictivas ordinarias.

A) Conductas delictivas especialmente graves. La aparición o, mejor, el agravamiento de la llamada criminalidad organizada, que se ha manifestado tanto con el fenómeno de las bandas terroristas como con el del narcotráfico, aparte de haber producido importantes reformas en la legislación material penal, han llevado a la adopción de graves medidas de índole procesal penal, que han supuesto evidentes limitaciones en la tutela judicial penal del derecho de libertad. No estamos ahora haciendo la crítica de esas limitaciones, pues nos conformamos de momento con hacer referencia a su existencia. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero vamos a aludir sólo a los más significativos.

En Alemania, al mismo tiempo que se reformaba el proceso penal en el sentido de fortalecer las garantías de la defensa, se dictaban leyes relativas a la restricción de ese derecho en la *Antiterrorismgesetz* de 1978, con la intervención de las comunicaciones del detenido (*Kontaktsperrgesetz*) o la exclusión del abogado de confianza de la parte (*Verteidigerausschluss*) o se ampliaban las posibilidades de registro del domicilio, in-

cluyendo el registro del edificio entero y no sólo el de la vivienda del imputado.

En Italia cabe referirse también a la legislación antiterrorista de 1980 y a toda una serie de normas atinentes a la criminalidad organizada o mafiosa, promulgadas antes y después del *Codice* de 1988, especialmente en lo relativo a la prisión preventiva, que ha sufrido reforma tras reforma, o la ampliación de los poderes de la fuerza pública en materia de registros con relación a la tenencia de armas y explosivos.

En España se han dictado diversas leyes en materia terrorista en 1975, 1978 y 1984 y en todas ellas se ha atendido a la ampliación de la duración de la detención policial, a la facilidad para la intervención de las comunicaciones o de la práctica de registros e, incluso, la exclusión del abogado de confianza del imputado. No ha faltado —como también ocurrió en Francia con su ley de “seguridad y libertad” de 1981— legislación que, a pesar de su nombre de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana de 1992, escondía graves ataques a la libertad de circulación de las personas, a la intimidad personal o familiar o a la inviolabilidad del domicilio.

La lucha contra el terrorismo y contra el narcotráfico es, sin duda, una necesidad, y en todos los países, y una parcela de esa lucha se manifiesta en el proceso penal, pero el camino emprendido en muchos de ellos es sumamente peligroso, pues se ha estado y se está dirigiendo a limitar los poderes de los órganos jurisdiccionales para favorecer los de las fuerzas policiales, lo que suele responder a una idea difusa de la ineficacia de aquéllos frente a cierta criminalidad. Lo más grave se produce cuando, para la persecución de una delincuencia concreta, se dictan normas generales que luego se aplican indiscriminadamente en todos los supuestos, pues entonces se está poniendo en riesgo la libertad de todos los ciudadanos. En la contraposición de los valores de seguridad y libertad, con la excusa de la primera, suele atentarse contra la segunda.

B) Conductas delictivas llamadas de bagatela. Con ser cualitativamente grave lo anterior, los verdaderos problemas del proceso penal están presentándose en el ámbito cuantitativo, pues se ha producido ya un aumento vertiginoso de la pequeña delincuencia que ha llevado a la quiebra de la justicia penal. Ese aumento ha producido una gran sobrecarga de trabajo en los tribunales penales, de tal índole que está llevando a la ineficacia a todo el sistema penal del Estado, lo que se manifiesta de modo

más acusado en el gran retraso con que se tramitan los procesos penales y se dictan las sentencias. Para luchar contra ese extraordinario aumento de los delitos y de los procesos, se busca afanosamente soluciones de muy diversa naturaleza.

a) Descriminalización de conductas. El derecho penal no puede proteger todos los bienes jurídicos y hacer frente a todas las infracciones, por lo que todas las sociedades tienen que decidir en cada momento qué bienes jurídicos consideran merecedores de protección penal y respecto a qué infracciones se articulará ésta. Naturalmente se presentan opciones políticas que pueden variar en el espacio y en el tiempo, aunque hoy debe partirse del principio inspirador de que el fin último es el pacífico ejercicio del derecho, sobre todo de los constitucionales. De ahí que deba evitarse una hipertrofia de los actos tipificados como delito. Sobre todo cuando se pasa de un Estado autoritario a otro democrático, el derecho penal debe quedar reducido a sus justos límites, bien entendido que la descriminalización de conductas ha de suponer simplemente eso: suprimir un tipo del Código Penal.

La actitud preocupante no radica en la verdadera descriminalización, sino que es aquella otra por la que se convierten anteriores delitos y faltas o contravenciones en ilícitos administrativos, sustituyendo la pena por la sanción administrativa, con lo que se propicia el desarrollo del derecho administrativo sancionador o, dicho en otros términos, se priva de funciones al Poder Judicial para trasvasarlas al Poder Ejecutivo.

Esta descriminalización ficticia suele defenderse con el argumento de la lentitud de la justicia penal, pero adviértase que, con ella: no se produce una verdadera descriminalización, sino sólo un cambio en la naturaleza de la sanción; se suprime la garantía jurisdiccional, y se convierte al Poder Ejecutivo no ya en el controlador administrativo de la sociedad, sino que se le eleva al papel de controlador penal. Además, si contra la sanción administrativa ha de admitirse la posibilidad de acudir a los tribunales del orden contencioso-administrativo, lo que es inevitable, atendidos los términos de las Constituciones, se está, a la postre, desnudando a un santo para vestir a otro (por decirlo siempre con el refranero español).

b) Aceleración o simplificación del proceso. Si en la actualidad hubiera de expresarse en una sola palabra cuál es la preocupación del legislador en torno al proceso penal, esa palabra sería “aceleración” o “simplificación”, pues con la misma se identifica muy expresivamente la búsqueda

desesperada de una solución a la lentitud que padece la justicia penal, agobiada por la multiplicación de los delitos y, consiguientemente, de los procesos. En esa búsqueda a toda costa, el legislador parece estar dispuesto incluso a sacrificar buena parte de las conquistas en favor de las garantías de la defensa.

Manifestaciones de la aceleración o de la simplificación del proceso penal se encuentran en todos los ordenamientos. En Alemania, existe un “proceso acelerado”, regulado en los párrafos 212 a 212b de la StPO con el que se persigue, en frase de Roxin, que al delito le siga, pisándole los talones, la sentencia, si bien el mismo es aplicable sólo por delitos con pena no superior a un año. En Italia, la Ley núm. 81 de 1987, que delegaba en el gobierno la promulgación de un *Codice di Procedura Penale*, en su artículo 2.1, establecía como primer criterio la “máxima simplificación en el desarrollo del proceso con eliminación de cualquier acto o actividad no esencial” y, por si no fuera suficiente, insistía en el párrafo 103 en la “máxima simplificación” para el proceso de competencia de las preturas. Así las cosas, el *Codice* de 1988 regula un proceso ante la pretura (con pena de privación de libertad no superior a cuatro años), un proceso llamado abreviado, un juicio denominado “directísimo”, otro juicio “inmediato” y un procedimiento por *decreto* (que debe ser traducido por auto, como tipo de resolución motivada distinta de la sentencia).

En España, junto al proceso penal, que debe llamarse ordinario, desde 1967 empezaron a regularse procedimientos que se llamaron de urgencia y que, desde la Ley de 1988, se llama proceso abreviado, del que existe incluso una variante que se denomina proceso abreviadísimo. En estos procesos simplificados puede imponerse penas de privación de libertad de hasta nueve años, con lo que difícilmente puede seguirse sosteniendo que se refieren a los “delitos bagatela”.

Como decimos, esta pretendida simplificación o aceleración del proceso, que puede tener alguna justificación cuando se trata de delitos de poca trascendencia penal, en el sentido de que estén castigados con una pena menor en el Código Penal y, sobre todo, en los casos en que, además, no sea necesaria una prueba complicada, lo que sucede especialmente en los supuestos de flagrancia, no puede llegar a convertirse en el proceso normal en la práctica, que es lo que está sucediendo en la mayoría de los países, en los que al menos dos terceras partes de los procesos acaban tramitándose con una pretendida aceleración que se efectúa

siempre a costa de los derechos de la defensa. Si “acelerar” un motor lleva a “pasarlos de revoluciones” con grave riesgo para los ocupantes del vehículo, “acelerar” el proceso lleva a que no cumpla su fin esencial de garantía.

### *5. La fascinación por modelos extraños: el llamado principio de oportunidad*

En *La hoguera de las vanidades*, dice Tom Wolfe que cada día hay en el Bronx siete mil procesamientos por delitos mayores, pero sólo pueden juzgarse seiscientos cincuenta causas anuales, de modo que los jueces tienen que sacudirse de encima las demás causas por uno de estos dos sistemas: o absuelven al acusado o permiten que éste se declare culpable de una acusación más leve a cambio de librar al tribunal de la necesidad de juzgarle. La eficacia de los jueces se mide casi exclusivamente por la situación estadística de la “lista de casos pendientes”, de modo que el mejor juez es el que ha resuelto más causas a base de rebajas, absoluciones y juicios propiamente dichos.

Nos estamos refiriendo a una novela pero no podrá negársenos que en la misma se describe con toda crudeza la situación de una justicia penal, la norteamericana, que difícilmente puede presentarse en el mundo como ejemplo de eficacia, por lo menos en el sentido que esta palabra debe tener cuando se habla de la justicia penal. En efecto, si por eficacia penal se entiende absolver al inocente y condenar al culpable, y hacerlo en todo caso con sujeción a la norma procesal penal (y en todos los sentidos, uno de los cuales es en un plazo razonable) y en el segundo caso con apego estricto a la norma material penal, la justicia penal de Estados Unidos está muy lejos de poder presentarse como modelo que imitar. Y, sin embargo, resulta que en muchos países, que tienen un tipo de proceso penal firmemente asentado en su tradición jurídica y en el que se respetan escrupulosamente todas las garantías procesales que caracterizan a un régimen de libertad, sus juristas sienten una especie de fascinación por el proceso penal norteamericano que les lleva a pretender importarlo.

Esa suerte de fascinación se ha manifestado especialmente en dos instituciones: una, el procedimiento preliminar a cargo de Ministerio Público, poniendo fin a la tradicional figura del juez de instrucción, y otra, la atribución a ese Ministerio Público de poderes de oportunidad a la hora de instar o de concluir el proceso penal. Una y otra institución son con-

trarias a la misma esencia del proceso penal y, aun más, a la garantía jurisdiccional penal, pero han encontrado fervorosos partidarios que han logrado introducirlas en la legislaciones alemana e italiana, principalmente, y que están logrando introducirlas en los códigos de otros muchos países. La instrucción a cargo del Ministerio Público tiene muy importantes connotaciones políticas, por cuanto depende incluso del tipo de Ministerio existente en cada país. Se pone de manifiesto que no es lo mismo la Procuraduría General de la República mexicana, en donde el procurador general forma parte del Poder Ejecutivo, que la *Procura della Repubblica* italiana, en la que los miembros del Ministerio Público son verdaderos magistrados, y existen toda especie de situaciones intermedias. Por ello no vamos a incidir ahora en este aspecto, y nos vamos a centrar en el llamado principio de oportunidad.

a) Su significado político. Estamos asistiendo en los últimos años al intento de introducir lo que se llama el principio de oportunidad en el proceso penal. Este pretendido principio supone exactamente reconocer al titular de la acción penal la facultad para disponer, bajo determinadas circunstancias, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible cometido por un autor determinado. Hay que advertir, inmediateamente, que cuando se habla del “titular de la acción penal” se hace referencia al Ministerio Público, con lo que la oportunidad lo es sólo para el órgano incardinado o en la órbita del Poder Ejecutivo que es el Ministerio Público (con excepciones muy contadas).

Antes de seguir, conviene dejar claro que, cuando un sector de la doctrina y de la práctica, y algunos grupos políticos, hablan de la oportunidad, no están pretendiendo aumentar las facultades de las partes acusadoras privadas. Es decir, no está pidiéndose el aumento del número de “delitos privados” ni de los “semiprivados”, ni que se dé más campo de actuación al perdón del ofendido. La oportunidad no se refiere a los particulares y a su poder de disposición del proceso penal, sino al contrario, la oportunidad pretendida lleva a auspiciar bien la supresión bien la limitación de la acusación en manos de los ciudadanos.

En el mismo sentido, este llamado principio de oportunidad no atiende a aumentar las facultades de los órganos jurisdiccionales, ni en la persecución de los delitos, ni en la determinación de la pena, ni en su ejecu-



ción. Pretende todo lo contrario: limitar los poderes de los órganos jurisdiccionales fortaleciendo el Ministerio Público.

Naturalmente, instituciones como la amnistía o el indulto no tiene relación alguna con la pretendida oportunidad.

En el sentido en que se auspicia la oportunidad, presupone conceder amplias facultades al Ministerio Público para decidir sobre el ejercicio de la acción penal, es decir, para no ejercerla en determinadas condiciones, con lo que no se llegaría a iniciar bien el procedimiento preliminar bien el juicio oral, y ello a pesar de constar la existencia de un hecho aparentemente delictivo, y sobre la conclusión del proceso sin sentencia, a pesar de que de lo actuado hasta aquel momento se desprendiera, asimismo, la existencia de un hecho tipificado en el Código Penal.

Ni que decir tiene que si esto se llegara a conseguir estaríamos ante un proceso penal en el que lo más sobresaliente sería que los titulares de la actuación del derecho penal en el caso concreto habrían dejado de ser los órganos jurisdiccionales, esto es, los jueces y magistrados, para atribuirse también al Ministerio Público, en cuanto de éste dependería el inicio del proceso y su conclusión. Y aquí está realmente lo que en el fondo se pretende con la introducción de esta oportunidad: desplazar el poder de los titulares de la jurisdicción por el poder del Ministerio Público, esto es, disminuir el poder de un órgano independiente, como son los jueces y magistrados, para aumentar el poder de un órgano subordinado al Poder Ejecutivo, como es el Ministerio Público. Más claramente, y por si quedara alguna duda: lo que se pretende es reducir el ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional, de la que es titular el Poder Judicial, a lo que caso por caso decidiera el Poder Ejecutivo. Se trata, en el fondo, de dar marcha atrás en algunas de las conquistas de la civilización a las que nos hemos referido más arriba.

b) Los argumentos alegados. Lo anterior se desprende de que las razones de utilidad pública e interés social, en las que pretende hallarse el fundamento de este principio de oportunidad, indudablemente atendibles, justificarían bien un replanteamiento de la tipificación de ciertas conductas en el Código Penal o de la pena conveniente, bien un aumento de la facultades de los jueces y magistrados, no del Ministerio Público, y a pesar de todo ello no se buscan estas soluciones sino que se defiende, sin más, el aumento de las facultades de este funcionario incardinado en la órbita del Poder Ejecutivo.

En efecto, suele decirse que, con la oportunidad, de lo que se trata es de:

- Evitar los efectos criminógenos de las penas de breve privación de libertad, es decir, las graves consecuencias que para determinadas personas, sobre todo jóvenes autores de un primer delito, supone el ingreso en prisión para cumplir penas por delitos de poca importancia. Para evitar este efecto, que indudablemente existe y que hay que procurar evitar, podrían atenderse tanto a perfeccionar el derecho penal material, esto es, la tipificación de conductas y la determinación de las penas, como a aumentar los poderes del órgano judicial para que, después del proceso y de la sentencia de condena, pudiera sustituir la pena de prisión por otra que no produzca esas consecuencias perjudiciales para la formación del joven condenado, y siempre con sujeción a criterios establecidos en la ley material penal, no por la ley procesal. Sin embargo, estas otras soluciones, que son perfectamente posibles y de las que hay ejemplos en otros países, no se defienden por el sector de la doctrina y de la práctica a que nos referimos y, desde luego, ni siquiera se conciben como hipótesis por determinados grupos políticos, prefiriendo unos y otros el aumento de los poderes procesales del Ministerio Público.
- Obtener la reinserción del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación o de curación, en los casos en que el delito se ha cometido en situación de drogodependencia. En estos supuestos, puede haber ocurrido que el autor del delito, cuando llega el momento del proceso, se ha rehabilitado ya o está sometido a tratamiento o está dispuesto a someterse a él, y en estas situaciones, que deben tenerse en cuenta evidentemente, las soluciones posibles son variadas, pues cabría estar tanto a perfeccionar el derecho penal, en los tipos y en las penas, como a suspender la ejecución de la pena por el órgano judicial, y otra vez con base en criterios establecidos previamente por el legislador, pero, sin embargo, se prefiere optar por el aumento de facultades del Ministerio Público, atribuyéndole la no iniciación del proceso penal o su suspensión.
- Obtener la reinserción de terroristas arrepentidos o una mejor información sobre bandas armadas o de narcotraficantes. También aquí

podría optarse por soluciones muy variadas, y que no tendrían que ser precisamente la de aumentar el poder del Ministerio Público.

Si los fines de utilidad pública e interés social que hemos resumido —y que son los alegados por los sostenedores de esta oportunidad— pueden lograrse perfectamente con otras soluciones, en las cuales se mantiene el principio de necesidad y la titularidad de la actuación del derecho penal por los juzgados y tribunales, el preferir el aumento de los poderes del Ministerio Público comporta una decisión política de gran trascendencia que es muy reveladora de la concepción que se tiene del Estado.

Atribuir al Ministerio Público, y por su intermedio al Poder Ejecutivo, la iniciativa para perseguir o no determinados delitos y delinquentes supone admitir que este último debe ser hegemónico en la sociedad y que debe privarse al Poder Judicial de atribuciones que hasta ahora tenía reconocidas. Conceder al Ministerio Público, con base en la oportunidad, no en la legalidad, la decisión de iniciar o no el proceso y de ponerle fin sin sentencia, no es más que una manera de reducir el papel del juez o magistrado en la aplicación del derecho penal, a costa de aumentar el papel del Poder Ejecutivo.

Es obvio que la introducción de esta oportunidad para el Ministerio Público pretende ampararse en el habitual recurso al derecho comparado, y se cita así como modelo lejano el proceso penal de Estados Unidos y como modelo más próximo, el de Alemania. Naturalmente, en uno y otro caso la importación pretende hacerse olvidando el contexto político y jurídico de los dos países. Se olvida así que el Ministerio Público en Estados Unidos es elegido mediante sufragio popular y que responde políticamente en las elecciones, y no es un funcionario dependiente de otro poder político, sino que él en sí mismo es poder político, y pretende también desconocerse que nuestro Ministerio Fiscal no puede compararse en cuanto a independencia al fiscal federal alemán. Y todo ello, aparte de los elementos políticos condicionantes de las sociedades de esos países, de su tradición democrática, del respeto del poder político a las reglas constitucionales de reparto de poder, etcétera.

c) La desvirtuación del derecho penal. En el mejor de los casos, la introducción del llamado principio de oportunidad supondría la desvirtuación del derecho penal material por medio del proceso. El derecho penal se basa en dos decisiones que se adoptan políticamente; la primera

de ellas es aquélla por la que el legislador establece cuándo una conducta se considera que debe ser tipificada en el Código Penal, es decir, lo que debe ser delito, y la segunda de las decisiones atiende a la pena que debe imponerse al autor de cada una de esas conductas. Puede así decirse que el legislador, al promulgar un Código Penal, asume las conductas que la sociedad estima merecedoras de reproche penal, prometiendo a los ciudadanos que esas conductas serán castigadas en el caso de que lleguen a producirse, y que lo serán con una pena determinada.

La tipificación de una conducta como delictiva se basa en la concepción política de la defensa de los intereses públicos, de la colectividad, que entiende que determinadas conductas no pueden producirse impunemente, en cuanto que las mismas atentan contra el interés de la colectividad. Es una determinada concepción política la que lleva a que una conducta antes no delictiva se convierta en un momento concreto en delito, o a que una conducta antes tipificada deje de ser delictiva. Pudiera decirse que la lista de delitos, con sus penas correspondientes, es el resultado de lo que una determinada sociedad entiende que atenta contra los intereses generales de la misma, y que atenta en tal grado que merece una respuesta sancionadora y precisamente penal.

Así las cosas, reconocer después al Ministerio Público una facultad más o menos discrecional (oportunidad sin más u oportunidad reglada) para que el mismo pueda bien no ejercitar la acción penal, a pesar de que le conste la existencia de un hecho con apariencia de delito, con lo que el proceso no llega ni a iniciarse; bien pedir que se imponga al acusado una pena distinta o inferior a la prevista legalmente, a pesar de que es consciente de que la pena establecida en el Código Penal es otra o superior, o bien concluir con el proceso sin que en el mismo llegue a dictarse sentencia condenatoria, y siempre a pesar de la existencia de un hecho por lo menos aparentemente constitutivo de delito, todo esto tiene que suponer necesariamente la perversión de todo el sistema material penal.

Lo más grave del caso es que todo el esfuerzo del legislador penal, las decisiones políticas adoptadas al tipificar una conducta y al señalarle una pena pueden quedar privadas de sentido y en virtud de una norma no penal por la que se autorice al Ministerio Público a disponer de la aplicación de ese derecho penal en los casos concretos. Si la norma que establece el principio de oportunidad hubiera de calificarse de procesal, se llegaría al contrasentido de que todo el Código Penal quedaría sujeto

en su aplicación a una norma procesal penal, a una única norma, con la cual podría decirse que quedan vacías de contenido todas las normas materiales penales.

Desde esta perspectiva, el principio de oportunidad significaría el reconocimiento de la incapacidad del legislador penal para llegar a perfeccionar el derecho penal, de modo que éste pudiera prever todo el complejo de circunstancias que pueden influir en la tipificación de las conductas y en la determinación de las penas. Si se estima, por ejemplo, que las penas cortas de privación de libertad son inadecuadas para ser impuestas a jóvenes que comenten un primer delito, lo más correcto es perfeccionar el derecho material penal para que en el tipo o en la pena se tuvieran en cuenta las circunstancias de la edad del delincuente y el que se trata de su primer delito, pero no parece adecuado que la apreciación de esas circunstancias se confíe al Ministerio Público, actuando éste con oportunidad a la hora de acusar, a la hora de pedir pena concreta o a la hora de instar la conclusión del proceso sin condena.

d) La mejor utilización de los recursos. Últimamente algunos de los defensores del principio de oportunidad, abandonando la idea de que el mismo supone un avance civilizador y científico, están propugnando algo sustancialmente distinto, basado en la consideración de que deben utilizarse de la mejor manera posible los limitados recursos personales y materiales que están a disposición del Poder Judicial para el cumplimiento de su función, aunque se resisten a abandonar la terminología. Se parte así de la constatación de un hecho indudable. En la mayoría de los países, el número de delitos que se cometen supera el número de procesos penales que pueden realizar los órganos del Poder Judicial, lo que lleva a un gran retraso en la tramitación de los procesos, con la consecuencia de que la pena en muchas ocasiones no es ya un elemento de disuasión y de rehabilitación, sino algo perturbador e incluso contrario al interés general. Lo que está en juego no es ya la oportunidad, sino el mismo sistema penal.

Este punto de partida, que puede incluso combinarse con los fines de utilidad pública e interés social a que antes hemos aludido, es perfectamente atendible, y debe llevar a reconsiderar no los principios del proceso penal, sino la necesidad práctica de su adecuación a la realidad. Se trata de reconocer que el Estado, en cuanto juzgador, no puede cumplir las promesas que hace como legislador; que no se propugna lo mejor

política y jurídicamente; que hay que sacrificar postulados de civilización y de ciencia jurídica a lo que es posible; que debe asumirse la limitación de los recursos disponibles. Reconocido esto, el debate cambia completamente de perspectiva

Hay que admitir que el Estado no cumple todas sus funciones de manera perfecta; que no puede garantizar de manera completa ni la sanidad, ni la educación, ni la seguridad pública, ni tantas otras funciones, por lo que no puede exigirse del mismo que sí cumpla de manera perfecta y completa la que podemos llamar función penal. Si los recursos son limitados, lo son para todo, y no puede esperarse que una parcela de la actividad del Estado sea perfecta mientras que las demás tienen claras deficiencias. Así las cosas, se trata de cómo utilizar mejor los medios de que se dispone.

Con este planteamiento entramos en un terreno muy diferente, y, así planteados los términos del debate, todos podemos participar en la búsqueda de las soluciones posibles, incluso asumiendo que en esa búsqueda puede quedarse en el camino alguna consecuencia de los principios teóricos. Con todo, en esa búsqueda de las soluciones posibles existe un condicionante que debe resolverse de modo previo. Nos referimos a la asignación de los recursos, lo que comporta una gravísima decisión política.

En la mayoría de los países, el porcentaje del presupuesto del Estado dedicado a la que podemos llamar justicia, en términos generales, no supera el 1%, lo que puede traducirse diciendo que el grado de interés por esa justicia, medido en parámetros económicos, es ínfimo. No puede aceptarse que, primero, el Estado diga que destina a la justicia menos del 1% de los recursos económicos y que, luego, pretenda que el sistema penal se adecue a esa limitación, pues con ello convierte en imposible el cumplimiento de la función. Antes de nada, pues, debe replantearse la distribución de recursos, partiendo de que son limitados, determinar así qué recursos se asignan a la justicia, atendidas todas las otras funciones que deben cumplirse, con lo que se establecerá una verdadera jerarquía de valores, y, por fin, adecuar el sistema penal, y sobre todo el procesal, en lo que ahora nos importa, a los recursos asignados.

De esta manera hemos descendido de los principios conformadores del proceso penal, los que se refieren al termómetro que mide la concepción política imperante en el Estado, a algo que ya no guarda relación con

esos principios, aunque puede significar la adecuación de los mismos a la realidad. Ya no se debate sobre conquistas de la civilización y de la cultura jurídica, de lo que es mejor, sino sólo de lo que es posible.

## VI. CONCLUSIÓN. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL

La doctrina procesal civil alemana, que ha sido sin duda alguna la que ha permanecido más ajena a toda influencia extranjera, quedando encerrada en sí misma y en la contemplación del sistema, está reconociendo en estos momentos (y en este sentido cabe citar a Stürmer, presidente de la *Vereinigung Deutscher Zivilprozessrechtslehrer*) que han de decir adiós a una época y prepararse para otra de apertura internacional. Si esto es manifiesto en el proceso civil, para el que existen labores preparatorias de un futuro Código Procesal Civil europeo y en el que se ha publicado un Código Modelo para Iberoamérica, en el proceso penal no cabe hablar ya de futuro, si no de presente.

Nos hemos referido antes al fenómeno de la constitucionalización de los principios y garantías del proceso penal, pero hay que indicar ahora otro fenómeno paralelo, el de la internacionalización de esos mismos principios y garantías, que han dado lugar a textos como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1955 (con sus diversos protocolos adicionales) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1970. Además de estas normas internacionales, existen hasta dos tribunales de ámbito supranacional, la Corte de San José de Costa Rica y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han empezado a formar un verdadero cuerpo de jurisprudencia internacional procesal penal.

Por este camino de la internacionalización de aspectos de la regulación de los procesos civil y penal se está llegando a algo que no podían sospechar los “prácticos forenses” ni los procedimentalistas. Los primeros estimaban que su función consistía en explicar el estilo o modo de proceder de los tribunales de cada país y, aun más, de tribunales concretos dentro de cada país, mientras que los segundos centraban su estudio en

la explicación de cómo la ley, cada ley nacional, describía las formas de proceder de los tribunales, pero los dos hacían una especie de ciencia “nacionalista”. Después de una larga evolución, estamos llegando a la posible aparición de un *ius commune* procesal occidental. En su elaboración está el reto del futuro.